



Assemblée générale

Distr.: Limitée
22 juillet 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>Paragraphs</i>	<i>Page</i>
Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-103	3
V. Publicité	1-103	3
A. Remarques générales	1-96	3
1. Introduction	1-6	3
2. Dépossession	7-16	4
a. Considérations d'ordre général	7	4
b. Possession des biens grevés par un tiers	8-10	4
c. Dépossession fictive	11	4
d. Effets de la priorité	12-16	5

* Le présent document est soumis avec deux jours de retard par rapport au délai prescrit de 10 semaines avant le début de la réunion car il a fallu attendre la fin des consultations.

	<i>Paragraphs</i>	<i>Page</i>
3. Acquisition du contrôle sur les obligations incorporelles	17-23	5
a. Créances d'exploitation	17-19	5
b. Comptes de dépôt	20-23	6
4. Modes de publicité fondés sur les titres de propriété	24-31	7
a. Registres de titres de propriété	24-27	7
b. Systèmes de certificats de propriété	28-29	7
c. Sûreté sur les biens meubles rattachés à la terre	30-31	8
5. Inscription de la convention constitutive de sûreté dans un registre des opérations garanties	32	8
6. Inscription d'un avis de nantissement dans un registre des opérations garanties	33-83	8
a. Considérations d'ordre général	33-37	8
b. Répertoire par actif ou par constituant	38-42	9
c. Teneur de l'avis déposé	43-53	10
d. Accès à des informations plus détaillées	54-55	12
e. Durée de l'inscription	56-58	13
f. Questions d'ordre administratif	59-67	13
g. Effets de la priorité	68-73	15
h. Inscription et réalisation	74-75	16
i. Élargissement du registre aux opérations non garanties	76-83	17
7. Autres modes de publicité	84-85	18
8. Opposabilité des sûretés n'ayant pas fait l'objet d'une publicité	86-96	18
a. Opposabilité au constituant	86-87	18
b. Opposabilité aux tiers	88-96	19
B. Résumé et recommandations	97-103	21

V. Publicité

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Un créancier garanti doit pouvoir être sûr que les sûretés mobilières qu'il détient sur des biens engagés l'emportent sur les sûretés d'une tierce partie. Dans le même temps, ces tierces parties doivent elles aussi être protégées contre le risque de voir leurs droits subordonnés à des sûretés "occultes" (au sens où leur existence ou existence éventuelle ne peut être facilement déterminée de manière objective). En rendant obligatoire la publicité des sûretés avant que celles-ci ne puissent être opposables à des tiers, il devient possible de concilier ces objectifs.

2. Le présent chapitre est consacré aux quatre modes de publicité les mieux acceptés. En premier, il existe la possibilité de déposséder le constituant des biens engagés. La deuxième possibilité est une variation sur le thème de la dépossession : il s'agit de conférer au créancier garanti le contrôle de la valeur des obligations incorporelles qu'un tiers doit au constituant. Le troisième moyen n'est utilisé que pour les biens meubles de grande valeur pour lesquels un État a établi un registre spécialisé de titres de propriété ou un système de certificats de titres.

3. Le quatrième mode de publicité, le plus complet, consiste à déposer auprès d'un registre des opérations garanties un simple avis comprenant un nombre restreint de renseignements relatifs à une sûreté. Contrairement au registre des titres de propriété, le registre des opérations garanties ne s'intéresse pas à la publicité de l'état présent d'un droit de propriété sur un bien spécifique. La qualité du droit de propriété d'un constituant est déterminée par référence à des événements et transactions non consignés dans le registre. L'inscription est en revanche une condition préalable de l'opposabilité de la sûreté à un tiers. Aussi est-ce *l'absence* de publicité sur laquelle compte le tiers pour déterminer s'il risque ou non d'être lié par une sûreté antérieure.

4. Bien que fondée sur la théorie de la publicité négative, le registre des opérations garanties contribue également à l'établissement des rangs de priorité. Avant toute chose, l'inscription constitue un mécanisme objectif et facile à vérifier qui permet d'attester la date qui détermine la priorité entre créanciers garantis, mais aussi entre un créancier garanti et un tiers.

5. Toute la question de la publicité est inextricablement liée à elle de la priorité. Bien que la priorité fasse l'objet d'un chapitre distinct du présent Guide (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3), la relation entre publicité et priorité constitue un fil conducteur que l'on suivra tout au long du présent chapitre, et les deux chapitres sont à lire l'un par rapport à l'autre.

6. Tout comme un registre de droits de propriété ou un système de certificats de titres, il faut, pour la mise en place d'un registre des opérations garanties, que l'État investisse dans l'infrastructure requise, soit directement soit en sous-traitant à une entreprise privée. Si cette infrastructure fait défaut, l'opposabilité de sûretés sans dépossession à un tiers est généralement tempérée, par voie de législation ou de jurisprudence, par des règles visant à protéger les tiers innocents qui ont acquis une sûreté sur le bien grevé sans avoir connaissance de l'existence de sûretés antérieures. Ce chapitre se termine par une comparaison entre un système complet de publicité

fondée sur l'inscription des droits de propriété et un registre des opérations garanties et fait des recommandations en matière législative.

2. Dépossession

a. Considérations d'ordre général

7. Déposséder le constituant des biens grevés ne constitue pas une publicité positive de l'existence d'une sûreté. Cette dépossession supprime cependant la possession apparente du bien par le constituant, réduisant ainsi le risque de cession non autorisée à un tiers qui ne se douterait de rien. Du fait que la dépossession signifie que le bien du constituant est désormais grevé, on a, traditionnellement, accepté la dépossession comme condition suffisante pour constituer une sûreté et pour l'opposer à un tiers (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 67).

b. Possession des biens grevés par un tiers

8. La dépossession ne signifie pas obligatoirement la possession directe par un créancier garanti. La possession par un tiers au nom du créancier garanti suffit.

9. Si les biens engagés sont couverts par un document conférant propriété (par exemple, un connaissement ou un récépissé d'entrepôt), la délivrance du document au nom du créancier garanti assure que le tiers (chargeur ou entrepositaire, par exemple), détient le bien pour le compte du créancier garanti et non du constituant. Si le document est négociable, le chargeur ou entrepositaire est alors normalement tenu de remettre les biens correspondants à la personne qui détient le document. Il s'ensuit que la délivrance d'un document négociable correctement endossé constitue un autre moyen d'enlever au constituant la possession des actifs sous-jacents.

10. La possession par un tiers ne signifie pas obligatoirement qu'il faille matériellement enlever les biens engagés des locaux du constituant. Dans le cadre d'arrangements d'entreposage, une entreprise d'entreposage agissant pour le compte du créancier garanti prend contrôle du stock et autres biens engagés du constituant par l'intermédiaire d'un mandataire. Les tiers sont protégés du fait que l'accès du constituant aux biens engagés ne peut se faire qu'avec le consentement et la coopération du mandataire (voir le A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 7).

c. Dépossession fictive

11. L'engagement écrit du constituant de garder les biens grevés en qualité de mandataire du créancier garanti ne suffit pas pour que les tiers soient mis à l'abri d'une tromperie, celle qui leur ferait croire que le constituant possède effectivement les biens grevés. L'obligation faite au constituant de remettre périodiquement au créancier garanti une liste de créances ne protège pas non plus les tiers. Les mécanismes de dépossession fictive comme ceux-ci constituent une réponse pragmatique à la demande de sûretés sans dépossession dans les régimes où le gage constitue la seule forme de sûreté en bonne et due forme. La reconnaissance de l'efficacité générale de la sûreté mobilière sans dépossession selon les grandes lignes envisagées dans le présent Guide (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 15 à 23) élimine toute tentation de justifier les gages fictifs.

d. Effets de la priorité

12. Même dans les systèmes juridiques dans lesquels il existe des registres des opérations garanties, la dépossession du constituant peut parfois constituer une forme supérieure de publicité. Par exemple, dans la plupart des juridictions, si les biens grevés sont couverts par un document négociable, un créancier (ou acheteur) garanti en possession dudit document est prioritaire par rapport à un créancier garanti qui inscrit la sûreté (voir le A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 13). Cette règle permet d'éviter toute interférence avec l'acceptation, très généralisée, des documents négociables comme étant le moyen principal de transfert de droits de propriété sur les biens sous-jacents durant la période où ceux-ci sont couverts par le document.

13. Dans d'autres situations, la dépossession peut ne pas constituer le meilleur mode de publicité. Si les biens grevés sont inscrits dans un registre de titres de propriété (voir la Partie A.4), la nécessité de préserver l'intégrité et la crédibilité des registres publics peut obliger à donner la priorité aux créanciers (ou acheteurs) garantis qui assurent la publicité au moyen de l'inscription.

14. Si, au contraire, une sûreté concurrente fait l'objet d'une publicité par inscription sur un registre général des opérations garanties (voir la Partie A.5), deux réponses sont possibles. La priorité peut être déterminée chronologiquement, en fonction de la date à laquelle sont intervenues la dépossession et l'inscription. Sinon, la priorité peut revenir à la sûreté inscrite, que la dépossession soit intervenue avant ou après l'inscription.

15. La première approche permet de réduire les coûts et les risques pour les prêteurs sur gage et autres créanciers qui ont systématiquement recours à la sûreté avec dépossession. En revanche, la seconde approche ôte aux créanciers garantis toute tentation d'antidater la date à laquelle la dépossession est intervenue. Elle confère en outre une plus grande crédibilité au registre des opérations garanties pour ce qui est d'établir le rang de priorité du fait qu'elle élimine le risque d'indication autre qu'officielle du moment exact auquel la dépossession a eu lieu.

16. Si l'on opte pour la première approche, se pose alors la question de savoir si la priorité intervient au moment auquel intervient la dépossession même si un créancier garanti fait la publicité par voie de dépossession puis inscrit et rend les biens au constituant. Dans l'affirmative, un créancier garanti qui s'inscrirait en second serait en définitive prioritaire. En revanche, le créancier garanti qui s'inscrirait en premier aurait pu se protéger en s'assurant que le constituant détenait les biens grevés au moment où le créancier garanti obtenait sa sûreté.

3. Acquisition du contrôle sur les obligations incorporelles**a. Créances d'exploitation**

17. Dans les systèmes juridiques qui acceptent la négociabilité des certificats de valeur mobilières (pour les actions ou obligations), la remise du certificat correctement endossé transfère au créancier garanti le bénéfice de l'obligation due par l'émetteur. Ce mécanisme fonctionne donc en fait comme une dépossession, par le biais d'un tiers. Le même résultat est possible pour les sûretés avec certificat déposées auprès d'un bureau central (chambre de compensation) si l'on inscrit le nom du créancier garanti dans le registre du bureau central et, de même, pour les

sûretés sans certificat si l'on inscrit le nom du créancier garanti dans le registre de l'émetteur. Pour ce qui est des biens de placement détenus indirectement, le contrôle sur les obligations dues par le courtier ou autre intermédiaire peut être transféré soit en mettant le compte de placement au nom du créancier garanti soit en obtenant le consentement de l'intermédiaire à suivre les consignes du créancier garanti.

18. Le présent Guide ne traite pas des questions relatives aux sûretés sur les biens de placement. Cependant, la notion du contrôle comme mode de publicité correspondant à la dépossession peut s'appliquer à d'autres types d'obligations incorporelles que le constituant doit au créancier garanti. Par exemple, l'octroi d'une sûreté sur une créance d'exploitation ordinaire ou autre créance de sommes d'argent permet au créancier garanti, en cas de défaillance du débiteur, d'exiger le paiement auprès de la personne à laquelle incombe l'obligation, sous réserve des dispositions de la convention constitutive de sûreté. La demande de paiement transfère donc au créancier garanti le contrôle concret sur la créance de sommes d'argent. Pour cette raison, on pourrait voir dans ce mécanisme un mode de publicité suffisante correspondant au transfert du contrôle sur des biens de placement.

19. Cela étant, un créancier garanti n'exige généralement pas un paiement direct tant qu'il n'y a pas eu de défaillance de la part du constituant. Même en cas de cession directe de créances monétaires, le cessionnaire laissera le plus souvent le recouvrement au mains du cédant. En raison de ces points pratiques, il peut être préférable de voir dans la demande de paiement une simple technique de recouvrement ou de réalisation, et non un mode de publicité initiale. Cela est particulièrement opportun lorsque la possibilité de déposer un avis dans un registre des opérations garanties est offerte aux créanciers garantis comme aux cessionnaires. La publicité par inscription constitue un moyen de publicité plus efficace s'agissant d'évaluer les priorités en début de transaction, surtout lorsque la sûreté couvre l'ensemble des créances présentes et à acquérir.

b. Comptes de dépôt

20. Par analogie avec le mode de publicité utilisé pour les biens de placement détenus indirectement, on peut assurer le contrôle sur un compte de dépôt détenu par un constituant auprès d'un établissement financier ou d'une compagnie d'assurance en mettant le compte au nom du créancier garanti ou en obtenant de l'établissement qu'il suive les instructions du créancier garanti.

21. Il se peut fort bien que le constituant doive de l'argent à l'institution de dépôt. Plutôt que de recourir à l'artifice du transfert positif de contrôle, il peut être plus simple de considérer que l'institution de dépôt qui acquiert une sûreté sur les comptes de dépôt d'un client détient le contrôle automatique à qualité.

22. La question de savoir si un créancier garanti qui rendrait publique une sûreté par octroi du contrôle sur un compte de dépôt l'emporterait sur le créancier qui procéderait par voie d'inscription reste à trancher. Par analogie avec les biens de placement, on pourrait penser que oui. En revanche, en vertu de l'analogie avec la cession d'une créance monétaire, l'on conclurait l'inverse.

23. Si l'on opte pour la première approche, se pose en outre la question de savoir si l'institution de dépôt qui obtient une sûreté sur les comptes de ses clients devrait être prioritaire par rapport aux autres sûretés pour lesquelles la publicité se ferait

par voie de contrôle. Les droits de compensation de l'institution de dépôt suffisent le plus souvent pour protéger ses créances reconventionnelles avant toute procédure en réalisation engagée par un créancier garanti concurrent, quel que soit le rang de priorité de l'institution comme créancier garanti.

4. Modes de publicité fondés sur les titres de propriété

a. Registres de titres de propriété

24. Il n'est possible de recourir à la dépossession et aux autres techniques de contrôle équivalentes que si le constituant accepte de renoncer à l'utilisation et à la jouissance des biens grevés. On ne peut y recourir pour faire la publicité de sûretés sur des biens sur lesquels le constituant doit conserver le contrôle afin d'assurer les services ou de produire des biens lui permettant de dégager des bénéficiaires.

25. Pour certaines catégories restreintes de biens meubles de grande valeur, il se peut qu'un État ait mis en place un registre de titres de propriété analogue au registre foncier. Lorsqu'il existe, ce type de registre constitue un moyen pratique de faire la publicité des sûretés avec dépossession sur des biens de grande valeur. Navires, aéronefs, camping cars et droits de propriété intellectuelle (notamment brevets et marques commerciales) sont les exemples les plus fréquents de biens pour lesquels il existe des registres de titres de propriété.

26. Une sûreté (ou cession) pour laquelle la publicité se fait par inscription sur un registre des titres de propriété est généralement prioritaire par rapport à une sûreté pour laquelle la publicité intervient par dépossession ou par dépôt d'un avis de sûreté dans un registre général des opérations garanties. Forts de cette règle, les acheteurs de biens grevés peuvent faire toute confiance au registre des titres de propriété pour évaluer la qualité du titre qu'ils acquièrent.

27. Pour renforcer cette confiance, on peut assurer un point d'accès commun au registre des titres de propriété et au registre des opérations garanties afin de permettre l'inscription et la recherche simultanées dans les deux systèmes. Avec les progrès de l'informatique, cette simultanéité devient techniquement réalisable. Cela dit, des problèmes de conception et de mise en œuvre continuent de se poser. En effet, les registres de titres de propriété fonctionnent le plus souvent sur la base du répertoire des biens, alors que les opérations garanties sont généralement conçues par renvoi au nom du constituant. Pour permettre des recherches simultanées, il faudrait que les deux systèmes utilisent les mêmes règles pour s'assurer de l'identité du constituant et programmer le registre des titres afin d'autoriser la recherche en fonction du nom du constituant.

b. Systèmes de certificat du titre de propriété

28. Les systèmes de certificat de titres de propriété constituent une autre méthode utilisée par certains États pour faire la publicité de l'acquisition et du transfert de titres de propriété de biens meubles (les voitures, par exemple). La publicité des sûretés se fait au moyen d'une notation sur le certificat.

29. Une sûreté dont la publicité se fait par notation sur le certificat prime généralement les sûretés soumises à toute autre forme de publicité. Cette règle est indispensable si l'on veut que les acheteurs puissent se fier au certificat pour évaluer la qualité du titre du vendeur.

c. Sûretés sur les biens meubles rattachés à la terre

30. La souplesse en matière financière est d'autant plus grande que le régime des sûretés sur les biens meubles est disponible aux créanciers garantis qui prennent une sûreté sur des biens meubles immobilisés (une chaudière rattachée à la terre) ou sur des biens immeubles mobilisés (des cultures destinées à être enlevées à la terre). Ce mécanisme permettrait au constituant de se voir accorder un crédit sans pour autant devoir consentir à une hypothèque en bonne et due forme, par la force des choses plus coûteuse.

31. Avec cette démarche, les règles générales régissant la publicité pour les biens meubles jouent, avec une réserve. Il serait en effet souhaitable de rendre obligatoire l'inscription parallèle sur le registre des titres de propriété des biens immeubles, et ce afin de lier les tiers qui, ultérieurement, acquerraient un droit sur la terre à laquelle seraient rattachés ou sur laquelle seraient fixés les biens meubles, et aussi d'appliquer les règles en matière de priorité qui s'appliquent aux biens à ce genre de relation. Ces règles préserveraient l'intégrité et la crédibilité du titre foncier.

5. Inscription de la convention constitutive de sûreté sur le registre des opérations garanties

32. Un autre mode de publicité consiste à inscrire la convention constitutive de sûreté dans un registre des opérations garanties. À l'instar de ce qui se passe pour l'inscription dans un registre des titres de propriété, il s'agit de déposer des documents qui sont d'abord vérifiés par un fonctionnaire chargé de l'inscription, lequel délivre alors un certificat ou attestation d'inscription qui constitue une preuve formelle de l'existence de la sûreté inscrite. Le certificat attestant l'existence de la sûreté est souvent perçu comme étant le principal avantage de l'inscription de documents. Il existe cependant un moyen moins coûteux et plus rapide d'établir le rang de priorité de l'inscrit et, en même temps, de protéger les intérêts des tiers, qui répond mieux aux besoins des opérations modernes et qui n'a pas pour effet de divulguer des renseignements sensibles sur une opération quelconque (voir la section A.5).

6. Inscription d'un avis de nantissement dans un registre des opérations garanties

a. Considérations d'ordre général

33. Il existe un cinquième mode de publicité, qui consiste à déposer un avis de nantissement dans un registre public établi à cette fin. À l'inverse des trois modes de publicité déjà examinés, le dépôt d'un avis offre un moyen universel d'assurer la publicité, de quelque nature que soient les biens grevés. À ce titre, il aide à établir de manière plus efficace le rang de priorité, ce qui permet de trancher les conflits entre créanciers garantis et entre un créancier garanti et d'autres tiers en invoquant la date d'inscription.

34. Le registre des opérations garanties fondé sur le dépôt d'un avis est très différent de celui qui exige le dépôt des documents. Ce dernier fait office de source concluante de renseignements sur l'état actuel d'un titre de propriété sur des biens spécifiques. Pour protéger l'intégrité du registre des titres, l'inscrit est généralement tenu de déposer les documents attestant le transfert de titre de propriété ou tout au moins de les soumettre à l'examen du responsable du registre.

35. À l'inverse, un registre d'avis des opérations garanties fonctionne selon le principe de la publicité négative. L'inscription ne donne aucune preuve positive de l'existence d'une sûreté. Elle met plutôt en garde les tiers contre l'existence éventuelle d'une sûreté qui leur permet de prendre des mesures pour protéger leurs droits (voir le par. 54) et constitue une condition préalable à l'opposabilité d'une sûreté à des tiers. En réalité, c'est à l'absence d'inscription que les tiers se fient pour conclure qu'ils n'ont pas à se soucier de sûretés antérieures octroyées par la personne avec qui ils font affaire. Il n'y a donc pas lieu d'exiger que les créanciers garantis inscrivent la convention constitutive de sûreté ou de prouver son existence par tout autre moyen. Les tiers sont suffisamment protégés par le dépôt d'un simple avis identifiant les parties et faisant une description des biens grevés. Du point de vue du constituant, la protection contre les inscriptions non autorisées peut se faire grâce aux règles du registre en vertu desquelles le constituant doit être informé de toute inscription et par la mise en place d'une procédure administrative simplifiée visant à faciliter l'annulemment de toute inscription non autorisée.

36. Le mécanisme de dépôt d'un avis facilite le processus d'inscription et simplifie les formalités administratives et les méthodes d'archivage pour le registre. Il permet aussi une plus grande souplesse tout au long de la période de financement. Dès lors que les détails factuels figurant dans l'avis inscrit ne sont pas affectés, il n'y a aucune raison pour qu'un avis unique ne puisse suffire pour rendre publiques des conventions de constitution successives entre les parties.

37. De nombreux pays ont repris à leur compte l'idée d'un registre des opérations garanties fonctionnant par dépôt d'un avis. Des lois types ont été mises au point par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (Principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés, 1997; Loi type sur les transactions garanties, 1994), l'Organisation des États américains (Modèle de loi interaméricaine sur les transactions garanties, 2002), et la Banque asiatique de développement (Réforme de la législation et des politiques générales : Guide sur les registres des biens meubles, décembre 2002). La Convention de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les Protocoles y relatifs portant sur les matériels d'équipement aéronautiques prévoient un régime international des priorités basé sur un système de dépôt d'avis pour les intérêts aéronautiques dans le cadre de conventions constitutives de sûretés, de baux, et d'accords de vente par réserve de propriété. La Convention des Nations Unies sur la cession propose elle aussi, dans son annexe, le dépôt d'un avis comme l'un des systèmes permettant de déterminer les priorités.

b. Répertoire par actif ou par constituant

38. Pour pouvoir être retrouvé, un avis de sûreté doit être répertorié en fonction de critères bien établis. Dans un registre des opérations garanties, le critère retenu est généralement le nom du constituant. Le répertoriage par actif n'est faisable que pour les actifs assortis d'un numéro de série ou pour lesquels il existe un autre moyen objectif d'identification. Même dans ce cas, la valeur d'articles relevant d'une catégorie générique (tous les biens meubles corporels, par exemple) peut être trop modique pour justifier le coût d'un classement des inscriptions article par article. Qui plus est, le répertoriage en fonction des biens ne permet pas l'inscription d'un avis portant sur les biens acquis ultérieurement ou sur les fonds de roulement, par exemple les stocks ou créances de sommes d'argent.

39. Le répertoire par constituant facilite de beaucoup l'inscription. Les créanciers garantis peuvent en effet rendre publiques les sûretés sur tous les biens meubles d'un constituant, déjà acquis ou à acquérir, ou sur toute une catégorie générique, en une seule inscription. Ils n'ont pas à se soucier de faire une mise à jour chaque fois que le constituant acquiert un nouvel article relevant de la catégorie générique objet de l'inscription.

40. Le répertoire par constituant comporte toutefois un inconvénient : si les biens grevés font l'objet de cessions non autorisées successives, les créanciers garantis ou acheteurs éventuels ne peuvent se protéger en faisant une recherche d'après le nom du propriétaire apparent immédiat. Étant donné que le système est répertorié en fonction du nom du constituant, la recherche ne fera pas apparaître de sûreté octroyée par un propriétaire antérieur du titre.

41. Une solution partielle consisterait à exiger le répertoire par bien pour les biens de grande valeur, par exemple voitures, bateaux, camping cars, roulettes, aéronefs, etc. Biens que l'identification de biens spécifiques limite la possibilité d'utiliser un avis unique pour rendre publiques les sûretés à acquérir, dans la pratique elle ne s'impose que pour les valeurs immobilisées dont le constituant a besoin dans le cours normal de ses affaires (et pour les biens de consommation utilisés à des fins personnelles dans la mesure où ils sont couverts par le registre). Lorsque c'est sous forme de stocks que le constituant détient les biens, un acheteur obtient de toute façon les biens libres de sûretés.

42. Une solution de rechange, ou complémentaire, consisterait à exiger des créanciers garantis qui auraient connaissance d'une cession par le constituant d'ajouter sur l'avis inscrit le nom du bénéficiaire de la cession en qualité de constituant additionnel, et ce afin d'éviter toute subordination par rapport à un demandeur tiers interposé. On pourrait également envisager la protection de tous les acheteurs interposés, voire de tous les tiers interposés, même lorsque le créancier garanti ne sait pas qu'il y a disposition non autorisée de la part du débiteur (voir également le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 40).

c. Teneur de l'avis déposé

i. Nom du constituant

43. Puisque le nom du constituant est le critère habituel pour retrouver les avis, ceux qui procèdent à l'inscription comme ceux qui font des recherches d'avis ont besoin de conseils en la matière. C'est le nom et l'adresse du constituant qui constituent le critère le plus fréquent.

44. Pour les entreprises et autres raisons sociales, le nom exact peut généralement se trouver dans le registre du commerce que la plupart des États établissent. Si les renseignements figurant dans le registre du commerce et dans le registre des opérations garanties se trouvent sous forme électronique, il se peut qu'il existe une passerelle commune aux deux registres, ce qui faciliterait la vérification.

45. Quand le constituant est un particulier, la vérification du nom exact est légèrement plus difficile. En effet, il peut y avoir divergence entre le nom d'usage et le nom officiel, ou encore entre les noms figurant sur des documents différents. Il se peut qu'il y ait eu changement de nom, soit par choix, soit par mariage. L'existence de directives explicites tenant compte de ces contingences permet aux inscrits et à

ceux qui font une recherche de travailler à partir des mêmes critères. Par exemple, les règlements ou règles administratives pourraient préciser une hiérarchie de sources officielles, commençant par le nom indiqué sur l'acte de naissance, puis renvoyant à d'autres sources (par exemple, passeport ou permis de conduire) en l'absence d'acte de naissance ou si ce dernier n'est pas accessible.

46. Si plusieurs constituants ont le même nom, l'adresse du constituant suffira généralement à régler le problème pour celui qui effectue une recherche. Dans les pays où un patronyme est très répandu, il pourrait être utile de demander des renseignements supplémentaires, telle la date de naissance du constituant. Dans les États qui affectent à ses ressortissants un numéro d'immatriculation, celui-ci peut être utilisé, sous la double réserve du droit au respect de la vie privée et de l'octroi d'un autre moyen d'identifier les non ressortissants.

47. Les conséquences d'une erreur dans le nom du constituant sur la valeur juridique d'un avis dépendent de la logique propre à tel ou tel registre. Par exemple, certains registres électroniques sont conçus pour n'afficher que les correspondances totales entre le nom recherché par la personne qui effectue la recherche et les noms figurant dans la base de données. Dans un tel système, toute erreur annulerait l'inscription de l'avis puisque l'avis ne pourra être retrouvé par les personnes effectuant la recherche à l'aide du nom exact. Dans d'autres systèmes, il se peut que les correspondances partielles apparaissent, auquel cas les données inscrites pourraient bien s'afficher lors d'une recherche utilisant le bon code d'identité, même s'il y a erreur de nom. La question de savoir si l'erreur annule l'inscription dépendra de chaque cas d'espèce. Un test à la fois souple et utile consisterait à ne traiter l'erreur comme fatale que lorsque l'information divulguée sur l'avis risque d'induire en erreur la personne qui fait la recherche.

ii. Identification d'un créancier garanti

48. Si le nom et l'adresse du créancier garanti ou du représentant de ce dernier figurent sur l'avis déposé, les tiers peuvent le cas échéant contacter le créancier garanti ; de même, cela permet de s'assurer qu'une personne qui invoque l'avis pour affirmer être prioritaire y a bien droit. Les règles utilisées pour déterminer le nom exact du constituant peuvent également s'appliquer aux créanciers garantis. En revanche, le nom du créancier garanti ne constitue pas un critère de répertoriage. Les erreurs d'inscription ne posent donc pas le même risque d'induire en erreur le tiers qui effectue une recherche et d'annuler l'inscription.

iii. Description des biens grevés

49. Rien n'oblige absolument à exiger qu'un avis de nantissement décrive les biens grevés. Cependant, l'absence de description compliquerait la tâche pour le constituant désireux soit vendre des biens qui ne sont pas grevés, soit octroyer une sûreté sur ces biens. Il faudrait aux acheteurs potentiels et aux créanciers garantis une forme quelconque de protection (par exemple, une libération vis-à-vis du créancier garanti) avant de se lancer dans une opération portant sur les biens du constituant. L'absence de description diminuerait en outre la valeur de l'avis pour les liquidateurs et les créanciers judiciaires.

50. Pour toutes ces raisons, on exige généralement une description des biens grevés. Dans un système répertorié par constituant, la description de chaque article

est superflue. Une description générique (l'ensemble des biens corporels, l'ensemble des créances), voire supergénérique (l'ensemble des biens meubles présents et à acquérir) suffisent à ceux qui effectuent une recherche. La description générique est même indispensable pour assurer la publicité d'une sûreté octroyée sur des biens à acquérir, ou sur les fonds de roulement ou les universalités (par exemple, "l'ensemble des créances" ou "l'ensemble des stocks").

51. Une question plus délicate est celle de savoir si l'avis ne doit indiquer que la nature générique des biens grevés (les biens meubles, par exemple), même si la sûreté est limitée à un article spécifique (voiture unique, par exemple), ou si la description doit correspondre à la gamme réelle d'articles couverts par les documents d'information générale relatifs à la sûreté.

52. La première approche allège les formalités d'inscription et réduit le risque d'erreur dans la description. Elle permet aussi aux parties de modifier la convention constitutive de sûreté, à savoir d'y ajouter de nouveaux biens dans la même catégorie générique sans avoir à procéder à une nouvelle inscription. En revanche, cette approche peut rendre plus compliqué l'accès du constituant au crédit contre la partie non grevée des biens décrits. Puisque le rang de priorité est fixé en fonction de l'inscription initiale, une renonciation expresse est nécessaire pour protéger les acheteurs et créanciers garantis contre le risque que le constituant puisse ultérieurement élargir l'ensemble des biens grevés par une sûreté constituée en vertu d'une nouvelle convention.

iv. Valeur maximale de l'obligation garantie

53. Une autre question se pose : celle de savoir si un avis doit ou non préciser la valeur monétaire d'une obligation garantie. Il n'est guère souhaitable d'exiger que l'avis indique la valeur réelle ou prévue, car cela porterait atteinte à la souplesse de la ligne de crédit et du financement des échéances. Cela dit, les créanciers garantis pourraient être tenus de préciser le montant maximal à garantir. Avec cette approche, le constituant pourrait obtenir plus facilement un financement auprès d'autres créanciers garantis en utilisant la valeur résiduelle restant dans les biens grevés. Cela dit, le premier créancier garanti à obtenir une sûreté sur les biens du constituant représente généralement la source de crédit la moins coûteuse et la plus accessible. En outre, si des estimations excessives sont systématiquement inscrites sur l'avis, cette disposition perd toute sa valeur.

d. Accès à des informations plus détaillées

54. Les acheteurs potentiels et les créanciers garantis peuvent normalement supporter les risques afférents aux avis inscrits sans avoir à approfondir leurs recherches. Ils peuvent refuser de continuer de faire affaire avec le constituant, ou encore exiger que le constituant fasse annuler l'inscription (dans les cas où l'inscription ne constitue pas une modification ou lorsqu'un nouveau créancier garanti accepte de dégager suffisamment de fonds pour rembourser le précédent créancier garanti inscrit).

55. Les tiers qui se trouvent en position de créanciers chirographaires ou de représentants d'insolvabilité se trouvent dans une position quelque peu différente. Déjà, ils peuvent invoquer une créance réelle ou éventuelle sur les biens grevés. Cela dit, la valeur de cette créance ne peut être évaluée que si l'on a accès à une

preuve non officielle de la convention constitutive de sûreté et du montant actuel de l'obligation en souffrance. Étant donné que le constituant de la sûreté peut ne pas être une source d'information très crédible, ou qu'il peut faire preuve de mauvaise volonté, il peut être souhaitable d'obliger, au plan juridique, les créanciers garantis à répondre directement, et dans un délai raisonnable, aux demandes de renseignements émanant de tiers manifestant un intérêt légitime.

e. Durée de l'inscription

56. La durée des opérations financières garanties peut être très variable. Il peut être répondu au besoin de souplesse qui en découle de l'une de deux manières. Primo, on peut permettre aux inscrits de choisir eux-mêmes la durée de l'inscription, avec possibilité de renouvellement. Secundo, on peut fixer une durée universelle (de cinq ans, par exemple), là encore avec la possibilité de renouvellement.

57. Pour le financement à moyen et long terme, la première approche diminue le risque pour les créanciers garantis de perdre leur rang de priorité s'ils manquent à renouveler l'avis en temps voulu. S'agissant d'arrangements à court terme, la seconde approche diminue le risque pour le constituant de voir les créanciers garantis faire durer l'inscription pour une durée démesurément longue, par excès de prudence.

58. Quelle que soit la démarche adoptée, il convient, du point de vue du constituant, d'effacer l'avis du registre après un délai raisonnable suivant le désintéressement du créancier garanti. Au nombre des solutions possibles on pourrait imaginer une amende à payer par le créancier garanti qui n'annulerait pas l'avis, assortie de la mise en place de formalités simplifiées pour l'annulemment obligatoire si le créancier garanti ne répond pas à la demande justifiée du constituant. Pour inciter plus encore à prendre les mesures voulues en temps opportun, il serait peut-être souhaitable d'assurer aux créanciers la gratuité de l'annulation.

f. Questions administratives

i. Questions administratives

59. Si les registres sont gérés sur une base régionale ou locale, des règles compliquées s'imposent pour pouvoir déterminer le registre qui convient et pour tenir compte de l'éventuel déplacement des biens du constituant. En revanche, l'existence d'un registre national unique est source d'inégalité d'accès. L'informatisation des données résout ce problème car elle permet non seulement l'inscription de tous les avis dans un fichier central, mais encore les inscriptions et recherches à distance.

60. Une base de données électronique peut fort bien accueillir un registre pleinement informatisé, auquel les clients ont directement accès, pour les inscriptions comme pour les recherches. Le coût du fonctionnement et de la mise à jour du système en est réduit d'autant. Avec ce type de système, les formalités d'inscription sont facilitées, car la partie qui procède à l'inscription contrôle directement le calendrier des opérations et il n'y a pas d'écart entre le dépôt de l'avis et l'entrée effective des renseignements figurant dans l'avis dans la base de données. Peut-être plus important encore, avec un système totalement informatisé, ce sont ceux qui procèdent à l'inscription et qui font les recherches qui sont

responsables de l'exactitude des données, d'où de moindres frais de personnel et de fonctionnement.

61. En fin de compte, le niveau optimal d'informatisation dépendra du bagage informatique des utilisateurs du registre, mais aussi de la qualité de l'infrastructure en télécommunications et de la réponse à la question de savoir si les recettes attendues suffiront pour permettre de recouvrer le coût d'investissement de la mise en place du système dans des délais raisonnables. L'objectif global est de parvenir à un système d'inscription et de recherche aussi simple, aussi transparent et aussi accessible que possible, dans le contexte spécifique à chaque État.

ii. Responsabilité en cas d'erreur

62. Si le système est entièrement informatisé, il n'y a aucun risque d'erreur humaine DE la part des services du registre, que ce soit au stade de l'inscription ou à celui de la recherche. La responsabilité retombe sur les personnes qui s'inscrivent ou qui font une recherche. Pour ce qui est du risque de défaillance du système, les conséquences peuvent en général être atténuées si l'on notifie rapidement les clients et si l'on proroge les délais qui auraient pu arriver à échéance durant la période de défaillance. Si c'est le personnel du registre qui entre les données, il y a risque d'erreur lors de la saisie ou ressaisie des données mais, là encore, on peut y pallier en mettant en place des contrôles électroniques de validation et en s'assurant que l'on fait bien parvenir au client une copie de l'inscription ou des résultats de la recherche.

63. Quelle que soit la conception du système, il convient d'indiquer clairement les responsabilités, mais aussi les limites de la responsabilité du personnel du registre en cas d'erreur humaine ou de défaillance du système. On pourrait envisager une solution compromise en vertu de laquelle une partie des recettes du registre servirait à constituer un fonds d'indemnisation : il conviendrait alors de fixer un plafond pour les indemnités versées pour chaque incident.

64. Dans l'hypothèse d'un recours en indemnisation, il conviendrait alors de préciser le partage des responsabilités entre les personnes qui procèdent à une inscription et les tiers qui font une recherche d'avis. Les règles pourraient prévoir qu'une erreur d'indexation imputable au personnel du registre ne nuit pas à la publicité d'une sûreté, sauf lorsqu'un créancier garanti ou un acquéreur peut prouver qu'il a fait une recherche et a subi un préjudice effectif pour avoir agi contre ses propres intérêts à cause de l'erreur apparue dans le registre.

iii. Frais d'inscription

65. Des frais d'inscription et de recherche élevés, dans un but lucratif plutôt que dans l'intention de financer le coût du système, constituent en fait une taxe sur les sûretés, en dernière instance à la charge du constituant. Si l'on tient à favoriser l'accès à un crédit garanti à un coût raisonnable, les frais doivent être fixés à un taux raisonnable, de manière à encourager le recours au système, tout en permettant à celui-ci de recouvrer les dépenses d'équipement et de fonctionnement dans un délai raisonnable.

iv. Considérations relatives à la confidentialité et à la vie privée

66. Dans un système de dépôt d'avis, la relation entre le constituant et le créancier garanti est plus confidentielle, dans la mesure où les détails de la relation qui apparaissent dans le registre public sont limités.

67. La question de la confidentialité en soulève une autre : celle de savoir si le système doit être conçu de manière à permettre une recherche à partir du nom du créancier garanti en plus de celui du constituant. S'il est vrai que le volume et la teneur des avis déposés par une institution financière ou autre établissement de crédit n'ont guère à voir avec la vocation du registre, ce type d'information peut avoir une valeur marchande dans le sens où il permet d'acheter des listes de clients ou permet à des entreprises de vendre des produits financiers ou autres semblables. Ces recettes supplémentaires sont tentantes, mais il se peut que l'affichage et la vente de ce type d'information entraînent une perte de confiance, et même qu'elles soient en violation des lois sur le respect de la vie privée.

g. Les effets de la priorité

i. Inscription précoce

68. Avec la création d'un registre des opérations garanties, on peut résoudre la question des sûretés concurrentes sur le même bien grevé en adoptant la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription. Les exceptions à cette règle sont examinées en détail dans le Chapitre consacré à la priorité (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 12 à 17). À ce stade, il est pourtant un point particulièrement pertinent, celui de savoir si un créancier garanti doit être autorisé à déposer un avis avant la constitution effective de la convention de sûreté (idée analogue à celle de pré-notification d'une hypothèque dans un registre foncier.

69. L'inscription précoce permet à un créancier garanti d'établir son rang de priorité par rapport à d'autres créanciers garantis sans avoir à vérifier si d'autres avis de sûreté ont été déposés avant de verser des fonds. Elle permet aussi d'éviter le risque d'annulation de l'inscription lorsque la convention constitutive de sûreté sous-jacente présente un problème technique lors de l'inscription pour être réglé par la suite, ou lorsqu'il y a incertitude quant au moment exact auquel la convention constitutive de sûreté a été conclue.

70. Du point de vue du constituant, une protection adéquate contre le risque de voir apparaître une sûreté peut être assurée par les mêmes mesures que celles utilisées dans le cas d'inscriptions non autorisées (c'est-à-dire que le constituant nommé doit être informé de toute inscription et qu'il convient de créer une procédure administrative simplifiée pour permettre au constituant d'annuler l'inscription si le créancier garanti n'agit pas dans un délai raisonnable).

ii. Restrictions à la priorité

71. Il est précisé ailleurs dans ce Chapitre que l'inscription ne constitue pas toujours le meilleur mode de publicité sur le plan de la priorité, lorsque, par exemple, les biens grevés sont constitués de biens d'investissement rendus publics par voie de contrôle ou lorsqu'ils doivent être inscrits dans un registre de titres de propriété ou un système de certificats de titre de propriété (voir les par. 17 à 19 et 26 à 33).

72. Par ailleurs, si l'inscription peut être l'une des conditions de l'opposabilité d'une sûreté, il n'en découle pas qu'une sûreté inscrite puisse être opposable à toutes les catégories de tiers. Par exemple, un acquéreur qui achète des stocks dans le cours normal des affaires le fait habituellement libre de toute sûreté octroyée par le vendeur. De même, l'existence d'une sûreté ne porte généralement pas atteinte aux droits acquis par un preneur à bail ou un licencié sur les biens grevés, sous réserve d'un titre nominatif. Enfin, les tiers qui acquièrent des espèces ou des effets négociables dans le cadre normal des affaires sont généralement protégés vis à vis d'une sûreté préalablement inscrite.

73. Il est question de ces règles dans le chapitre sur la priorité (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 34 à 43), mais, aux fins du présent chapitre, l'essentiel est que l'inscription d'un avis de sûreté ne nuise pas à la liberté des tiers de faire des opérations commerciales normales avec le constituant portant sur les biens grevés sans avoir à consulter le registre des opérations garanties ni être lié par une sûreté inscrite dont il aurait connaissance.

h. Inscription et réalisation

74. Dans certains systèmes juridiques, un créancier garanti est tenu de déposer un avis de paiement en souffrance avant de pouvoir engager un recours en réalisation à l'égard des biens grevés. Dans d'autres systèmes, l'inscription n'est pas une condition préalable de la réalisation. La question du choix entre ces deux approches dépend partiellement de la partie à qui il incombe de notifier l'action en réalisation aux tiers ayant un intérêt inscrit dans les biens grevés. Si cette responsabilité incombe directement au créancier garanti, l'inscription n'est peut-être pas obligatoire. En revanche, si elle incombe au responsable du registre ou autre fonctionnaire, l'inscription est indispensable pour déclencher l'obligation pour celui-ci de notifier les autres créanciers inscrits.

75. L'inscription précoce de l'intention d'engager une action en réalisation peut éviter aux créanciers concurrents, garantis ou non, qui envisageraient d'engager une action en réalisation d'avoir à faire des recherches supplémentaires. Sinon, ils seraient obligés de faire ces recherches supplémentaires pour déterminer si l'un d'entre eux avait engagé une telle action. Si, dans la pratique, il faut un minimum de communication entre créanciers pour assurer une coordination efficace, l'inscription permettrait au moins aux créanciers de mieux cibler leur recherche. (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5, par....).

i. Élargissement du registre aux opérations non garanties

i. Titres de propriété et autres mécanismes

76. Une sûreté peut parfois être octroyée par le truchement du transfert du titre de propriété au créancier garanti dans le cadre d'une « cession » ou « fiducie », étant entendu que le titre est restitué une fois satisfaite l'obligation de crédit incombant à l'acquéreur ou bénéficiaire (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 29 à 45). Puisque la raison d'être de la publicité vaut quelle que soit l'opération, les systèmes juridiques dotés de lois modernes et complètes sur les opérations garanties ont adopté une approche large qui englobe toutes les opérations visant à garantir une obligation due à un créancier.

77. Cependant, les opérations garanties ne sont pas les seules à soulever des problèmes de publicité. L'existence du moindre titre de propriété entraîne des risques pour les tiers qui croient faire affaire avec le propriétaire apparent. En outre, dans la mesure où ils ne sont pas rendus publics, ces autres droits peuvent porter atteinte au rang de priorité.

78. Un moyen d'atténuer ces problèmes consiste à étendre l'obligation de publicité qui existe pour les sûretés à toutes les opérations commerciales portant sur des biens meubles susceptibles de poser des problèmes sur le plan de la publicité. Côté pratique, il faudrait faire de l'inscription d'un avis dans le registre des opérations garanties une condition préalable à l'opposabilité de l'opération à des tiers.

79. Les catégories les plus évidentes d'opérations quotidiennes se prêtant à ce mécanisme sont les suivantes :

- Vente de biens corporels assortie d'une clause de réserve du titre de propriété comme sûreté sur le prix d'achat ;
- Obligation locative visant des biens corporels sur une durée assez longue (une année, disons);
- Cession directe de créances monétaires;
- Expédition en vue de la vente de biens corporels;
- Sûreté non conventionnelle sur des biens corporels constituée par le jeu de la loi.

80. Il est moins aisé de trancher la question de savoir si les règles régissant les sûretés inscrites doivent également s'appliquer à ce genre d'opération. La règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription présente manifestement un intérêt lorsqu'une cession de sûretés vient concurrencer une sûreté sur les mêmes créances. En revanche, quand il s'agit d'une obligation locative, d'une expédition, ou d'une vente assortie d'une clause de réserve de titre de propriété, il convient de limiter la priorité chronologique afin de préserver le bailleur, le vendeur ou l'expéditeur vis à vis d'autres sûretés, éventuellement sous réserve que l'inscription soit effectuée avant l'expiration d'un délai donné, une fois l'opération effective. Ces détails sont repris dans le chapitre consacré à la priorité (document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 21 à 33).

81. The extension of the publicity and priority rules applicable to secured transactions to other commercial dealings is reflected at the international level in two conventions. The first is the Convention on International Interests in Mobile

Equipment which extends the international registry contemplated by the Convention beyond charges to also include retention of title agreements in favour of sellers and aircraft leasing arrangements. The second is the United Nations Assignment Convention under which the choice of law rules governing issues of publicity and priority apply to both the outright assignment and the grant of security in receivables.

ii. Créanciers judiciaires

82. Un créancier judiciaire peut être autorisé à inscrire un avis de jugement dans le registre des opérations garanties ; l'inscription confère automatiquement une priorité équivalente à une sûreté générale sur les biens meubles du débiteur. Il se peut que cette démarche incite indirectement les débiteurs à régler rapidement leurs créances judiciaires car ce mécanisme aurait comme effet d'empêcher le débiteur de vendre ou d'octroyer des sûretés à des tiers avant d'avoir réglé la créance judiciaire et fait annuler l'inscription.

83. Si cette approche est adoptée, il faut veiller à ce que le droit du créancier judiciaire ne soit pas contraire aux politiques d'insolvabilité exigeant l'égalité de traitement pour tous les créanciers chirographaires. On peut résoudre ce problème en introduisant une règle selon laquelle le représentant de l'insolvabilité obtient automatiquement une sûreté sur toute autre sûreté judiciaire antérieure (éventuellement sous réserve d'un privilège spécial en faveur du créancier judiciaire inscrit afin de compenser les frais, et efforts, d'inscription (voir également le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 44 à 49).

7. Autres modes de publicité

84. De préférence à un registre public, certains systèmes juridiques optent pour des mécanismes d'inscription plus limités (par exemple, l'inscription dans la comptabilité du constituant, ou dans le registre d'un notaire public ou autre fonctionnaire de la cour, ou encore dans le journal local du lieu de résidence du constituant ou dans un bulletin officiel). Bien que certains de ces modes d'inscription prennent au sérieux le risque d'antidatage frauduleux, par rapport à un registre intégral des opérations garanties, il leur manque le caractère permanent et la facilité d'accès à même de protéger les tiers.

85. Dans certains systèmes juridiques, la publicité doit se faire sous forme de plaque ou autre avis matériel affiché sur le bien grevé. Ce moyen de publicité est d'une efficacité limitée, car le constituant peut facilement en abuser. Cela dit, dans certains secteurs, la spécificité des biens et des pratiques commerciales se prête à cette forme de possession symbolique (par exemple, le marquage du bétail au fer).

8. Opposabilité des sûretés n'ayant pas fait l'objet d'une publicité

a. Opposabilité au constituant

86. La publicité a trait aux effets de la sûreté sur les tiers. Logiquement, il ne devrait donc pas être nécessaire de faire de la publicité pour constituer une sûreté que le créancier garanti peut opposer au constituant.

87. De toutes façons, pour la plupart des questions concernant les parties immédiates, la relation entre la publicité et la constitution d'une sûreté n'est,

concrètement, guère pertinente. En effet, le créancier garanti a des droits contractuels sur les biens pertinents dès le moment où la sûreté est constituée. Tant que le constituant est la seule autre partie, peu importe que les droits du créancier garanti lui confèrent la pleine propriété ou soit de l'ordre du droit individuel.

b. Opposabilité aux tiers

i. Considérations d'ordre général

88. Il existe trois possibilités pour déterminer l'opposabilité légale à des tiers d'une sûreté non soumise à publicité. La première consiste à considérer la sûreté comme étant opposable dès sa constitution, sous réserve d'une protection spéciale pour des catégories spécifiques de tiers – ceux, par exemple, qui se fient, à leurs dépens, à la propriété apparente du constituant. La deuxième consiste à faire de la publicité une condition sine qua non de l'opposabilité d'une sûreté à des tiers. La troisième consiste à soumettre une sûreté à la publicité uniquement à l'égard de certaines catégories de tiers.

89. Vu la diversité des solutions possibles, il serait peut-être plus utile d'examiner la question de l'opposabilité d'une sûreté qui n'a pas été rendue publique à l'égard des principales catégories de créanciers concurrents.

ii. Créanciers garantis concurrents

90. Si les sûretés sans dépossession peuvent prendre effet à l'égard de créanciers garantis concurrents sans avoir à faire l'objet d'une publicité, le coût direct des opérations garanties en est réduit et il n'y a pas lieu alors d'engager des frais pour l'établissement d'un registre des opérations garanties. En revanche, la publicité permet à tous les créanciers garantis concurrents de mieux mesurer le risque encouru en fonction de leur rang de priorité. En l'absence d'un tel registre, ils doivent faire confiance au constituant, et compter sur leurs propres recherches et sur leur intuition. Cette obligation de procéder à des recherches peut freiner l'accès au crédit pour certains emprunteurs potentiels ne possédant pas un solide dossier de crédit, et aussi restreindre la concurrence sur le marché du crédit.

91. Si la publicité est obligatoire, la question de savoir si une connaissance effective compense l'absence de publicité ne se pose plus. Sinon, une sûreté non rendue publique primerait une sûreté soumise à publicité et acquise avec la connaissance d'une sûreté antérieure non soumise à publicité. Ce qui aurait comme effet potentiel de compromettre, d'une part, la certitude et la crédibilité nées d'une règle générale qui voudrait que les sûretés soient soumises à publicité et, d'autre part, la valeur de la règle voulant que le premier inscrit soit le premier dans la hiérarchie des priorités dans le contexte des sûretés concurrentes rendues publiques par inscription d'un avis dans un registre des opérations garanties. Qui plus est, il n'y a ni injustice ni mauvaise foi dans l'obligation faite au premier inscrit de supporter les conséquences de son éventuel manquement à faire une publicité en temps opportun.

iii. Cessionnaires de biens grevés

92. Vu que les sûretés confèrent un droit, un créancier garanti est supposé pouvoir faire valoir son droit sur des biens dont le titre est acquis par un acheteur tiers dans le cadre d'une cession par le constituant (c'est le "*droit de suite*"). En l'absence

d'une obligation de publicité, le maintien du *droit de suite* du créancier garanti doit être vu dans le contexte de l'obligatoire protection de la certitude des cessions de biens meubles. Ce qui obligera peut-être l'adoption d'une règle protégeant le titre acquis par un acheteur qui ne connaît pas ou est censé ne pas connaître l'existence d'une sûreté n'ayant pas fait l'objet d'une publicité. Avec l'obligation de publicité, ce choix entre deux valeurs n'est plus à faire. Les acheteurs peuvent se protéger avant l'achat en vérifiant que le constituant est effectivement propriétaire du bien grevé ou qu'il en a le contrôle et en s'enquérant auprès du registre des opérations garanties ou du registre des titres de propriété, selon le cas (on peut aussi prévoir une dérogation pour les acheteurs dans le cours normal des affaires, les acheteurs de bonne foi et, éventuellement d'autres acheteurs peu informés; voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. 34 à 43).

93. Se pose également la question de savoir si une sûreté n'ayant pas fait l'objet d'une publicité est opposable à un acheteur qui acquiert un bien grevé en toute connaissance de cause. Les règles de priorité faisant intervenir une connaissance effective obligent à enquêter de manière objective sur un état d'esprit, lequel est éminemment subjectif, ce qui particulièrement difficile dans le contexte des entreprises et autres personnes morales. Les différends en sont plus difficiles à trancher. Un compromis possible consisterait à considérer qu'une sûreté non rendue publique est inopposable uniquement aux acheteurs qui acquièrent et le titre et la possession effective des biens grevés. Ce qui ferait de la possession par l'acheteur un acte de publicité par préemption.

iv. Preneurs

94. La position du preneur de biens grevés est quelque peu différente de celle de l'acheteur ou autre cessionnaire. Étant donné que le preneur n'achète rien, il ne saurait prétendre, preuves objectives à l'appui, avoir subi un préjudice pour avoir cru que le constituant possédait la pleine propriété des biens. Pour cette raison, ce serait peut-être une bonne idée d'exiger que le preneur respecte une sûreté préalable, que celle-ci ait ou non été rendue publique. En revanche, il convient de tenir compte des ressources supplémentaires à dégager quand il faut régler un différend dont l'objet est le statut d'un cessionnaire et des complications éventuelles découlant d'un changement dans la position du preneur après la donation.

v. Représentants d'insolvabilité

95. En l'absence d'obligation de publicité, une sûreté est généralement opposable au représentant d'insolvabilité du constituant ou aux créanciers judiciaires, à condition que la sûreté soit octroyée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (ou avant que toute période durant laquelle il y aurait soupçon d'insolvabilité n'ait commencé). L'on justifie parfois cet état de choses en avançant que les créanciers chirographaires ne comptaient pas sur la possession non grevée du constituant lorsqu'ils ont consenti un crédit. Même s'ils comptaient effectivement dessus, le fait même d'avoir consenti un crédit sans prendre de sûreté signifie l'acceptation du risque de subordination par rapport aux créances de créanciers garantis ultérieurs.

96. En revanche, l'obligation de publicité avant une procédure d'insolvabilité protège contre le risque d'antidatage frauduleux des instruments de garantie. Plus important encore, elle réduit le coût de l'insolvabilité en donnant au représentant

d'insolvabilité un moyen efficace d'identifier les sûretés risquant d'être opposables (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 2). En dehors des procédures formelles d'insolvabilité, la publicité permet également aux créanciers judiciaires de déterminer, avant d'engager une procédure en réalisation coûteuse, si les biens du débiteur sont ou non déjà grevés (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 49).

B. Résumé et recommandations

97. C'est en enlevant au constituant les biens grevés que, traditionnellement, on rend publique l'existence d'une sûreté sur des biens meubles. Bien que la dépossession ne signale pas en bonne et due forme que les biens absents sont effectivement engagés, elle indique néanmoins clairement aux tiers que le constituant n'a plus la pleine propriété des biens en cause. Pour en arriver là, la possession doit toutefois être réelle, et non fictive. Si le constituant garde la propriété apparente, les tiers ne sont plus protégés.

98. Or, la dépossession physique n'est pas possible lorsque les biens grevés sont constitués d'obligations incorporelles que le constituant doit à un tiers. On peut en revanche trouver l'équivalent fonctionnel de la dépossession en transférant le contrôle légal de l'obligation qu'un tiers doit au créancier garanti. Par exemple, le contrôle d'un compte de dépôt auprès d'une institution financière ou d'une compagnie d'assurance peut être mis au nom du créancier garanti ou l'on peut obtenir le consentement de l'établissement dépositaire à accepter les instructions du créancier garanti.

99. Pour les créances monétaires, un créancier garanti peut généralement en obtenir le contrôle légal en demandant au tiers visé par l'obligation de lui verser directement les sommes dues. Cependant, il peut ne pas être souhaitable de considérer cette démarche comme constituant une publicité suffisante. Cette règle obligerait les créanciers potentiels, les cessionnaires éventuels et d'autres tiers souhaitant trouver leur place dans la hiérarchie des priorités à faire une recherche pour savoir si un créancier garanti antérieur avait déposé un avis faisant état de la sûreté qu'il détenait. Cette obligation de recherche freinerait le crédit garanti fondé sur l'ensemble des créances d'exploitation présentes et à acquérir du constituant.

100. La dépossession physique ou le transfert de contrôle n'est pas possible lorsque le constituant doit continuer d'utiliser les biens grevés dans le cours normal de ses affaires. De nombreux États ont créé des registres spécifiques de certificats de titres ou de titres de propriété pour des catégories limitées de biens de grande valeur, tels que véhicules routiers, navires, aéronefs ou brevets. Lorsque ces registres existent, ils constituent un autre mode de publicité, étant donné que les tiers faisant affaire avec le constituant peuvent se protéger en faisant une recherche dans le registre des titres ou en examinant les notations inscrites sur les certificats de titres.

101. Les modes de publicité covenant pour les titres ou les biens ne conviennent pas pour les sûretés sur des fonds génériques des biens réels et à acquérir, tels que les stocks, ni pour les sûretés sur des biens spécifiques dont la valeur ne justifie pas un registre des titres. La seule solution alors possible est d'établir un registre des opérations garanties dans lequel est inscrit un avis de sûreté, renvoyant au nom du constituant.

102. En l'absence d'un registre complet des opérations garanties, il est inutile de faire de la publicité une condition indispensable à l'opposabilité d'une sûreté à un tiers. À supposer que les règles régissant la constitution d'une sûreté soient respectées, les droits d'un créancier garanti à l'égard de tiers seraient alors constatés par rapport aux règles de priorité fondées sur une décision de principe quant aux catégories de créanciers tiers qui devraient recevoir les biens libres de toute sûreté dont ils n'auraient pas connaissance ou qu'ils n'ont aucun moyen de connaître.

103. Les États qui s'intéressent à l'idée d'introduire un registre complet des opérations garanties dans le but de créer des marchés financiers compétitifs devraient donc établir un tel registre dans lequel seraient inscrits les avis de sûretés, et ce afin de permettre aux créanciers garantis potentiels ainsi qu'aux tiers de connaître leur place dans la hiérarchie de priorités avec une plus grande certitude et une plus grande crédibilité. Auquel cas, il conviendrait de trancher un certain nombre de points, et notamment de déterminer:

(a) si l'inscription dans un registre des opérations garanties confère un rang de priorité plus élevé que ne le fait une sûreté rendue publique par voie de dépossession ou de contrôle;

(b) si la publicité par voie de dépossession ou de contrôle confère un rang de priorité plus élevé par rapport aux acheteurs ou créanciers garantis concurrents pour certaines catégories de biens grevés, par exemple, les instruments négociables, dans l'intérêt de préserver la négociabilité;

(c) au cas où les biens grevés sont couverts par un registre spécialisé de titres de propriété ou par une notation sur un certificat de titre, si les sûretés concurrentes et les sûretés détenues par d'autres tiers rendues publiques par ces moyens priment une sûreté rendue publique par dépossession ou par inscription sur un registre général des opérations garanties;

(d) dans le cas d'un registre indexé en fonction du nom du constituant, quel est le moyen le plus approprié de tenir compte des questions relatives à la publicité que peut se poser un cessionnaire éloigné dont les biens sont soumis à l'inscription d'un avis, c'est-à-dire un cessionnaire qui acquiert les biens grevés d'une entité qui succédant au constituant. Si le créancier garanti n'a pas modifié l'avis pour y ajouter le nom de l'auteur du transfert, se pose la question de savoir si la sûreté doit rester opposable à un cessionnaire qui n'en aurait pas connaissance. Ou alors, se pose la question de savoir si l'inscription de biens spécifiques devrait être une condition préalable de l'opposabilité à des tiers d'une sûreté sur des biens grevés d'une valeur relativement élevée et pour lesquels il existe un marché de revente (voitures, canots à moteur, camping cars);

(e) quelles sont les conditions nécessaires pour qu'un avis inscrit soit légalement opposable ? Plus précisément : qu'est-ce qui constitue une identification adéquate du constituant et une description adéquate des biens grevés ? ; la valeur maximale de l'obligation devant faire l'objet d'une sûreté doit-elle être précisée dans l'avis inscrit ? la durée de l'inscription, avec possibilité de renouvellement en temps opportun, doit-elle être déterminée en fonction de la durée fixée par le registre ou par voie législative ? l'inscription avant la constitution effective de la sûreté est-elle admissible ? une inscription unique peut-elle suffire pour rendre publique une sûreté octroyée dans le cadre de conventions constitutives successives entre les mêmes parties et visant les mêmes biens ?;

(f) les techniques qui existent pour protéger un constituant contre des inscriptions non autorisées ou fausses;

(g) si certaines catégories de tiers sont en droit de demander directement au créancier garanti des détails supplémentaires sur un accord de financement : copropriétaires, créanciers chirographaires judiciaires et le représentant d'insolvabilité du constituant;

(h) la meilleure politique en matière de conception et de fonctionnement d'un registre, notamment pour ce qui est de l'établissement du registre, des frais de recherche et du degré d'informatisation du système;

(i) si l'inscription doit être une condition sine qua non de l'opposabilité à des tiers d'opérations d'achat ou de vente de biens meubles sans dépossession, même lorsqu'il ne s'agit pas de garantir une obligation, comme un long bail sur des biens meubles corporels, une vente assortie d'une clause de réserve de paiement en attendant que le paiement intervienne, une cession définitive de créances sur des biens incorporels.