



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarantième session
Vienne, 25 juin-12 juillet 2007

Sûretés**Projet de guide législatif sur les opérations garanties****Note du secrétariat*****Additif**

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-19	5
A. Objet du Guide	1-12	5
B. Terminologie et règles d'interprétation	13-19	8
I. Principaux objectifs d'un régime efficace en matière d'opérations garanties	20-31	17
A. Promouvoir le crédit garanti	21	17
B. Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale de différents types de biens à titre de garantie dans des opérations garanties aussi diverses que possible	22	17
C. Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace	23	17
D. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit et de diverses formes d'opérations garanties	24	18
E. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession	25	18

* La présente note est soumise 6 semaines après la date limite, fixée à 10 semaines avant le début de la session, car il a fallu achever les consultations et modifier le texte en conséquence.



F.	Renforcer la prévisibilité et la transparence concernant les droits ayant une fonction de sûreté en prévoyant l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés	26	18
G.	Établir des règles de priorité claires et prévisibles	27	18
H.	Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace	28	19
I.	Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées	29	19
J.	Reconnaître l'autonomie des parties	30	19
K.	Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de droit international privé	31	19
II.	Champ d'application et autres règles générales	32-77	20
A.	Champ d'application	32-54	20
1.	Biens, parties, obligations, sûretés et autres droits	33-40	20
2.	Transferts purs et simples de créances	41-45	21
3.	Aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires, valeurs mobilières et propriété intellectuelle	46-50	22
4.	Biens immeubles	51-52	24
5.	Produit de types de bien exclus	53	24
6.	Autres exceptions	54	24
B.	Autres règles générales	55-56	25
1.	Autonomie des parties	55	25
2.	Communications électroniques	56	25
C.	Exemples de pratiques de financement visées par le Guide	57-77	25
1.	Financement de l'acquisition de stocks et de matériel	58-63	26
2.	Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances	64-66	27
3.	Affacturage	67-69	27
4.	Titrisation	70-72	28
5.	Financement par des prêts à terme	73-75	29
6.	Transfert de la propriété à titre de garantie	76	29
7.	Opérations de cession-bail	77	29
D.	Recommandations		30
III.	Mécanismes fondamentaux en matière de sûretés	78-141	30
A.	Remarques générales	78-141	30
1.	Introduction	78-81	30
2.	Instruments traditionnellement conçus pour servir de sûreté mobilière	82-115	31

a)	Les sûretés sur les biens meubles corporels	82-108	31
b)	Les sûretés sur les biens meubles incorporels	109-115	37
3.	L'utilisation de la propriété à titre de sûreté	116-130	39
a)	Le transfert de propriété	117-121	40
b)	La réserve de propriété	122-130	41
4.	Approche intégrée et fonctionnelle en matière de sûretés	131-141	44
B.	Recommandations		47
IV.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	142-247	47
A.	Remarques générales	142-227	47
1.	Introduction	142-147	47
2.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière	148-160	48
3.	Éléments essentiels d'une convention constitutive de sûreté	161-165	51
4.	Forme d'une convention constitutive de sûreté	166-169	52
5.	Obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté	170-179	53
6.	Biens pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté	180-200	56
a)	Biens futurs	181-185	56
b)	Biens exclus	185-187	58
c)	Identification des biens	188-190	58
d)	Sûreté réelle mobilière sur l'ensemble des biens d'un constituant	191-199	59
e)	Responsabilité du créancier garanti en cas de perte ou de dommage causés par des biens grevés	200	62
7.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit	201-215	62
a)	Notion de produit	201-206	62
b)	Assiette d'une sûreté réelle mobilière sur le produit	207-213	63
c)	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit	214-215	65
8.	Produit mélangé	216-218	66
9.	Biens meubles corporels mélangés	219-221	67
10.	Biens meubles corporels mélangés pour former une masse ou un produit fini	222	68
11.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché	223-225	68
12.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini	226-227	69
B.	Recommandations sur des biens particuliers	228-247	69

1.	Effacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances...	228	69
2.	Effacité d'une cession de créances faite en dépit d'une clause d'incessibilité.....	229-232	70
3.	Constitution d'une sùreté réelle mobilière sur une sùreté personnelle ou réelle garantissant une créance, un instrument négociable ou tout autre bien meuble incorporel.....	233-244	70
4.	Constitution d'une sùreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant.....	245-246	73
5.	Constitution d'une sùreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable.	247	73
C.	Recommandations.....		73

Introduction

A. Objet du Guide

1. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après “le Guide” ou “le présent Guide”) a pour objet d’aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties (c’est-à-dire les opérations constituant une sûreté réelle sur des biens meubles; pour la définition d’”opération garantie”, voir le paragraphe 19 ci-après) afin de promouvoir l’offre de crédit garanti. Il s’adresse aux États qui n’ont pas actuellement de lois efficaces et effectives dans ce domaine, aussi bien qu’à ceux qui en ont déjà, mais qui souhaitent les revoir ou les moderniser, ou encore les harmoniser ou les coordonner avec celles d’autres États.

2. Le Guide part du principe que des lois rationnelles sur les opérations garanties peuvent offrir des avantages économiques considérables aux États qui les adoptent, notamment inciter des prêteurs et d’autres fournisseurs de crédit nationaux et étrangers à octroyer des financements, promouvoir le développement et la croissance des entreprises nationales (en particulier des petites et moyennes entreprises) et, d’une façon générale, accroître les échanges. De telles lois procurent également des avantages aux consommateurs en abaissant le coût des biens et des services et en facilitant l’accès au crédit à la consommation. Pour porter leurs fruits, elles doivent s’appuyer sur des systèmes judiciaires et d’autres mécanismes d’application efficaces et effectifs, mais également être étayées par des lois sur l’insolvabilité respectant les droits qu’elles confèrent (voir le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité*)¹.

3. Le Guide s’efforce de transcender les différences entre régimes juridiques pour proposer des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes. Il vise l’élaboration de lois procurant des avantages économiques concrets aux États qui les adoptent. Il est possible que les États aient à supporter des dépenses prévisibles, toutefois limitées, pour élaborer et appliquer de telles lois, mais la vaste expérience accumulée montre que ces dépenses devraient être largement compensées par les avantages à court et à long terme qui seront obtenus.

4. Toutes les entreprises – qu’il s’agisse de fabricants, de distributeurs, de prestataires de services ou de détaillants – ont besoin d’un fonds de roulement pour fonctionner, se développer et être compétitives. Des études réalisées par des organisations telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (“Banque mondiale”), le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (“BERD”) ont démontré que l’octroi de crédits garantis est l’un des moyens les plus efficaces de doter les entreprises commerciales d’un fonds de roulement.

5. L’efficacité d’un crédit garanti réside dans la possibilité qu’il offre aux entreprises d’utiliser la valeur intrinsèque de leurs biens afin de réduire le risque des créanciers, ceux-ci pouvant en effet accéder aux actifs grevés pour se faire rembourser en cas de non-paiement de l’obligation garantie. Dès lors que le risque

¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

de non-paiement est réduit, l'offre de crédit tend à augmenter et le coût du crédit à diminuer.

6. Un système juridique favorable au crédit garanti est essentiel si l'on veut atténuer le sentiment de risque que suscitent les opérations de crédit et promouvoir l'offre de crédit garanti. Il est plus facile pour les entreprises d'obtenir des crédits garantis dans les États qui ont des lois efficaces et effectives produisant des résultats cohérents et prévisibles pour les créanciers en cas de défaillance des débiteurs. D'un autre côté, dans les États qui n'ont pas de telles lois et où les créanciers ont l'impression que les risques juridiques liés aux opérations de crédit sont élevés, le coût du crédit tend en règle générale à augmenter, car lesdits créanciers exigent une rémunération accrue pour évaluer et assumer ce surcroît de risque. Dans certains États, l'absence de régime efficace en matière d'opérations garanties ou d'insolvabilité, dans lequel les sûretés réelles mobilières soient reconnues, a abouti à la quasi-disparition du crédit aux petites et moyennes entreprises commerciales ainsi qu'aux consommateurs.

7. En aidant à la création et à la croissance d'entreprises individuelles, un régime juridique qui promeut le crédit garanti peut avoir un effet positif sur la prospérité économique générale de l'État. Ainsi, les États qui n'ont pas de régime efficace et effectif sur les opérations garanties risquent de se priver de précieux avantages économiques.

8. Afin de promouvoir au mieux l'offre de crédit garanti, le Guide propose que les lois sur les opérations garanties soient structurées de manière à permettre aux entreprises de tirer le plus grand parti possible de la valeur intrinsèque de leurs biens meubles pour obtenir des crédits. À cet égard, il adopte deux des concepts fondamentaux sur lesquels reposent des lois efficaces en matière d'opérations garanties, à savoir la priorité et l'opposabilité. Le concept de priorité, qui permet la coexistence de sûretés réelles mobilières de rangs différents sur les mêmes biens, donne la possibilité à une entreprise de tirer le plus grand parti possible de la valeur de ses biens en grevant ceux-ci pour garantir des crédits obtenus auprès de plusieurs créanciers à la fois, des règles transparentes permettant à chaque créancier de connaître le rang de sa sûreté. Le concept d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, sous la forme d'un système permettant, entre autres, l'enregistrement d'un avis de manière rapide et peu onéreuse, vise à favoriser la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination du rang de priorité de chaque créancier et, partant, à réduire les risques et les coûts associés aux opérations garanties.

9. Le régime juridique envisagé dans le Guide est un régime purement interne. Le Guide est destiné aux législateurs nationaux qui envisagent de réformer la législation interne sur les opérations garanties. Cependant, du fait que, dans les opérations garanties, les parties et les biens concernés se trouvent souvent dans des États différents, il traite également de la reconnaissance des sûretés réelles mobilières et des mécanismes de garantie reposant sur la propriété, comme la réserve de propriété sur des biens meubles corporels et le crédit-bail, qui sont valablement créés dans d'autres États. Une telle reconnaissance constituerait une amélioration sensible pour les bénéficiaires de ces sûretés et mécanismes par rapport aux lois actuellement en vigueur dans de nombreux États, dans lesquelles ces bénéficiaires perdent souvent leurs droits lorsqu'un bien grevé sort du pays, et contribuerait largement à encourager les créanciers à accorder des crédits dans des opérations internationales, ce qui pourrait renforcer le commerce international.

10. Le Guide s'efforce dans son ensemble d'établir un équilibre entre les intérêts des débiteurs, des créanciers (qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires), des tiers concernés, comme les acheteurs et autres bénéficiaires de transferts, et de l'État. Ce faisant, il part de l'hypothèse, étayée par de nombreuses données factuelles, que tous les créanciers accepteront une telle approche équilibrée et seront donc encouragés à accorder des crédits, pour autant que les lois (ainsi que l'infrastructure juridique et administrative sur laquelle elles s'appuient) leur permettront effectivement d'évaluer leurs risques avec un degré élevé de prévisibilité et avec la certitude qu'en définitive ils obtiendront la valeur économique des biens grevés en cas de non-paiement du débiteur. Pour parvenir à cet équilibre, une étroite coordination entre le régime applicable aux opérations garanties et celui de l'insolvabilité, notamment des dispositions relatives au traitement des sûretés en cas de redressement ou de liquidation d'une entreprise, est indispensable. De plus, certains débiteurs, tels que les consommateurs, ont besoin de protections supplémentaires. De ce fait, bien que le régime envisagé par le Guide vise à s'appliquer à de nombreuses formes d'opérations de consommateurs, il n'est pas censé avoir préséance sur les lois ni examiner les politiques qui concernent leur protection, car ces questions ne se prêtent pas à unification.

11. Dans le même esprit, le Guide répond également aux préoccupations qui ont été exprimées au sujet des crédits garantis. On a dit par exemple que le fait de donner à un créancier un droit prioritaire sur la totalité ou la quasi-totalité des biens d'une personne risquait de limiter la capacité de cette dernière à obtenir un financement auprès d'autres sources. On a dit aussi qu'un créancier garanti pouvait exercer une influence sur une entreprise, puisqu'il avait la faculté, en cas de défaillance, de saisir ou de menacer de saisir les biens grevés. On a dit encore que, dans certains cas, les créanciers garantis risquaient de prendre la plupart ou la totalité des biens d'une personne insolvable et de laisser peu de choses aux créanciers chirographaires, qui n'étaient pas en mesure de négocier une sûreté sur ces biens. Le Guide examine ces préoccupations et, lorsqu'elles semblent fondées, propose des solutions équilibrées.

12. Le Guide s'inspire des travaux de la CNUDCI et d'autres organisations, en particulier des textes suivants: Loi modèle de la BERD sur les sûretés, finalisée en 1994; Principes fondamentaux de la BERD d'un droit moderne des sûretés, élaborés en 1997; Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés, élaboré en 1997; étude sur la réforme des lois relatives aux opérations garanties en Asie, réalisée par la Banque asiatique de développement en 2000²; Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (Convention des Nations Unies sur la cession)³, adoptée en 2001; Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adoptée en 2001, et les protocoles s'y rapportant; Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée par la Conférence de La Haye de droit international privé en 2001; Loi type interaméricaine de l'Organisation des États américains (OEA) relative aux sûretés mobilières, élaborée en 2002; *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de*

² Voir *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol. I (Manille, Banque asiatique de développement, avril 2000).

³ Ibid., numéro de vente F.04.V.14.

l'insolvabilité, finalisé en 2004; et l'avant-projet de Convention d'Unidroit sur l'harmonisation des règles de droit matériel applicables aux titres intermédies.

B. Terminologie et règles d'interprétation

13. Le Guide adopte une certaine terminologie pour exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Cette terminologie n'est empruntée à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se trouve être identique à celui employé dans une loi nationale, le Guide n'entend pas adopter le sens qu'il revêt dans cette loi. Il fournit au contraire des définitions donnant un sens précis à chaque terme clef. Il importe de noter que de nombreuses définitions ont aussi pour effet de délimiter le champ des recommandations du Guide qui utilisent ces termes. Certaines recommandations utilisent des termes qu'elles définissent et certains termes définis dans le présent chapitre sont précisés dans les recommandations où elles figurent. Ainsi, le champ et le contenu de chaque recommandation dépendent du sens du terme défini employé.

14. L'approche consistant à employer des termes définis a pour but de faciliter une communication précise, indépendante de tout système juridique national particulier, et de permettre aux lecteurs du Guide d'en comprendre les recommandations de manière uniforme, grâce à un vocabulaire et à un cadre conceptuel communs. Les définitions devront être lues attentivement et il conviendra de s'y rapporter toutes les fois que les termes définis seront rencontrés.

15. Bien que les termes ne soient pas eux-mêmes un élément impératif des recommandations du Guide, les lois fondées sur ce dernier comprendront généralement des définitions spécifiques des termes qu'elles utilisent. Même si ces termes diffèrent de ceux du Guide, on pourra néanmoins utiliser les définitions données dans la section "Terminologie". Cela évitera de modifier involontairement le fond et augmentera au maximum les chances d'une compréhension uniforme, dès le début, des termes employés et par conséquent d'une interprétation uniforme dès la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation. L'emploi des termes et, ce qui est plus important, des définitions données dans le Guide encouragera aussi l'harmonisation de la loi régissant les sûretés.

16. La conjonction "ou" n'est pas exclusive; le singulier inclut le pluriel et vice-versa; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe "peut" exprime la permission et le verbe "devrait" une instruction; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents. Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l'État adoptant et les créanciers étrangers, sauf indication contraire. Le terme "personne" devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire.

17. Certains États pourront choisir d'appliquer les recommandations du Guide en adoptant une loi unique globale (méthode qui a de bonnes chances d'éviter les incohérences, les erreurs par omission ou les malentendus), tandis que d'autres voudront peut-être modifier leur législation en insérant en divers endroits des règles particulières. Le Guide désigne l'ensemble des règles recommandées, quelle que

soit la méthode retenue pour leur application, par les termes “la loi” ou “la présente loi”.

18. Le Guide emploie également les termes “loi” et “droit” dans différents contextes. Sauf indication expresse contraire, dans l’ensemble du Guide a) les termes “loi” ou “droit” désignent aussi bien le droit législatif que le droit non législatif; b) les termes “loi” ou “droit” désignent la loi interne ou le droit interne, sauf les règles de droit international privé (afin d’éviter le renvoi); c) l’expression “loi autre que la loi sur les opérations garanties” désigne l’ensemble des lois d’un État (qu’il s’agisse du droit matériel ou du droit procédural) à l’exception de celle qui régit les opérations garanties (qu’elle préexiste au Guide ou ait été adoptée ou modifiée depuis peu conformément aux recommandations du Guide); d) l’expression “la loi régissant les instruments négociables” désigne non seulement une loi ou un ensemble de lois particuliers que l’on appellerait “loi sur les instruments négociables”, mais inclut également le droit des contrats et tout autre droit général qui pourrait être applicable aux opérations ou situations où intervient un instrument négociable (la même règle s’applique aux expressions similaires); et e) le terme “loi sur l’insolvabilité” a lui aussi une acception très large, mais fait référence uniquement au droit qui pourrait être applicable après l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité.

19. On trouvera ci-après la liste des principaux termes qui sont employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le Guide. Ce sens est précisé dans les chapitres suivants où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d’autres termes (comme c’est le cas notamment du chapitre XI sur l’insolvabilité; voir A/CN.9/631/Add.8). Les définitions doivent être lues conjointement avec les recommandations où figurent les termes:

a) Le terme “acceptation” en ce qui concerne le produit d’un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une autre prestation suite au tirage de l’engagement de garantie indépendant, unilatéralement ou conventionnellement:

i) A accepté la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur ce produit (que cette sûreté soit appelée “cession” ou autrement) en faveur du créancier garanti, ou y a consenti (quelle que soit la façon dont cette acceptation ou ce consentement sont constatés); ou

ii) S’est engagé à payer le créancier garanti ou à lui fournir une prestation suite à une demande de paiement (“tirage”) de l’engagement;

b) Le terme “argent” désigne la monnaie actuellement autorisée par un État comme ayant cours légal. Elle n’englobe pas les fonds crédités sur un compte bancaire ou les instruments négociables, tels que les chèques;

c) Le terme “bien grevé” désigne un bien meuble corporel ou incorporel sur lequel porte une sûreté réelle mobilière;

d) Le terme “biens de consommation” désigne des biens meubles corporels que le constituant utilise ou entend utiliser à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

e) Le terme “biens meubles corporels” désigne notamment les stocks, le matériel, les biens rattachés, les instruments négociables, les documents négociables et l’argent;

f) Le terme “biens meubles incorporels” désigne notamment les droits incorporels, les créances et les droits à l’exécution d’obligations autres que des créances;

g) Le terme “biens rattachés à des biens immeubles” désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à des biens immeubles au point que, même s’ils n’ont pas perdu leur identité distincte, ils sont traités comme des immeubles en vertu de la loi de l’État où se trouvent ces biens immeubles;

h) Le terme “biens rattachés à des biens meubles” désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à d’autres biens meubles corporels au point que, même s’ils n’ont pas perdu leur identité distincte, ils sont traités comme faisant partie de ces biens meubles en vertu d’une loi autre que la présente loi;

i) Le terme “cédant” désigne la personne qui cède une créance;

j) Le terme “cession” désigne la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance et comprend le transfert pur et simple d’une créance. La constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance comprend le transfert pur et simple en garantie;

k) Le terme “cession subséquente” désigne une cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire. Dans une cession subséquente, la personne qui effectue la cession est le cédant et la personne à qui la cession est effectuée est le cessionnaire; et

l) Le terme “cessionnaire” désigne la personne à laquelle une créance est cédée;

m) Le terme “compte bancaire” désigne un compte tenu par une banque sur lequel des fonds peuvent être déposés ou crédités. Il inclut les comptes chèques ou autres comptes courants, les comptes d’épargne ou les comptes à terme. Il n’inclut pas une créance contre la banque constatée par un instrument négociable;

Le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comprend le droit au paiement de fonds transférés sur un compte interne de la banque qui ne sont pas affectés au règlement d’obligations dues à la banque. Les fonds transférés à la banque à titre de remboursement anticipé d’une obligation de paiement futur que la banque a acceptée dans le cours normal de ses activités sont également visés dans la mesure où la personne ayant donné des instructions à la banque a droit à ces fonds si la banque n’effectue pas ce paiement futur;

n) Le terme “confirmateur” désigne une banque ou une autre personne qui ajoute son propre engagement de garantie indépendant à celui du garant/émetteur;

Comme à l’alinéa e) de l’article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by⁴ (“Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by”), une confirmation donne au bénéficiaire la

⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.

possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, conformément aux conditions de l'engagement confirmé;

o) Le terme "connaissance" désigne la connaissance effective;

p) Le terme "constituant" désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d'un créancier garanti pour garantir sa propre obligation ou celle d'une autre personne (voir la définition du terme "débiteur de la créance"). Dans l'approche unitaire, le terme "constituant" d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition désigne un acheteur dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété, un acheteur dans le cadre d'une location-vente, un crédit-preneur ou un constituant dans une opération de prêt finançant le prix d'achat. Étant donné que les recommandations générales du Guide s'appliquent non seulement aux sûretés sur des créances mais également aux transferts à titre de garantie et aux transferts purs et simples de créances, il désigne également ici, sauf indication contraire, le "cédant" (voir la définition du terme "débiteur");

q) Le terme "contrat initial" désigne, dans le contexte d'une cession, le contrat entre le cédant et le débiteur de la créance d'où naît la créance. Pour les créances non contractuelles, il désigne la source non contractuelle de la créance;

r) Le "contrôle" d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire existe:

i) Automatiquement dès la constitution d'une sûreté réelle mobilière si le créancier garanti est la banque dépositaire;

ii) Si la banque dépositaire a conclu avec le constituant et avec le créancier garanti un accord de contrôle constaté par un enregistrement authentifié dans lequel elle est convenue de suivre les instructions du créancier garanti concernant le paiement de fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement; ou

iii) Si le créancier garanti est le titulaire du compte;

Une banque dépositaire n'est pas obligée de conclure un accord de contrôle. D'autre part, les droits d'un créancier garanti seront soumis aux droits et obligations que la loi et la pratique régissant les comptes bancaires confèrent à la banque dépositaire. En outre, un accord de contrôle ne peut être conclu sans le consentement du constituant (et de la banque dépositaire) et le constituant conserve le droit de disposer des fonds se trouvant sur le compte bancaire jusqu'à ce que le créancier garanti donne à la banque dépositaire d'autres instructions (bien que, dans certains accords de contrôle, les fonds soient bloqués dès la conclusion de l'accord). Ce point vise les situations où a) un compte existant est transféré au créancier garanti, b) le créancier garanti convient avec le constituant que les fonds seront déposés sur un compte qui sera ouvert ultérieurement et c) le créancier garanti est seul titulaire du compte (autrement dit, il n'est pas un simple cotitulaire);

s) Le "contrôle" du produit d'un engagement de garantie indépendant existe:

i) Automatiquement, dès la constitution de la sûreté réelle mobilière, si le créancier garanti est le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée; ou

ii) Si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée a émis une acceptation en faveur du créancier garanti;

t) Le terme “convention constitutive de sûreté” désigne une convention entre un constituant et un créancier, quelle qu’en soit la forme ou l’appellation, qui crée une sûreté réelle mobilière;

u) Le terme “créance” désigne un droit au paiement d’une obligation monétaire à l’exclusion des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l’obligation de payer en vertu d’un engagement de garantie indépendant et de l’obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire;

v) Le terme “créancier garanti” désigne un créancier titulaire d’une sûreté réelle mobilière. S’agissant d’une créance, il désigne le cessionnaire de la créance (voir la définition du terme “cession”);

w) Le terme “créancier garanti finançant l’acquisition” désigne, dans l’approche tant unitaire que dans l’approche non unitaire, un créancier garanti titulaire d’une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition et englobe, dans l’approche unitaire, un vendeur réservataire, un crédit-bailleur, un bailleur dans le cadre d’une location-vente ou une autre partie finançant l’acquisition;

x) Le terme “crédit-bail” désigne un bail à la fin de la durée duquel:

i) Le preneur devient automatiquement propriétaire des biens meubles corporels autres que des instruments ou documents négociables objets du bail;

ii) Le preneur peut acquérir les biens objets du bail en payant tout au plus un prix symbolique; ou

iii) Les biens meubles corporels objets du bail ont tout au plus une valeur résiduelle symbolique.

Le terme inclut un accord de location-vente.

y) Le terme “débiteur” désigne une personne qui doit exécuter l’obligation garantie et inclut les débiteurs subsidiaires, tels que les garants de l’obligation. Le débiteur peut être ou non la personne qui consent la sûreté réelle mobilière à un créancier garanti (voir la définition du terme “constituant”);

z) Le terme “débiteur de la créance” désigne une personne tenue de payer une créance. Il inclut un garant ou une autre personne responsables à titre subsidiaire du paiement de la créance;

Un garant dans le cadre d’une garantie accessoire n’est pas seulement débiteur de la créance, dont il a garanti le paiement, mais aussi débiteur de la créance qui est constituée par la garantie, étant donné qu’une garantie est elle-même une créance (autrement dit, il y a deux créances);

aa) Le terme “document négociable” désigne un document représentatif d’un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu’un récépissé d’entrepôt ou un connaissement, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les documents négociables;

bb) Le terme “droit de réserve de propriété”, uniquement employé dans l’approche non unitaire, désigne le droit du vendeur sur des biens meubles corporels

autres que des instruments ou documents négociables découlant d'un arrangement avec l'acheteur en vertu duquel les biens meubles corporels ne sont pas transférés à l'acheteur tant que n'a pas été remboursée la fraction non payée de leur prix d'achat;

cc) Le terme "droit lié au financement d'une acquisition", employé uniquement dans l'approche non unitaire, désigne l'un quelconque des droits suivants:

- i) Un droit de réserve de propriété;
- ii) Le droit d'un bailleur dans le cadre d'un crédit-bail;
- iii) La propriété retenue et les droits connexes découlant d'un arrangement qui permet à une personne d'acquérir la possession ou l'utilisation de biens meubles corporels autres que des instruments ou documents négociables et en vertu duquel la propriété de ces biens n'est pas irrévocablement attribuée à la personne qui les possède ou les utilise tant que le prix n'est pas payé ou à moins que le prix soit payé; et
- iv) Un droit découlant d'un arrangement par lequel un créancier qui a octroyé un crédit pour permettre à une personne d'acquérir la possession ou l'utilisation de biens meubles corporels autres que des instruments ou documents négociables se réserve le droit de devenir le propriétaire irrévocable de ces biens à titre d'exécution de l'obligation de remboursement;

dd) Le terme "émetteur" d'un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément à la loi régissant les documents négociables;

Dans le cas d'un connaissance "multimodal" (s'il est considéré comme un document négociable par la loi applicable), l'"émetteur" peut être une personne qui sous-traite plusieurs parties du transport à d'autres personnes mais qui assume la responsabilité du transport et de tout dommage qui pourrait survenir pendant celui-ci;

ee) Le terme "engagement de garantie indépendant" désigne une lettre de crédit (commerciale ou stand-by), une confirmation de lettre de crédit, une garantie indépendante (y compris une garantie sur demande, à première demande, bancaire ou contre-garantie bancaire) ou tout autre engagement de garantie considéré comme indépendant par la loi ou les règles de pratique, telles que la Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande;

ff) Le terme "garant/émetteur" désigne une banque ou une autre personne qui émet un engagement de garantie indépendant;

gg) Le terme "instrument négociable" désigne un instrument représentatif d'un droit à paiement, tel qu'un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les instruments négociables;

hh) Le terme “masse de l’insolvabilité” désigne les biens et les droits du débiteur qui sont soumis au contrôle ou à la surveillance du représentant de l’insolvabilité et qui font l’objet de la procédure d’insolvabilité;

ii) Les termes “masse ou produit fini” désignent des biens meubles corporels autres que de l’argent qui sont physiquement associés ou unis à d’autres biens meubles corporels au point qu’ils ont perdu leur identité distincte;

jj) Le terme “matériel” désigne des biens meubles corporels utilisés par une personne dans l’exploitation de son entreprise;

kk) Le terme “notification de la cession” désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment la créance cédée et le cessionnaire;

ll) Les termes “notification” et “avis” désignent une communication par écrit;

mm) Le terme “obligation garantie” désigne l’obligation garantie par une sûreté réelle mobilière;

nn) Le terme “opération garantie” désigne une opération constituant une sûreté réelle (par opposition à personnelle) sur des biens meubles (par opposition à immeubles);

oo) Le terme “partie bénéficiant du financement d’une acquisition”, employé uniquement dans l’approche non unitaire, désigne la personne dont le droit sur les biens est soumis à un droit lié au financement de leur acquisition et englobe, de ce fait, un acheteur dans le cadre d’une vente avec réserve de propriété, un crédit-preneur ou un créancier dans le cadre de toute autre opération de financement d’acquisitions;

pp) Le terme “partie finançant l’acquisition”, employé uniquement dans l’approche non unitaire, désigne une personne titulaire d’un droit lié au financement d’une acquisition (et englobe, de ce fait, un vendeur réservataire, un crédit-bailleur et le créancier dans le cadre d’opérations de location-vente, ou un créancier dans le cadre de toute autre opération de financement d’acquisitions et de toute autre opération décrite aux sous-alinéas iii) et iv) de la définition c));

qq) Le terme “personne désignée” désigne une banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple, “toute banque dans un pays X”) comme étant la personne désignée pour fournir une prestation au titre de l’engagement et qui agit conformément à cette désignation et, dans le cas d’un engagement de garantie indépendant librement réalisable, toute banque ou autre personne;

rr) Le terme “possession”, sauf tel qu’il est employé dans les recommandations 29 et 52 à 54 en ce qui concerne l’émetteur d’un document négociable, désigne la possession effective de biens meubles corporels par une personne, ou un mandataire ou un employé de cette personne, ou une personne indépendante qui accepte de les détenir pour cette personne. Il n’inclut pas la possession virtuelle, fictive, supposée ou symbolique;

ss) Le terme “priorité” désigne le droit d’une personne d’obtenir l’avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent;

tt) Le terme “procédure d’insolvabilité” désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, menée conformément à la loi sur l’insolvabilité en vue du redressement ou de la liquidation de l’entreprise du débiteur;

uu) Le terme “produit” désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés, y compris ce qui est reçu d’une vente ou d’un autre acte de disposition, d’un recouvrement, d’une location ou d’une mise sous licence d’un bien grevé, le produit du produit, les fruits civils et naturels, les dividendes, les répartitions, les indemnités d’assurance et les créances nées de vices, d’un dommage ou d’une perte de biens grevés;

vv) Le terme “produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé souscrit ou un autre article de valeur, que doit dans chaque cas payer ou remettre le garant/émetteur, le confirmateur ou une personne désignée fournissant une prestation au titre de ce tirage. Il englobe également le droit de demander l’achat par une banque négociatrice d’un instrument négociable ou d’un document suivant une présentation conforme. Il ne désigne pas:

i) Le droit de tirer un engagement de garantie indépendant (c’est-à-dire de demander paiement); ni

ii) Ce qui est reçu après que l’engagement de garantie indépendant a été honoré ou après disposition du produit d’un engagement de garantie indépendant (à savoir le produit découlant du recouvrement ou de la disposition du produit d’un engagement de garantie indépendant);

Cette définition fait référence au “produit d’un engagement de garantie indépendant”, suivant ainsi la terminologie généralement utilisée dans le droit et la pratique des engagements de garantie indépendants. Tel qu’employé dans le Guide, ce terme désigne le droit du constituant, en tant que bénéficiaire d’un engagement de garantie indépendant, de recevoir tout paiement effectué ou autre prestation donnée au titre de l’engagement à condition que le bénéficiaire fasse une présentation conforme aux conditions dudit engagement. Il ne désigne pas le produit lui-même, c’est-à-dire ce qui est effectivement reçu après que le tirage a été honoré par le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée (la réception par le bénéficiaire d’une prestation d’une banque négociatrice ne devrait pas être assimilée à l’acte d’honorer ou de disposer) ou après disposition du droit au produit d’un engagement de garantie indépendant.

Le terme “produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne un droit de recevoir même si le mot “produit”, tel qu’employé dans le droit et la pratique des engagements indépendants, peut renvoyer soit au droit de recevoir soit à tout ce qui est reçu au titre de l’engagement et même si le “produit” désigne, dans d’autres parties du Guide, tout ce qui est reçu. Une sûreté sur le produit d’un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) diffère d’une sûreté sur le “produit” (concept clef du Guide) de biens visés par le Guide;

ww) Le terme “propriété intellectuelle” désigne les droits d’auteur, les marques, les brevets, les marques de service, les secrets de fabrique, les dessins et modèles et tout autre bien considéré comme de la propriété intellectuelle par le droit interne de l’État adoptant ou par un accord international auquel il est partie;

xx) Le terme “réclamant concurrent” désigne:

- i) Un autre créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le même bien grevé (qu'il s'agisse d'un bien initialement grevé ou du produit);
 - ii) Dans l'approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions, le vendeur, le crédit-bailleur ou autre partie finançant l'acquisition du même bien grevé qui en est resté propriétaire;
 - iii) Un autre créancier du constituant ayant un droit sur le même bien grevé (par exemple, de plein droit, par saisie conservatoire, saisie exécutoire ou par une procédure similaire);
 - iv) Le représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant (dans le chapitre sur l'insolvabilité, il est fait référence à "l'insolvabilité du débiteur" afin de suivre la terminologie employée dans le *Guide de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*); ou
 - v) Tout acheteur ou autre bénéficiaire du transfert (y compris un preneur à bail ou un titulaire de licence) du bien grevé;
- yy) Le terme "représentant de l'insolvabilité" désigne une personne ou un organe chargé d'administrer la masse de l'insolvabilité;
- zz) Le terme "stocks" désigne des biens meubles corporels destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires du constituant, mais aussi les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication);
- aaa) Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne un droit réel sur un bien meuble ou un bien rattaché constitué par une convention et qui garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, que les parties aient ou non appelé ce droit "sûreté réelle mobilière". Dans l'approche unitaire, ce terme englobe à la fois les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition et les sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'une acquisition. Dans l'approche non unitaire, il n'inclut pas le droit lié au financement d'une acquisition. En ce qui concerne les créances, il désigne aussi le droit du cessionnaire (voir la définition de "cession" et autres ci-après relatives à la cession de créances);
- bbb) Le terme "sûreté réelle mobilière avec dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui sont en possession effective du créancier garanti ou d'une autre personne (qui n'est ni le débiteur ni un autre constituant) qui les détient pour lui;
- ccc) Le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" désigne, dans l'approche tant unitaire que dans l'approche non unitaire, une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels autres que des instruments ou documents négociables qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ces biens ou encore une obligation contractée ou un crédit autrement octroyé pour permettre au constituant d'acquiescer ces biens. Une "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" ne doit pas nécessairement être désignée comme telle. Dans l'approche unitaire, ce terme englobe les droits du créancier sur les biens dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété, d'une opération de location-vente, de crédits-bail ou d'une autre opération de financement d'acquisitions;
- ddd) Le terme "sûreté réelle mobilière sans dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur i) des biens meubles corporels qui ne sont pas en possession

effective du créancier garanti ou d'une autre personne qui les détiendrait pour lui ou ii) des biens meubles incorporels;

eee) Le terme "tribunal de l'insolvabilité" désigne une autorité judiciaire ou autre compétente pour contrôler ou superviser une procédure d'insolvabilité.

I. Principaux objectifs d'un régime efficace en matière d'opérations garanties

20. Afin de fournir des solutions pratiques opérantes, le Guide présente et analyse les objectifs et thèmes principaux ci-après d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Ces objectifs visent à définir un cadre général pour la mise en place et le développement d'un tel régime et pourraient être mentionnés dans un préambule à la loi adoptée par les États. Ils devraient être pris en considération pour l'interprétation de la loi (à cet égard, voir notamment le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur la cession).

A. Promouvoir le crédit garanti

21. Le Guide a pour objectif premier de promouvoir l'offre de crédit garanti bon marché aux personnes se trouvant dans les États qui adoptent une législation fondée sur ses recommandations et de permettre ainsi à ces personnes et à l'économie tout entière de tirer parti des avantages économiques que procure l'accès à ce type de crédit (voir par. 2 *supra*).

B. Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale de différents types de biens à titre de garantie dans des opérations garanties aussi diverses que possible

22. Pour porter ses fruits, un régime juridique en matière d'opérations garanties doit notamment permettre à un grand nombre d'entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque totale de leurs biens pour obtenir des financements dans toutes sortes d'opérations de crédit. À cette fin, il importe que ce régime ait une large portée: a) en permettant la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur différents types de biens (présents et futurs); b) en permettant que les obligations les plus diverses (futurs et conditionnelles, monétaires et non monétaires) soient garanties par des sûretés réelles mobilières constituées sur des biens; et c) en s'appliquant au plus grand nombre possible de débiteurs, de créanciers et d'opérations de crédit.

C. Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace

23. Le coût du crédit sera réduit si des sûretés réelles mobilières peuvent être obtenues efficacement. C'est pourquoi le Guide propose des méthodes pour simplifier les procédures d'obtention de ces sûretés et plus généralement pour réduire le coût des opérations: suppression des formalités inutiles; recours à une méthode unique pour constituer des sûretés, plutôt qu'à des mécanismes multiples

pour différents types de biens grevés; et possibilité de constituer des sûretés sur des biens futurs et pour des crédits futurs, sans que les parties aient à établir d'autres documents ou à accomplir d'autres formalités.

D. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit et de diverses formes d'opérations garanties

24. Une concurrence saine entre tous les fournisseurs de crédit potentiels étant un moyen efficace de réduire le coût du crédit, le Guide recommande que le régime sur les opérations garanties s'applique de la même manière aux différents fournisseurs de crédit, y compris les banques et d'autres organismes financiers, et aux autres fournisseurs, ainsi qu'aux créanciers nationaux ou étrangers.

E. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession

25. Pour éviter qu'il ne devienne difficile ou impossible au débiteur ou à un autre constituant de continuer à exploiter son entreprise en raison de la constitution d'une sûreté réelle mobilière, le Guide recommande que le régime juridique prévoie la possibilité de créer des sûretés sans dépossession sur différents types de biens et d'informer les tiers de l'existence de sûretés au moyen d'un système de registre public.

F. Renforcer la prévisibilité et la transparence concernant les droits ayant une fonction de sûreté en prévoyant l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés

26. Pour être efficace, un régime sur les opérations garanties devrait également encourager toutes les parties à une opération garantie à avoir un comportement responsable. C'est pourquoi le Guide cherche à promouvoir la prévisibilité et la transparence pour permettre aux parties d'évaluer toutes les questions juridiques pertinentes et à prévoir des conséquences appropriées en cas de non-observation des règles applicables, tout en respectant et en abordant les considérations de confidentialité. Le principal moyen d'atteindre cet objectif est d'établir un registre général des sûretés où inscrire les avis de sûretés.

G. Établir des règles de priorité claires et prévisibles

27. Une sûreté réelle mobilière sur des biens sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut déterminer, au moment de la conclusion d'une opération, le rang de priorité de sa sûreté par rapport à celles d'autres créanciers (y compris un représentant de l'insolvabilité). C'est pourquoi le Guide propose d'établir un registre général des sûretés et, sur la base de ce registre, des règles claires permettant aux créanciers de déterminer, dès le début de l'opération, le rang de priorité de leurs sûretés de manière fiable, rapide et économique.

H. Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace

28. De même, une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier garanti si ce dernier ne peut la réaliser de manière prévisible, rapide et économique. Le Guide propose donc des procédures permettant aux créanciers garantis de réaliser ainsi leurs sûretés, sous réserve du contrôle, de la supervision ou de l'examen d'un tribunal ou d'une autre autorité, lorsqu'il y a lieu. Il recommande aussi que l'État coordonne étroitement ses lois sur les opérations garanties et ses lois sur l'insolvabilité afin que l'efficacité et la priorité antérieures à l'insolvabilité, de même que la valeur économique, d'une sûreté soient respectées sous réserve des règles appropriées de la loi sur l'insolvabilité.

I. Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées

29. Du fait que les opérations garanties touchent les intérêts de diverses personnes, à savoir le débiteur, d'autres constituants, les créanciers concurrents qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires, les acheteurs et les autres bénéficiaires de transferts des biens grevés et l'État, le Guide propose des règles qui tiennent compte de leurs intérêts légitimes et visent à permettre la réalisation, de manière équilibrée, de tous les objectifs mentionnés ci-dessus.

J. Reconnaître l'autonomie des parties

30. Pour être efficace, un régime sur les opérations garanties devrait avoir une souplesse maximale pour englober les formes existantes les plus diverses mais aussi les formes nouvelles d'opérations garanties. C'est pourquoi le Guide insiste sur la nécessité de limiter au minimum les règles impératives pour que les parties puissent adapter leurs opérations garanties à leurs besoins particuliers. Il tient aussi compte du fait que d'autres lois peuvent protéger les intérêts légitimes des consommateurs ou d'autres personnes et souligne qu'un régime sur les opérations garanties ne devrait pas avoir préséance sur de telles lois.

K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de droit international privé

31. L'adoption d'une législation fondée sur les recommandations du Guide se traduira par une harmonisation des lois sur les opérations garanties (car des règles de droit matériel similaires seront adoptées, ce qui facilitera la reconnaissance internationale des sûretés réelles mobilières) et, ce faisant, favorisera le financement du commerce international et les échanges de biens et de services entre pays. Cependant, comme il ne sera probablement pas possible d'harmoniser complètement les lois nationales sur les opérations garanties, des règles de droit international privé seraient particulièrement utiles pour faciliter les opérations internationales. En tout état de cause, de telles règles seraient utiles, par exemple pour aider les créanciers garantis à déterminer comment rendre leur sûreté opposable (en vertu de la loi du

lieu de situation des biens grevés, de la loi du lieu de situation du constituant ou d'une autre loi).

II. Champ d'application et autres règles générales

A. Champ d'application

32. Le régime envisagé par le Guide est conçu pour être un régime unique global pour les opérations garanties, applicable au plus large éventail possible de biens, parties, obligations garanties, sûretés réelles mobilières et autres droits, et pratiques de financement.

1. Biens, parties, obligations, sûretés et autres droits

33. Le Guide vise avant tout les éléments essentiels de l'actif commercial, tels que les meubles corporels à usage commercial (stocks et matériel) et les créances commerciales. Il propose cependant que tous les types de biens puissent être grevés, y compris tous les actifs présents et futurs d'une entreprise, et s'applique à tous les biens, à la fois corporels et incorporels (voir A/CN.9/631, recommandation 2, alinéa a)), sauf exception expresse (voir A/CN.9/631, recommandations 4 à 6).

34. Le guide porte sur tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les créances non monétaires contractuelles, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle. En ce qui concerne les créances (qui n'englobent pas les instruments négociables, les documents négociables ou les comptes bancaires; voir la définition de "créance" au paragraphe 19 *supra*), les recommandations générales, complétées par les recommandations sur les créances, s'appliquent: a) aux créances contractuelles et non contractuelles, les recommandations 24 (Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances) et 111 (Garanties dues par le cédant) ne s'appliquant toutefois pas aux créances non contractuelles; et b) aux obligations contractuelles non monétaires. En revanche, les droits des débiteurs d'obligations contractuelles non monétaires sont soumis à une loi autre que celle recommandée dans le Guide.

35. Le Guide insiste sur la nécessité de permettre à un constituant de constituer des sûretés non seulement sur ses biens existants, mais aussi sur ses biens futurs ou acquis ultérieurement (c'est-à-dire les biens acquis ou créés après la conclusion de la convention constitutive de sûreté), sans que le créancier garanti ou lui-même aient à signer d'autres documents ni à accomplir d'autres formalités au moment de l'acquisition ou de la création desdits biens. Cette approche est conforme, par exemple, à la Convention des Nations Unies sur la cession, qui prévoit la constitution de sûretés sur des créances de sommes d'argent futures sans exiger de démarches supplémentaires. Le Guide recommande en outre la reconnaissance d'une sûreté constituée sur tous les biens présents et futurs d'une entreprise au moyen d'une seule et unique convention constitutive comme le prévoient déjà

certaines systèmes juridiques sous la forme d'un "nantissement global d'entreprise" ("entreprise mortgage"), d'une combinaison de charges fixes et de charges flottantes ou d'une sûreté assise sur un ensemble de biens.

36. Toute personne, physique ou morale, peut se trouver en position de débiteur, de constituant ou de créancier garanti aux termes du Guide. Sauf indication contraire expresse, le Guide s'applique également aux consommateurs, attendu qu'il n'y a aucune raison de les priver des avantages du régime qui y est envisagé. Cependant, en cas de conflit entre une disposition dudit régime et la loi sur la protection des consommateurs, cette dernière prévaudrait. Les États n'ayant pas de législation sur la protection des consommateurs voudront peut-être se demander si l'adoption d'une loi reposant sur les recommandations du Guide modifierait les droits des consommateurs et rendrait alors nécessaire l'adoption d'une telle législation (voir A/CN.9/631, recommandation 2, al. b)).

37. Le Guide recommande aussi qu'un large éventail d'obligations, monétaires ou non, puisse être garanti. Il est également destiné à s'appliquer à diverses opérations garanties, notamment celles reposant sur des sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession (voir A/CN.9/631, recommandation 2, al. c) et d)).

38. Le Guide traite des sûretés réelles mobilières constituées par convention, mais il mentionne aussi d'autres sûretés – par exemple légales ou judiciaires – lorsque le même bien est grevé à la fois de sûretés constituées par convention et de sûretés légales ou autres, et que la loi doit prévoir le rang de priorité de chacune (voir A/CN.9/631, recommandations 89 à 92).

39. Afin que tous les mécanismes ayant une fonction de garantie soient couverts, le Guide traite également des droits qui, s'ils ne sont pas appelés sûretés réelles mobilières, remplissent néanmoins une fonction de garantie (tels que les transferts de la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie, les transferts purs et simples de créances à titre de garantie et différentes formes de réserve de propriété (voir A/CN.9/631, recommandation 2, al. e)).

40. Les seuls mécanismes traités dans le Guide qui n'ont pas de fonction de garantie sont les transferts purs et simples de créances. Cette approche se justifie par la nécessité d'éviter des problèmes de caractérisation et de faire en sorte que le système de registre et les règles de priorité qu'il prévoit s'appliquent à toutes les cessions de créances (voir par. 41 à 45 ci-après).

2. Transferts purs et simples de créances

41. Le Guide ne traite pas des mécanismes qui n'ont pas de fonction de garantie. La seule exception à cette règle est le cas des transferts purs et simples de créances, auxquels s'applique le Guide, pour que toutes les cessions de créances soient soumises aux mêmes règles (voir A/CN.9/631, recommandations 3 et 162 à 164). Cependant, comme la définition de "créance" (voir *supra* par. 19) exclut les droits à paiement en vertu d'un instrument négociable, l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire, le Guide ne s'applique pas au transfert pur et simple de tels biens (mais il s'y applique lorsque le transfert est effectué à titre de garantie).

42. Les transferts purs et simples d'instruments négociables, du produit d'un engagement de garantie indépendant et de fonds crédités sur un compte bancaire ont été exclus car ils soulèvent des questions différentes et nécessiteraient des règles spéciales (les mêmes considérations s'appliqueraient aux titres non intermédiés, s'ils devaient être couverts par le Guide). En outre, dans le cas des créances, un conflit de priorité entre un transfert à titre de garantie et un transfert pur et simple se réglerait en fonction de l'ordre d'inscription. La situation est différente dans le cas des instruments négociables, du produit d'un engagement de garantie indépendant et des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. S'agissant des premiers, un créancier garanti pourrait toujours obtenir un rang supérieur en prenant possession de l'instrument. De même, pour le second et les troisièmes, il pourrait obtenir un rang supérieur en prenant le contrôle.

43. Si les principes de la loi sur les opérations garanties peuvent facilement s'appliquer au transfert pur et simple de billets à ordre et, éventuellement, de lettres de change à peu près de la même manière qu'au transfert pur et simple de créances dans le Guide, ils ne s'appliquent en revanche pas de manière satisfaisante au transfert pur et simple de chèques. Cette dernière question est suffisamment traitée par le droit des instruments négociables et celui du recouvrement bancaire.

44. Un État adoptant qui souhaite étendre l'application de son droit des opérations garanties aux transferts purs et simples d'instruments négociables qui sont soit des billets à ordre, soit des lettres de change (et élargir sa définition de "sûreté réelle mobilière" pour englober le droit du bénéficiaire de ce type de transferts), pourrait envisager de prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sous forme de transfert pur et simple d'un instrument négociable devient automatiquement opposable lors du transfert. Une telle règle éviterait de perturber les pratiques financières existantes.

45. La priorité d'une telle sûreté serait régie par les principes généraux de la priorité et plus particulièrement par le principe général énoncé dans la recommandation 99. Comme dans le cas du transfert pur et simple d'une créance, le bénéficiaire du transfert pur et simple d'un instrument négociable devrait pouvoir en obtenir l'exécution sans que le cédant ait à donner son accord, sous réserve des droits des débiteurs dans le cadre de l'instrument tels que décrits dans le chapitre X sur les droits après défaillance (voir A/CN.9/631/Add. 7).

3. Aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires, valeurs mobilières et propriété intellectuelle

46. Le Guide ne s'applique pas à des biens tels que les aéronefs, le matériel roulant ferroviaire, les objets spatiaux et les navires, ni à d'autres catégories de matériels d'équipement mobiles dans la mesure où ces biens sont régis par une loi nationale ou un accord international auquel l'État adoptant une législation fondée sur le Guide est partie et où les matières régies par la présente loi le sont aussi par cette loi nationale ou cet accord international (voir A/CN.9/631, recommandation 4, al. a)). Les mots "aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux et navires" devraient être interprétés selon le sens qui leur est donné par la législation nationale ou les conventions internationales régissant ces biens.

47. Compte tenu de l'importance croissante et de la valeur économique des biens de propriété intellectuelle pour les sociétés qui cherchent à obtenir des crédits garantis, le Guide s'applique en principe aux sûretés réelles mobilières sur la

propriété intellectuelle. Toutefois, comme les recommandations ont été élaborées sans tenir compte des questions de propriété intellectuelle, en cas d'incompatibilité avec une loi nationale ou des accords internationaux auxquels l'État adoptant est partie, le Guide ne s'appliquerait pas (voir A/CN.9/631, recommandation 4, al. b)). Pour éviter de telles incompatibilités, les États adoptants devraient examiner leurs lois existantes sur la propriété intellectuelle et leur législation interne ainsi que les conventions internationales auxquelles ils sont parties et, si les recommandations du Guide sont incompatibles avec l'une quelconque de ces lois ou conventions [et que les matières spécifiques visées par les recommandations du Guide sont régies par celles-ci], la loi sur les opérations garanties de cet État devrait confirmer que lesdites lois et conventions existantes régissent la question là où il y a incompatibilité. Lorsqu'il détermine s'il convient d'adapter d'une quelconque manière les recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, l'État devrait analyser chaque situation sous tous les aspects et tenir dûment compte de la nécessité à la fois de mettre en place un régime efficace en matière d'opérations garanties et d'assurer la protection et l'exercice des droits de propriété intellectuelle conformément aux conventions internationales et à la législation interne.

48. Les recommandations 4, alinéas a) et b), ont été élaborées compte tenu du fait qu'il peut exister des lois spéciales ou des conventions internationales pertinentes qui traitent les matières visées par la présente loi. Par exemple, la plupart des pays ont des registres et des règles détaillées sur les sûretés réelles mobilières et autres droits sur les navires, aéronefs et autres types d'équipement mobile mentionnés dans la recommandation 4, alinéa a). Les registres sont récents ou sont tenus à jour en raison de la nécessité de financer ces types de biens. Les lois spéciales ou conventions internationales sur les biens mobiles englobent, avec différents degrés de précision, les sûretés réelles mobilières. En revanche, divers types de propriété intellectuelle, souvent, ne sont pas inscrits sur les registres, ou bien les registres attestent seulement qu'une sûreté a été constituée ou reconnue par le Gouvernement et ne sont pas conçus pour l'inscription des sûretés. En outre, certains types de propriété intellectuelle, traditionnellement, ne font pas l'objet de sûretés et la législation sur la propriété intellectuelle ne traite généralement pas des matières spéciales visées par la présente loi.

49. Le Guide ne traite pas non plus des sûretés portant sur des valeurs mobilières, car la nature de ces dernières et leur importance pour le fonctionnement des marchés financiers soulèvent de nombreuses questions qui méritent un traitement spécial dans la législation. Les questions de droit matériel relatives aux sûretés et aux autres droits sur des valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire sont abordées dans un projet de convention que prépare actuellement l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). La loi applicable aux droits sur des valeurs mobilières [intermédiées] n'est pas abordée dans le Guide, puisque la question est traitée dans la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire. [En revanche, le Guide traite des valeurs mobilières non intermédiées en raison de leur importance dans les opérations garanties des petites et moyennes entreprises (voir A/CN.9/631, recommandation 4, al. c))].

[Note à l'intention de la Commission: Si la Commission décide qu'en attendant les futurs travaux sur les valeurs mobilières non intermédiées, celles-ci devraient être traitées dans le Guide, il faudrait insérer un texte dans la

recommandation 4, alinéa c), qui suit le libellé des alinéas a) ou b), pour garantir l'application de certaines dispositions de la loi sur les valeurs mobilières, au moins jusqu'à ce qu'aient été élaborées les recommandations nécessaires concernant des biens particuliers sur les valeurs non intermédiées. En outre, les valeurs mobilières non intermédiées devraient être exclues de la définition des "créances" afin que les règles concernant les créances ne s'appliquent pas à elles. De plus, il faudrait inclure une référence aux définitions des termes "intermédiés" et "titres intermédiés" contenues dans l'avant-projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés (voir Unidroit, Étude LXXVIII – Doc. 57, novembre 2006, art. 1, al. a) et b)).]

50. Le Guide est structuré de manière que l'État adoptant une législation fondée sur le régime qui y est envisagé puisse, en même temps, appliquer les textes élaborés par Unidroit et la Conférence de La Haye de droit international privé, de même que les textes émanant de la CNUDCI, tels que la Convention des Nations Unies sur la cession et le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* (voir *supra* par. 12).

4. Biens immeubles

51. Les biens immeubles (à l'exception des biens rattachés, qui entrent dans le champ d'application du Guide et qui peuvent être grevés de sûretés) sont exclus car ils soulèvent des questions différentes et sont soumis à un système d'inscription de la propriété sur des registres spécialisés indexés par bien et non par constituant.

52. Bien que les biens immeubles soient exclus du champ d'application du Guide en tant que biens initialement grevés, ils peuvent être affectés par les recommandations du Guide. Par exemple, si une sûreté réelle mobilière portant sur une hypothèque garantit une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel, et que la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien meuble incorporel est cédé, la sûreté sur l'hypothèque suit. Cette règle n'a aucune incidence sur les droits des tiers ou les prescriptions en matière de priorité et de réalisation prévus dans la loi sur les biens immeubles (voir A/CN.9/631, recommandation 26).

5. Produit de types de bien exclus

53. Si un bien est exclu du champ d'application du Guide, une loi autre que la loi sur les opérations garanties devrait déterminer si une sûreté réelle mobilière sur ce bien confère néanmoins une sûreté sur les types de produit visés par la loi sur les opérations garanties (par exemple, des créances représentant le produit de biens immeubles). Selon le Guide, si cette autre loi prévoit qu'il existe une sûreté réelle mobilière sur ce produit, la loi sur les opérations garanties s'y appliquera à moins que l'autre loi ne s'applique à [l'opposabilité, la priorité ou la réalisation de cette sûreté] [cette sûreté] (voir A/CN.9/631, recommandation 6).

6. Autres exceptions

54. Étant donné que la mise en place d'un régime global pour les opérations garanties est le meilleur moyen d'atteindre les objectifs du Guide, celui-ci recommande de limiter toutes autres exceptions à son champ d'application qu'il n'énonce pas explicitement et, si d'autres exceptions sont néanmoins prévues, elles

devraient être énoncées dans la loi de manière claire et précise (voir A/CN.9/631, recommandation 7).

B. Autres règles générales

1. Autonomie des parties

55. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties accordent une grande importance à l'autonomie des parties, c'est-à-dire à l'aptitude des parties à déroger à certaines règles, ou à les modifier, dans les limites de certaines règles impératives spécifiées reflétant des considérations de principe fondamentales. Toutefois, ces régimes indiquent clairement aussi que les conventions conclues entre les parties n'ont pas d'incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie. Une telle approche est nécessaire pour donner aux parties à des opérations garanties la plus grande souplesse possible afin qu'elles puissent adapter leurs opérations à leurs besoins particuliers d'une manière qui soit compatible avec l'ordre public de l'État adoptant. C'est un des moyens les plus importants de promouvoir le crédit garanti dans un régime d'opérations garanties. C'est l'approche adoptée dans le Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 8).

2. Communications électroniques

56. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties non seulement reflètent les concepts modernes de la loi sur les opérations garanties, mais tiennent compte aussi des pratiques commerciales modernes en facilitant les communications électroniques. Dans cet esprit, et conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux⁵ et aux articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le Guide contient un certain nombre de recommandations reconnaissant la faculté des parties de réaliser des opérations commerciales en utilisant les communications électroniques (voir A/CN.9/631, recommandations 9 et 10; voir aussi observations article par article sur la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques, par. 143 à 165, et *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996* avec l'article 5 *bis* tel qu'ajouté en 1998, par. 47 à 61)⁶.

C. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide

57. On trouvera ci-après des exemples brefs de types d'opérations de crédit garanties que le Guide vise à encourager et auxquels il est fait référence dans tout le texte pour illustrer des points particuliers. Ces exemples ne représentent que quelques-unes des nombreuses formes d'opérations garanties actuellement pratiquées, et un régime efficace dans ce domaine doit être suffisamment souple pour prendre en compte non seulement les nombreuses méthodes de financement existantes, mais aussi celles qui pourront apparaître dans l'avenir.

⁵ Voir publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

⁶ Ibid., numéro de vente: F.99.V.4.

1. Financement de l'acquisition de stocks et de matériel

58. Les entreprises obtiennent souvent un financement pour certains achats de stocks ou de matériel. Le financement nécessaire est fourni dans de nombreux cas par le vendeur des biens meubles corporels (stocks et matériel) achetés, dans d'autres cas par un prêteur, qui peut être un tiers indépendant ou bien avoir un lien avec le vendeur. Le vendeur reste propriétaire ou le prêteur se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur les biens meubles corporels achetés en garantie du remboursement du crédit ou du prêt.

59. Voici un exemple de financement d'acquisitions: la Société ABC Manufacturing (ABC), qui fabrique des meubles, souhaite acquérir certains stocks et matériels pour les utiliser dans ses activités de fabrication. Elle veut acheter de la peinture (qui constitue une matière première et, partant, des stocks) au vendeur A, des perceuses à colonne (qui constituent du matériel) au vendeur B et du matériel de manutention au vendeur C. Enfin, elle veut louer du matériel informatique à un bailleur A.

60. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur A, ABC est tenue de payer dans un délai de 30 jours après facturation la peinture achetée, qu'elle a grevée d'une sûreté en faveur dudit vendeur en garantie du paiement du prix d'achat. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur B, ABC est tenue de payer les perceuses dans les 10 jours qui suivent leur livraison à son usine. Pour financer cet achat, elle obtient un prêt du prêteur A, qui est garanti par une sûreté constituée sur les perceuses. ABC a aussi un compte bancaire chez le prêteur A et lui a consenti une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire en garantie du remboursement du prêt.

61. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur C, ABC est tenue de payer le matériel de manutention une fois celui-ci installé dans son usine et mis en état de fonctionner. Pour financer cet achat et cette installation, ABC obtient du prêteur B un prêt qu'elle garantit en créant une sûreté sur le matériel en question.

62. En vertu du contrat de location avec le bailleur A, ABC loue à ce dernier le matériel informatique pour une période de deux ans. Elle est tenue de verser des loyers mensuels pendant la durée du bail, à l'expiration duquel elle a la possibilité (mais non l'obligation) d'acheter le matériel à un prix symbolique. Le bailleur A reste propriétaire du matériel pendant la durée du bail. La propriété sera transférée à ABC à l'expiration du bail si elle exerce l'option d'achat. Ce type de bail est souvent appelé "crédit-bail". Dans certaines formes de crédit-bail, la propriété des biens loués est transférée au preneur automatiquement à l'expiration du bail. Il faut distinguer le crédit-bail de ce que l'on appelle généralement le "bail d'exploitation", à l'expiration duquel les biens loués conservent en principe une durée de vie utile et ne peuvent être achetés par le preneur à un prix symbolique ni lui être transférés en pleine propriété automatiquement.

63. Dans chacun des cas ci-dessus, l'acquisition est rendue possible par un financement octroyé par une autre personne (vendeur, prêteur ou crédit-bailleur) qui détient des droits sur les biens acquis en garantie du remboursement de ce financement. Comme le montrent clairement les exemples, le financement d'acquisitions vaut aussi bien pour les stocks que pour le matériel.

2. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances

64. Les entreprises ont généralement besoin d'engager des capitaux avant de pouvoir générer et encaisser des recettes. Par exemple, avant de générer des créances et d'être payé, un fabricant doit avancer du capital pour acheter des matières premières, les transformer en produits finis et vendre ces produits. Selon le type d'activité, ce processus peut durer des mois. L'entreprise a absolument besoin d'un fonds de roulement pour assurer son exploitation entre le moment où les dépenses sont engagées et celui où les recettes sont encaissées.

65. Un crédit permanent constitue pour l'entreprise un moyen très efficace de financer ce fonds de roulement. En effet, dans ce type de crédit, l'emprunteur bénéficie de prêts sur demande qu'il garantit par ses stocks et créances existants et futurs. Il demande généralement un prêt lorsqu'il a besoin d'acheter et de fabriquer des stocks et le rembourse quand ces stocks sont vendus et le prix de vente reçu. Les emprunts et les remboursements sont donc fréquents (mais pas nécessairement réguliers) et le montant du crédit fluctue constamment. Comme la structure du crédit permanent fait correspondre les emprunts au cycle d'exploitation de l'emprunteur (acquisition de stocks, transformation et vente des stocks, création de créances, réception du paiement et acquisition de nouveaux stocks pour recommencer le cycle), elle est, du point de vue économique, extrêmement efficace et avantageuse pour l'emprunteur, à qui elle évite d'emprunter plus que ce dont il a réellement besoin.

66. Voici une illustration de ce type de financement: Il faut à ABC normalement quatre mois pour fabriquer ses produits, les vendre et être payée. Le prêteur B accepte de lui ouvrir une ligne de crédit permanent pour financer ce processus. ABC peut ainsi obtenir des prêts au gré de ses besoins pour un montant global représentant jusqu'à 50 % de la valeur de ses stocks que le prêteur B juge acceptables (en fonction de leur type et qualité ainsi que d'autres critères) et jusqu'à 80 % de la valeur de ses créances que le prêteur B juge acceptables (en fonction de critères tels que la solvabilité des débiteurs des créances) pour le prêt. ABC est censée rembourser à mesure qu'elle est payée par ses clients. Sa ligne de crédit est garantie par l'ensemble de ses créances et de ses stocks existants et futurs. Dans ce type de financement, il est également fréquent que le prêteur obtienne une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire où sont déposés les paiements effectués par les clients (en d'autres termes le produit des stocks et des créances).

3. Affacturage

67. L'affacturage est un mode de financement par cession de créances extrêmement efficace, qui était déjà pratiqué il y a plusieurs milliers d'années. En règle générale, il s'agit d'un achat de créances pur et simple, le vendeur étant le constituant (cédant), et l'acheteur le facteur (cessionnaire). Ce transfert pur et simple de créances entre dans la définition de la sûreté réelle mobilière aux fins du Guide (pour la définition de "sûreté réelle mobilière", voir *supra* par. 19).

68. Il y a plusieurs types d'accords d'affacturage. Le facteur peut payer une partie du prix d'achat des créances au moment de l'achat (affacturage avec mobilisation de créances immédiate, ou "discount factoring"), au moment où les créances sont

acquittées seulement (affacturation-recouvrement, ou “collection factoring”), ou encore à la date d’échéance moyenne de l’ensemble des créances affacturées (“affacturation à échéance”). La cession des créances peut se faire avec ou sans possibilité de recours contre le cédant en cas de non-paiement des créances par leurs débiteurs (c’est-à-dire les clients du cédant). Enfin, les débiteurs des créances peuvent être avisés (“affacturation avec notification”) ou non (“affacturation sans notification”) que leurs créances ont fait l’objet d’un affacturation. Lorsqu’il y a notification, il est souvent exigé qu’elle s’effectue par une indication à cet effet portée par le cédant sur les factures qu’il envoie à ses clients. Le facteur peut également fournir au cédant divers services relatifs aux créances: confirmation et évaluation de la solvabilité des débiteurs, comptabilité, ou encore mesures de recouvrement des impayés. Ces services peuvent être très utiles aux entreprises ne disposant pas de leur propre service de crédit et de recouvrement.

69. Voici une illustration d’un d’accord type d’affacturation: ABC passe avec Facteur un accord d’affacturation avec mobilisation de créances immédiate aux termes duquel Facteur consent à acheter les créances qu’il estime recouvrables. Facteur avance à ABC un montant égal à 90 % de la valeur nominale de ces créances et garde les 10 % restants en réserve pour couvrir les éventuels droits et indemnités des clients qui réduiraient la valeur des créances. L’accord d’affacturation s’accompagne d’une notification aux clients d’ABC.

4. Titrisation

70. Une autre forme de financement très efficace reposant sur la mobilisation des créances est la titrisation. Il s’agit d’un montage financier complexe qui permet à une entreprise commerciale de tirer parti de la valeur de ses créances pour obtenir un financement meilleur marché en transférant celles-ci à une société ad hoc (par exemple un fonds commun de créances) qu’elle détient entièrement et qui émettra d’autres valeurs mobilières sur les marchés financiers garantis par le flux des revenus générés par ces créances. Cette technique est souvent utilisée, par exemple, pour des créances sous forme de sommes payées par carte de crédit, de loyers ou de prêts hypothécaires, mais beaucoup d’autres types de créances peuvent également être titrisées. Les opérations de titrisation sont des opérations financières complexes qui dépendent également des lois d’un État sur les valeurs mobilières et les prêts garantis.

71. La titrisation vise à réduire le coût du financement, étant donné que la société ad hoc est structurée de manière à “écarter” tout risque d’insolvabilité (il est théoriquement impossible qu’elle devienne insolvable) en limitant le montant de la dette qu’elle peut contracter. Cela réduit considérablement l’un des risques dont le prêteur doit tenir compte pour déterminer le taux d’intérêt applicable au prêt. En outre, comme les crédits proviennent des marchés financiers et non du système bancaire, la titrisation peut procurer des crédits d’un montant plus important que les prêts bancaires classiques, et ce, à un coût moindre.

72. Voici une illustration d’une opération de titrisation: une filiale d’un constructeur automobile crée une société ad hoc en vue d’acheter des créances de loyers de crédit-bail automobile à des concessionnaires sur tout un marché géographiquement déterminé. Les créances sont achetées aux concessionnaires pour un montant inférieur à la valeur prévue des flux de paiement que devraient générer ces crédits-bails. La société ad hoc émet ensuite sur le marché financier,

conformément aux lois applicables aux valeurs mobilières, des titres de créance qui sont garantis par ce flux de revenus. À mesure que les loyers sont payés, elle utilise ce produit pour rémunérer ces titres.

5. Financement par des prêts à terme

73. Les entreprises ont souvent besoin de financer de grosses dépenses exceptionnelles, telles que l'acquisition de matériel important ou d'une autre entreprise. Elles essaient alors en général d'obtenir un financement sous la forme de prêts remboursables à échéance fixe (le principal étant payé par versements périodiques – mensuels, trimestriels ou autres – suivant un échéancier convenu ou en une seule fois à l'échéance du prêt).

74. Comme pour beaucoup d'autres types de financement, une entreprise qui n'a pas de cote de crédit solide et bien établie aura des difficultés à obtenir des prêts à terme, à moins d'être capable de constituer des sûretés réelles mobilières sur ses actifs pour garantir le financement. Le montant de ce dernier dépendra en partie de la valeur de réalisation nette des actifs à grever estimée par le créancier. Dans de nombreux États, et plus probablement dans les États qui n'ont pas de régime moderne sur les opérations garanties, les biens immeubles sont les seuls types d'actifs généralement acceptés par les prêteurs pour garantir un prêt à terme et, par conséquent, il est souvent impossible d'obtenir des prêts à terme sur d'autres types d'actifs importants, tels que le matériel ou la valeur totale de l'entreprise. Cependant, beaucoup d'entreprises, en particulier les entreprises nouvellement établies, ne possèdent pas de biens immeubles et n'auront donc probablement pas accès à ce type de financement. Dans d'autres États, les prêts à terme garantis par des biens meubles, tels que du matériel, des droits de propriété intellectuelle ou encore la valeur de l'entreprise sont courants.

75. Voici une illustration de ce type de financement: ABC souhaite développer ses activités et acquérir une entreprise. À cette fin, elle obtient un prêt du prêteur C (calculé sur la valeur de presque tous les actifs de l'entreprise acquise et garanti par ces mêmes actifs). Le prêt est remboursable en mensualités égales échelonnées sur 10 ans. Il est garanti par les actifs existants et futurs d'ABC et de l'entreprise acquise.

6. Transfert de la propriété à titre de garantie

76. Les États qui respectent les transferts de propriété même s'ils sont opérés sans transfert de la possession à des fins de financement reconnaissent les opérations qualifiées de transfert de la propriété à titre de garantie (ou parfois de "transfert fiduciaire de la propriété"). Ces opérations sont pour l'essentiel des sûretés réelles mobilières sans dépossession et sont utilisées principalement dans les États dont la loi sur les opérations garanties ne reconnaît pas encore généralement ce type de sûretés.

7. Opérations de cession-bail

77. Une opération de cession-bail permet à une société d'obtenir un crédit en tirant parti de ses biens meubles corporels existants (généralement du matériel) tout en gardant la possession et le droit d'utiliser ces biens dans ses activités. Dans ce type d'opération, la société vend ses biens à une autre personne pour une somme

déterminée (que ladite société peut ensuite utiliser pour financer son fonds de roulement, pour effectuer des dépenses d'investissement ou à d'autres fins) tout en les lui relouant pour une durée et un loyer stipulés dans le bail. Ce type d'opération est souvent un "crédit-bail" et non un "bail d'exploitation".

D. Recommandations

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, dans la mesure où le document A/CN.9/631 contient un ensemble consolidé des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces dernières ne sont pas reproduites ici. Elles figureront à la fin de chaque chapitre dès qu'elles auront été finalisées.]

III. Mécanismes fondamentaux en matière de sûretés

A. Remarques générales

1. Introduction

78. Au fil du temps, les États ont créé un grand nombre d'institutions juridiques pour encourager les prêteurs et les vendeurs à octroyer des crédits aux emprunteurs et aux acheteurs. Ils ont souvent adopté des lois instaurant des droits spéciaux pour les prêteurs et les vendeurs afin de les inciter à accorder des crédits. Souvent aussi, ils ont mis en place des régimes permettant aux créanciers et aux débiteurs de conclure des contrats pour prévoir des droits spéciaux. Dans les deux cas, l'objectif était de donner une préférence au créancier sur d'autres créanciers dans la répartition du produit issu de la saisie et de la vente d'un bien du débiteur au cas où ce dernier ne s'acquitte pas de l'obligation promise. D'une manière générale, on peut dire de ces différents types de droits qu'ils sont des sûretés (pour la définition d'une "sûreté", voir *supra* par. 19).

79. Le présent chapitre a essentiellement pour objet de passer en revue les principaux mécanismes permettant au créancier de disposer d'une sûreté mobilière. Il expose les avantages et les inconvénients de chaque mécanisme pour les parties directement intéressées (à savoir, le créancier et le constituant) et pour les tiers, et donne un aperçu des grandes options qui s'offrent au législateur pour choisir entre les différents mécanismes possibles. Il insiste également sur les raisons pour lesquelles la modernisation du droit dans ce domaine est nécessaire afin de promouvoir le crédit garanti et les contextes dans lesquels le besoin de modernisation est le plus pressant.

80. Schématiquement, les mécanismes qui sont actuellement utilisés à des fins de sûreté ressortissent à trois grandes catégories: premièrement, les mécanismes spécifiquement conçus à cette fin, et appelés ouvertement sûretés mobilières (voir *infra* sect. A.2); deuxièmement, les dispositifs reposant sur l'utilisation de la propriété dans le cadre de divers types d'arrangements contractuels (voir *infra* sect. A.3); et, troisièmement, les mécanismes de sûreté globaux et intégrés qui incluent une définition générique du concept de sûreté en termes fonctionnels (voir *infra* sect. A.4).

81. Comme il a été noté, dans de nombreux États aujourd’hui, les mécanismes juridiques utilisés par les prêteurs, les vendeurs et d’autres parties pour octroyer un crédit ne sont pas tous fondés sur une convention. Certains naissent par l’effet de la loi et les plus importants d’entre eux seront indiqués dans chacune des sections qui suivent, mais étant donné que les sûretés légales n’entrent pas, pour l’essentiel, dans le champ d’application du présent Guide (à l’exception du chapitre VII sur la priorité; voir A/CN.9/631/Add.4), l’analyse ci-après portera sur les mécanismes de sûreté d’origine conventionnelle.

2. Instruments traditionnellement conçus pour servir de sûreté mobilière

a) Les sûretés sur les biens meubles corporels

82. La plupart des États font une distinction entre les sûretés sur des biens meubles corporels et les sûretés sur des biens meubles incorporels (pour la définition des “biens meubles incorporels” et des “biens meubles corporels”, voir *supra* par. 19). Du fait que les biens meubles corporels peuvent faire l’objet d’une possession matérielle, et du fait que de nombreux États attachent d’importantes conséquences juridiques à cette possession, il est fréquent que les États permettent la constitution sur des biens meubles corporels de types de sûretés sur des biens meubles corporels qui n’existent pas pour les biens meubles incorporels.

83. S’agissant des sûretés sur les biens meubles corporels, la plupart des États établissent une distinction entre sûretés avec dépossession et sûretés sans dépossession (pour la définition de “sûreté sans dépossession” et de “sûreté avec dépossession”, voir *supra* par. 19). Dans le cas des sûretés avec dépossession, la possession du bien grevé est transférée au créancier garanti, à un tiers, ou à une personne agissant pour le compte du créancier garanti. Dans le cas des sûretés sans dépossession, le constituant, qui est habituellement le débiteur mais qui peut aussi être un tiers, reste en possession du bien grevé (pour la définition du “débiteur”, du “bien grevé”, du “constituant” et du “créancier garanti”, voir *supra* par. 19).

i) Les gages

84. Le gage est de loin le type de sûreté grevant des biens meubles corporels le plus répandu. Traditionnellement, pour que le gage soit valable, il faut que le constituant renonce à la possession du bien grevé. Aujourd’hui, de nombreux États étendent le “gage” à des situations dans lesquelles le constituant conserve la possession matérielle du bien. Dans le présent Guide, ces types de gage récents sont considérés comme des sûretés sans dépossession et non comme des gages.

85. Il y a gage ordinaire lorsque le constituant se défait effectivement du bien engagé au profit du créancier gagiste ou d’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 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 aussi être maintenue pendant toute la durée de ce dernier. En général, la restitution du bien engagé au constituant éteint le gage.

86. Dans de nombreux États, 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 (marchandises ou matières premières) sont stockés, à condition que le constituant ne puisse y accéder sans autorisation. Le même résultat peut être obtenu par la remise des biens engagés à un tiers. Par exemple, il peut être fait appel à une société "d'entreposage" indépendante pour contrôler les biens concernés, en qualité de mandataire du créancier gagiste, dans l'établissement du constituant. Avec ce dispositif (parfois désigné d'"entrepôt de campagne"), les biens engagés sont entreposés dans un endroit de l'établissement qui est délimité ou qui se trouve, d'une manière ou d'une autre, sous le contrôle exclusif de la société d'entreposage. Pour être valable, ce genre de dispositif doit généralement remplir plusieurs conditions. Il doit être évident aux yeux d'un tiers que le constituant n'a pas librement accès aux biens engagés. En outre, il ne faut pas que le constituant puisse accéder sans autorisation à l'endroit où sont stockés les biens engagés. Il ne faut pas non plus que les employés de la société d'entreposage travaillent pour le constituant, et s'ils sont recrutés parmi son personnel, en raison de leurs connaissances spécialisées ou autres, leur contrat de travail doit être modifié afin qu'ils cessent de travailler pour lui.

87. Les gages portent le plus souvent sur des biens meubles corporels, mais peuvent s'étendre aussi à d'autres catégories de biens. Les biens de nature spéciale, tels que des documents et des instruments (négociables ou non), représentent des droits sur des biens corporels (par exemple les connaissements ou les récépissés d'entrepôt) ou sur des droits à paiement incorporels (par exemple les instruments négociables). Dans ces cas, la dépossession du constituant s'effectue par remise matérielle des documents ou des instruments au créancier gagiste.

88. En tant que sûreté, le gage présente cinq avantages importants pour le créancier gagiste, qui tiennent au fait que le constituant est dépossédé et que c'est le créancier qui a la possession effective des biens engagés. Premièrement, le créancier 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, lorsqu'il est en mesure d'utiliser les biens engagés, les parties conviendront souvent qu'il y est autorisé à condition d'en prendre dûment soin. Quatrièmement, si le bien engagé est un instrument porteur d'intérêts payables au porteur, le gage facilite le recouvrement de l'obligation de remboursement à mesure que les versements sont dus. Cinquièmement, si la réalisation devient nécessaire, le créancier gagiste 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.

89. Le gage présente également des avantages pour les tiers, en particulier lorsqu'il s'agit des autres créanciers du constituant. La dépossession de ce dernier permet de ne pas créer une apparence trompeuse de richesse (par exemple, que le constituant est en réalité propriétaire des biens engagés ou en a la propriété libre de toute sûreté) et réduit le risque de fraude.

90. Mais le gage a aussi de gros inconvénients. Pour le constituant, le principal est l'obligation de dépossession elle-même, qui l'empêche d'utiliser les biens engagés dans son entreprise. 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 (produits en cours de fabrication), de matériel et

de stocks. À lui seul, cet inconvénient rend le gage inutilisable d'un point de vue économique dans de nombreux contextes commerciaux. Un autre inconvénient important tient au fait que les biens qui n'existent pas ou sur lesquels le constituant n'a pas de droits au moment de la conclusion du gage ne peuvent être engagés, ce qui signifie qu'un certain nombre de pratiques, comme le financement d'achat de stocks à l'aide d'un mécanisme de crédit permanent, ne peuvent être couvertes.

91. Pour le créancier gagiste, l'inconvénient du gage 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 qui est en possession des biens (comme le créancier gagiste ou le titulaire d'un certificat d'entrepôt ou d'un connaissance) risque, en fonction du type de biens concernés, de voir sa responsabilité engagée dans différentes situations pour perte ou dommage causé par les biens pour un montant supérieur à celui du crédit accordé, par exemple lorsque le bien est à l'origine d'une contamination de l'environnement (voir chap. IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, *infra* par. 200).

92. Toutefois, lorsque les parties peuvent éviter ces inconvénients, le gage peut être utilisé avec succès et efficacité comme mécanisme de sûreté. 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 personne, comme un entrepôt, qui conserve la possession des biens d'autrui à titre professionnel; le second domaine d'appréciation est constitué par les instruments et documents négociables, qui peuvent facilement être gardés par le créancier gagiste lui-même.

ii) *Le droit de rétention*

93. Bien que les droits de rétention légaux d'un bien n'entrent pas, d'une manière générale, dans le champ d'application du présent Guide (à l'exception du chapitre VII sur la priorité; voir A/CN.9/631/Add.4), ils sont brièvement abordés ici puisqu'ils garantissent le paiement d'une obligation. De nombreux États ont des régimes détaillés régissant ces droits, régimes qui s'appliquent d'ordinaire aux transporteurs et aux entrepôts ainsi qu'aux personnes qui ont réparé les biens et leur ont apporté des améliorations. Dans certains États, les avocats, comptables, architectes et membres d'autres professions ont aussi le droit de retenir des documents appartenant à leurs clients. Tous ces types de droits de rétention trouvent leur origine dans le principe général du droit des contrats selon lequel une partie n'est pas tenue d'exécuter son obligation tant que l'autre partie n'est pas prête, disposée et apte à exécuter l'obligation corrélative. La plupart de ces droits de rétention légaux ne confèrent pas de droits de réalisation spéciaux à la personne qui retient les biens, et certains ne permettent même pas à la personne qui saisit et vend les biens concernés à revendiquer une priorité sur le produit de la vente en cas de réalisation.

94. Outre ces droits de rétention légaux de nature limitée, de nombreux États autorisent les parties contractantes à étendre la portée du principe juridique général et à convenir que, si l'une d'elles manquait à son obligation contractuelle, l'autre pourrait s'abstenir d'exécuter l'obligation qu'elle a envers la première, même dans

le cadre d'un autre contrat. En particulier, ces États autorisent une partie à retenir une chose qui devrait, en vertu d'un autre contrat, être remise à l'autre partie. Par exemple, une banque n'a pas à remettre un document négociable (tel qu'un connaissance), ou un instrument négociable (tel qu'une lettre de change ou un billet 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 type de gage, bien que les modalités de création diffèrent de celles du gage à proprement parler. 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 effective antérieurement constituée sans qu'il y ait eu dépossession.

iii) *Les sûretés mobilières sans dépossession*

95. Comme on l'a noté plus haut (voir par. 90), un gage 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. Un constituant commercial doit être en possession de ces biens pour exploiter son entreprise. S'il n'y a pas accès et n'a pas le droit d'en disposer, il sera incapable de générer les recettes qui lui permettront de rembourser le prêt.

96. Aussi a-t-on vu les États, en particulier dans la deuxième moitié du XX^e siècle, commencer à reconnaître des sûretés mobilières qui sortent des limites étroites du gage. Même si dans certains cas cette reconnaissance s'est faite par l'adoption de nouvelles lois, elle a très souvent été le fruit de la pratique et de la jurisprudence. Certains pays ont introduit une nouvelle sûreté englobant divers arrangements pris à des fins de garantie, mais la plupart des États, perpétuant la tradition du XIX^e siècle (qui méconnaissait une attitude antérieure plus libérale), ont insisté sur le "principe du gage avec dépossession" comme seule méthode légitime de constitution d'une sûreté mobilière. Au cours du XX^e siècle, les législateurs et les tribunaux de nombre de ces États en sont venus à reconnaître la nécessité économique urgente d'instituer certaines formes de sûretés mobilières sans dépossession.

97. Les différents États 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 mécanismes, parfois à l'intérieur d'un seul et même État. Les techniques et appellations les plus répandues sont: dépossession fictive du constituant, gage sans dépossession, droit de gage inscrit au registre, nantissement, warrant, hypothèque mobilière, privilège contractuel, acte de vente, hypothèque mobilière, sûreté flottante et récépissé de trust. Autrement dit, alors que certains États s'efforçaient de créer un mécanisme de sûreté mobilière sans dépossession en lui donnant un nom, d'autres se sont contentés de modifier les règles régissant les mécanismes existants comme le gage afin d'autoriser les sûretés sans dépossession.

98. Une caractéristique encore plus marquante de ces réformes législatives est que la plupart ont été conçues comme des réponses limitées à des problèmes particuliers et que leur champ d'application a de ce fait été défini de manière restrictive. Par exemple, il existe dans certains États une sûreté sans dépossession pour le matériel

commercial, une autre pour le financement de matières premières et une troisième pour les stocks de détail. Seuls quelques États ont adopté une loi générale créant une sûreté sans dépossession applicable à toutes les formes de biens meubles. En outre, certains ont une législation sur les sûretés mobilières sans dépossession qui diffère selon le type d'entreprise commerciale concerné: l'une traitant du financement garanti des entreprises industrielles et artisanales, une autre du financement garanti des entreprises des secteurs de l'agriculture et de la pêche, une troisième du financement garanti des entreprises minières et extractives et une quatrième des opérations entre particuliers. Enfin, de nombreux États ont diverses lois sur ce type de sûretés, chacune visant uniquement un petit secteur de l'économie, comme l'acquisition d'automobiles ou de matériel, ou la production de films.

99. Certains États ont réglé le problème par un mécanisme connu sous le nom de "sûreté classique" ou de "sûreté flottante", la dénomination "classique" ou "flottante" dépendant du degré de contrôle que le créancier garanti exerce sur le bien grevé. En général, le créancier est titulaire d'une sûreté classique sur un bien si le constituant n'est pas autorisé à vendre ou à disposer d'une autre manière du bien sans le consentement du créancier (ce qui est en général le cas du matériel dont il se sert dans son entreprise), et il est titulaire d'une sûreté flottante sur un bien si le constituant est autorisé à vendre ou à disposer d'une autre manière du bien sans le consentement du créancier garanti (ce qui est en général le cas des stocks que le constituant est libre de vendre dans le cours normal de ses affaires). L'intérêt de la distinction entre une sûreté classique et une sûreté flottante grevant un bien concerne la priorité: une sûreté classique sur le bien est généralement prioritaire alors qu'une sûreté flottante peut avoir à s'incliner face à certaines créances privilégiées au profit des autorités fiscales et d'autres tiers, ou face à un traitement spécial consenti à des créanciers chirographaires (voir aussi *infra* par. 196).

100. Certains États hésitent 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 du constituant de vendre, qui est indispensable pour convertir les stocks en liquidités avec lesquelles il remboursera un prêt garanti. Une autre raison est que la disposition des stocks donne souvent lieu à de délicats conflits entre de multiples cessionnaires des biens grevés ou de multiples créanciers garantis. Une troisième raison peut découler d'une décision de politique générale de réserver les stocks au désintéressement des créanciers chirographaires du constituant

101. Pour diverses que soient les législations prévoyant des sûretés mobilières sans dépossession, elles ont un trait commun: elles exigent ou prévoient en général une forme ou une autre de publicité. L'objet de cette publicité, comme celle prévue par la possession d'un bien grevé, est d'éviter que le caractère non visible, aux yeux des tiers, des sûretés sur les biens que détient le constituant ne lui donne une apparence trompeuse de richesse. On fait toutefois souvent valoir que, dans une économie moderne reposant sur le crédit, les parties devraient supposer que les biens risquent d'être grevés d'une sûreté du prêteur ou soumis à une réserve de propriété du vendeur. C'est pourquoi, le raisonnement tenu est qu'une obligation générale de publier les sûretés mobilières sans dépossession n'est pas nécessaire pour protéger les tiers. 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, un créancier ne s'exposera pas au risque qu'il y ait une sûreté cachée et

ajustera le coût du crédit en conséquence. Il se peut aussi que le créancier essaie d'échapper au risque (seulement de manière partielle) en effectuant une recherche approfondie, longue et coûteuse. Enfin, dans les systèmes fondés sur la supposition générale que les biens seront grevés et qui, par conséquent, n'ont pas de registres intégrés et entièrement transparents, le créancier n'a aucune base objective pour connaître la mesure dans laquelle les biens sont effectivement grevés et la priorité relative des sûretés concurrentes. Il s'ensuit que les constituants risquent ainsi de ne pouvoir mettre à profit la valeur intégrale de leurs biens pour obtenir un crédit.

102. Il semble généralement admis qu'il est 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 de nombreux États. L'un des principaux objectifs de la réforme du droit des opérations garanties est d'apporter des améliorations dans le domaine des sûretés mobilières sans dépossession et dans le domaine connexe des sûretés sur les biens meubles incorporels (voir *infra* sect. A.2.b)).

103. Bien que les régimes modernes prouvent que les difficultés peuvent être surmontées, l'expérience montre que la législation sur les sûretés mobilières sans dépossession exige plus d'efforts qu'une simple "modernisation" du 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 du bien grevé ou de créer sur lui 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 chapitre VII sur la priorité; A/CN.9/631/Add.4). 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 constituant (voir chapitre VIII sur les droits et obligations des parties; A/CN.9/631/Add.5). 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 renoncer à les posséder, 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 de réalisation accélérée (voir chapitre X sur les droits après défaillance; A/CN.9/631/Add.7). Quatrièmement, l'apparence trompeuse de richesse que donnent au constituant les sûretés "occultes" de tiers créées sur les biens détenus par lui devra probablement être combattue par diverses formes de publicité (voir chapitre VI sur le système de registre; A/CN.9/631/Add.3).

104. Étant donné la nécessité économique généralement reconnue de sûretés mobilières sans dépossession et les différences fondamentales examinées ci-dessus entre sûretés avec et sans dépossession, une nouvelle législation sera nécessaire dans de nombreux États qui tiennent compte des avantages et inconvénients relatifs.

105. Compte tenu des modèles législatifs examinés ci-dessus, 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 *infra* sect. A.4). C'est, par exemple, l'approche qui a été retenue dans la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières adoptée par

l'Organisation des États américains 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. La troisième serait de conserver un système fragmenté composé de différentes sûretés pour différents types de constituants, différents types de biens et différents types de sûretés mobilières (avec ou sans dépossession), mais de faire en sorte que toutes les questions relatives à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation soient traitées dans le même ensemble de règles.

106. 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 dans les États qui choisissent de conserver des régimes séparés pour ces deux types de sûretés.

iv) Sûretés légales sans dépossession

107. Dans de nombreux États, il n'y a ni régime intégré ni même des régimes spécialisés différents pour régir les sûretés sans dépossession. Le crédit y est encouragé par des lois conférant des droits extracontractuels particuliers à certaines catégories de créanciers parmi lesquels figurent le plus souvent les vendeurs, fournisseurs de matériaux, artisans, commerçants et réparateurs. En général, le créancier désigné n'est pas habilité à exercer des moyens de réalisation spéciaux; il doit obtenir un jugement puis saisir les biens du débiteur en suivant la procédure normale. Le seul avantage qu'il obtient est une priorité pour le paiement (ou privilège) qui peut être réclamé sur le produit de la vente dans le cadre d'une réalisation. En outre, le bénéficiaire du droit n'étant normalement pas tenu de publier sa sûreté légale sans dépossession, il est rare de pouvoir invoquer ce droit sur des biens qui n'appartiennent plus au débiteur.

108. Les sûretés légales sans dépossession de ce type contribuent certes à encourager les bénéficiaires désignés à accorder un crédit à leurs débiteurs, mais présentent néanmoins plusieurs inconvénients. Tous les types de fournisseurs de crédit ne peuvent en bénéficier. Elles sont occultes, en ce que les tiers ne peuvent facilement connaître leur existence. Elles ne permettent pas aux créanciers d'avoir accès à des moyens de réalisation rapides susceptibles de générer un prix plus élevé lors de la vente du bien. Enfin, elles n'offrent qu'une protection fragile aux créanciers puisqu'elles ne peuvent être invoquées dès lors que le débiteur n'est plus en possession des biens. Toutes ces raisons expliquent la tendance moderne qui consiste pour les États à réduire le nombre de ces sûretés sans dépossession et les privilèges et à élargir à la fois les catégories de créanciers susceptibles de conclure des contrats pour obtenir une sûreté sans dépossession et les types de biens sur lesquels une telle sûreté peut être constituée par convention.

b) Les sûretés sur les biens meubles incorporels

109. Les biens meubles incorporels englobent des droits très divers, comme les créances et la propriété intellectuelle (pour les définitions des "biens meubles

incorporels”, de la “propriété intellectuelle” et de la “créance”, voir *supra* par. 19). 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. Les biens meubles incorporels (en particulier sous forme de propriété intellectuelle) représentent souvent une part importante de la valeur d’autres biens, comme dans le cas de stocks et de matériel (par exemple, des biens portant une marque commerciale de valeur et un logiciel essentiel pour le fonctionnement du matériel). De plus, le produit de stocks ou de matériel peut prendre la forme de biens meubles incorporels. [À l’exception des valeurs mobilières qui ne sont pas intermédies,] le présent Guide ne traite pas des valeurs mobilières car elles soulèvent une série de questions qui exigent un traitement spécial et qui font l’objet d’un texte en cours d’élaboration à Unidroit et de la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d’un intermédiaire. Il traite en revanche des sûretés constituées sur des créances ainsi que des sûretés constituées sur d’autres types de meubles incorporels.

110. Par définition, les biens meubles incorporels échappent à toute possession matérielle. Néanmoins, les codes de nombreux États (y compris des États de “droit romain”) traitent de la constitution de sûretés sur des biens meubles incorporels, du moins pour ce qui est des créances, en modifiant le régime s’appliquant à la constitution de gages avec dépossession. 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 lui seul, à constituer le gage. Dans de nombreux États, la “dépossession” du constituant est symbolique et consiste à exiger que soit donné à ce dernier une notification du gage.

111. Certains États 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, qu’il se fasse sous condition ou de manière absolue (voir *infra* sect. A.3.a)). Suivant une approche plus modérée, la propriété des biens 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 particulièrement vrai si c’est la banque dépositaire qui est le créancier garanti.

112. Ces techniques d’obtention de la “possession” de biens incorporels sont parfois qualifiées de “contrôle” dans les régimes modernes d’opérations garanties. En général, un créancier garanti est réputé avoir le contrôle d’un bien s’il a le droit contractuel de décider d’en disposer. Par exemple, dans certains États, le créancier garanti peut être réputé avoir le contrôle du droit au paiement de fonds sur un compte bancaire si la banque dépositaire s’est engagée par contrat (dans un document souvent dénommé “accord de contrôle”) à disposer des fonds exclusivement sur instruction de sa part (pour la définition du “contrôle” s’agissant d’un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, voir *supra* par. 19). 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 montant global maximum fixé, ou jusqu'à survenance d'un événement spécifié (parfois appelé "événement déclencheur").

113. Dans le cadre des efforts déployés pour créer des régimes globaux de sûretés sans dépossession sur les biens meubles corporels (voir *supra* sect. A.2.a)), il est courant que les sûretés sur l'un des types de biens meubles incorporels les plus importants, les créances, soient intégrées au régime juridique applicable aux sûretés avec dépossession sur des biens meubles corporels. 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 registre général utilisé pour les sûretés sur biens meubles corporels peut également être utile pour les sûretés sur biens meubles incorporels, telles que les créances (pour plus de détails concernant le système de registre, voir A/CN.9/631/Add.3). Cette approche peut avoir comme autre mérite de rendre inutile la notification au débiteur de la créance, ce qui dans certaines opérations garanties faisant intervenir un ensemble de biens présents et futurs dont les composantes ne sont pas précisément identifiées pourrait ne pas être réalisable et concret. Même dans les cas où une telle notification est réalisable et concrète, il se peut qu'elle ne soit pas souhaitable pour des raisons de coût ou de confidentialité.

114. Au vu de l'expérience qu'ont permis d'acquérir différents modèles pour régir les sûretés sur les biens meubles incorporels, de nombreux États devront adopter une nouvelle législation. En tenant compte des avantages et des inconvénients de ces approches, les États seront confrontés à un choix fondamental. Ils pourront soit tenter de réglementer ces sûretés dans un régime distinct de celui régissant les sûretés sur des biens meubles corporels (auquel cas la technique pour constituer une sûreté ressemblera fort à un transfert de propriété), soit essayer de mettre en place un régime intégré s'efforçant de créer un ensemble commun de principes régissant la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation des sûretés sur des biens meubles corporels et incorporels.

115. La tendance prédominante de la législation actuelle est d'élaborer des régimes qui traitent des sûretés sur des biens meubles incorporels dans le cadre d'un régime intégré qui gouverne également les sûretés sur les biens meubles corporels. Une telle approche permet aux constituants et aux créanciers: de décider dès le début de l'opération qui lie les biens qui seront grevés; de définir la relation entre les droits sur les créances qui naissent comme produit et ceux qui naissent lorsque les mêmes créances sont le bien grevé initial; et d'éviter incohérences et manque de transparence.

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

116. Dans de nombreux États, il existe parallèlement aux différents mécanismes et techniques qui sont destinés à remplir la fonction de sûretés (voir *supra* sect. A.2), il existe plusieurs autres instruments juridiques pouvant être utilisés pour produire l'équivalent d'une sûreté. La plupart de ces instruments sont issus de pratiques commerciales dont la validité a été confirmée par les tribunaux, mais certains ont été créés ou améliorés par la législation. En ce qui concerne la création de l'équivalent de sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels et incorporels, les instruments ou techniques alternatives les plus répandus

comprennent l'utilisation de la propriété sur le bien à des fins de garantie. La propriété peut être utilisée de cette manière par le constituant qui la cède au créancier (voir point A.3 a) ci-après) ou par un créancier (généralement un vendeur ou bailleur) qui conserve la propriété des biens vendus ou loués (voir point A.3 b) ci-après). Aussi bien le transfert de propriété que la réserve de propriété permettent au créancier de bénéficier de droits qui sont équivalents aux sûretés sans dépossession, qui, comme il a été exposé précédemment, sont fondamentales d'un point de vue économique.

a) Le transfert de propriété

117. Dans la mesure où les différents régimes ne traitaient pas des sûretés sans dépossession, les débiteurs et les créanciers ont cherché ailleurs dans le droit des principes qui leur permettraient de combler les lacunes et de surmonter les obstacles en matière de constitution de sûretés sans dépossession. Le transfert de propriété des biens au créancier garanti (soit sous condition jusqu'au remboursement du prêt ou sous réserve d'un nouveau transfert à l'emprunteur dans le cadre d'une deuxième vente par laquelle le créancier conserve la propriété jusqu'au remboursement du prêt) est le procédé le plus utilisé à cette fin.

118. Dans de nombreux États, le transfert de propriété à titre de sûreté continue actuellement d'intéresser 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 constituant, un créancier se trouve souvent dans une meilleure position en tant que propriétaire qu'en tant que détenteur d'une sûreté. Ceci est en particulier vrai lorsqu'il est établi que les biens du propriétaire, quoique 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, sont réputés entrer dans cette masse (voir chap. XI sur l'insolvabilité; A/CN.9/631/Add.8). Ces deux caractéristiques ne sont toutefois pas toujours présentes dans le droit national. Par exemple, dans de nombreux États la différence entre la propriété-sûreté et les sûretés mobilières s'agissant des formalités de constitution ou de réalisation exigées a été éliminée au point que les mécanismes de transfert de propriété et les sûretés sont traités de la même manière s'agissant de leur constitution. Dans d'autres États, les transferts à titre de sûreté sont généralement 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.

119. Le transfert de propriété à titre de sûreté a été instauré par la loi dans certains États (généralement dans le cadre des régimes traitant des ventes avec un droit de revendication ou de rachat) et par la pratique et la jurisprudence dans d'autres. Les États adoptent aujourd'hui différentes approches à l'égard du transfert de propriété à titre de garantie. Comme il a été noté, dans certains États 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 États encore, en particulier ceux de droit

romain, de nombreux transferts de propriété, si ce n'est tous, sont considérés comme un contournement du régime ordinaire des sûretés mobilières et sont donc tenus pour nuls et nonavenus. Dans les États qui ont adopté un régime global et intégré de sûretés mobilières sans dépossession, le transfert de propriété à titre de garantie existe mais est traité comme un simple mécanisme de sûreté. Dans ces États, les règles de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation d'un tel transfert sont les mêmes que pour les sûretés (voir *infra* sect. A.4).

120. En ce qui concerne le traitement des transferts de propriété à titre de sûreté, le législateur a le choix entre deux possibilités. La première est de l'autoriser en le soumettant aux conditions (généralement) moins strictes régissant le transfert intégral et en lui attribuant les effets plus importants de ce dernier, 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, sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 200) tout en affaiblissant celle du constituant et de ses autres créanciers.

121. 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, ce qui peut être fait de deux manières. D'une part, les États pourraient spécifier les opérations de transfert de propriété qui seront autorisées, en interdisant toutes les autres, et en soumettant ces mécanismes autorisés aux règles de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation applicables aux sûretés. C'est l'approche adoptée par certains États de droit romain. D'autre part, les États pourraient simplement prévoir que ces opérations de transfert de propriété à titre de sûreté seront qualifiées de sûretés. C'est l'approche adoptée par de nombreux États de *common law*. Avec ces deux options, 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 de propriété ou ses effets, ou bien les deux, sont les mêmes que ceux d'une sûreté. La deuxième option est celle suivie par les États disposant d'un régime des opérations garanties global et intégré, et c'est également celle recommandée dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 11).

b) La réserve de propriété

122. Le deuxième procédé par lequel le droit de propriété est utilisé à titre de sûreté consiste à recourir à des techniques qui permettent aux vendeurs de se servir de leur droit de propriété sur des biens meubles corporels qui sont vendus à un acheteur pour garantir le paiement du prix d'achat. La formule la plus répandue, sans être la seule, consiste à ménager une réserve contractuelle de ce droit (la réserve de propriété). Néanmoins il existe plusieurs autres mécanismes, certains ayant pour origine la loi et d'autres une convention entre les parties, permettant aux vendeurs de se servir de leur droit de propriété.

123. Dans de nombreux États, le droit de la vente permet aux créanciers qui ont effectivement transféré la propriété à l'acheteur de demander l'annulation de la vente si celui-ci ne paie pas le prix. Une fois l'annulation prononcée, le vendeur a le droit de revendiquer la propriété et la possession des biens libres de toutes sûretés que l'acheteur peut avoir constituées sur eux. Ce droit naît en général du fait de la loi, même si dans certains États les vendeurs peuvent l'étendre par contrat au-delà de ce que prévoit le droit de la vente. Étant donné que le présent Guide porte sur les

sûretés constituées par convention, ces moyens légaux dont dispose le vendeur ne seront pas examinés plus avant ici (pour un examen plus complet, voir chap. XII sur les droits liés au financement d'acquisitions; A/CN.9/631/Add.9).

124. Dans le cadre d'une réserve de propriété simple le vendeur peut conserver la propriété des biens vendus jusqu'à paiement complet de leur prix de vente. Les prêteurs peuvent aussi prendre part à ces financements en acceptant que le vendeur cède l'obligation garantie. Il existe différents types d'opérations assorties de clauses de réserve de propriété. Parfois le vendeur se contente de promettre la vente des biens à l'acheteur, et la vente (et le transfert de propriété) n'est réalisée que lorsque le prix a été payé intégralement. Parfois la vente est subordonnée au paiement complet du prix par l'acheteur. Mais le plus souvent la vente est immédiate et seul le transfert de propriété est subordonné au paiement du prix par l'acheteur. L'élément commun à tous ces types d'opérations est que même si l'acheteur a la possession et l'utilisation des biens (et parfois même le droit d'en disposer), il n'obtient pas vraiment de droits sur eux tant que le prix de vente n'est pas payé dans son intégralité. Jusqu'à ce moment, le vendeur reste propriétaire.

125. Les États permettent aussi des variations dans le champ d'application des réserves de propriété. Celles-ci portent parfois sur les obligations garanties, et parfois sur les biens qui font l'objet de la réserve. Par exemple, dans les réserves de propriété "toutes créances" ou "compte courant", le vendeur conserve la propriété des biens vendus jusqu'à ce que l'acheteur se soit acquitté de toutes ses obligations envers lui, qu'elles se rapportent à ces biens ou à d'autres biens qu'il aura acquis auprès de lui. Dans une réserve de propriété "étendue", les droits du vendeur peuvent aussi s'étendre aux créances ou autre produit provenant de la vente des biens. Toutefois, ce mécanisme existe dans très peu d'États. Et même dans ces derniers, le droit au produit s'éteint généralement lorsque le produit est mélangé avec un autre produit. Dans l'immense majorité des États, la réserve de propriété ne s'applique pas au produit. De même, dans presque tous les États elle ne s'applique aux biens que tant qu'ils conservent leur identité, et elle s'éteint une fois qu'ils sont incorporés à d'autres biens au cours du processus de fabrication, ou perdent d'une manière ou d'une autre leur identité propre.

126. Une autre formule que la réserve de propriété, mais aboutissant au même résultat économique, consiste à assortir un contrat de bail d'une option d'achat sur l'objet loué à un prix symbolique qui ne peut être exercée par le preneur qu'une fois payée la majeure partie du "prix d'achat" théorique sous forme de loyer par versements échelonnés (voir l'exemple donné *supra* dans le chapitre II, sect. C.1, par. 62). Dans certains cas, lorsque le crédit-bail porte sur toute la durée d'utilisation du matériel loué, il équivaut à une réserve de propriété même sans option d'achat. Ces différents mécanismes ont tous pour objet de permettre à un emprunteur de financer l'"acquisition" de matériel ou de stocks (voir chap. XII sur les droits liés au financement d'acquisitions; A/CN.9/631/Add.9). Dans les paragraphes suivants, du moins en ce qui concerne le crédit-bail utilisé à titre de sûreté, les termes "vendeur" et "acheteur" incluent respectivement les termes "bailleur" et "preneur".

127. Économiquement, une clause de réserve de propriété fournit une sûreté particulièrement bien adaptée aux besoins des vendeurs pour garantir les crédits octroyés pour le prix d'achat des biens. Dans de nombreux États, 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 de biens. Dans d'autres États, il est plus fréquent que les banques financent l'acquisition, de sorte qu'elles ont développé des pratiques qui leur permettent de tirer profit du mécanisme de réserve de propriété. Par exemple, il se peut qu'un vendeur vende des biens au comptant à une banque, qui elle-même les revend à crédit à l'acheteur avec une clause de réserve de propriété; ou bien qu'un acheteur paye le vendeur au comptant grâce à un prêt puis transfère la propriété à la banque en garantie du prêt. Dans ces États, cette source de crédit et la sûreté spécifique qui l'accompagne se voient souvent accorder un privilège spécial qui prend la forme d'une priorité de rang plus élevé que les sûretés concurrentes sur les mêmes biens, à condition que certaines conditions formelles soient respectées.

128. Du fait qu'elle trouve son origine dans une clause d'un contrat de vente ou de crédit-bail, de nombreux États (y compris un certain nombre de ceux qui traitent les mécanismes de réserve de propriété comme l'équivalent de sûretés) considèrent encore la réserve de propriété comme une simple quasi-sûreté. En conséquence, ils ne soumettent pas ces mécanismes aux règles générales applicables aux sûretés mobilières, notamment en ce qui concerne la forme de la constitution, la méthode d'opposabilité, la priorité et la réalisation. Un autre avantage est que la réserve de propriété peut être constituée à moindres frais car, dans de nombreux États, elle n'est pas soumise à publicité. Elle est en outre bien adaptée au financement à court terme et, dans certains États, confère un droit réel à l'acheteur. Dans les États 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 États, 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 d'acquisitions par les fournisseurs plutôt que par le crédit bancaire ordinaire.

129. 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 États, 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 États encore, les réserves 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.

130. Plusieurs options peuvent être envisagées par les États. 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. 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 concerné 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. Une troisième option consiste à intégrer la réserve de propriété dans le régime ordinaire des sûretés mobilières. Les règles de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation, même en cas d'insolvabilité de l'acheteur seraient ainsi les mêmes pour la réserve de propriété que pour les sûretés sans dépossession. Dans cette solution, pour les raisons mentionnées plus haut, 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 quatrième option encore serait de conserver la réserve de propriété comme une opération séparée, mais de la mettre sur le même plan que n'importe quelle autre sûreté (sans octroyer aucun privilège spécial au vendeur se réservant la propriété quant à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation). Ces options sont examinées plus en détail au chapitre XII sur les droits liés au financement d'acquisitions (voir A/CN.9/631/Add.9).

4. Approche intégrée et fonctionnelle en matière de sûretés

131. Tout au long du XX^e siècle, les demandes de crédit des entreprises ont souvent échoué faute de cadre juridique adéquat permettant aux emprunteurs d'accorder des sûretés aux prêteurs et aux autres fournisseurs de crédit. Parfois la loi interdisait explicitement la constitution de sûretés sur certains types de biens; parfois il n'existait tout simplement pas de mécanisme juridique approprié, parfois encore les parties réussissaient à concocter un mécanisme juridique, mais il se révélait inefficace, coûteux et complexe à utiliser. Ces problèmes ont été à l'origine d'un grand nombre de développements qui viennent d'être examinés. Par exemple, ils ont donné lieu à des pratiques contractuelles et à des innovations législatives autorisant les "gages" fictifs et la mise en place d'opérations juridiques spécialisées destinées à résoudre les problèmes créés dans des secteurs particuliers de l'activité économique; ils ont aussi stimulé l'élaboration de toute une gamme de mécanismes de transfert de propriété; et ils ont été à l'origine du large recours aux clauses de réserve de propriété et à ses diverses variantes destinées à en accroître l'efficacité comme dispositif juridique permettant d'assurer l'exécution d'une obligation.

132. Devant la complexité, l'inefficacité et les lacunes créées par cette approche au cas par cas pour adapter les régimes juridiques aux besoins des entreprises en matière de crédit, certains États ont décidé au milieu du XX^e siècle de repenser l'ensemble du domaine des sûretés sur les biens meubles corporels. La constitution d'une sûreté unique, intégrée, globale et définie en termes fonctionnels sur tous les types de biens meubles corporels a été l'aboutissement de cette réflexion. Cette approche en matière de sûretés a été inspirée par le constat que les nombreux types différents de sûretés sans dépossession, le gage avec dépossession traditionnel et les diverses variantes des mécanismes de transfert de propriété et de réserve de propriété reposaient tous sur quelques principes directeurs identiques visant à atteindre les mêmes résultats fonctionnels.

133. L'idée maîtresse de cette nouvelle approche en matière de sûretés 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 (y compris la Louisiane qui applique la *common law* et le droit romain), a 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 (y compris le territoire du Québec qui applique le droit civil), la Nouvelle-Zélande, l'Inde et d'autres pays (dont de nombreux pays de droit romain en Europe centrale et orientale). La Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains suit à de nombreux égards une approche similaire tout comme la Loi-modèle de la BERD sur les sûretés, 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.

134. En tant que mécanisme visant à créer un régime efficace pour accroître l'offre de crédit bon marché aux entreprises et aux particuliers, un système intégré et global de garantie présente certains avantages importants.

135. Premièrement, toutes les lois traitant des sûretés mobilières sans dépossession (souvent nombreuses) peuvent être fusionnées en un seul texte, solution qui est garante d'exhaustivité, de cohérence et de transparence des règles. 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" en relation avec les sûretés sur des biens meubles incorporels). 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 d'une manière qui non seulement donne aux vendeurs la protection qu'ils souhaitent, mais permet également aux acheteurs d'utiliser toute valeur qu'ils ont acquise sur les biens achetés pour obtenir un crédit supplémentaire. 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 d'une manière qui réduit au minimum les conflits et les incertitudes quant à la priorité des droits des différents créanciers.

136. 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.

137. Dans un contexte international, la reconnaissance des sûretés créées sur des biens situés dans un État qui sont ensuite transférés vers un autre État sera également facilitée si ce dernier reconnaît 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.

138. Une approche intégrée et globale présente toutefois des inconvénients. Premièrement, elle 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. Dans les États qui n'ont pas déjà accepté la "relativité de la propriété" sur les biens meubles, il faudra faire un travail approfondi de formation auprès des juristes et des hommes d'affaires pour leur enseigner les implications pratiques de cette requalification. Cette approche suppose en outre de modifier le raisonnement juridique sur lequel a reposé jusqu'ici la loi relative aux sûretés dans de nombreux États. Dans ces derniers, les sûretés sont conçues comme des exceptions au principe général de l'égalité des créanciers et doivent donc être interprétées restrictivement. De plus, la sûreté est généralement perçue comme un droit particulier sur des biens particuliers, pour garantir une obligation particulière qu'un débiteur particulier doit à un créancier particulier. L'approche intégrée et globale présume que ces restrictions traditionnelles seront remplacées par un principe général encourageant la généralisation du crédit garanti. Enfin, elle suppose normalement que le nouveau régime sera mis en vigueur par un texte législatif unique. Pour certains États cela exigera de modifier en profondeur l'organisation de leurs codes, civils ou commerciaux, ou d'autres lois.

139. Un grand nombre de ces inconvénients peuvent être réduits ou éliminés si l'État est attentif à la manière dont il choisit d'élaborer la législation créant une sûreté intégrée et globale. Par exemple, il serait possible d'obtenir la plupart des avantages tout en évitant la plupart des inconvénients grâce: a) à une réforme exhaustive des lois existantes sur les sûretés, les mécanismes de transfert de propriété à titre de sûreté, la cession de créances et les crédits-bails; et b) à l'adoption de règles légales spécifiques pour réglementer les pratiques contractuelles qui se sont développées pour combler les lacunes de la loi. En tout état de cause, l'effort requis pour y parvenir d'une manière qui assure cohérence, transparence, efficacité et qui instaure une véritable concurrence entre l'ensemble des fournisseurs de crédit sur la base du prix serait considérable.

140. Un État souhaitant adopter une approche favorable à un régime global et intégré aurait, techniquement, le choix entre deux possibilités. La première serait de conserver et d'utiliser le nom des anciens mécanismes de sûreté, tels que le gage, la sûreté flottante, le transfert de propriété à titre de sûreté et la réserve de propriété. Toutefois, leur création et leurs effets en tant que sûretés seraient régis par un ensemble de règles intégré, même s'ils continueraient 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 d'incorporer tous les types de droits servant à titre de sûreté dans une notion unitaire de la sûreté et 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 certaines règles supplémentaires spécifiées (par exemple, en ce qui concerne l'opposabilité, la priorité ou la réalisation).

141. Le Guide recommande la création d'un régime intégré et global en matière d'opérations garanties comme étant l'approche la plus efficace pour promouvoir le crédit garanti. En principe, il recommande aussi que les États adoptent à cette fin la deuxième des deux techniques qui viennent d'être exposées (approche qui peut être

qualifiée de fonctionnelle et unitaire). Toutefois, il reconnaît également que certains États ne sont peut-être pas en mesure d'adopter l'approche fonctionnelle et unitaire pour les droits au financement d'acquisitions, aussi prévoit-il que, dans cette situation particulière, les États peuvent choisir d'adopter la première approche pour établir un régime global et intégré, approche qui pourrait être qualifiée de fonctionnelle et non unitaire (pour un examen plus détaillé, voir chap. XII sur les droits au financement d'acquisitions; A/CN.9/631/Add.9).

B. Recommandations

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, dans la mesure où le document A/CN.9/631 contient un ensemble consolidé des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces dernières ne sont pas reproduites ici. Elles figureront à la fin de chaque chapitre dès qu'elles auront été finalisées.]

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

A. Remarques générales

1. Introduction

142. Dans le présent Guide, une sûreté réelle mobilière est un droit réel (par opposition à droit personnel) sur des biens meubles (par opposition à biens immeubles) créé par une convention entre le constituant et le créancier garanti (par opposition à une loi ou une décision judiciaire), qui vise à garantir l'exécution d'une obligation due par le premier, ou une autre personne, au second (pour la définition du terme "sûreté réelle mobilière", voir *supra* par. 19). Il est donc indispensable de déterminer les mesures nécessaires pour qu'une sûreté réelle mobilière prenne pleinement effet entre les parties et devienne opposable.

143. Dans certains États, une sûreté réelle mobilière sur un bien ne prend pleinement effet qu'après conclusion d'une convention constitutive de sûreté et l'accomplissement d'une formalité supplémentaire telle que la remise de la possession du bien grevé. Selon la nature du bien, la notification à un tiers (comme pour les créances) ou l'inscription (comme pour les navires ou les aéronefs) peut également être exigée. Tant que ces formalités n'ont pas été accomplies, la sûreté n'est pas considérée comme créée et elle est donc sans effet, même entre les parties. En revanche, une fois qu'elles l'ont été, la sûreté produit effet non seulement entre les parties mais aussi à l'égard de toute autre personne, partie ou non à la convention constitutive de sûreté (ce que l'on appelle souvent l'effet *erga omnes* des droits réels).

144. Dans d'autres États, une distinction est faite entre l'efficacité d'une sûreté réelle mobilière entre les parties (*inter partes*) et à l'égard des tiers (opposabilité). La sûreté prend naissance dès la conclusion de la convention constitutive de sûreté, mais elle n'est efficace qu'entre les parties, et une formalité supplémentaire est nécessaire pour la rendre efficace à l'égard des tiers. Cette formalité sert aussi de référence pour déterminer la priorité d'une sûreté sur les droits de réclameurs

concurrents (pour la définition des termes “réclamant concurrent” et “priorité”, voir *supra* par. 19). Cette approche a surtout un avantage pratique car elle permet à un constituant d’offrir les mêmes biens en garantie à plusieurs créanciers (augmentant ainsi le montant du crédit qu’il peut obtenir en fonction de la valeur des biens) tout en créant une base sur laquelle déterminer le rang de priorité de ces créanciers.

145. Cette approche part de l’idée qu’une sûreté réelle mobilière comprend deux éléments distincts. Il y a, d’une part, une relation entre les parties et, d’autre part, un élément de propriété qui produit des effets directs sur les droits des tiers. En d’autres termes, la convention constitutive de sûreté est suffisante pour qu’une sûreté soit efficace entre les parties, mais insuffisante pour qu’elle le soit à l’égard des tiers, tels que d’autres créanciers garantis, des créanciers judiciaires, ou le représentant de l’insolvabilité en cas d’insolvabilité du constituant. Cette approche repose en outre sur l’hypothèse qu’il n’est pas nécessaire de soumettre l’efficacité entre les parties à notification ou à inscription, ce qui risquerait au contraire d’entraver les opérations qui ont une fonction de garantie mais sont fondées sur des techniques de vente ou de location informelles (par exemple, les ventes avec réserve de propriété, les crédits-bail ou les accords de location-vente).

146. Certains États adoptent une troisième approche, hybride des deux premières, consistant à considérer qu’une sûreté réelle mobilière produit effet à l’égard de tous au moment de sa constitution (y compris à l’égard des créanciers chirographaires du constituant, des créanciers judiciaires, du représentant de l’insolvabilité du constituant, des donataires et des bénéficiaires du transfert des biens en dehors du cours normal des affaires du constituant), mais que des règles spéciales s’appliquent à l’opposabilité et à la priorité dans les cas où des réclamants concurrents (par exemple des créanciers garantis concurrents ou des bénéficiaires du transfert des biens grevés dans le cours normal des affaires) font valoir des droits spécifiques sur les biens. Elle aboutit généralement aux mêmes résultats que la deuxième approche, à une légère différence près concernant les droits de certains créanciers, comme les créanciers chirographaires ou judiciaires et le représentant de l’insolvabilité (voir A/CN.9/631/Add.2, par. [...]).

147. Le présent Guide adopte la deuxième des trois approches générales susmentionnées en ce qui concerne la constitution et l’efficacité des sûretés réelles mobilières. Autrement dit, il recommande de faire une distinction entre les conditions nécessaires d’une part pour qu’une sûreté produise effet entre les parties, et d’autre part pour qu’elle devienne opposable (voir *supra* par. 144 et 145). Le présent chapitre traite des questions relatives à la constitution par convention d’une sûreté réelle mobilière sur un bien et de son efficacité entre les parties à la convention constitutive de sûreté. L’efficacité à l’égard des tiers fait l’objet du chapitre V sur l’opposabilité (voir A/CN.9/631/Add.2); les règles sur le classement des créanciers ayant des droits sur les mêmes biens sont présentées au chapitre VII sur la priorité (voir A/CN.9/631/Add.4); et les questions ayant trait à l’opposabilité d’une sûreté en cas d’insolvabilité sont examinées au chapitre XI sur l’insolvabilité. (voir A/CN.9/631/Add.8).

2. Constitution d’une sûreté réelle mobilière

148. Lorsque l’on parle de la constitution d’une sûreté réelle mobilière et de son efficacité entre le constituant et le créancier garanti, deux questions distinctes doivent être abordées. La plus importante consiste à déterminer à quel moment et

dans quelles conditions une sûreté est créée, mais il faut aussi se demander à quel moment et dans quelles conditions elle prend effet entre les parties en général. Normalement, la réponse à ces deux questions est la même, à savoir: au moment où les formalités nécessaires à la constitution ont été accomplies. Il arrive aussi qu'une sûreté réelle mobilière qui a été constituée cesse par la suite d'être efficace entre les parties; il est alors important de déterminer quand exactement elle perd cette efficacité. Ces deux aspects de la question sont examinés ci-après successivement.

149. Dans la plupart des États, pour qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles soit constituée, il faut qu'une convention soit conclue à cet effet entre le constituant et le créancier garanti (pour la définition du terme "convention constitutive de sûreté", voir *supra* par. 19) (voir A/CN.9/631, recommandation 12).

150. La convention constitutive de sûreté peut remplir plusieurs fonctions, à savoir: a) servir de fondement juridique à l'octroi d'une sûreté; b) établir le lien entre la sûreté et l'obligation qu'elle garantit; c) régler de façon générale la relation entre le constituant et le créancier garanti (pour les droits avant défaillance, voir chap. VIII; A/CN.9/631/Add.5); et d) réduire au minimum le risque de litiges sur le contenu de la convention ainsi que de manipulation après défaillance (pour les droits après défaillance, voir chap. X, A/CN.9/631/Add.7).

151. Si la convention constitutive de sûreté peut parfois revêtir la forme d'un accord distinct entre les parties, elle est souvent incorporée dans le contrat de financement sous-jacent ou dans un contrat semblable conclu entre le constituant et le créancier garanti, tel qu'un contrat de vente de marchandises à crédit.

152. Comme il a été noté plus haut, dans de nombreux États, la convention constitutive de sûreté suffit à elle seule pour créer une sûreté réelle mobilière entre le constituant et le créancier garanti. Dans d'autres, cependant, une formalité supplémentaire (le transfert de la possession, la notification ou l'inscription) est nécessaire pour qu'une sûreté soit créée, même entre les parties. La nature de cette formalité varie selon les États et même, au sein des États, selon le type de sûreté ou de bien concerné.

153. Certains accords relatifs à la propriété de biens meubles peuvent avoir une fonction de garantie, par exemple: la réserve de propriété d'un vendeur, le transfert de propriété à titre de garantie, la cession de créances à titre de garantie, ainsi que la vente et la revente, la cession-bail, la location-vente et le crédit-bail (pour les définitions des termes "cession", "crédit-bail", et "droit de réserve de propriété", voir *supra* par. 19.)

154. Dans les systèmes juridiques ayant un régime global et intégré pour les opérations garanties, les mécanismes de transfert de propriété à titre de garantie doivent généralement être constitués de la même façon que n'importe quelle autre sûreté. Ou bien ils sont englobés dans la notion uniforme de sûreté réelle mobilière, ou bien ils conservent leurs diverses dénominations, mais sont soumis aux mêmes conditions spécifiques de constitution entre les parties que les sûretés.

155. Dans d'autres systèmes juridiques, ces mécanismes sont le principal moyen de constituer des sûretés réelles mobilières sans dépossession. Ils sont alors généralement soumis aux règles applicables à l'opération particulière par laquelle la propriété est transférée entre les parties (par exemple la vente, l'échange, la location avec option d'achat, etc.) Du fait de la fonction de garantie, ces règles relatives aux

opérations sont parfois soumises à d'autres règles établies par la loi ou énoncées par un tribunal. Le contenu des régimes prévus par ces systèmes juridiques qui conservent la spécificité des mécanismes de transfert de propriété peut être très différent d'un État à l'autre. Dans certains, seule la réserve de propriété est soumise à un régime particulier, tandis que le transfert de la propriété d'un emprunteur à un prêteur et la cession de créances à titre de garantie sont régis par les règles applicables à la constitution des sûretés réelles mobilières. Dans d'autres, certains mécanismes de transfert de propriété, outre la réserve de propriété, tels que la vente à réméré, sont aussi soumis à un régime particulier.

156. Le traitement des mécanismes de réserve de propriété est un indicateur clef de la manière dont les États conçoivent la notion de garantie fondée sur la propriété. Les systèmes juridiques qui ne considèrent pas les mécanismes de transfert de propriété comme des sûretés réelles mobilières accordent généralement une importance particulière à la réserve de propriété, même s'ils en soumettent parfois la constitution à des conditions très différentes. En d'autres termes, dans ces systèmes, la réserve de propriété est couramment utilisée et produit effet à l'égard de toutes les parties. Dans d'autres, toutefois, elle joue un rôle insignifiant et ne produit généralement pas d'effet ou, en tout état de cause, n'est pas opposable au représentant de l'insolvabilité d'un acheteur. Un point commun entre beaucoup de systèmes juridiques est que seuls les accords de réserve de propriété simples sont traités comme de véritables mécanismes de transfert de propriété, tandis que ceux qui contiennent des clauses s'étendant à toutes les sommes dues, au produit ou aux fruits, sont traités comme de véritables sûretés. Beaucoup s'accordent aussi à dire que seul le vendeur peut être réservataire. D'autres fournisseurs de crédit ne peuvent bénéficier d'une réserve de propriété que s'ils reçoivent du vendeur une cession du solde impayé du prix d'achat (voir chap. XII sur les droits liés au financement d'acquisitions; A/CN.9/631/Add.9).

157. Dans la plupart des systèmes juridiques qui reconnaissent la réserve de propriété, les droits du vendeur découlent d'une clause de l'accord de vente. Dans quelques États, le droit du vendeur à la réserve de propriété est implicite dans toutes les ventes à crédit et il n'est même pas nécessaire qu'il soit expressément énoncé dans l'accord de vente. Dans d'autres, le droit contractuel de rétention peut être convenu entre les parties, même verbalement ou par référence aux conditions générales imprimées sur un document de livraison ou une facture. Dans d'autres encore, une forme d'écrit, une certaine date pour l'accord voire l'inscription peuvent être exigées.

158. La terminologie employée et les conditions pour les transferts de propriété à titre de garantie varient aussi considérablement d'un système juridique à l'autre. On parle par exemple de transferts fiduciaires de propriété à titre de garantie, de ventes assorties d'un droit de revendication, de doubles ventes et de cessions-bail avec option d'achat. Il convient de noter tout d'abord que dans certains systèmes, un transfert de propriété à titre de garantie est inopposable aux tiers, et parfois même sans effet entre l'auteur et le bénéficiaire. Dans d'autres, il produit effet mais est peu utilisé du fait de l'existence d'autres sûretés réelles mobilières sans dépossession. La plupart des systèmes juridiques qui reconnaissent ce type de transfert soumettent sa constitution aux mêmes règles que celles applicables aux opérations garanties en général, au moins en cas d'insolvabilité de l'auteur du transfert. Ainsi, par exemple, une vente assortie d'un droit de revendication ou une

double vente sera généralement soumise aux mêmes règles que les opérations garanties en ce qui concerne la forme et le contenu de l'accord.

159. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent aussi que les opérations fondées sur le concept de location (location-vente et crédit-bail dans le contexte du financement d'acquisitions, et cession-bail dans le contexte d'une opération de prêt) remplissent souvent une fonction de garantie. Dans certains, elles sont traitées comme des sûretés et donc soumises aux mêmes conditions de constitution et d'efficacité entre les parties. Dans d'autres, elles sont considérées non comme des sûretés, mais comme des arrangements contractuels créant des droits personnels, auquel cas elles sont normalement soumises aux conditions de constitution entre les parties applicables aux droits contractuels de ce type.

160. La deuxième question qui se pose aux États lorsqu'ils décident des conditions fondamentales nécessaires à la constitution est celle de déterminer à quel moment la sûreté prend réellement effet entre les parties. Dans la plupart des États, du fait qu'elle découle d'une convention entre les parties, la sûreté prend effet entre elles dès la conclusion de cette convention. Les parties peuvent bien entendu convenir de reporter le moment de l'efficacité à une date ultérieure, mais normalement elles ne le font pas (et, en tout état de cause, elles ne peuvent convenir d'une date antérieure à la conclusion de la convention). Il est également nécessaire de déterminer le moment auquel la sûreté commence à produire des effets sur les biens grevés. Il convient alors de faire une distinction entre les biens présents et les biens futurs du constituant. Lorsque la convention constitutive de sûreté vise des biens sur lesquels le constituant a des droits ou qu'il a le pouvoir de grever au moment de la conclusion de la convention, la sûreté produit effet à l'égard de ces biens entre les parties à partir de ce moment, sous réserve de tout accord entre les parties tendant à reporter le moment de l'efficacité pour une partie ou l'ensemble des biens. En revanche, lorsqu'elle vise des biens sur lesquels le constituant compte acquérir des droits ou qu'il compte avoir le pouvoir de grever ultérieurement, la sûreté ne produit effet concernant ces biens entre les parties qu'à partir du moment où le constituant acquiert ces droits ou ce pouvoir, à moins, bien entendu, que les parties conviennent de reporter la date de l'efficacité (voir A/CN.9/631, recommandation 12; voir aussi *infra* par. 185).

3. Éléments essentiels d'une convention constitutive de sûreté

161. Les éléments essentiels que doit comporter une convention constitutive de sûreté pour produire effet entre les parties varient d'un système juridique à l'autre. Certains sont toutefois communs à tous les systèmes qui exigent en général que la convention: a) identifie les parties; b) énonce l'obligation à garantir; et c) décrive les biens à grever. Certains États exigent en outre que la convention fixe le montant maximum pour lequel la sûreté sur les biens grevés peut être réalisée.

162. Le degré de précision requis pour l'identification de l'obligation garantie et des biens grevés varie aussi selon les États. Une description précise a l'avantage de la sécurité, mais l'inconvénient d'un manque de souplesse lorsqu'il s'agit de traiter d'importantes opérations de financement comportant des fluctuations du montant des obligations garanties ou de l'ensemble des biens grevés, notamment des biens à acquérir (par exemple dans le cadre d'un mécanisme de crédit permanent portant sur des stocks ou des créances). Quoi qu'il en soit, que la législation mentionne ou non l'identification des parties et la description de l'obligation à garantir et des biens à

grever comme formant le contenu minimum d'une convention constitutive de sûreté, leur omission dans cette dernière risque d'entraîner des litiges au sujet de l'assiette de la sûreté et de l'obligation garantie, sauf si ces éléments peuvent être établis par d'autres moyens.

163. Les parties à la convention constitutive de sûreté peuvent aussi préciser d'autres points dans cette dernière, par exemple l'obligation de diligence qui incombe à la partie en possession des biens grevés et des observations concernant ces biens. En l'absence d'accord sur la question, des règles supplétives peuvent s'appliquer pour clarifier la relation entre les parties (pour les questions relatives à la situation avant défaillance, voir chap. VIII, A/CN.9/631/Add.5; pour celles relatives à la situation après défaillance, voir chap. X, A/CN.9/631/Add.7).

164. Beaucoup de régimes modernes des opérations garanties s'abstiennent de soumettre l'efficacité de la convention constitutive à des conditions trop complexes, l'idée étant de faciliter la promotion du crédit garanti en prévoyant des conditions minimales pour que la convention produise effet. Celle-ci doit par exemple: a) exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté; b) identifier les parties (par exemple le constituant et le créancier garanti); c) décrire l'obligation devant être garantie par la sûreté; et d) décrire les biens à grever (voir A/CN.9/631, recommandation 13).

165. Comme il est précisé plus loin (voir par. 188 à 190), le Guide considère qu'une description générique des biens grevés est suffisante, par exemple: "tous les biens présents et futurs" ou "tous les stocks présents et futurs".

4. Forme d'une convention constitutive de sûreté

166. Les systèmes juridiques diffèrent aussi quant aux exigences de forme pour les conventions constitutives de sûretés et à la fonction de ces exigences. En particulier, certains n'exigent aucune convention écrite tandis que d'autres requièrent un écrit. Dans quelques États, un écrit simple, non signé, suffit. Dans d'autres, un écrit signé est exigé. Dans d'autres encore, il faut un acte notarié ou un document équivalent. En règle générale, l'écrit a pour fonction d'avertir les parties des conséquences juridiques de la convention constitutive conclue par elles, de prouver l'existence de cette dernière et, dans le cas d'actes authentiques, de protéger les tiers contre son antedatage frauduleux. La forme écrite, en sus d'être une condition de l'efficacité, peut aussi avoir d'autres fonctions entre les parties. Dans beaucoup d'États, par exemple, elle est requise pour établir l'opposabilité ou l'ordre de priorité entre réclameurs concurrents. Dans de nombreux cas, elle peut aussi être une condition pour obtenir la possession des biens grevés ou pour invoquer la convention constitutive de sûreté en cas de réalisation, dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité.

167. Dans certains systèmes juridiques, la certification de la date par une autorité publique est requise pour les sûretés réelles mobilières avec dépossession, sauf pour les prêts de petites sommes, où la preuve testimoniale est admise. Si une telle certification peut être un moyen de prévenir l'antedatage frauduleux, elle risque par contre d'accroître le temps et le coût nécessaires à la réalisation d'une opération. Dans d'autres systèmes juridiques, une date certifiée ou l'authentification de la convention constitutive est requise pour divers types de sûretés réelles mobilières sans dépossession (voir, par exemple, les articles 65, 70, 94 et 101 de l'Acte

uniforme portant organisation des sûretés de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires). Dans certains de ces systèmes, cette certification est exigée en lieu et place de l'inscription. Toutefois, lorsque l'inscription est nécessaire, la date de la convention n'a pas à être certifiée.

168. Dans de nombreux systèmes juridiques, pour des considérations de temps et de coût, les conditions de forme impératives sont limitées au minimum. Un écrit simple (y compris, par exemple, des conditions générales ou une facture) suffit pour autant que, seul ou associé au comportement des parties, il indique l'intention du constituant d'octroyer une sûreté. Telle est la position du Guide, conformément à l'un de ses objectifs essentiels qui est de simplifier autant que possible le processus de constitution des sûretés réelles mobilières (voir *supra* par. 23 et A/CN.9/631, recommandations 1, al. c) et 14). Une communication électronique satisfait à l'exigence de la forme écrite (voir A/CN.9/631, recommandation 9). Seule exception aux règles énoncées ci-dessus: la convention constitutive de sûreté peut être verbale si elle s'accompagne d'un transfert au créancier garanti de la possession du bien grevé (voir A/CN.9/631, recommandation 14). Toutefois, si la sûreté est créée par convention verbale et transfert de possession, et que le créancier garanti renonce ensuite à la possession, une convention écrite est nécessaire pour que la sûreté continue d'exister.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être envisager de modifier la recommandation 14 pour préciser que, si le créancier garanti renonce à la possession du bien grevé sur lequel une sûreté a été constituée par convention verbale et transfert de possession, une convention écrite est nécessaire pour que la sûreté continue d'exister.]

169. La convention constitutive de sûreté est généralement conclue entre le débiteur en tant que constituant et le créancier garanti. Dans des cas où un tiers accorde la sûreté pour le compte du débiteur, c'est lui qui devient partie à la convention à la place ou en plus de ce dernier. Dans le cas de prêts importants consentis collectivement par plusieurs prêteurs (en particulier dans le cas de prêts consortiaux), un tiers, agissant en qualité de mandataire ou de fiduciaire des prêteurs, peut détenir des sûretés pour le compte de tous les prêteurs. Les conventions constitutives peuvent être adaptées à chacune de ces situations. Si certains systèmes prévoient des restrictions (par exemple, seules les entreprises peuvent engager leurs actifs), d'autres autorisent les personnes physiques comme les personnes morales à devenir parties à une convention constitutive de sûreté.

5. Obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

170. La sûreté est un élément accessoire et dépendant de l'obligation qu'elle garantit. De ce fait, la validité et les clauses de la convention constitutive de sûreté dépendent de la validité et des clauses de l'accord qui établit l'obligation garantie. En particulier, dans les opérations de crédit permanent, une sûreté est accessoire dans la mesure où, si elle peut garantir des avances futures et des obligations fluctuantes, elle ne peut être réalisée en l'absence d'avances sur le prêt et elle ne peut être supérieure au montant de l'obligation due au moment de la réalisation.

171. Dans certains États, les sûretés sans dépossession ne peuvent concerner que certains types d'obligations énoncées dans la législation (par exemple, les prêts pour l'achat d'automobiles ou les prêts aux agriculteurs). Dans d'autres, qui ont un

régime général applicable soit aux seules sûretés avec dépossession, soit aussi bien aux sûretés avec dépossession qu'aux sûretés sans dépossession, de telles restrictions n'existent pas. Un tel régime global (voir A/CN.9/631, recommandation 15) peut permettre d'étendre les principaux avantages découlant d'un financement garanti (à savoir une offre plus importante de crédit à moindre coût) aux parties à une vaste gamme d'opérations. En outre, il offre plus de cohérence et assure le même traitement à l'ensemble des débiteurs et des créanciers garantis. Dans la mesure où ce type de régime est nécessaire pour des raisons socioéconomiques particulières, on peut limiter au minimum ses effets préjudiciables en veillant à ce qu'il soit établi de manière claire et transparente et se limite à une gamme étroite d'opérations.

172. En général, les États qui ne relient pas de formes particulières de garantie à des types particuliers d'obligations ne limitent pas les types d'obligations pouvant faire l'objet d'une sûreté. En outre, à moins que les sûretés garantissant l'exécution de certains types d'obligations soient soumises à un régime spécial (par exemple, des prêts consentis par des prêteurs sur gage), les États n'énumèrent généralement pas dans la législation tous les types d'obligations pouvant être garantis. Compte tenu du rythme auquel de nouveaux types d'obligations de crédit font leur apparition, il serait impossible d'adopter une liste exhaustive qui ne serait pas rapidement dépassée. Il est toutefois courant que les États prévoient une liste indicative, qui comprend généralement les obligations découlant de prêts et de l'achat à crédit de biens meubles corporels, y compris de stocks et de matériel.

173. Les systèmes juridiques ont des positions différentes sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, une convention constitutive de sûreté peut être créée pour garantir des obligations futures, ainsi que sur la définition même d'une obligation future. Dans certains, une obligation est future si elle n'a pas donné lieu à un contrat (c'est l'approche de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, voir article 5, al. b.). Dans d'autres, même les obligations qui ont donné lieu à un contrat, mais qui ne sont pas exigibles au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté (parce que le prêt n'a pas été encore avancé ou qu'il relève d'un mécanisme de crédit permanent) sont considérées comme des obligations futures. En outre, les obligations soumises à une condition résolutoire sont invariablement traitées comme des obligations présentes, alors que les obligations soumises à une condition suspensive sont normalement traitées comme des obligations futures.

174. La distinction entre obligations présentes et futures est importante dans les systèmes juridiques où, pour des raisons de sécurité et pour protéger le débiteur, les obligations futures ne peuvent pas être garanties, ne peuvent l'être qu'à concurrence d'un montant maximal, ou ne peuvent pas l'être si elles sont indéterminées (par exemple lorsque la convention constitutive de sûreté indique viser "toutes les obligations présentes et futures de tous types pouvant naître entre les parties". Dans les États qui limitent l'octroi de sûretés réelles mobilières pour garantir l'exécution d'obligations futures, le débiteur ne pourra peut-être pas bénéficier de certaines opérations, telles que les mécanismes de crédit permanent ou les crédits à échéance modulable. Dans d'autres systèmes, les obligations futures peuvent être librement garanties et une convention constitutive de sûreté suffit pour couvrir à la fois les obligations présentes et futures. Par conséquent, il n'est pas nécessaire chaque fois qu'un crédit est octroyé ou augmenté, de modifier la sûreté correspondante ni même

de constituer une nouvelle sûreté, ce qui a un impact positif sur l'offre et le coût du crédit. Si une sûreté peut être constituée sur une obligation future, elle ne peut être réalisée tant que l'obligation n'est pas née et n'est pas exigible. Certains États soumettent la manière d'indiquer le type et le montant de l'obligation garantie à diverses règles.

175. Dans certains systèmes juridiques, les parties doivent décrire avec précision les obligations garanties dans leur convention, fixer un plafond au montant pour lequel le bien peut être grevé en garantie de l'obligation, ou même réduire le montant de la garantie pour refléter le solde dû au titre de l'obligation. L'idée sous-jacente est que cette description ou ces limites sont dans l'intérêt du débiteur, qui serait ainsi protégé contre le surendettement et aurait la possibilité d'obtenir de nouveaux crédits auprès d'une autre partie. L'effet peut toutefois être de limiter le montant du crédit disponible auprès du créancier initial ou d'inciter les créanciers à indiquer un montant nettement supérieur à celui qu'ils acceptent réellement d'avancer au constituant. En conséquence, ce dernier est souvent privé de la possibilité d'utiliser la valeur intégrale de ses biens pour garantir d'autres obligations envers son créancier actuel ou de nouvelles obligations envers d'autres créanciers.

176. Souvent, les opérations de financement modernes ne supposent plus un paiement unique, mais prévoient plutôt le versement d'avances à différents moments, en fonction des besoins du constituant (les mécanismes de crédit permanent lui permettant par exemple d'acheter des stocks). Ce type de financement peut se faire au moyen d'un compte courant dont le solde fluctue quotidiennement. Si le montant de l'obligation garantie devait se trouver réduit par chaque versement effectué, les prêteurs seraient découragés de faire d'autres avances sauf à recevoir une sûreté supplémentaire. Cela nuirait considérablement à l'efficacité, car il en coûterait davantage au constituant, aussi bien en temps qu'en argent, pour acquérir les nouveaux biens nécessaires à la conduite de ses affaires. Enfin, quelques États tentent de contrôler le crédit en limitant le montant pour lequel un bien peut être grevé à un pourcentage du crédit avancé au constituant (par exemple 125 % de l'obligation due). Cependant, les limites législatives de ce type sont inévitablement arbitraires, ne peuvent généralement pas être adaptées aux besoins de crédit des différents constituants et devraient normalement être ajustées en permanence pour tenir compte des modifications dans la relation de crédit entre le constituant et le créancier garanti.

177. Pour toutes les raisons indiquées ci-dessus, de nombreux systèmes juridiques n'exigent pas de description précise des obligations garanties et autorisent les parties à négocier librement le montant à garantir, y compris toute somme due par le débiteur au créancier garanti. Dans ces systèmes, l'obligation garantie doit être déterminée ou déterminable sur la base de la convention constitutive de sûreté chaque fois que cela est nécessaire (comme c'est le cas, par exemple, lorsque le créancier garanti réalise sa sûreté). En outre, le constituant est protégé car le créancier ne peut réclamer sur les biens grevés plus que ce qui lui est dû et, si l'obligation est totalement garantie, il est probable que le second offrira au premier des conditions de crédit plus avantageuses.

178. Les États adoptent aussi des positions différentes sur le point de savoir si le montant effectif de l'obligation garantie (y compris les taux d'intérêt, le cas échéant) doit être indiqué dans la convention constitutive de sûreté elle-même, s'il

doit être exprimé dans une monnaie et, dans l'affirmative, dans laquelle. Certains États exigent par exemple que la convention constitutive indique non seulement le type d'obligation garantie mais aussi son montant (par exemple, le montant effectif du crédit fourni). D'autres n'exigent que l'indication du type d'obligation, laissant les autres précisions pour l'accord de prêt ou de crédit. En outre, certains États exigent que l'obligation de remboursement soit exprimée dans une monnaie tandis que d'autres permettent aux parties de l'exprimer comme ils le souhaitent. Beaucoup n'imposent aujourd'hui aucune restriction sur cette question outre celles qui s'appliquent aux obligations en général.

179. En cas de défaillance (ou d'insolvabilité) du débiteur et de disposition des biens grevés, le produit de cette disposition peut être versé dans une monnaie (par exemple le dollar) autre que celle utilisée pour exprimer le montant de l'obligation garantie (par exemple l'euro). En pareil cas, il sera nécessaire de convertir le produit pour que l'obligation garantie et les biens grevés soient exprimés dans la même monnaie. En général, toutefois, cette question relève du contrat qui a donné naissance à l'obligation et du droit applicable (par exemple, en l'absence de convention, le taux de change en vigueur là où se déroulera la procédure d'exécution ou d'insolvabilité s'appliquera).

6. Biens pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

180. L'identification des biens qui seront grevés de la sûreté réelle mobilière est un élément central de la convention constitutive. Lorsqu'ils déterminent les modalités de cette identification, les États doivent généralement répondre à quatre questions distinctes, à savoir: si une sûreté peut être consentie sur des biens dont le constituant n'est pas, ou n'est pas encore, propriétaire; s'il devrait être impossible de grever certains types de biens; comment les biens peuvent être décrits (en d'autres termes, de manière individualisée ou générique); et si un constituant devrait être autorisé à créer une sûreté globale sur l'ensemble de ses biens (autrement dit, à conclure un accord qui, dans de nombreux États, revêt la forme d'un "nantissement global d'entreprise").

a) Biens futurs

181. Dans la plupart des systèmes juridiques, le constituant doit être propriétaire des biens à grever ou détenir sur ces derniers un droit démembré (par exemple, un droit d'usage). En d'autres termes, la convention constitutive de sûreté ne peut être conclue tant que le constituant ne détient pas effectivement des droits sur les biens à grever. Se pose alors immédiatement la question de savoir si la convention peut être conclue de manière à couvrir a) des biens sur lesquels le constituant ne détient qu'un droit contractuel (par exemple, dans de nombreux systèmes juridiques, un preneur à bail n'a aucun droit réel sur les biens loués); et b) des biens futurs (par exemple des biens que le constituant est en train ou a l'intention d'acquérir, mais qui appartiennent encore au vendeur, ou alors qui seront fabriqués dans l'avenir à partir de matières premières dont le constituant pourrait ou non déjà être propriétaire – c'est-à-dire des biens qui n'existent même pas encore).

182. Pour répondre à ces questions, la plupart des États partent du principe que le constituant ne peut accorder au créancier garanti plus de droits que ceux qu'il détient ou pourrait acquérir ultérieurement (*nemo dat quod non habet*). Cela signifie par exemple que, si le constituant ne détient que le droit contractuel d'utiliser un

bien, toute sûreté qu'il octroie ne peut porter que sur ce droit. Un preneur à bail ne peut affecter en garantie que la convention de location et non directement l'objet loué. Sous réserve des règles que les États adoptent concernant la précision requise pour décrire le bien grevé, cela signifie que la convention doit identifier le bien comme un bail et non comme l'objet loué lui-même. De même, cela signifie que si le constituant ne détient qu'un droit limité sur les biens, par exemple un droit d'usufruit, la sûreté ne portera que sur ce droit. Cependant, les États sont de plus en plus souvent confrontés à la question de savoir si des biens "futurs" peuvent être visés par une convention constitutive de sûreté.

183. Dans certains États, aucun type de bien futur ne peut être affecté en garantie, en partie à cause de considérations techniques relevant du droit des biens (par exemple, ce qui n'existe pas ne peut être transféré ou grevé). Une autre raison est la crainte que la faculté, pour le constituant, de disposer de biens futurs d'une manière générale ne le conduise involontairement à se surendetter en se rendant excessivement dépendant d'un seul créancier, et ne l'empêche d'obtenir des crédits garantis supplémentaires auprès d'autres sources. On peut enfin craindre que les chances, pour les créanciers chirographaires du constituant, d'être désintéressés ne se trouvent considérablement réduites. Cependant, les considérations techniques relevant du droit des biens ne devraient pas être invoquées à l'encontre de la nécessité pratique d'affecter des biens futurs en garantie pour l'obtention de crédits. En outre, les commerçants constituants peuvent sauvegarder leurs propres intérêts et n'ont pas besoin de dispositions légales restreignant la transférabilité des droits sur des biens futurs. Par ailleurs, l'autorisation de grever des biens futurs permet au constituant qui ne possède pas suffisamment de biens présents d'obtenir du crédit, ce qui devrait favoriser son activité et profiter à tous les créanciers, y compris les créanciers chirographaires.

184. Dans d'autres États, les parties peuvent convenir de constituer une sûreté sur un bien futur, en vertu d'un accord présent mais qui ne produira ses effets sur le bien futur que lorsque le constituant deviendra propriétaire du bien ou lorsque le bien existera effectivement. Telle est l'approche de la Convention des Nations Unies sur la cession (voir art. 8, par. 2 et art. 2, al. a)). Il est important d'autoriser l'affectation de biens futurs en garantie d'un crédit, en particulier l'utilisation d'un ensemble renouvelable de biens pour garantir le paiement de créances nées d'opérations de crédit permanent. Les biens généralement concernés sont les stocks, qui par nature doivent être vendus et remplacés, et les créances, qui après recouvrement sont remplacées par d'autres. Le principal avantage de cette approche est qu'elle permet de viser, dans une seule convention constitutive de sûreté, un ensemble fluctuant de biens correspondant à la description qui y figure. Si tel n'était pas le cas, il faudrait sans cesse modifier la convention ou conclure de nouvelles conventions, ce qui risquerait d'augmenter le coût de l'opération et de réduire le montant du crédit disponible, en particulier au titre des mécanismes de crédit permanent.

185. La position du Guide est que la convention constitutive de sûreté peut viser des biens futurs. Lorsque la convention vise des biens sur lesquels le constituant a des droits ou qu'il a le pouvoir de grever au moment de sa conclusion, la sûreté sur ces biens est constituée à ce moment. En revanche, lorsqu'elle vise des biens sur lesquels le constituant compte acquérir des droits ou qu'il compte avoir le pouvoir

de grever ultérieurement, la sûreté est constituée dès lors qu'il acquiert ces droits ou ce pouvoir (voir A/CN.9/631, recommandations 12 et 16).

b) Biens exclus

186. Dans certains systèmes juridiques, des lois spéciales régissant des types particuliers de sûretés sans dépossession restreignent les types de biens susceptibles d'être affectés en garantie ou la partie de la valeur des biens qui peuvent être grevés. Les revenus et les prestations sociales par exemple (salaires et retraites) en deçà d'un montant minimum font l'objet de restrictions pour des raisons d'ordre public. Dans d'autres systèmes, on limite les fins auxquelles certaines catégories de constituants peuvent octroyer des sûretés. Par exemple, certains n'autorisent les constituants à grever des biens d'équipement ménager que pour garantir le paiement de leur prix d'achat. D'autres encore limitent la capacité de certains constituants de créer des types de sûreté particuliers. Par exemple, dans certains systèmes, des personnes qui n'ont pas d'activité commerciale ne sont pas autorisées à accorder de sûretés sans dépossession et peuvent seulement affecter leurs biens en gage. Dans d'autres, ces mêmes personnes ne sont pas autorisées à grever des biens futurs ou certaines catégories de biens, mais seulement des biens existants faisant l'objet d'une description individualisée.

187. Toutes ces restrictions, qui visent en général à protéger le constituant, empêchent aussi ce dernier d'utiliser la valeur totale de ses biens pour obtenir des crédits. Il faut donc peser soigneusement leurs avantages et leurs inconvénients pour parvenir à un équilibre. Certains États le font, non pas en incorporant ces restrictions dans la législation générale qui crée le régime des sûretés, mais en élaborant des règles spécifiques sur la question dans une législation spéciale, comme celle sur la protection des consommateurs, l'avantage étant de pouvoir formuler ces restrictions d'une manière ciblée qui contribue aux objectifs directement liés à la protection de ces constituants réputés avoir besoin d'une telle protection.

c) Identification des biens

188. Dans certains systèmes juridiques, les biens grevés doivent être identifiés avec précision. Si une telle exigence vise à protéger le constituant contre l'octroi de sûretés trop importantes, elle limite aussi dans de nombreux cas l'offre de crédit. Par exemple, il n'est pas toujours pratique ou même possible d'identifier précisément des biens particuliers, notamment lorsqu'il s'agit de stocks et, dans une certaine mesure, de créances. Pour résoudre ce problème, de nombreux États ont élaboré des règles permettant aux parties de décrire les biens à grever uniquement en termes généraux. L'identification précise, habituellement requise, est transposée des éléments individuels à un ensemble, qui doit alors faire lui-même l'objet d'une identification générale.

189. Ces descriptions générales peuvent revêtir différentes formes. Les parties peuvent par exemple prévoir qu'une sûreté réelle mobilière porte sur "tous les stocks" ou "tous les stocks de l'entrepôt ABC", sur "tous les bateaux à voile et canoës", sur "toutes les vaches", sur "toutes les presses d'imprimerie" ou sur "toutes les créances". L'essentiel n'est ni le type de bien (matériel, stocks, créances) ni l'étendue de la catégorie ("tous les biens qui se trouvent dans le lieu 'X'" ou "tous les bateaux à voile et canoës" par opposition à "tous les bateaux"). En fait, les États

qui autorisent des descriptions générales exigent simplement qu'elles soient suffisantes pour permettre aux tiers de savoir, à tout moment, quels biens sont grevés en vertu de la convention constitutive de sûreté.

190. Dans certains systèmes juridiques, il est possible de décrire les biens grevés en termes extrêmement généraux, une référence à "tous les biens" ou à "tous les stocks présents et futurs" étant même suffisante. L'objectif est de réduire la complexité et le coût de la constitution d'une sûreté en permettant aux parties de décrire les biens grevés aussi simplement que possible. Comme il a été noté, toutefois, dans nombre de ces systèmes qui permettent l'identification par référence à une catégorie de biens, une telle désignation générique n'est pas autorisée pour les biens des consommateurs, ni même des petits commerçants. Pour autant que l'identification des biens grevés soit suffisamment claire et sous réserve des restrictions d'ordre public que les États pourraient souhaiter imposer à des fins de protection des consommateurs, le présent Guide recommande que soient autorisées les descriptions générales concernant les stocks présents et futurs (voir A/CN.9/631, recommandations 13 et 16).

d) Sûreté réelle mobilière sur l'ensemble des biens d'un constituant

191. Comme il a été indiqué ci-dessus, certains États ne permettent pas aux constituants de grever des biens décrits en termes généraux, tandis que beaucoup d'autres les y autorisent. Cela dit, même dans certains systèmes qui permettent d'identifier en termes généraux des catégories de biens grevés, voire d'utiliser une description générale englobant les biens présents et futurs, il n'est souvent pas permis au constituant d'octroyer une sûreté sur tous ses biens (autrement dit, même si elle porte sur "tous les biens présents et futurs"). Dans d'autres systèmes, le constituant peut grever tous ses biens, mais seulement à concurrence d'un certain pourcentage de leur valeur totale. Ces restrictions, qui visent à offrir une certaine protection aux constituants et aux créanciers chirographaires, ne peuvent manquer de limiter le montant du crédit disponible et d'accroître le coût de ce dernier.

192. Afin d'accroître l'offre de crédit garanti, certains systèmes juridiques n'imposent aucune restriction de ce genre. Un constituant est autorisé à octroyer une sûreté sans dépossession sur l'ensemble de ses biens, y compris les biens corporels et incorporels, les biens meubles et immeubles (encore que différentes règles puissent s'appliquer aux sûretés sur les biens immeubles), et les biens présents et futurs. Les aspects les plus importants de la sûreté assise sur l'ensemble des biens sont, premièrement, qu'elle porte sur tous les biens du constituant en vertu d'une unique convention constitutive et, deuxièmement, que le constituant a le droit de disposer de certains de ses biens grevés (comme les stocks) dans le cours normal de ses affaires (la sûreté étant automatiquement étendue au produit de la disposition de ces biens). Les approches en ce qui concerne ces deux aspects diffèrent d'un État à l'autre.

193. Dans de nombreux systèmes juridiques, les conditions de fond et de forme essentielles pour la constitution d'une sûreté grevant l'ensemble des biens sont plus contraignantes que celles applicables aux sûretés classiques. Dans d'autres, elles sont identiques tant qu'aucun bien immeuble n'est grevé en vertu de la convention constitutive de sûreté. Lorsque des biens immeubles sont également grevés, la convention doit satisfaire aux conditions de fond et de forme nécessaires pour la constitution d'une sûreté sur des biens immeubles. La plupart des systèmes

reconnaissent par ailleurs au constituant le droit de disposer des biens grevés sans qu'il soit porté atteinte à la sûreté, sous réserve d'une autorisation du créancier garanti. En cas de disposition, certains prévoient que les biens ne sont plus grevés tandis que d'autres maintiennent l'effet de la sûreté sur les biens. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, la disposition des biens par le constituant, même autorisée par le créancier, est considérée comme inconciliable avec la notion de sûreté. En vue de simplifier la constitution d'une sûreté sur tous les biens d'une entreprise, lorsque le fournisseur de crédit finance la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, le présent Guide recommande qu'une convention constitutive de sûreté unique portant sur tous les biens soit autorisée (voir A/CN.9/631, recommandation 16).

i) Nantissement global d'entreprise

194. Le concept de sûreté assise sur "tous les biens" n'est pas nouveau. Dans certains États, il existe depuis longtemps sous une forme couramment appelée "nantissement global d'entreprise". Ce nantissement peut lui aussi englober tous les biens d'une entreprise (même, dans certains États, les biens immeubles). Il peut, par exemple, porter sur les espèces reçues, les nouveaux stocks et le nouveau matériel, ainsi que sur les biens futurs d'une entreprise; les biens présents dont il est disposé dans le cours normal des affaires de l'entreprise sont libérés. Il a principalement pour avantage de permettre à une entreprise qui vaut plus globalement d'obtenir davantage de crédit à moindre coût. Un aspect intéressant de certaines formes de nantissement global d'entreprise est de permettre la désignation d'un administrateur de l'entreprise en cas de réalisation par le créancier garanti et de saisie-vente par un autre créancier. La nomination d'un administrateur peut contribuer à éviter la liquidation et à faciliter le redressement de l'entreprise, ce qui a des effets bénéfiques pour les créanciers, le personnel et l'économie en général. En pratique, cependant, les administrateurs nommés par le créancier garanti risquent de favoriser celui-ci. Ce problème peut être en partie atténué si l'administrateur est désigné et supervisé par un tribunal ou une autre autorité. Cette caractéristique du nantissement global d'entreprise peut être utilement élargie à la sûreté assise sur tous les biens en ce sens que l'administrateur pourrait être désigné avec l'accord du constituant et du créancier garanti ou par le tribunal, et être chargé de la réalisation en dehors de la procédure d'insolvabilité.

195. Dans la pratique, le nantissement global d'entreprise peut présenter certains inconvénients. L'un d'entre eux est que le créancier garanti, en général, est ou devient le principal, voire le seul fournisseur de crédit de l'entreprise, ce qui peut nuire à la concurrence entre fournisseurs de crédit et peser sur l'offre de crédit et son coût dans la mesure où les autres créanciers ne sont pas protégés (encore que la concurrence ne soit pas nécessairement exclue, car un seul fournisseur important de crédit peut offrir des conditions particulièrement compétitives). Pour s'attaquer à ce problème, certains États ont restreint le champ d'application du nantissement global d'entreprise, en réservant un certain pourcentage de la valeur de l'entreprise aux créanciers chirographaires en cas d'insolvabilité. Toutefois, ces restrictions peuvent compromettre l'offre de crédit en réduisant de fait la valeur des biens pouvant servir de sûreté. Un autre inconvénient possible est que, dans la pratique, il se peut que le bénéficiaire du nantissement ne surveille pas suffisamment les activités de l'entreprise et ne contribue pas activement à la procédure de redressement, puisqu'il est pleinement garanti. Pour rééquilibrer la situation lorsque le créancier nanti a une

position trop dominante, l'entreprise débitrice peut être autorisée à demander la mainlevée d'une sûreté manifestement excessive.

ii) *Charge flottante*

196. Dans d'autres États, la sûreté portant sur tous les biens prend la forme d'une "charge flottante" qui est simplement une sûreté potentielle, le constituant étant en droit de disposer de certains des biens grevés (comme les stocks) dans le cours normal de ses affaires. La disposition est interdite dès lors que le débiteur est défaillant, la charge flottante se "cristallisant" alors pour devenir une charge "fixe" produisant tous ses effets. Quand un système juridique autorise la constitution de sûretés sans dépossession sur tous les biens d'un constituant, et que celui-ci a le droit de disposer de certains des biens dans le cours normal de ses affaires, il n'est pas nécessaire de conserver les concepts ou les termes de "nantissement global d'entreprise" ou de "charge flottante" (voir aussi *infra* par. 199).

iii) *Sûretés trop importantes*

197. Aux préoccupations concernant les sûretés assises sur l'ensemble des biens, vient se greffer le problème, connexe mais distinct, des sûretés trop importantes qui se pose lorsque la valeur des biens grevés dépasse considérablement le montant de l'obligation garantie. Même si le créancier garanti ne peut réclamer plus que sa créance garantie majorée des intérêts et des frais (et éventuellement de dommages-intérêts), la constitution d'une sûreté trop importante risque de poser des problèmes. Les biens du constituant peuvent être grevés au point qu'il lui sera difficile, voire impossible (du moins en l'absence d'un accord de cession de rang entre les créanciers), d'accorder une sûreté de deuxième rang à un autre créancier. En outre, la réalisation par ses créanciers chirographaires pourrait être, sinon impossible, du moins plus difficile (sauf en cas d'excédent).

198. Les tribunaux de certains États ont adopté une solution qui consiste à déclarer nulle toute sûreté manifestement excessive par rapport à l'obligation garantie majorée des intérêts, des frais et des dommages-intérêts ou à autoriser le constituant à en demander la mainlevée. Cette solution pourrait être efficace dans la pratique, sous réserve qu'une marge commercialement suffisante puisse être déterminée et accordée au créancier garanti, ce qui n'est peut-être pas toujours facile. Si le problème des sûretés trop importantes est source d'une réelle préoccupation dans de nombreux cas, la réponse adaptée risque de différer d'un État à l'autre et peut parfois se trouver dans la réglementation de ces pratiques prévue par d'autres lois. C'est pourquoi le Guide ne recommande pas d'adopter la solution qui consiste pour les tribunaux à déclarer la sûreté excessive (ce qui réduit en conséquence l'assiette des sûretés).

iv) *Conclusion*

199. Quand un système juridique autorise la constitution de sûretés sans dépossession sur tous les biens présents et futurs d'un constituant, dans un régime qui l'autorise à disposer de certains de ces biens dans le cours normal de ses affaires, nombre des mécanismes particuliers que les États ont élaborés pour permettre d'obtenir un crédit en grevant l'ensemble d'une entreprise ne sont plus nécessaires. Autrement dit, les concepts et les termes tels que "nantissement global d'entreprise" et "charge flottante" étaient importants car leur fonction dans le

financement des entreprises ne pouvait être remplie par des sûretés classiques. Cependant, lorsque les États choisissent de créer un régime des sûretés intégré et organisé de manière fonctionnelle et permettent aux constituants de grever l'ensemble de leurs biens présents et futurs dans le cadre de la même convention, ces mécanismes deviennent beaucoup moins nécessaires, voire superflus. Si le Guide ne recommande pas aux États d'abandonner le "nantissement global d'entreprise" et la "charge flottante", comme il a été noté, il leur recommande d'adopter le concept d'une sûreté assise sur l'ensemble des biens, qui remplit les fonctions de ces autres mécanismes (voir A/CN.9/631, recommandation 16).

e) Responsabilité du créancier garanti en cas de perte ou de dommage causés par des biens grevés

200. Bien que la responsabilité en cas de perte ou de dommage causés par des biens grevés (par suite de l'inexécution du contrat ou d'une faute non contractuelle) ne relève pas du domaine des opérations garanties, il est important d'aborder la question, car elle peut avoir des incidences sur l'offre de crédit et le coût de ce dernier. Un point particulièrement important est la responsabilité pour dommage causé à l'environnement par des biens grevés de sûretés avec ou sans dépossession, car les conséquences financières et le préjudice pour la réputation du prêteur peuvent largement excéder la valeur des biens grevés. Certaines lois exonèrent expressément de responsabilité les créanciers garantis alors que d'autres limitent leur responsabilité dans certaines conditions (par exemple lorsque le créancier garanti n'a pas la possession ou le contrôle du bien grevé). En l'absence d'exonération ou de limitation de ce type, le niveau de risques pourrait être trop élevé pour le prêteur. Lorsqu'une assurance peut être souscrite, elle aura invariablement pour effet de majorer sensiblement le coût du crédit.

7. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

a) Notion de produit

201. Un élément caractéristique des biens meubles est qu'ils sont souvent destinés à être vendus, loués ou mis sous licence. Lorsque le constituant vend des biens grevés, les échange ou en dispose d'une autre manière, les loue ou les met sous licence, au cours de la période pendant laquelle l'obligation qu'ils garantissent reste exigible, il reçoit généralement, en contrepartie, des espèces, des biens corporels (par exemple, des marchandises ou des instruments négociables) ou encore des biens incorporels (par exemple, des créances). De ce fait, les États doivent déterminer si une sûreté constituée sur des biens initiaux devrait s'étendre aux nouveaux biens reçus en contrepartie de la vente ou de la disposition des premiers. Ils doivent par exemple décider si une sûreté sur du matériel tel qu'une presse d'imprimerie s'étend à l'argent reçu par le constituant lorsqu'il vend cette presse, ou à une nouvelle presse reçue en échange de la presse vendue. Dans la terminologie du droit des biens, ces espèces ou autres biens corporels ou incorporels reçus en contrepartie de la vente ou d'une autre forme de transfert sont appelés le "produit de la disposition". Là encore, aux fins de la loi sur les opérations garanties, l'important n'est pas tant de savoir si le produit de la disposition prend la forme d'un autre objet, d'espèces, d'une créance ou d'un instrument négociable, que de savoir si la sûreté réelle mobilière peut s'étendre à ce nouveau bien.

202. Dans certains cas, le produit des biens initialement grevés peut générer un autre produit lorsque le constituant dispose du produit initial en contrepartie d'un autre bien. Cet autre produit est parfois appelé "produit du produit". Si un droit est conféré sur le produit de biens grevés, il devrait l'être aussi sur le produit de ce produit. Si le créancier garanti perdait son droit sur le produit après la transformation de ce dernier, il serait exposé aux mêmes risques de crédit que s'il ne jouissait d'aucun droit sur le produit.

203. Un autre élément caractéristique des biens meubles est qu'ils sont sujets à de nombreuses transformations juridiques et matérielles au fil du temps. Par exemple, s'il s'agit d'un animal, diverses modifications sont possibles. Les femelles produisent une progéniture et du lait. Certains animaux peuvent être tondus pour leur laine. D'autres animaux primés peuvent produire des biens commercialisables; les abeilles du miel, les vers à soie de la soie. Dans toutes ces situations, les biens grevés peuvent générer d'autres biens pour le constituant, même sans disposition. Dans de nombreux systèmes, on parle alors de "fruits naturels".

204. La transformation concerne aussi les biens incorporels. Par exemple, le droit de recevoir un paiement peut comprendre des intérêts et la location de biens meubles corporels entraîne le versement de loyers. Il est alors souvent question de "fruits civils" ou de "revenus". En outre, si le bien meuble corporel est un objet, il peut passer par un processus de fabrication ou de transformation. Du bois peut devenir une chaise, du métal une pièce d'automobile. Dans ces cas, il n'est pas disposé du bien initialement grevé, mais le processus de fabrication transforme ce dernier en un autre objet, d'une plus grande valeur. Les biens issus d'une telle transformation sont souvent appelés des "produits finis".

205. Ainsi, en droit des biens, la terminologie suivante est employée pour désigner ces nouveaux types de biens meubles: "fruits, revenus, augmentation naturelle du nombre d'animaux ou produits finis". Bien souvent toutefois, aux fins de la loi sur les opérations garanties, l'appellation spécifique n'a pas tant d'importance. Ce qui importe, c'est la décision des États concernant l'effet de la sûreté sur les fruits, les revenus et les produits finis. En d'autres termes, dans chacun de ces cas, l'État doit décider si la sûreté grevant l'animal, le métal, le droit au paiement ou l'objet loué peut être étendue aux biens "issus" de ces biens initiaux.

206. Certains systèmes juridiques distinguent clairement les fruits civils ou naturels du produit issu de la disposition de biens grevés et les soumettent à des règles différentes. On justifie souvent cette approche par la difficulté d'identifier le produit de la disposition et par la nécessité de protéger les droits des tiers sur ce dernier. D'autres systèmes juridiques ne font pas cette distinction entre fruits et produit de la disposition et leur appliquent les mêmes règles. Les motifs invoqués dans ce cas sont notamment la difficulté d'établir une telle distinction et le fait que tant les fruits civils ou naturels que le produit proviennent des biens grevés, se substituent à eux ou peuvent en modifier la valeur. En outre, les parties prévoient généralement dans leur convention constitutive que la sûreté grevant les biens initiaux s'étend à toutes ces autres formes de biens. C'est pourquoi certains États considèrent toutes les transformations susmentionnées comme le "produit" du bien initialement grevé et, cela étant la pratique contractuelle normale dans les régimes actuels des opérations garanties, le présent Guide adopte la même position (pour la définition du terme "produit", voir *supra* par. 19).

b) Assiette d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

207. Un système juridique régissant les sûretés doit, s'agissant du produit, traiter deux questions distinctes. La première est de savoir si le créancier garanti conserve la sûreté lorsque le constituant transfère le bien grevé à un tiers dans le cadre de l'opération générant le produit. À proprement parler, la question ici ne concerne pas le produit. Il s'agit plutôt de savoir si une sûreté confère ce que l'on pourrait appeler un "droit de suite" (pour un examen de la question, voir A/CN.9/631, recommandation 85, et A/CN.9/631/Add.4, chapitre VII sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents, par. 57).

208. La seconde question concerne les droits du créancier garanti sur le produit. Le report de sa sûreté sur le produit se justifie. En effet, sans un tel report, ses droits sur les biens grevés pourraient être anéantis ou réduits en cas de disposition desdits biens et son espoir de recevoir les revenus éventuellement générés par ces derniers serait contrarié. Si le système juridique n'autorisait pas la constitution d'une sûreté sur le produit en cas de disposition des biens grevés, il ne protégerait pas suffisamment le créancier garanti contre la défaillance du débiteur et, partant, la valeur des biens grevés en tant que moyen d'obtention d'un financement diminuerait. Ce résultat, qui aurait un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût de celui-ci, serait identique même si la sûreté sur les biens initialement grevés devait survivre à leur disposition en faveur d'un tiers. En effet, le transfert des biens grevés risque de rendre plus difficile leur localisation et leur prise de possession, d'accroître le coût de réalisation et de réduire leur valeur.

209. Un droit sur le produit naît généralement de la disposition des biens initialement grevés car le produit remplace alors ces biens en tant que biens du constituant. Dans les systèmes qui considèrent les fruits civils ou naturels comme un produit, un droit peut naître sur celui-ci même si les biens grevés ne font l'objet d'aucune opération (dans le cas, par exemple, de dividendes provenant d'actions), car un tel résultat est conforme aux attentes des parties.

210. Si le créancier garanti bénéficie d'un droit de propriété sur le produit, il ne subira pas de préjudice en raison d'une opération ou d'un autre événement, puisqu'un tel droit est opposable aux tiers. D'un autre côté, l'octroi à ce créancier d'un tel droit pourrait contrarier les attentes légitimes de parties ayant obtenu une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé. Toutefois, dans les systèmes juridiques qui font une distinction entre la constitution, d'une part, et l'opposabilité et la priorité, de l'autre, une telle situation ne se produirait que si le créancier bénéficiant d'un droit de propriété sur le produit avait la priorité sur les créanciers titulaires d'un droit sur ce même produit en tant que bien initialement grevé et que cette priorité était déterminée en fonction de la date de l'inscription sur un registre public d'un avis relatif à l'opération. Ainsi, dans ces systèmes, les parties susceptibles d'octroyer un financement sont averties de l'existence éventuelle d'une sûreté sur les biens de l'emprunteur potentiel (y compris sur le produit desdits biens) et peuvent prendre les mesures nécessaires pour identifier et localiser le produit et, lorsque cela est nécessaire, pour obtenir la conclusion d'accords de cession de rang entre créanciers.

211. Des considérations légèrement différentes s'appliquent lorsque le produit en question ne naît pas d'un acte de disposition, mais prend la forme de fruits, de revenus, d'une augmentation du nombre d'animaux ou encore de produits finis issus

d'une transformation. Dans ce dernier cas, les parties s'attendent normalement à ce que des matières premières soient transformées. Se pose alors la question de savoir si un État devrait adopter une règle en vertu de laquelle la convention constitutive de sûreté devrait explicitement indiquer que la sûreté porte non seulement sur les matières premières mais aussi sur tout produit fini obtenu à partir de ces dernières ou s'il faudrait supposer que les produits finis entrent automatiquement dans l'assiette de la sûreté, étant entendu que si les parties ne souhaitent pas que ce soit le cas, elles devraient le préciser dans la convention. La plupart des États n'exigent pas des parties qu'elles stipulent le report de la sûreté sur les biens manufacturés obtenus à partir de matières premières, pour autant qu'il puisse être clairement établi que lesdits biens proviennent de ces matières premières.

212. Des considérations analogues interviennent quand il s'agit de déterminer si les parties devraient préciser que la sûreté s'étend à la progéniture des animaux ou si ce report est automatique. Les parties s'attendant normalement à ce que les nouveaux soient visés par la sûreté, la plupart des États prévoient que la sûreté constituée sur la mère s'étend automatiquement à sa progéniture. S'agissant des fruits naturels (par exemple la laine, le lait, les œufs non éclos et le miel), les États ont des points de vue différents. Nombre d'entre eux exigent des parties qu'elles précisent dans la convention constitutive de sûreté que ces fruits naturels seront visés par la convention. D'autres prévoient que les fruits naturels sont automatiquement visés à moins que les parties n'en décident autrement. Compte tenu de l'orientation générale du présent Guide, qui est de donner des recommandations compatibles avec la pratique normalement suivie par les parties à une convention constitutive de sûreté, on considère que les fruits naturels sont automatiquement visés par la convention portant sur l'animal dont ils sont issus.

213. Enfin, s'agissant des fruits civils ou des revenus, on pourrait normalement estimer, pour des raisons d'efficacité économique, qu'une sûreté sur le paiement de fonds (dans le cas, par exemple, d'un instrument négociable ou d'une créance) devrait également faire naître un droit sur les intérêts dus, étant donné que les sommes payées au titre de ces instruments ou créances se composent souvent à la fois du capital et des intérêts. C'est seulement lorsqu'il est facile d'établir une distinction entre le remboursement du capital et le versement des intérêts, et lorsque les parties conviennent de ne pas étendre aux intérêts générés la sûreté grevant le capital que la loi devrait permettre la dissociation entre les intérêts et l'obligation initiale.

c) Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

214. L'examen ci-dessus montre pourquoi, concrètement, de nombreux systèmes juridiques prévoient des règles supplétives, applicables en l'absence de convention contraire, qui étendent les sûretés sur des biens grevés à diverses formes de produit (dont le produit du produit). Dans d'autres systèmes juridiques, qui ne prévoient pas de droit automatique sur le produit, qu'il s'agisse du produit de la disposition, d'une ou de plusieurs catégories de fruits, de l'augmentation du nombre d'animaux, de revenus ou de produits finis, les parties sont en général autorisées à préciser qu'elles constitueront des sûretés sur tous les types de biens en tant que biens initialement grevés. Dans ces systèmes, elles peuvent être libres, par exemple, de convenir de la création d'une sûreté sur la quasi-totalité des biens du constituant (encaisse, stocks, créances, instruments négociables, valeurs mobilières et propriété intellectuelle). Le

produit lui-même devient ainsi un bien initialement grevé et entre dans l'assiette de la sûreté du créancier même si aucune règle juridique ne confère automatiquement de droit sur lui. Dans certains de ces systèmes, les parties peuvent aussi étendre, par convention, certaines sûretés réelles mobilières reposant sur la propriété (par exemple une réserve de propriété) au produit.

215. Aucune formalité supplémentaire n'est imposée aux parties qui cherchent à faire valoir un droit sur une quelconque de ces formes de produit, que celui-ci découle automatiquement d'un droit sur les biens initialement grevés ou qu'il faille le mentionner explicitement dans la convention constitutive de sûreté. Les parties sont seulement tenues, dans le premier cas, de stipuler dans la convention constitutive un droit sur le produit et d'indiquer les types de produit censés entrer dans l'assiette de la même sûreté, alors que, dans le deuxième cas, il leur suffit de désigner clairement les biens visés par la sûreté initiale. Conformément à son objectif général qui est de faciliter le crédit garanti, le présent Guide recommande des approches qui tiendront compte de ce que peuvent normalement attendre les constituants et les créanciers garantis, à savoir qu'une sûreté sur un bien grevé s'étend automatiquement à son produit identifiable sans que les parties aient à le préciser dans la convention constitutive de sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 18).

8. Produit mélangé

216. Lorsque les biens qui constituent le produit de biens grevés ne sont pas conservés séparément des autres biens du constituant, la question se pose de savoir si la sûreté constituée sur ledit produit est préservée. La réponse dépend généralement du caractère identifiable ou non du produit en question. Le produit sous la forme de biens meubles corporels conservés avec d'autres biens du constituant peut être identifié en tant que tel de toute manière suffisante pour établir qu'il s'agit effectivement du produit. À cet égard, de nombreux États prévoient que le principe du maintien du droit du créancier garanti sur les biens initialement grevés qui ont été mélangés devrait également s'appliquer aux biens meubles corporels qui constituent un produit mélangé. Ainsi, par exemple, si un constituant reçoit une certaine quantité d'essence en échange de pétrole brut qui a été vendu et que l'essence est mélangée dans une cuve, la sûreté devrait se maintenir sur une certaine proportion de l'essence contenue dans la cuve, pour autant que le créancier garanti puisse prouver que cette quantité d'essence a été reçue à titre de produit; aucune mesure supplémentaire n'est alors nécessaire pour constituer (ou maintenir) la sûreté sur ce produit mélangé.

217. Si, en revanche, le bien constituant le produit est un meuble incorporel, tel que des créances ou des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, et n'est pas conservé séparément d'autres biens similaires du constituant, il sera considéré comme un produit à condition de pouvoir être rattaché aux biens initialement grevés. Par exemple, si le créancier garanti peut prouver qu'un certain montant en espèces a été déposé en tant que produit de la disposition des biens grevés, il peut faire valoir un droit sur le produit. Le problème ici est que, sur un compte bancaire, l'argent entre et sort constamment et qu'il est difficile de savoir quel pourcentage de cet argent représente en fait le produit.

218. De nombreux États disposent de règles assez compliquées issues de la pratique bancaire permettant d'identifier des fonds déposés sur un compte bancaire. Il existe

différentes règles d'identification, notamment: a) la méthode du "premier entré, premier sorti" ("PEPS"), qui repose sur l'hypothèse que le premier bien entrant dans une masse commune est le premier à en être retiré; b) la méthode du "dernier entré, premier sorti" ("DEPS"), qui part du principe que le dernier bien à entrer dans une masse commune est le premier à en être retiré; et c) la "règle du solde intermédiaire le plus faible", qui suppose, dans la mesure du possible, que les retraits effectués sur la masse commune ne sont pas le produit de biens grevés. De nombreux États protègent la sûreté en prévoyant que le produit identifiable se compose de tous les fonds déposés en tant que produit, à condition que le solde du compte soit supérieur au montant déposé en tant que produit. Lorsque ce solde est inférieur, on détermine le produit identifiable en prenant le solde intermédiaire le plus faible et en y additionnant toute somme d'argent sous forme de produit ajoutée depuis que le compte a affiché ce solde. Comme dans le cas du produit corporel mélangé, tant que la source du produit incorporel peut être identifiée, les parties n'ont pas besoin d'accomplir de nouvelles formalités pour constituer (ou maintenir) la sûreté sur ledit produit mélangé (voir A/CN.9/631, recommandations 19 et 20; en ce qui concerne la priorité sur le produit, voir A/CN.9/631/Add.4, chapitre VII, par. 48 à 51).

9. Biens meubles corporels mélangés

219. Dans le passé, les régimes d'opérations garanties n'étaient pas confrontés au problème du maintien de l'identification des biens grevés. Les sûretés ne pouvant être constituées que sur des biens individualisés, il était rare que le problème du mélange de biens fongibles se pose. De nos jours, toutefois, de nombreux États autorisent les parties à constituer une sûreté sur une catégorie générale de biens (habituellement fongibles). Par exemple, la sûreté pourrait être constituée sur des biens décrits comme "tout mon stock actuel d'ordinateurs personnels"; ou encore, un vendeur pourrait constituer une sûreté sur tous les ordinateurs personnels qu'il vend à un acquéreur. Dans les deux cas, il se peut que les biens visés par la sûreté soient mélangés de telle manière qu'on ne puisse les distinguer d'autres biens du même type qui ne sont pas visés par la sûreté.

220. Deux approches sont possibles. Certains États prévoient que, lorsque le bien est mélangé, il n'est plus identifiable et le créancier perd sa sûreté. Dans ce cas, le créancier garanti doit lui-même veiller à ce que le constituant maintienne le bien grevé séparé d'autres biens de nature similaire pour empêcher qu'il ne soit mélangé. D'autres États prévoient que la sûreté se maintient et peut être revendiquée sur les biens mélangés dans la même proportion que celle que représente le bien grevé par rapport au montant total des biens mélangés. Dans cette approche, si du pétrole d'une valeur de 100 000 dollars est mélangé à du pétrole d'une valeur de 50 000 dollars dans la même cuve, le créancier garanti est réputé détenir une sûreté sur les deux tiers de la quantité de pétrole restant dans la cuve au moment où il devient nécessaire de réaliser la sûreté.

221. Étant donné qu'il adopte le principe général selon lequel les sûretés devraient être protégées dans toute la mesure possible, le présent Guide recommande que la deuxième approche (à savoir le maintien de la sûreté sur les biens mélangés dans la même proportion que celle que représentent les biens grevés par rapport à la masse) soit adoptée. En d'autres termes, dès lors qu'une sûreté est constituée sur les biens grevés, aucune autre mesure n'est nécessaire pour maintenir cette sûreté si le bien

grevé est finalement mélangé à des biens de même nature qui n'entrent pas dans l'assiette de la sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 21).

10. Biens meubles corporels mélangés pour former une masse ou un produit fini

222. Lorsqu'un bien meuble corporel est mélangé à d'autres biens meubles corporels au point de perdre son identité et de se fondre dans un produit fini ou une masse, il faut déterminer les conditions dans lesquelles une sûreté constituée sur le bien initial peut être revendiquée sur le produit fini ou la masse. Par exemple, il se peut qu'une sûreté soit constituée sur de la farine qui sera transformée en pain. Dans ce cas, divers systèmes juridiques adoptent deux approches fondamentales. Dans certains États, dès lors que la farine a perdu son identité en tant que farine, la sûreté s'éteint. Si les parties veulent que la sûreté se reporte sur le pain, il est nécessaire de prévoir que la sûreté initiale grève à la fois la farine et tout produit fini qui pourrait résulter de sa transformation. D'autres États considèrent que la sûreté est automatiquement reportée sur le produit fini s'il peut être établi que celui-ci provient de la matière première grevée. Étant donné que les parties s'attendent normalement à ce que les matières premières soient transformées, le présent Guide estime qu'il ne devrait pas être nécessaire de prévoir, dans la convention constitutive, que la sûreté se reporte sur le produit fini. Ce dernier représente dans un certain sens un bien de remplacement ou de substitution pour la sûreté constituée sur des matières premières qui n'existent plus (voir A/CN.9/631, recommandation 21).

11. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché

223. Un bien meuble peut être rattaché à un meuble ou immeuble sans perdre son identité: il devient alors un bien rattaché (pour la définition de "biens rattachés à des biens meubles" et de "biens rattachés à des biens immeubles", voir *supra* par. 19). Dans ces cas, la question se pose de savoir si une sûreté qui portait sur le bien meuble initial avant qu'il soit rattaché est préservée.

224. Dans certains États, il n'est pas possible de constituer une sûreté sur un bien qui est déjà rattaché à un autre bien (meuble ou immeuble). Pour produire ses effets, la sûreté doit avoir été constituée avant le rattachement. En revanche, dans ces mêmes États, une sûreté sur un bien meuble peut se maintenir si celui-ci est rattaché ensuite à un bien immeuble ou meuble, quels que soient le coût ou la difficulté qu'entraînera sa séparation du bien auquel il a été rattaché et qu'il soit devenu ou non partie intégrante de ce dernier (voir A/CN.9/631, recommandation 22). Dans d'autres États, il est possible de constituer une sûreté sur un bien meuble qui est déjà rattaché, que ce soit à un bien immeuble ou à un autre bien meuble. Pour ces États, le coût ou la difficulté de séparation du bien rattaché n'ont aucune incidence sur le point de savoir si la sûreté peut être constituée. Dans certains États, une sûreté peut être constituée sur un bien meuble qui est rattaché à un bien immeuble. Dans les deux cas, il importe de déterminer si le bien peut être aisément séparé sans dommage du bien auquel il est rattaché pour pouvoir établir le classement des réclamants concurrents (voir A/CN.9/631, recommandation 93 à 95), mais cette question n'a aucune incidence sur le point de savoir si la sûreté peut être constituée.

225. L'essentiel est de déterminer si, en plus des mesures qui sont nécessaires pour constituer une sûreté ordinaire, d'autres mesures doivent être prises pour constituer une sûreté sur un bien qui est rattaché. Hormis dans les États qui n'établissent pas

de distinction entre la constitution, l'opposabilité et la priorité, aucune mesure supplémentaire n'est nécessaire, étant donné qu'il s'agit d'une question de constitution et non de priorité.

12. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini

226. Comme cela a été noté, un bien meuble corporel peut être mélangé avec un ou plusieurs autres biens meubles corporels au point de perdre son identité. Dans ce cas, la question se pose de savoir si une sûreté qui portait sur le bien meuble corporel initial avant qu'il ne soit mélangé est préservée. La plupart des États considèrent en général que la sûreté se maintient après le mélange, pour autant que certains au moins des biens mélangés puissent être identifiés comme étant des biens initialement grevés (voir A/CN.9/631, recommandation 23). La sûreté sur le bien initialement distinct est transformée en sûreté sur le produit fini ou la masse (pour la priorité des réclamants concurrents sur des biens meubles corporels mélangés, voir A/CN.9/631, recommandations 96 à 98).

227. Toutefois, et contrairement à l'approche générale adoptée pour la constitution de sûretés sur des biens rattachés, dans la plupart des États, une sûreté ne peut être constituée sur des biens meubles corporels après qu'ils ont été mélangés. Ainsi, alors que l'on peut toujours considérer qu'un bien rattaché a au moins une identité distincte théorique, lorsque du pétrole est mélangé dans une cuve ou que de la farine est transformée en pain, l'identité distincte du bien initialement grevé disparaît. C'est pourquoi il n'est en général pas possible de constituer une sûreté distincte sur des biens qui ont déjà été mélangés. C'est cette approche qui a été retenue dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 23).

B. Recommandations sur des biens particuliers

1. Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances

228. La cession de créances, qui est couramment utilisée dans les opérations de financement importantes, est de plus en plus soumise aux mêmes dispositions, qu'elle revête la forme d'un transfert pur et simple, d'un transfert pur et simple à titre de garantie ou d'un nantissement. Cette tendance se justifie principalement par le fait que les tiers auraient beaucoup de difficultés à déterminer la nature d'une cession, ainsi que par la nécessité que les mêmes règles de priorité s'appliquent à tous les types de cession. Elle est prise en compte dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir art. 2). Les conditions à remplir pour qu'une cession soit efficace varient néanmoins d'un système juridique à l'autre. Certains systèmes exigent un écrit ou une notification de la cession au débiteur de la créance. D'autres exigent un écrit pour que la cession ait effet entre le cédant et le cessionnaire et un enregistrement pour qu'elle soit opposable aux tiers. Les règles diffèrent aussi d'un système à l'autre en ce qui concerne l'efficacité des cessions de créances futures et de créances non identifiées précisément, ainsi que des cessions effectuées en dépit de clauses d'incessibilité figurant dans les contrats d'où découlent les créances cédées. La Convention des Nations Unies sur la cession valide toutes ces cessions (voir art. 8 de la Convention, tel qu'il est reproduit dans la recommandation 24 du document A/CN.9/631).

2. Efficacité d'une cession de créances faite en dépit d'une clause d'incessibilité

229. Dans certains États, il est donné effet aux restrictions contractuelles des actes de disposition pour protéger les intérêts de la partie en faveur de laquelle ces restrictions sont convenues (à savoir le cédant ou le débiteur de la créance). D'autres États refusent de donner effet, ou ne donnent qu'un effet limité, à ces restrictions afin de préserver la liberté de disposition du constituant, en particulier si l'acquéreur d'un droit sur un bien n'a pas connaissance de la restriction contractuelle.

230. La Convention des Nations Unies sur la cession adopte une approche similaire pour favoriser la transférabilité des créances, qui est dans l'intérêt de l'économie dans son ensemble. Si le cédant peut obtenir un crédit sur la base de ses créances, il est susceptible d'octroyer un crédit au débiteur de la créance; l'efficacité de la cession est également dans l'intérêt d'un cessionnaire qui consent un crédit au cédant. Les débiteurs qui ont besoin d'une protection, comme un consommateur ou un État, peuvent se protéger au moyen d'interdictions légales.

231. En vertu du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession, une cession a effet nonobstant toute limitation contractuelle convenue entre le cédant (le "constituant" dans la terminologie du Guide) et le débiteur (le "débiteur de la créance" dans la terminologie du Guide). L'effet de cette disposition est cependant limité de deux façons. Premièrement, son application est circonscrite aux créances commerciales au sens large (voir art. 9-3). Deuxièmement, si une telle limitation contractuelle est valable en vertu de la loi applicable en dehors de la Convention, l'article 9 ne l'invalide pas entre le cédant et le débiteur (voir art. 9-2). Le constituant est libre de réclamer des dommages-intérêts au cédant pour contravention au contrat, si la loi applicable en dehors de la Convention lui en donne la possibilité, mais ne peut se retourner contre le cessionnaire en invoquant un droit à compensation (voir art. 18-3). En outre, la seule connaissance de l'existence de la limitation de la part du cessionnaire (le "créancier garanti" dans la terminologie du Guide) ne suffit pas pour résoudre le contrat dont découle la créance cédée (voir art. 9-2).

232. Cette approche encourage les opérations de financement par cession de créances, car elle dispense le cessionnaire (à savoir le créancier garanti) d'avoir à examiner les contrats qui sont à l'origine des créances cédées pour savoir si le transfert de ces dernières a été interdit ou soumis à conditions. Autrement, les prêteurs devraient procéder à l'examen d'un nombre potentiellement élevé de contrats, ce qui pourrait être coûteux, voire impossible (par exemple dans le cas de créances futures, voir A/CN.9/631, recommandation 25).

3. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant une créance, un instrument négociable ou tout autre bien meuble incorporel

233. Si un constituant crée une sûreté sur une créance, un instrument négociable ou tout autre bien meuble incorporel en faveur du créancier garanti, la question se pose de savoir si ce dernier bénéficie également, automatiquement et sans que ni lui ni le constituant aient à accomplir d'autres formalités, de toute sûreté personnelle (une garantie, par exemple) ou réelle (une sûreté sur d'autres meubles ou hypothèque sur

un bien immeuble, par exemple) garantissant le paiement de cette créance, de cet instrument négociable ou autre obligation.

234. On peut avancer de nombreux arguments pour justifier le fait que la constitution d'une sûreté sur une créance, un instrument négociable ou tout autre bien meuble incorporel donne aussi automatiquement au créancier garanti le bénéfice intégral de l'ensemble des droits du constituant concernant la créance, l'instrument ou l'autre bien. Ainsi, si l'obligation de payer la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien incorporel est elle-même garantie par une sûreté sur un bien du débiteur, le créancier garanti devrait également bénéficier des droits du constituant concernant la sûreté sur ce bien du débiteur (voir A/CN.9/631, recommandation 26 a)).

235. La recommandation décrite au paragraphe précédent devrait s'appliquer nonobstant toute convention entre le constituant et le débiteur de la créance ou le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou de tout autre bien incorporel limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une sûreté sur: a) cette créance, cet instrument ou autre bien; ou b) la sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, cet instrument ou autre bien (voir A/CN.9/631, recommandation 26 d)). Toutefois, aucune disposition de cette recommandation ne devrait avoir d'incidences sur la responsabilité du constituant découlant de la violation de la convention en question, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien incorporel, ou la convention constitutive de la sûreté réelle les garantissant (voir A/CN.9/631, recommandation 26 e)).

236. Néanmoins, étant donné que les droits du créancier garanti sur toute sûreté personnelle ou réelle découlent des droits du constituant, ils ne peuvent être plus importants que ceux-ci.

237. Lorsque la créance, l'instrument négociable ou autre bien incorporel est garanti par un engagement de garantie indépendant, la sûreté du créancier garanti s'étend uniquement au produit de l'engagement, mais non au droit de tirer l'engagement (voir A/CN.9/631, recommandation 26 b)). Ceci est conforme avec l'idée exprimée dans le Guide que le bénéficiaire d'un engagement de garantie indépendant ne peut transférer le droit de tirer l'engagement sans le consentement du garant/émetteur, du confirmateur ou autre personne désignée.

238. Plusieurs raisons pratiques justifient la recommandation selon laquelle le créancier garanti devrait avoir une sûreté sur le produit de l'engagement de garantie indépendant. Premièrement, ce résultat évite simplement au créancier garanti de devoir entreprendre certaines démarches supplémentaires dans la documentation relative au prêt consenti au constituant. En effet, même si le Guide faisait une distinction entre un droit accessoire et un droit indépendant, puisque les législations de plusieurs États la font, cette distinction n'empêcherait pas le créancier garanti d'obtenir une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant. Il lui suffirait d'inclure, dans la convention constitutive conclue avec le constituant, une clause expresse prévoyant la constitution d'une sûreté sur le produit de l'engagement. La suppression de la nécessité de cette formalité va dans le sens des objectifs du Guide, à savoir réduire le coût du crédit et augmenter l'offre de crédit en réduisant le coût des opérations.

239. Deuxièmement, la règle de la constitution automatique d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant aurait un sens dans la pratique car elle correspond aux attentes normales des parties. Un créancier garanti qui compte sur les créances du constituant en tant que biens grevés s'attendrait normalement à ce que, indépendamment de la manière dont les créances dues ont été payées (à savoir, directement par les débiteurs des créances ou par tirage de l'engagement de garantie indépendant garantissant une ou plusieurs créances), le créancier garanti détiendrait une sûreté sur les sommes payées en tant que produit des créances. En effet, dans certains cas, un créancier garanti pourrait souhaiter accorder un crédit à un emprunteur donné à un taux inférieur s'il sait que sa sûreté sur les créances dues à l'emprunteur s'étend au produit d'un engagement de garantie indépendant, pour autant que ces créances soient garanties par cet engagement. Une règle qui correspond aux attentes normales des parties permettra d'éviter les surprises injustes et d'assurer une plus grande sécurité juridique dans les États qui adoptent les recommandations du Guide. Ce surcroît de sécurité contribuera à encourager les fournisseurs de crédit à accorder des financements, ce qui irait dans le sens des objectifs du Guide, à savoir accroître l'offre de crédit garanti.

240. Troisièmement, la recommandation n'affecte en rien les droits du garant/émetteur, du confirmateur ou de toute personne désignée dans le cadre de l'engagement de garantie indépendant. Ni le garant/émetteur, ni le confirmateur ou la personne désignée n'est tenu d'accepter un tirage de quiconque autre que le bénéficiaire de l'engagement, ni de payer quiconque autre que le bénéficiaire, sans son consentement.

241. Le Guide apporte des restrictions à la recommandation qui précède sur plusieurs points importants. Premièrement, cette recommandation n'a pas d'incidences sur une sûreté grevant un bien immeuble qui, en vertu d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties, peut être transférée séparément de la créance, de l'instrument négociable ou d'un autre bien incorporel qu'elle garantit. Elle tient compte du dispositif existant dans certains États, qui autorise le propriétaire d'un bien immeuble à constituer une sûreté (hypothèque) sur ce bien même si au moment de sa constitution, la sûreté ne garantit aucune obligation. Le propriétaire peut ensuite transférer cette sûreté à un créancier, qui peut à son tour la transférer à un autre créancier. Comme dans le cas d'un engagement de garantie indépendant, la sûreté grevant le bien immeuble semble être un droit en soi, indépendant de toute obligation.

242. Deuxièmement, conformément à la Convention des Nations Unies sur la cession, la recommandation s'applique uniquement à certain types de créances, d'instruments négociables ou autres biens incorporels (voir A/CN.9/631, recommandation 26 f)), telles que les "créances commerciales" (par exemple créances naissant de la vente de marchandises et de services).

243. Troisièmement, la recommandation n'a pas d'incidences sur les obligations du constituant envers le débiteur des créances ou le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou de tout autre bien incorporel (voir A/CN.9/631, recommandation 26 g)).

244. Enfin, la recommandation n'aurait pas d'incidences sur les exigences d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution d'une sûreté sur un bien quelconque garantissant le paiement ou

une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien incorporel, mais uniquement dans la mesure où le bénéfice automatique de la sûreté n'est pas compromis (voir A/CN.9/631, recommandation 26 h)).

4. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

245. Il est bien établi dans la loi et la pratique qui régissent les engagements de garantie indépendants dans bon nombre d'États que le droit du tirage de l'engagement n'est pas transférable sans le consentement du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans le cadre de l'engagement. Le Guide reconnaît et respecte ce principe.

246. Cependant, le Guide établit également une distinction entre le droit de tirer un engagement de garantie indépendant et le droit de recevoir le produit de tirage d'un engagement. Il dispose en outre qu'aucune disposition de la loi ou la pratique régissant les engagements de garantie indépendants n'empêche le bénéficiaire d'un engagement de constituer une sûreté sur le produit de l'engagement (autrement dit, le droit de recevoir le produit une fois le paiement effectué), même si le droit de tirage n'est pas lui-même transférable en vertu de la loi et de la pratique applicables (voir A/CN.9/631, recommandation 28).

5. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable

247. Lorsqu'un document négociable est émis concernant des biens meubles corporels et est encore en circulation, il représente le titre de propriété de ces biens. Par conséquent, il est normal que la constitution d'une sûreté sur le document négociable emporte également constitution d'une sûreté sur les biens eux-mêmes, à condition que l'émetteur soit en possession des biens au moment où la sûreté sur le document est constituée (voir A/CN.9/631, recommandation 29). À cette fin, la possession peut être directe (l'émetteur du document est directement en possession des biens) ou indirecte (un mandataire est en possession, au nom de l'émetteur; pour la définition du terme "possession", voir *supra* par. 19).

C. Recommandations

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, compte tenu du fait que le document A/CN.9/631 contient l'ensemble des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces recommandations ne sont pas reproduites ici. Une fois que les recommandations seront finalisées, elles seront placées à la fin de chaque chapitre.]