



Assemblée générale

Distr.: Générale
18 juin 2007

Français
Original: Anglais

**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>
V. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	1-130	3
A. Remarques générales	1-105	3
1. Introduction	1-24	3
a) Objet des règles d'opposabilité	1-2	3
b) Distinction entre constitution et opposabilité	3-5	3
c) Sens du mot "tiers"	6-11	4
d) Relation entre opposabilité et priorité	12-14	6
e) Aperçu des méthodes d'opposabilité	15-21	7
f) Aperçu du chapitre	22-24	8
2. Inscription sur un registre général des sûretés	25-42	9
a) Généralités	25-29	9
b) Inscription séparée de la création de la sûreté	30-32	10

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



c)	Inscription insuffisante pour assurer l'opposabilité aux tiers	33-36	11
d)	Extension du système de registre aux autres opérations	37-42	12
3.	Possession	43-61	13
a)	Généralités	43-48	13
b)	Possession virtuelle insuffisante	49-50	15
c)	Possession par un tiers	51-57	16
d)	Inapplicabilité de la possession aux biens meubles incorporels	58	17
e)	Adéquation de la possession aux fins de la réalisation	59-61	17
4.	Inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété	62-71	18
a)	Généralités	62-63	18
b)	Inscription sur un registre spécialisé des biens meubles	64-68	19
c)	Annotation sur un certificat de propriété	69-71	20
5.	Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur le produit	72-78	21
6.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés	79-86	24
a)	Remarques générales	79-80	24
b)	Biens rattachés à des biens meubles	81-82	24
c)	Biens rattachés à des biens immeubles	83-84	25
d)	Biens rattachés à des biens meubles soumis à une inscription sur un registre spécialisé	85	25
e)	Coordination des registres	86	26
7.	Opposabilité automatique d'une sûreté sur une masse ou un produit	87-94	26
8.	Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation des biens ou du constituant	95-98	28
9.	Continuité et caducité de l'opposabilité	99-105	29
B.	Remarques sur des biens particuliers	106-130	31
1.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou de tout autre bien incorporel	106-113	31
2.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	114-120	33
3.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant	121-125	35
4.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable	126-130	36
C.	Recommandations		38

V. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

A. Remarques générales

1. Introduction

a) Objet des règles d'opposabilité

1. Dans certains États, une sûreté réelle mobilière prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers dès que la convention constitutive de sûreté est conclue, sans qu'un autre acte ne soit nécessaire. Cette approche a le mérite de la simplicité. Toutefois, elle ne donne pas à un créancier garanti potentiel un moyen fiable de vérifier si les biens que possède le constituant sont déjà grevés. En outre, si le constituant vend un bien grevé ou en transfère la possession, sans l'autorisation du créancier garanti, à un acheteur (et parfois à un créancier gagiste) qui achète ce bien (ou en prend possession) sans savoir qu'il est déjà grevé, un créancier garanti risque de voir sa sûreté réelle mobilière anéantie. Un tel résultat risque d'avoir une incidence négative sur l'offre de crédit et le coût du crédit.

2. Beaucoup d'États exigent donc une formalité supplémentaire pour que la sûreté prenne pleinement effet. Cette formalité supplémentaire vise à faire connaître au public, d'une manière ou d'une autre, l'existence effective (et, dans certains cas, simplement potentielle) d'une sûreté grevant les biens du constituant. Elle peut par exemple consister à transférer la possession du bien grevé au créancier garanti et à inscrire un avis dans un registre public. Des formalités de ce type contribuent de plusieurs manières à l'efficacité d'un régime de prêts garantis. Premièrement, elles permettent à un créancier garanti de déterminer, avant de prendre une sûreté, si les biens du constituant sont déjà grevés. Deuxièmement, parce qu'elles alertent les créanciers du constituant et d'autres tiers de l'existence d'une sûreté, il n'y a pas besoin de règle particulière pour protéger les tiers contre le préjudice de sûretés "occultes". Troisièmement, elles fournissent une référence temporelle précise pour déterminer le rang de priorité d'un créancier garanti et d'un réclamant concurrent (on trouvera les définitions de "réclamant concurrent" et de "créancier garanti" au paragraphe 19 du document A/CN.9/631/Add.1).

b) Distinction entre constitution et opposabilité

3. Parmi les États qui exigent un acte additionnel, certains en font une condition préalable à l'efficacité de la sûreté même entre les parties. Ils suivent la logique suivante: comme l'un des objectifs centraux de la prise de sûreté est d'obtenir des droits à faire valoir auprès du constituant et des tiers, il est inutile de distinguer l'efficacité entre les parties de l'opposabilité aux tiers. D'autres États n'exigent de formalité supplémentaire que pour rendre la sûreté opposable. La logique ici est que, puisque la formalité supplémentaire exigée vise surtout à établir le rang de priorité entre un créancier garanti et un réclamant concurrent, il n'y a pas de raison qu'elle soit une condition préalable à la faculté du créancier garanti de faire valoir ses droits découlant de la convention constitutive de sûreté et de la loi sur les opérations garanties contre le constituant (pour la définition de la "convention constitutive de sûreté", voir A/CN.9/631/Add.1, par.19).

4. Beaucoup d'États qui ont modernisé récemment leur droit des opérations garanties ont adopté la seconde approche. L'adoption de cette dernière peut poser

des problèmes conceptuels pour les États qui ne distinguent pas les effets *inter partes* et les effets *erga omnes* des droits réels en général. Par exemple, la plupart des États n'admettent pas qu'un gage puisse être créé uniquement entre les parties. L'approche du Guide n'est toutefois pas entièrement nouvelle, même pour ces États. Elle transpose simplement dans le domaine des sûretés réelles mobilières le principe du consensualisme, que la plupart des États ont désormais intégré dans leur droit des ventes. En outre, les préoccupations exprimées à propos de cette "refonte" des arrangements "réels", comme le gage, ne valent pas si la formalité supplémentaire est un enregistrement, car dans ces cas, le constituant reste toujours en possession du bien grevé. Enfin, l'absence de distinction entre les effets *inter partes* et les effets *erga omnes* oblige à accomplir une formalité supplémentaire qui s'ajoute à celle de la création de la sûreté sans que les constituants ou les créanciers garantis en tirent un avantage en contrepartie (voir A/CN.9/631/Add.1, par. 143 à 147).

5. Pour promouvoir un crédit garanti efficace, le présent Guide recommande d'adopter l'approche qui distingue entre les formalités requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) et les formalités requises pour rendre la sûreté opposable (efficacité à l'égard des tiers). Une fois que les conditions de constitution d'une sûreté décrites au chapitre IV (voir A/CN.9/631/Add.1) sont remplies, la sûreté prend effet entre le constituant et le créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 31). Toutefois, pour que la sûreté fasse sentir ses effets à l'égard des tiers, les règles d'opposabilité examinées dans le présent chapitre doivent également être respectées (voir A/CN.9/631, recommandation 30).

c) Sens du mot "tiers"

6. S'il n'est en général pas difficile de déterminer qui sont les parties à une convention constitutive de sûreté (le constituant et le créancier garanti), il est plus difficile de définir qui considérer comme un "tiers". En effet, les États envisagent très différemment les catégories de tiers à l'égard desquelles une sûreté reste inefficace si la formalité supplémentaire nécessaire n'a pas été accomplie. Dans certains États, une sûreté reste sans effet à l'égard des tiers, quel que soit leur statut, tant que la formalité supplémentaire n'a pas été remplie. D'autres États adoptent une deuxième approche, plus nuancée. Une sûreté est présumée opposable aux tiers à sa création mais peut être anéantie par certaines catégories de réclamants concurrents si la formalité supplémentaire exigée pour la pleine efficacité n'est pas accomplie avant que leurs droits naissent (voir A/CN.9/631/Add.1, par. 143 à 147).

7. Dans les États qui adoptent l'approche plus nuancée, la formalité supplémentaire n'est exigée que pour assurer l'efficacité à l'égard des créanciers garantis et des bénéficiaires du transfert des biens grevés. À l'égard des créanciers chirographaires du constituant et du représentant de l'insolvabilité, la sûreté produit tous ses effets dès sa création. La distinction entre ces catégories de "tiers" repose sur l'idée qu'un avis de sûreté ne devrait importer que pour les créanciers qui sont présumés avoir pris une sûreté, ou effectué un achat, ou donné une autre contrepartie en se fondant sur un droit non grevé du constituant. Par exemple, les créanciers chirographaires ne sont pas présumés compter sur l'existence ou non d'une sûreté sur les biens du constituant, car l'acte même d'accorder un crédit non garanti suppose que l'on accepte en connaissance de cause le risque de voir primer

des créanciers garantis qui auraient acquis ultérieurement des sûretés sur les biens du constituant.

8. Toutefois, pour plusieurs raisons, cette approche des droits des créanciers chirographaires, des créanciers judiciaires et des représentants de l'insolvabilité n'est probablement pas adaptée à un régime d'opérations garanties efficace. Tout d'abord, si les créanciers chirographaires fondent leur décision de prêter sur la santé financière générale du constituant, la présence ou l'absence de sûreté peut être l'un des facteurs pris en compte dans cette évaluation et par les agences de notation du risque, aux services desquelles les créanciers chirographaires font parfois appel. Deuxièmement, l'obligation d'enregistrement public rapide ou d'accomplir une formalité supplémentaire équivalente, réduit le risque qu'une prétendue sûreté réelle mobilière corresponde à un arrangement collusif entre un constituant insolvable et un créancier favorisé dans le but de nuire aux droits d'autres créanciers chirographaires. Troisièmement, cette obligation permet aux créanciers judiciaires de déterminer avant de prendre des mesures d'exécution coûteuses si les biens du constituant sont déjà grevés. Elle réduit également le coût de la procédure d'insolvabilité en donnant au représentant de l'insolvabilité un moyen efficace de déterminer quels biens du constituant insolvable sont potentiellement grevés. Enfin, le risque de voir une sûreté anéantie par l'exécution d'un jugement ou une procédure d'insolvabilité qui interviendrait entre-temps incite fortement les créanciers garantis à donner plein effet à leur sûreté en temps voulu.

9. Certains États qui protègent de manière générale les droits des créanciers garantis ou des bénéficiaires d'un transfert postérieurs contre des sûretés qui n'ont pas été rendues opposables à leur égard, parce que la formalité supplémentaire exigée n'a pas été accomplie, font une exception lorsque ces créanciers garantis ou acheteurs ultérieurs acquièrent leurs droits en ayant effectivement connaissance de l'existence d'une sûreté antérieure. Là encore, cette nuance ne convient pas vraiment à un régime d'opérations garanties efficace pour certaines raisons. Tout d'abord, l'un des principaux objectifs d'un tel régime est de permettre de savoir a priori (c'est-à-dire avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté et avant l'octroi du crédit) et avec certitude le rang de priorité des droits concurrents sur les biens grevés. Une règle de priorité qui serait fonction de contentieux factuels *ex post facto* va à l'encontre de ce but. Deuxièmement, le simple fait d'avoir connaissance de l'existence d'une convention constitutive de sûreté antérieure n'implique pas nécessairement une mauvaise foi de la part du créancier garanti postérieur. Si le créancier garanti antérieur n'a pas accompli les formalités nécessaires pour rendre sa sûreté pleinement opposable aux tiers, le créancier ultérieur peut raisonnablement présumer qu'il a implicitement consenti au risque de se voir déclassé. Troisièmement, la connaissance d'une autre partie ainsi que son étendue exacte sont difficiles à prouver.

10. Certains États refusent également de protéger le donataire subséquent d'un bien grevé, en se fondant sur la logique suivante: entre un créancier garanti qui, par définition, a fourni une contrepartie pour sa sûreté et un donataire qui ne l'a pas fait, c'est le créancier garanti qu'il faut protéger. Pour des raisons similaires à celles qui sont évoquées dans le paragraphe précédent, cette nuance est nuisible à l'efficacité du régime de prêts garantis. Déterminer le statut du bénéficiaire du transfert d'un bien grevé peut susciter des contentieux *ex post facto* contraires aux objectifs de certitude et de prévisibilité a priori. En outre, même si le statut du donataire n'est

pas contesté, celui-ci peut parfaitement avoir modifié sa situation en pensant que le bien n'était pas grevé (par exemple, en créant une sûreté en faveur d'un autre créancier).

11. L'examen ci-dessus des différentes approches suivies pour déterminer si certaines catégories de réclamants concurrents devraient i) avoir un rang de priorité inférieur même par rapport aux sûretés qui n'ont pas été rendues opposables, ou ii) avoir la priorité même sur les sûretés qui ont été rendues opposables ultérieurement montre que ces distinctions nuisent généralement à l'efficacité, la transparence et la prévisibilité du régime d'opérations garanties. C'est pourquoi le présent Guide recommande la première approche exposée ci-dessus (voir A/CN.9/631, recommandation 30). Jusqu'à ce que les conditions d'opposabilité soient remplies, la sûreté est sans effet sur les droits acquis entre-temps par des tiers sur les biens grevés, quel que soit le type de réclamant concurrent.

d) Relation entre opposabilité et priorité

12. L'opposabilité ne tranche pas, à elle seule, les questions de priorité. Elle produit toutefois des effets en termes de priorité en ce sens qu'une sûreté qui n'a pas été rendue opposable ne peut être invoquée à l'encontre des droits d'un réclamant concurrent sur le même bien grevé. En revanche, entre des réclamants concurrents qui ont tous rendu leurs droits opposables, des règles supplémentaires sont nécessaires. Comme l'explique plus en détail le chapitre VII (voir A/CN.9/631/Add.4, par. ...), la priorité dépend de la nature et du statut des droits avec lesquels la sûreté est en concurrence. Par exemple, si plusieurs sûretés ont été rendues opposables, il sera nécessaire de les classer entre elles.

13. En outre, la notion de priorité n'est pas identique dans tous les États. Certains États considèrent que la priorité ne s'applique qu'aux droits des créanciers concurrents, chirographaires ou garantis, sur les biens du constituant. Les droits d'autres réclamants concurrents, tels que les bénéficiaires d'un transfert et les preneurs à bail, sont déterminés par référence aux règles relatives à la nature du droit de propriété de l'auteur du transfert. D'autres États ont une conception fonctionnelle, plus large, de la priorité. Pour eux, tout conflit entre réclamants concurrents est un conflit de priorité. C'est souvent l'approche suivie lorsque le régime d'opérations garanties ne fait pas de distinction, pour ce qui est de l'opposabilité, entre différentes catégories de réclamants.

14. Puisque le présent Guide a adopté la seconde conception de l'opposabilité, il adopte également le concept élargi de priorité. En d'autres termes, même si l'opposabilité et la priorité sont des notions distinctes, parce que les règles de priorité énoncées au chapitre VII conçoivent la priorité en termes relatifs, il est essentiel de prendre en compte ces règles de priorité lorsque l'on évalue le degré de protection conféré par l'opposabilité ou par telle ou telle méthode suivie pour assurer l'opposabilité. Par exemple, ce chapitre reconnaît que, une fois les conditions d'opposabilité remplies, la sûreté continue de grever le bien, même si celui-ci est transféré (voir A/CN.9/631, recommandation 32). Toutefois, le droit d'un créancier garanti de poursuivre les biens (droit de suite) n'est pas absolu. Conformément aux règles de priorité examinées dans le chapitre VII, l'acheteur d'un bien meuble corporel grevé et le porteur de documents et instruments négociables transférés dans le cours normal des affaires du constituant prennent les

biens libres de la sûreté, même si cette dernière est opposable (voir A/CN.9/631, recommandations 85 à 87).

e) Aperçu des méthodes d'opposabilité

15. Pendant très longtemps, les États ne se sont guère intéressés à l'élaboration de méthodes d'opposabilité ou à leur harmonisation. Ce manque d'intérêt peut s'expliquer soit par une interdiction générale des sûretés réelles mobilières sans dépossession sur les biens meubles (ces derniers ne pouvant être hypothéqués), soit par une inopposabilité des sûretés réelles mobilières sans dépossession sur des biens meubles. Dans ces États, le gage était le seul instrument de sûreté disponible et la dépossession du constituant servait non seulement à constituer le gage mais aussi à assurer la publicité nécessaire à l'opposabilité. Toutefois, au fur et à mesure que les économies se sont développées, les limites du gage sont apparues plus clairement. Un commerçant constituant souhaite normalement rester en possession de ses actifs commerciaux, et il a fallu trouver une alternative à la dépossession. C'est alors que les États ont mis au point une autre méthode d'opposabilité: l'enregistrement des droits.

16. Dans beaucoup d'États, l'enregistrement est la principale méthode d'opposabilité. Les types de régimes d'enregistrement varient selon les États mais beaucoup d'entre eux ont choisi de créer un registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 33). Il existe également d'autres méthodes que l'enregistrement, en fonction de la nature des biens grevés (voir A/CN.9/631, recommandation 35). Par exemple, presque tous les États prolongent la logique du "gage" en ce sens qu'une sûreté sur un bien meuble corporel peut être rendue opposable par un transfert de possession du bien grevé au créancier garanti.

17. L'inscription sur un registre général des sûretés et le transfert de possession au créancier garanti sont les méthodes les plus communes pour rendre une sûreté opposable, mais ce ne sont généralement pas les seules. Des règles de "contrôle" spécialisées sont souvent adoptées concernant les sûretés sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, les sûretés sur le droit au produit d'un engagement de garantie indépendant (on trouvera la définition de ces termes au paragraphe 19 du document A/CN.9/631/Add.1). En outre, dans la plupart des États, une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble peut être rendue opposable par inscription sur le registre des biens immeubles. Enfin, dans beaucoup d'autres États, une sûreté sur un type spécifique de biens meubles peut être inscrite sur un registre de la propriété (par exemple le registre des navires) ou annotée sur un certificat de propriété.

18. Dans certains États, il est également possible de rendre opposable une sûreté sur une créance par voie de notification au débiteur de la créance. Dans la pratique, en général, un créancier garanti n'exigera pas le paiement direct d'une créance tant qu'il n'y aura pas de défaillance de la part du constituant. En effet, même lorsque les créances sont cédées purement et simplement, le cessionnaire souhaite généralement laisser au cédant le soin de les recouvrer. Pour ces raisons techniques, le Guide traite les demandes de paiement simplement comme une technique de recouvrement ou de réalisation et non comme une méthode d'opposabilité. En outre, pour les créanciers garantis et les cessionnaires, l'inscription représente un moyen plus efficace d'évaluer le risque en termes de priorité dès le début de l'opération, particulièrement si la sûreté ou la cession couvre toutes les créances présentes et à

venir. Sans cela, ils risqueraient de perdre la priorité lorsque, à un moment arbitraire, un créancier garanti ou un cessionnaire concurrent viendrait à aviser le débiteur de la créance.

19. Même si, en principe, ils exigent une formalité supplémentaire pour rendre une sûreté opposable, certains États font un certain nombre d'exceptions où une sûreté est automatiquement opposable sans que le créancier garanti n'ait à l'inscrire, à prendre possession du bien ou à accomplir tout autre acte. Cependant, en règle générale, dans la plupart des États, la sûreté ne devient opposable que par l'une ou l'autre des méthodes susmentionnées.

20. Dans la plupart des États, ces méthodes ne s'excluent pas les unes les autres. Par exemple, la plupart des États prévoient que, même si une sûreté peut être rendue opposable par transfert de la possession au créancier garanti, elle peut également l'être par inscription sur un registre. En outre, même lorsque des biens sont grevés par la même convention constitutive de sûreté, la plupart des États prévoient différentes méthodes pour différents biens (voir A/CN.9/631/, recommandation 37). La seule exception au principe de non-exclusivité découle du caractère particulier des opérations sur les lettres de crédit (le Guide utilise le terme "engagement de garantie indépendant"; on trouvera la définition dans le document A/CN.9/631/Add.1, au paragraphe 19). Les États prévoient tous qu'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant ne peut être rendue opposable que si le créancier garanti obtient le contrôle du produit (voir A/CN.9/631, recommandation 36).

21. Ceci dit, dans beaucoup d'États, il se peut que, dans la pratique, l'enregistrement soit la seule méthode au sens où il n'y a pas d'autre méthode pour rendre une sûreté opposable pour tel ou tel type de bien grevé. C'est généralement le cas, par exemple, des sûretés sur les créances et les stocks.

f) Aperçu du chapitre

22. Les sections A.2 à A.4 du présent chapitre examinent en détail les trois méthodes les plus communes pour assurer l'opposabilité aux tiers (l'inscription dans un registre général des sûretés, la possession et l'inscription dans un registre spécialisé). Les sections A.5 à A.7 examinent les cas où une sûreté réelle mobilière qui a été rendue opposable aux tiers reste opposable sur des biens qu'elle ne grevait pas initialement. Les sections A.8 et A.9 traitent d'autres problèmes de continuité, par exemple lorsque le bien ou le constituant changent de lieu, ou s'il est possible que l'opposabilité aux tiers ait expiré.

23. La partie B examine les différentes méthodes d'opposabilité aux tiers qui s'appliquent à des biens spécifiques. La section B.1 examine le cas important des sûretés réelles mobilières telles que les droits personnels ou réels garantissant le paiement d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'un autre bien incorporel. La section B.2 examine l'opposabilité aux tiers d'une sûreté sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. La section B.3 examine les moyens de rendre une sûreté opposable aux tiers lorsqu'elle greève un droit sur le produit d'un engagement indépendant. Finalement, la section B.4 traite de l'opposabilité aux tiers d'une sûreté sur un document négociable ou sur un bien couvert par un document négociable.

24. La partie C énonce une série de recommandations sur les méthodes d'opposabilité et leurs conséquences.

2. Inscription sur un registre général des sûretés

a) Généralités

25. Si l'enregistrement public est une méthode d'opposabilité largement acceptée, les systèmes de registre varient beaucoup. Dans beaucoup d'États, les prescriptions relatives à l'enregistrement ont évolué progressivement au fil du temps, composant au sein d'un même État une mosaïque de systèmes disparates organisés selon des critères très divers. Ainsi, certains systèmes peuvent être organisés en référence au type de transaction (par exemple, le registre des réserves de propriété et des locations-ventes). Il arrive que d'autres systèmes soient organisés en référence au statut du constituant (par exemple, les sociétés ou les entreprises commerciales), ou en référence à l'identité du créancier garanti (par exemple les banques). D'autres systèmes encore peuvent être organisés en référence au type de bien grevé (par exemple, les registres du matériel, des machines ou des créances).

26. Les États ont également différentes approches des formalités requises pour l'inscription. Certains demandent simplement qu'un avis soit enregistré. D'autres exigent qu'une synthèse complète des droits apparaissant dans la convention constitutive de sûreté soit enregistrée. D'autres encore exigent que tous les documents relatifs à la sûreté soient enregistrés avec des certificats et des déclarations sous serment attestant l'identité des participants, l'authenticité de leur signature et leur capacité juridique.

27. À la fin du XX^e siècle, un nombre grandissant d'États ont commencé à créer de nouveaux registres, ou à considérablement réorganiser leur système de registre des sûretés réelles mobilières sur les biens meubles, voire à le remplacer. Ces réformes se sont déroulées suivant deux axes. Tout d'abord, là où les systèmes existants étaient dispersés et fragmentés, les États les ont remplacés par un registre central général couvrant toutes les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles, quelles que soient l'identité des parties, la nature du bien grevé ou la forme de la transaction donnant lieu à la sûreté réelle mobilière. De même, les États qui ont établi pour la première fois un registre des sûretés sur les biens meubles ont tous opté pour un registre central général. Deuxièmement, dans la plupart de ces systèmes, les États ont aussi beaucoup changé le mécanisme d'inscription sur le registre. Le but était de remplacer l'enregistrement d'un simple avis ne contenant que des renseignements minimaux sur la sûreté réelle mobilière à laquelle il se rapportait par un système plus lourd consistant à enregistrer soit les documents relatifs à la sûreté soit une synthèse certifiée de ces documents. En somme, dans ces systèmes, la convention constitutive de sûreté qui crée la sûreté réelle mobilière n'est pas enregistrée, et le régime ne prévoit pas la vérification de son existence ou de son contenu.

28. Pour beaucoup d'États, cette deuxième caractéristique des registres modernes s'écarte beaucoup de la notion généralement admise d'inscription d'une sûreté. Même dans les États où toute la documentation n'est pas enregistrée, le registre est considéré comme un moyen d'informer ceux qui cherchent des renseignements sur une sûreté réelle mobilière existante. L'enregistrement prouve le droit et ne peut donc avoir lieu que lorsque le droit a commencé à exister. C'est pourquoi on pense

qu'il est déconcertant, voire incohérent, de parler d'enregistrement au sujet des registres modernes. Puisque le créancier garanti se cantonne habituellement à inscrire un avis au sujet de son intention de prendre une sûreté réelle mobilière (qu'il l'ait ou non mise à exécution), beaucoup d'États préfèrent décrire ces registres non comme des systèmes de registre mais comme des systèmes d'inscription d'avis.

29. Quelle que soit la nomenclature retenue pour décrire ces nouvelles méthodes d'opposabilité aux tiers, il est clair qu'elles simplifient beaucoup le processus destiné à fournir une source fiable d'information sur les sûretés réelles mobilières potentielles. Conjugué aux progrès des nouvelles technologies, le régime d'inscription d'avis constitue un processus d'enregistrement et de recherche très efficace et très économique. C'est pourquoi le présent Guide recommande que les États créent des registres i) centralisés, généraux et complets de toutes les sûretés réelles mobilières ii) qui exigent uniquement l'inscription d'un avis donnant des renseignements succincts sur la sûreté réelle mobilière à laquelle ils se rapportent, ou pourraient se rapporter. Le présent Guide appuie également l'idée selon laquelle l'inscription d'un avis de sûreté réelle mobilière dans un registre devrait devenir la méthode générale d'opposabilité aux tiers (voir A/CN.9/631, recommandation 33). Le chapitre VI du présent Guide traite de la conception et du fonctionnement des différents systèmes de registre (A/CN.99/631/Add.3).

b) Inscription séparée de la création de la sûreté

30. Comme nous l'avons noté plus haut, les États ont très longtemps suivi deux approches différentes pour déterminer la relation entre l'inscription et la création d'une sûreté. Dans certains États, le droit lui-même n'est créé que lorsque l'inscription a eu lieu. Dans d'autres, l'inscription est requise seulement en tant que formalité supplémentaire, pour rendre une sûreté opposable. Le présent Guide recommande d'adopter la deuxième approche (voir A/CN.9/631, recommandation 30).

31. Plusieurs conséquences importantes découlent de l'idée qu'inscrire un simple avis ne contenant que des renseignements sommaires sur la sûreté ne concerne que l'opposabilité aux tiers. La convention constitutive de sûreté à laquelle l'avis se rapporte n'est pas enregistrée. De même, le système de registre ne vérifie ni son existence, ni son contenu. La création d'une sûreté réelle mobilière (son efficacité entre les parties) et son inscription sont deux actes totalement indépendants: l'inscription ne crée pas la sûreté réelle mobilière, ni n'apporte la preuve de sa création; elle n'est pas non plus nécessaire à la création de la sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 34).

32. Il est alors impossible de déterminer si une sûreté réelle mobilière existe effectivement en consultant le registre. L'existence de la sûreté dépend de la possibilité de prouver (en examinant d'autres preuves et documents) que les parties ont conclu un accord de sûreté qui satisfait à certains critères formels et essentiels et que le constituant a des droits sur les biens décrits dans la convention constitutive de sûreté (ou le pouvoir de les grever) (voir A/CN.9/631, recommandations 12 à 14). De même, l'étendue des biens grevés dépend principalement de la description qui en est faite dans la convention constitutive de sûreté, et non dans l'avis d'inscription (si la description de la convention constitutive de sûreté couvre une gamme plus étroite de biens que celle de l'avis, la description de la convention constitutive de sûreté

l'emporte). Ce n'est que si la description des biens grevés est plus étroite dans l'avis d'inscription que dans la convention constitutive de sûreté que l'étendue de l'opposabilité aux tiers sera déterminée par la description faite dans l'avis enregistré.

c) Inscription insuffisante pour assurer l'opposabilité aux tiers

33. Conséquence importante du système d'inscription d'avis préconisé dans le présent Guide, l'inscription ne garantit pas l'existence effective d'une sûreté réelle mobilière. En d'autres termes, contrairement aux approches traditionnelles de l'enregistrement dans de nombreux États, l'inscription d'un "avis" ne prouve pas l'existence d'une sûreté réelle mobilière. Cela signifie que, en tant que telle, l'inscription n'entraîne pas une opposabilité aux tiers du droit décrit dans l'avis. Ce statut n'est acquis que si et lorsque les prescriptions relatives à la création d'une sûreté réelle mobilière sont elles aussi suivies (voir A/CN.9/631, recommandation 33).

34. Cette approche de l'inscription a deux implications qui assouplissent le régime d'opérations garanties et le rendent plus efficace. Tout d'abord, la création est certes une condition préalable à l'opposabilité aux tiers, mais elle ne doit pas précéder l'inscription. Comme l'explique le chapitre VI (voir A/CN.9/631/Add.3, par. 73 à 75), un avis de sûreté réelle mobilière peut être inscrit soit avant soit après la conclusion de la convention constitutive de sûreté. Deuxièmement, si une sûreté réelle mobilière sur des biens acquis postérieurement (c'est-à-dire après la création de la sûreté réelle mobilière) ne commence à exister à l'égard de ces biens que lorsqu'ils sont acquis, il est possible d'inscrire un avis les décrivant comme des biens potentiellement grevés.

35. Bien souvent, il n'y a guère de conséquences majeures liées aux différences dans l'ordre suivi pour accomplir les deux formalités visant à rendre une sûreté réelle mobilière opposable aux tiers (la création de la sûreté et l'inscription d'un avis) mais ce n'est pas toujours vrai. Le moment de la création importe, si un tiers acquiert des droits sur un des biens décrits dans l'avis d'inscription (par exemple, à la suite d'un don, d'une vente, d'une procédure d'insolvabilité ou de réalisation) après que l'inscription a eu lieu. Si les règles relatives à la création ont également été suivies au moment où un tiers acquiert des droits sur un bien grevé, la sûreté réelle mobilière deviendra opposable aux tiers et son rang de priorité sera déterminé par les règles énoncées au chapitre VII (voir A/CN.9/631/Add.4). Cependant, si les conditions de création n'ont pas été remplies, le tiers acquerra le bien libre de toute sûreté qui serait créée ultérieurement, même s'il a consulté le registre et sait que le créancier garanti a inscrit un avis. Tant que la création et l'inscription n'ont pas toutes deux eu lieu, la sûreté réelle mobilière n'est pas opposable aux tiers.

36. Le principe selon lequel l'opposabilité aux tiers prend effet au moment où les deux exigences sont satisfaites, et pas nécessairement au moment de l'inscription, a une exception importante. En règle générale, pour promouvoir la certitude et la transparence entre les créanciers garantis, la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes qui ont été rendues opposables aux tiers par inscription dépend de l'ordre d'inscription, et non du moment de la création (voir A/CN.9/631, recommandation 78). C'est-à-dire que si, de deux créanciers garantis, l'un a inscrit sa sûreté le premier, puis créé sa sûreté réelle mobilière après que l'autre a non

seulement créé sa sûreté mais aussi enregistré son avis, c'est le créancier ayant inscrit sa sûreté le premier qui aura la priorité.

d) Extension du système de registre aux autres opérations

37. La mise en place d'un système global de registre général des sûretés du type de celui envisagé dans le présent Guide permet à ceux qui consultent le registre de découvrir les charges pesant potentiellement sur les biens du constituant et de prendre des mesures destinées à protéger leurs droits. Les États qui ont adopté ce type de registres ont aussi, bien souvent, étendu leur portée. Ainsi, ils ont conclu que, bien que l'objectif premier du registre soit de constituer une source d'information sur les sûretés potentielles, il peut aussi servir à conserver des informations relatives à d'autres types de droits sur des biens meubles lorsque le bénéficiaire de ces droits n'est pas en possession des biens sur lesquels ils portent. Les registres ont été ouverts à l'inscription de divers avis indiquant l'existence de droits sans dépossession ou d'autres droits incorporels en faveur d'un tiers.

38. L'idée d'utiliser un registre des sûretés à d'autres fins que l'inscription des sûretés n'est pas nouvelle. De nombreux États qui ont mis en place des registres spécialisés pour conserver les informations relatives aux gages, aux hypothèques ou aux cessions à titre de garantie de droits à paiement (par exemple un droit au paiement d'une assurance ou des créances commerciales) prévoient également que la cession pure et simple d'un droit à paiement ou d'un ensemble de droits à paiement peut (et dans certains cas, doit) faire l'objet d'une inscription au registre spécialisé tout comme s'il s'agissait d'une sûreté. En général, dans les États qui ont adopté des registres généraux des sûretés, l'inscription est impérative dans le sens où, en l'absence d'inscription ou de l'obtention de l'opposabilité aux tiers grâce à d'autres mesures, la sûreté n'est pas opposable aux tiers (c'est-à-dire que l'inscription n'est pas impérative à proprement parler, dans la mesure où elle n'est pas nécessaire à l'efficacité de la sûreté entre les parties). De la même manière, la partie bénéficiant d'une cession pure et simple de créances doit procéder à l'inscription si elle veut assurer l'opposabilité aux tiers. Elle est également soumise aux mêmes règles de priorité que le détenteur d'une sûreté sur des créances. La raison à cela est qu'il y a peu de différence en pratique, du point de vue des droits des tiers, entre une cession pure et simple et la cession d'une sûreté et que, par conséquent, les règles d'opposabilité aux tiers devraient être les mêmes pour ces deux types d'opérations. C'est l'approche recommandée par le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 33).

39. En général, les États n'ont pas cherché à imposer aux propriétaires de biens meubles de faire inscrire leurs droits de propriété. Ainsi par exemple, alors que de nombreux États imposent ou permettent l'inscription de la location d'immeubles, seuls quelques-uns étendent cette notion aux biens meubles. Néanmoins, les États qui ont mis en place un registre général des sûretés ont également tendance à faire de l'inscription dans ce registre une condition nécessaire à l'opposabilité aux tiers des opérations où le propriétaire n'est pas la personne qui, pendant un certain temps, est en possession d'un bien meuble et semble l'utiliser comme si elle en était propriétaire. Les deux cas les plus fréquents sont ceux des baux réels d'une durée significative (un an ou plus, par exemple) et des dépôts-ventes dans un contexte commercial, pour lesquels le dépositaire est en possession de stocks et agit en qualité de mandataire pour les vendre au nom et pour le compte du propriétaire.

Dans les États qui ont adopté cette approche, les droits du bailleur et du déposant à l'égard des tiers sont soumis aux mêmes règles d'opposabilité et de priorité que ceux du détenteur d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions. Cette approche repose sur le fait qu'en l'absence d'inscription, les tiers réalisant des opérations sur les actifs commerciaux du preneur ou du dépositaire n'ont aucun moyen objectif de déterminer si ceux-ci appartiennent au preneur ou au dépositaire ou à un bailleur ou un déposant.

40. L'extension aux baux réels des conditions d'inscription des sûretés se retrouve au niveau international dans la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, qui étend la portée du registre international dont elle prévoit l'établissement au-delà des sûretés et des crédit-baux pour comprendre les "contrats de bail".

41. Bon nombre d'États connaissent depuis longtemps la notion d'hypothèque judiciaire, en vertu de laquelle un créancier judiciaire peut inscrire la décision de justice lui accordant une somme d'argent sur les biens immeubles du débiteur judiciaire, et ainsi obtenir une sûreté sur ces biens immeubles. Avec l'apparition du concept de sûreté sans dépossession inscriptible sur les biens meubles, certains États ont commencé à permettre l'inscription de décisions de justice sur les biens meubles. Les États qui ont adopté un registre général des sûretés prévoient assez souvent l'inscription d'avis relatifs à l'existence d'une décision de justice, classés suivant l'identité du débiteur judiciaire. Dans les États qui ont adopté cette approche, l'inscription crée l'équivalent d'une sûreté sur les biens meubles du débiteur judiciaire en faveur du créancier judiciaire. Cette approche peut indirectement jouer en faveur du paiement rapide par leurs débiteurs, de leur plein gré, de leurs dettes judiciaires, car les tiers seront peu enclins à acheter les biens grevés ou à prendre une sûreté dessus tant que le débiteur n'aura pas payé sa dette judiciaire et ainsi mis fin à l'inscription.

42. Dans les États qui ont adopté cette approche, le représentant de l'insolvabilité du débiteur judiciaire est généralement fondé à revendiquer la compensation pécuniaire de la priorité d'un créancier judiciaire inscrit au bénéfice de tous les créanciers chirographaires (sous réserve parfois d'un privilège spécial en faveur du créancier judiciaire inscrit en compensation de ses dépenses et de ses démarches). L'objectif de cette règle est de veiller à ce que les droits du créancier judiciaire inscrit n'entrent pas en conflit avec les principes de l'insolvabilité garantissant l'égalité de traitement entre les créanciers chirographaires du débiteur. Le Guide ne fait pas de recommandation sur ce point, car la question relève d'autres lois que celles relatives aux opérations garanties (concernant les règles de priorité entre les créanciers garantis et les créanciers judiciaires, voir A/CN.9/631, recommandation 90).

3. Possession

a) Généralités

43. Dans presque tous les États, un transfert de la possession de biens meubles corporels au créancier garanti (gage avec dépossession classique) est accepté comme étant suffisant tant pour prouver la constitution d'une sûreté que pour la rendre opposable aux tiers. Pour ce qui est de la constitution, cela s'explique par la théorie selon laquelle le transfert de la possession prouve le consentement implicite

du constituant à la sûreté et à la gamme des biens grevés par cette sûreté. S'agissant de l'opposabilité aux tiers, si un transfert de possession ne fait pas expressément connaître l'existence d'une sûreté (il ne signifie pas nécessairement, par exemple, que la personne en possession des biens est un créancier gagiste plutôt qu'un preneur à bail, un emprunteur ou un simple dépositaire), il élimine, en revanche, le risque que des tiers soient induits en erreur par la possession du constituant et pensent que ce dernier détient un droit de propriété non grevé.

44. Si par le passé, la possession était souvent le seul moyen d'avertir des tiers de l'existence d'une sûreté, au XX^e siècle, de nombreux États ont institué des registres spécialisés pour certaines catégories de biens meubles. Ainsi, certains ont créé des registres pour les gages sans dépossession sur des équipements commerciaux ou industriels. L'existence d'un registre des gages commerciaux sans dépossession ne s'accompagnait cependant pas d'une interdiction générale du "véritable" gage sur ce type de biens. En conséquence, il était souvent possible que des sûretés avec dépossession et des sûretés inscrites concurrentes grevent le même bien. Un résultat similaire peut se produire dans les États qui ont institué des registres généraux des sûretés. L'inscription d'un avis sur un registre des sûretés est considérée comme un mode d'opposabilité à part entière, qui coexiste avec les systèmes de registres spécialisés ou la dépossession du constituant.

45. L'idée de conserver l'approche qui envisage la coexistence de ces différents modes d'opposabilité ne fait pas l'unanimité. Deux raisons, intimement liées, sont invoquées pour abolir la possession en tant que mode d'opposabilité dans les cas où un registre général des sûretés existe. La première, c'est que la possession compromet la fiabilité du fichier du registre comme source complète d'informations relatives à l'existence potentielle de sûretés sur les biens d'un constituant. Des créanciers garantis ou des acheteurs potentiels ne peuvent pas se fier au résultat négatif d'une recherche dans le registre pour conclure que le bien en question n'est pas grevé. Ils doivent encore vérifier que le bien se trouve en possession du constituant. La seconde raison a trait aux difficultés liées à la preuve. Alors que le registre donne des informations publiques fiables sur le moment adéquat pour établir la priorité entre une sûreté et le droit d'un réclamant concurrent, la possession exige une preuve, qui peut être contestée, du moment où le transfert physique de la possession a effectivement eu lieu.

46. Malgré ces problèmes, les États qui ont institué des registres généraux des sûretés maintiennent tous aussi le transfert de possession comme mode également valable d'opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles corporels. Ce choix s'explique par plusieurs raisons. Le caractère suffisant de la possession comme mode d'opposabilité est bien ancré dans la pratique commerciale. De plus, le transfert de possession en tant que mode d'opposabilité devrait de toute façon rester disponible pour les documents et instruments négociables, afin de préserver leur négociabilité et la priorité correspondante. S'agissant du caractère exhaustif du fichier du registre, un créancier garanti ou un acheteur potentiel devra généralement vérifier si les biens concernés existent réellement et habituellement vérifier, à cet effet, que le constituant en a toujours la possession. Par ailleurs, il y a peu de chances que les problèmes de preuve liés au moment du transfert créent des difficultés dans la pratique. Dans son propre intérêt, un créancier garanti prudent voudra s'assurer que le moment où il a acquis la possession est bien établi.

47. Les États qui conservent à la fois l'inscription et la possession par le créancier comme modes d'opposabilité adoptent également le principe selon lequel, à de rares exceptions près, ces deux modes produisent exactement les mêmes effets (du point de vue tant du moment où la sûreté devient réellement opposable que des conséquences qu'ont ces étapes additionnelles sur la priorité). Du point de vue pratique, cela dit, les deux modes d'opposabilité ne sont pas égaux. Premièrement, le transfert de possession n'est disponible, comme mode d'opposabilité, que si le bien en question peut effectivement être possédé (c'est-à-dire s'il s'agit d'un bien meuble corporel). Deuxièmement, il n'est viable que si le constituant est disposé à céder l'utilisation et la jouissance continues des biens grevés, ce qui n'est pas faisable si ce dernier doit conserver les biens grevés pour produire ses produits ou ses services ou générer des revenus par d'autres moyens.

48. Pour ces deux raisons, lorsqu'un système complet et efficace d'inscription des avis existe, la grande majorité des créanciers garantis tendent à préférer, comme mode d'opposabilité, l'inscription à la possession. Les deux principales exceptions concernent des opérations particulières et impliquent généralement un financement à court terme. Ainsi, par exemple, lorsque la possession confère un avantage en termes de priorité comme dans le cas des instruments et documents négociables, des créanciers garantis prendront possession du bien même si eux ou une autre partie ont déjà inscrit une sûreté (voir A/CN.9/631, recommandations 99 et 107). De plus, lorsque le créancier garanti prend des sûretés réelles mobilières avec dépossession à titre professionnel (comme c'est le cas des prêteurs sur gages), il est rare qu'il inscrive également ses sûretés. Étant donné que le gage avec dépossession est un concept bien connu et compris dans la plupart des États, qu'il peut y avoir des avantages à autoriser la possession comme mode d'opposabilité, et que les atteintes à l'intégrité du registre ne sont pas essentielles, le présent Guide suit la position des États qui ont adopté un registre général des sûretés et appuie, comme modes d'opposabilité, tant l'inscription d'un avis que le transfert de la possession au créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 38).

b) Possession virtuelle insuffisante

49. Si le gage, à l'origine, signifiait le transfert effectif d'un bien meuble corporel précis du constituant (débiteur gagiste) au créancier garanti (créancier gagiste), avec le temps, les États ont parfois assoupli les règles qui définissent la possession par le créancier. Dans certains, la possession virtuelle (par exemple, un accord désignant le constituant mandataire du créancier garanti) est désormais acceptée comme étant suffisante pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles corporels. Dans d'autres, la possession peut être symbolique, un constituant pouvant coller, sur un objet ou sur la porte d'un établissement, une note déclarant que l'objet ou le contenu de l'établissement en question ont été grevés en faveur du créancier garanti. Ces développements ont généralement résulté de l'absence d'un mécanisme plus général de création de gages sans dépossession (ou sûretés) sur des biens meubles corporels. Cela dit, certains États qui ne permettent pas aujourd'hui les sûretés sans dépossession continuent d'exiger strictement que la possession par le créancier soit réelle: publique, continue, paisible et incontestable (pour ce qui est de la possession en tant que condition de la constitution d'une sûreté avec dépossession, voir le document A/CN.9/631/Add.1, par. ...).

50. Les États qui ont institué un registre général des sûretés et continuent à autoriser la possession par le créancier comme mode d'opposabilité adoptent tous l'approche stricte de la possession. La possession par le créancier exige la renonciation réelle, par le constituant, au contrôle physique des biens grevés. La possession continue, par le constituant ou par une personne qui lui est associée de près, ne signifierait pas de manière suffisante aux tiers que la propriété du constituant est peut-être grevée. Par conséquent, puisque l'existence d'un registre des sûretés permet les sûretés sans dépossession du débiteur, il n'est pas nécessaire, pour faciliter la constitution de sûretés, d'assouplir le concept de la possession. C'est également l'approche recommandée par le présent Guide et son explication (pour la définition du terme "possession", voir le document A/CN.9/631/Add.1, par. 9).

c) Possession par un tiers

51. Il est largement accepté, indépendamment du fait qu'un État ait ou non institué un registre général des sûretés, que la possession ne doit pas forcément impliquer la garde directe par le créancier garanti. La possession par un mandataire ou un représentant de ce dernier est suffisante pour constituer la possession par le créancier garanti, pour autant qu'un observateur objectif ne conclue pas que les biens grevés restent en la possession du constituant. La possession par un tiers peut intervenir de plusieurs manières.

52. Dans certains cas, le créancier garanti n'a ni la capacité, ni les compétences pour conserver des biens grevés de manière adéquate. Dans ces cas, un dépositaire qui agit pour son compte prendra ou recevra généralement la possession en son nom. Dans d'autres cas, les biens grevés peuvent déjà être placés sous la garde d'un tiers au moment où la sûreté est constituée. Il peut s'agir de diamants, d'or, de bijoux ou d'autres métaux précieux qui sont conservés dans une entreprise de sécurité. Dans ces cas, il est nécessaire de faire savoir au détenteur que le constituant a grevé les biens et que, jusqu'à la réception d'un avis du créancier garanti, il ne doit pas remettre ces biens au constituant.

53. Plus souvent, la garde d'un tiers se produit parce qu'un tiers transporteur ou propriétaire d'un entrepôt détient le bien grevé. Ici, il peut exister une forme d'opposabilité par possession lorsque le tiers émet un reçu au nom du créancier garanti ou accepte de détenir les biens grevés pour son compte. Dans ce cas, les actions du tiers confirment qu'il est en possession des biens pour le compte du créancier garanti.

54. Dans d'autres cas, si le titre représentatif est émis sous une forme négociable, le transporteur ou le propriétaire de l'entrepôt est obligé de livrer les biens visés par le document à la personne qui est en sa possession. La remise du document avec, au besoin, endossement au créancier garanti constitue ainsi un autre moyen de rendre opposable une sûreté sur les biens qu'il représente.

55. Dans certains États, l'idée de la possession tierce par un dépositaire ou le propriétaire d'un entrepôt a été étendue aux arrangements ponctuels entre les parties. Dans ces États, un transfert de la possession au mandataire du créancier garanti ne doit pas nécessairement signifier que les biens grevés sont physiquement sortis des locaux du constituant. Dans les arrangements de "magasins de campagne", par exemple, un représentant du créancier garanti (habituellement un employé du

constituant) assume la garde matérielle des biens grevés dans les locaux du constituant (en les plaçant, par exemple, dans un local fermé dont il est le seul à avoir la clef). Le consentement du créancier garanti est nécessaire pour que les biens du “magasin de campagne” puissent être remis au constituant.

56. Les arrangements de “magasins de campagne” sont surtout courants dans les États où le gage avec dépossession est la seule forme disponible de sûreté sur des biens meubles. Néanmoins, même dans les États qui offrent l’option du registre public, un créancier garanti pourra préférer contracter un tel arrangement à des fins pratiques de surveillance. Généralement, cependant, il inscrira également sa sûreté pour que l’opposabilité soit certaine et pour éviter le risque que l’arrangement soit contesté au motif qu’il porte sur une possession virtuelle plutôt qu’effective.

57. Dans les États qui conservent la possession par le créancier comme mode d’opposabilité, la possibilité que cette possession prenne la forme de la garde par un mandataire ou un représentant est une caractéristique importante d’un régime moderne des sûretés. Elle améliore l’efficacité des sûretés avec dépossession et réduit leur coût en permettant aux créanciers de déléguer la responsabilité de la garde à des spécialistes. Pour ces raisons, le présent Guide prévoit que la possession par le créancier puisse prendre la forme de la garde par un tiers (voir la définition du terme “possession” dans le document A/CN.9/631/Add.1, par. 19).

d) Inapplicabilité de la possession aux biens meubles incorporels

58. L’idée de la possession comme mode possible d’opposabilité repose sur l’idée que la garde matérielle d’un bien est transparente. C’est pourquoi, depuis toujours, les États qui autorisent les contrats de nantissement à titre de sûreté exigent que les biens grevés soient des biens meubles corporels. Les biens meubles incorporels sont exclus parce qu’il n’est pas possible d’en prendre possession sur le plan matériel. Très souvent, un créancier cherche à prendre une sûreté sur les créances du constituant, mais ne peut la rendre opposable par la possession. Ce n’est que si les créances sont rendues corporelles dans un instrument négociable que la possession par le créancier peut constituer un mode d’opposabilité. Un certificat de dépôt ou un autre instrument qui ne font qu’attester une dette et ne sont pas négociables ne peuvent pas faire l’objet d’une “possession”. De même, si un constituant cherche à constituer une sûreté sur le bail d’un élément de matériel, il ne peut la rendre opposable en remettant le matériel (dont il n’est pas le propriétaire) ou le contrat de bail au créancier garanti.

e) Adéquation de la possession aux fins de la réalisation

59. Tous les créanciers garantis ne chercheront pas immédiatement à rendre une sûreté opposable. Pour une raison ou une autre, ils peuvent ne pas inscrire d’avis au registre général des sûretés, ou ne pas prendre possession des biens grevés. Dans les États qui considèrent le gage comme un contrat réel, l’absence de possession par le créancier signifie que le gage n’est jamais constitué, même entre les parties. Dans d’autres États, surtout ceux qui ont adopté un registre général des sûretés, mais prévoient également la possession par le créancier comme mode d’opposabilité, le gage peut être constitué entre les parties même sans possession par le créancier. Dans ces cas, il est nécessaire de déterminer les conditions dans lesquelles une possession ultérieure par le créancier constituera un mode d’opposabilité.

60. Dans certains États, une sûreté n'est pas rendue opposable par la possession lorsque cette dernière résulte de la saisie réalisée par le créancier garanti suite à la défaillance du constituant. Cette approche s'explique par des considérations tant conceptuelles que politiques. Sur le plan conceptuel, la remise volontaire de la possession par le constituant au créancier garanti au début de l'opération garantie suppose que les deux parties reconnaissent que les droits du créancier garanti doivent être protégés de cette manière. La saisie à des fins de réalisation implique généralement la prise non volontaire des biens grevés du constituant suite à sa défaillance. De plus, même lorsque ce dernier remet volontairement les biens, il le fait devant la menace coercitive d'une procédure de réalisation. La considération d'ordre politique tient au fait que la saisie à des fins de réalisation sera généralement employée par un créancier garanti qui n'a pas inscrit d'avis relatif à sa sûreté ou qui l'a mal fait. Surtout en cas de concurrence avec le représentant de l'insolvabilité du constituant, on craint qu'en reconnaissant la saisie comme acte suffisant pour rendre une sûreté opposable, on ne récompense une conduite imprudente, on n'encourage l'ouverture hâtive d'une procédure de réalisation et l'on ne soulève des questions difficiles de preuve, s'agissant de savoir si la saisie a eu lieu avant ou après l'ouverture de la procédure de réalisation.

61. Dans d'autres États, par contre, la motivation et le contexte de la possession par le créancier ne sont pas considérés comme ayant un lien avec ses conséquences. La possession par le créancier entraîne l'opposabilité même lorsque le créancier garanti obtient la possession par le biais de la saisie des biens grevés à des fins de réalisation. Cette approche repose sur la théorie selon laquelle la possession a pour objectif d'assurer que des tiers ne soient pas lésés par le fait que le constituant reste en possession de biens sur lesquels il ne détient pas un droit de propriété non grevé. La possession par le créancier garanti remplit cet objectif indépendamment du motif de la prise de possession. Étant donné que le contexte principal dans lequel cette question de politique se pose implique la concurrence entre le créancier garanti et le représentant de l'insolvabilité du constituant, le présent Guide ne contient pas de recommandation à ce sujet, mais s'en remet au régime de l'insolvabilité des États.

4. Inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété

a) Généralités

62. Les deux modes principaux d'opposabilité examinés plus haut (l'inscription sur un registre général des sûretés et la possession par le créancier) supposent que l'objectif premier est de signaler aux tiers l'existence possible d'une sûreté. Même dans les États qui ont jusque-là institué des registres compartimentés, c'est-à-dire organisés en fonction du type d'opération (par exemple, registres des réserves de propriété ou de gages commerciaux), du statut du constituant (par exemple, registres de sociétés), de l'identité du créancier garanti (banques, par exemple), ou du type de biens grevés (registres de matériel ou de créances), l'accent est mis sur les sûretés. Ces registres ne sont ouverts qu'à titre exceptionnel à des inscriptions qui ne sont pas liées à des sûretés ou destinées à l'être (par exemple, cessions pures et simples de créances de sommes d'argent, baux de longue durée, consignations commerciales).

63. Dans de nombreux États, cependant, il existe depuis longtemps d'autres moyens de faire connaître les droits. Occasionnellement, un registre spécialisé portant sur des biens particuliers peut être institué pour enregistrer toutes les

opérations liées à ce type de biens. Le modèle de ce type de registre est le registre standard des droits sur des biens immeubles, dans lequel le titre de propriété, les sûretés, les charges publiques et même les mises en garde relatives à un litige imminent peuvent souvent être inscrits. Les États créent également des systèmes dans lesquels certains types de biens meubles sont identifiés par un certificat de propriété, où peuvent être directement inscrites les différentes opérations liées à ce bien (y compris les sûretés). Les caractéristiques communes de ces deux approches qui visent à faire connaître les droits sont les suivantes: i) le mécanisme en question est uniquement créé par rapport à certains biens précis et ii) tous les types de droits (et pas seulement les sûretés) peuvent être inscrits et rendus publics. Ces mécanismes ont prouvé leur utilité au fil du temps si bien que, même dans les États qui ont institué un registre général des sûretés, ils sont souvent conservés comme mode d'opposabilité, en plus de l'inscription et de la possession par le créancier.

b) Inscription sur un registre spécialisé des biens meubles

64. Comme on l'a noté plus haut, un registre général des sûretés sur lequel les parties peuvent inscrire un avis relatif à une sûreté potentielle ou existante peut être un moyen efficace de signaler aux tiers qu'il est nécessaire de vérifier soigneusement le statut des droits d'un constituant sur les biens meubles dont il entend disposer. Parfois, cependant, un registre spécialisé dans certains biens peut être tout aussi efficace sur le plan opérationnel tout en remplissant des fonctions importantes plus larges qui ne peuvent pas l'être par un registre général des sûretés. Ainsi, les registres relatifs aux navires et aux aéronefs sont deux exemples largement reconnus de registre spécialisé qui, en plus de faciliter les opérations commerciales, répond aux impératifs de la réglementation internationale relative à la sécurité et aux préoccupations de sécurité des États.

65. Pour ces raisons, de nombreux États reconnaissent que l'inscription sur un registre spécialisé qui existe déjà aux termes d'une autre loi peut être un autre moyen de rendre opposables les sûretés sur des biens couverts par le régime (voir le document A/CN.9/631, recommandation 39). Habituellement, la logistique de l'inscription sur un registre spécialisé de la propriété n'est pas traitée dans les lois sur les opérations garanties, car c'est une question qui relève de la loi spécialisée qui régit ce régime. Souvent, le système existant exige, comme de nombreux registres des sûretés institués aux XIX^e et XX^e siècles, l'enregistrement des documents relatifs à la sûreté ou d'un résumé de ces documents certifié par le conservateur du registre. La raison justifiant l'adoption d'un système d'inscription des avis dans le cas d'un registre général des sûretés devrait également s'appliquer à ces registres spécialisés de biens. C'est pourquoi les États qui tiennent ce genre de registre devraient se demander s'ils doivent adopter en outre, pour renforcer l'efficacité du registre, un système d'inscription des avis.

66. L'inscription d'un avis relatif à une sûreté peut en principe être rendue possible même dans les systèmes de registre qui fonctionnent avant tout comme des registres de la propriété. Dans le cas d'un transfert de propriété, ces registres exigent généralement la preuve des documents sous-jacents, l'inscription d'un transfert non autorisé risquant de porter préjudice à un créancier garanti ou à un acheteur qui se fie au fichier du registre. Par contre, le même niveau de preuve n'est pas exigé pour les sûretés, car une recherche dans le registre qui révèle une sûreté inexistante n'est pas préjudiciable en elle-même. D'éventuels acheteurs ou

créanciers garantis peuvent se protéger en refusant d'acheter ou de prêter, sauf à des conditions qui tiennent compte de la sûreté inscrite, si bien que le constituant prendra des mesures pour que toute i) inscription non autorisée, ii) inscription continue après que l'obligation garantie a été payée, ou iii) inscription en rapport avec laquelle aucune convention constitutive de sûreté n'a jamais été exécutée, soit radiée du registre.

67. Les États qui tiennent des registres spécialisés doivent déterminer si l'inscription sur un tel registre sera le seul moyen de rendre opposables des sûretés sur les biens qu'il couvre. Certains États adoptent cette position. Aucun droit sur le bien ne peut être opposé aux tiers si l'avis relatif à ces droits n'est pas inscrit sur le registre spécialisé. D'autres adoptent une position moins absolue et autorisent, pour rendre opposables des sûretés sur des biens couverts par le registre spécialisé, d'autres méthodes. Ils estiment qu'à l'exception des réclamants concurrents dont on cherche à protéger les droits par le régime de registre spécialisé, auquel ils se sont fiés à leur détriment, il n'y a pas de raison que l'opposabilité à tous les autres réclamants ne puisse être obtenue par d'autres méthodes généralement disponibles. Il s'ensuit que le créancier garanti devrait aussi être autorisé à rendre sa sûreté opposable aux tiers en l'inscrivant sur le registre général des sûretés ou par un transfert de la possession des biens grevés.

68. Il est important de cerner la portée de l'exception susmentionnée. L'idée est la suivante: même si la sûreté est opposable aux tiers, sa priorité, lorsqu'elle est rendue opposable par l'une de ces autres méthodes, est subordonnée aux créanciers garantis et aux acheteurs concurrents qui inscrivent leurs droits sur le registre spécialisé. La subordination existe indépendamment de la date à laquelle l'inscription a été faite sur les deux registres. Cette approche permet à un créancier garanti qui prend une sûreté sur l'ensemble des biens meubles du constituant ou sur certaines catégories de biens de se protéger contre le représentant de l'insolvabilité du constituant ou contre les créanciers judiciaires en procédant à une seule inscription sur le registre général des sûretés. L'inscription sur le registre spécialisé est uniquement nécessaire si le créancier garanti conclut que le risque qu'il y ait, de manière non autorisée, octroi d'une sûreté à un créancier garanti concurrent ou vente à un acheteur qui procède à une inscription sur le registre spécialisé est assez élevé pour justifier la charge que représente une inscription supplémentaire sur ce registre. Compte tenu du nombre limité de registres spécialisés et des types de biens qu'ils visent, la constitution d'un droit prioritaire supérieur à l'égard de ceux qui utilisent le registre spécialisé n'affecte pas de manière importante l'efficacité ni l'intégrité du registre général des sûretés. Pour ces raisons, le présent Guide recommande que, lorsque des registres spécialisés existent, l'opposabilité puisse néanmoins être obtenue par d'autres méthodes telles que l'inscription sur le registre général ou la possession par le créancier, sous réserve que le rang de priorité supérieur des personnes qui procèdent à l'inscription sur le registre spécialisé soit protégé (voir A/CN.9/631, recommandations 39, 83 et 84).

c) Annotation sur un certificat de propriété

69. Bien que la plupart des États aient des systèmes d'inscription pour la propriété et le transfert de propriété des véhicules automobiles et de biens similaires, ces systèmes ne sont généralement pas considérés comme établissant la propriété aux fins d'opérations commerciales et le public ne peut, pour cette raison, y effectuer

des recherches. Leur fonction est avant tout réglementaire en ce sens qu'ils permettent aux autorités de retrouver le propriétaire en cas d'accident ou de violation des règles pénales ou des normes de sécurité, et de répartir les obligations et les responsabilités au titre de l'assurance obligatoire.

70. Ces régimes délivrent généralement au propriétaire un certificat d'immatriculation, et une vente du véhicule entraîne toujours la remise de l'ancien certificat à l'organe de réglementation approprié et l'émission d'un nouveau certificat au nom du nouveau propriétaire. Dans certains États, notamment ceux qui n'ont pas institué de registre général des sûretés, le certificat d'enregistrement de la propriété sert à faire connaître les sûretés sur le bien visé par le certificat. Dans ces États, l'annotation de la sûreté sur le certificat est considérée comme suffisante pour rendre la sûreté opposable.

71. Dans les États où ce type de système d'annotation sur les certificats existe déjà et semble bien fonctionner dans la pratique, on ne voit guère pourquoi il faudrait l'abolir lorsqu'un régime de sûretés moderne est mis en place. Il sera néanmoins nécessaire de mettre en regard le système existant et les autres modes d'opposabilité autorisés en vertu d'un nouveau régime. Habituellement, l'annotation sur un certificat de propriété suffit pour rendre opposable une sûreté sur un bien meuble corporel soumis au système. L'inscription sur le registre général des sûretés et la prise de possession par le créancier sont deux autres méthodes. Si, cependant, l'une de ces deux méthodes est utilisée, la priorité de la sûreté concernée sera subordonnée aux droits d'un acheteur ou créancier garanti concurrent qui aura eu recours au système d'annotation sur le certificat. Comme l'approche suivie en matière d'inscription sur un registre spécialisé de la propriété, cette approche vise à préserver la fiabilité et l'intégrité du système de certificat de propriété tout en renforçant la souplesse et l'efficacité du système général des opérations garanties. Le présent Guide recommande cette approche (voir A/CN.9/631, recommandations 39, 83 et 84).

5. Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

72. Par nature, un bien meuble peut être vendu et revendu aussi longtemps que le crédit garanti n'est pas remboursé et tant qu'il n'y a pas défaillance. Normalement, la vente ou un autre acte de disposition de biens grevés engendrera un produit (pour la définition du terme "produit", voir le document A/CN.9/631/Add.1, par. 19), que ce soit sous la forme d'argent, d'instruments négociables, de créances, d'autres biens reçus en échange ou d'une combinaison de ces éléments. Dans de nombreux États, une sûreté sur tout produit (y compris tout produit du produit) issu du bien initialement grevé est automatiquement constituée dès que ce produit est généré, sous réserve qu'il reste identifiable. C'est l'approche recommandée par le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 18). Ce n'est cependant pas la seule question qui doive être examinée. Il faut également déterminer si le créancier garanti devrait procéder à une inscription ou prendre d'autres mesures pour rendre la sûreté sur le produit opposable aux tiers.

73. Si les avis inscrits sur un registre général des sûretés sont classés et indexés en fonction de l'identité du constituant, l'avis doit contenir une description des biens grevés (voir A/CN.9/631, recommandations 58 et 64). Il faut donc examiner en premier lieu la situation dans laquelle la sûreté sur les biens initialement grevés a été rendue opposable par inscription, et le produit est du même type que dans la

description de l'avis. Si, par exemple, l'avis décrit les biens grevés comme étant "tous les biens meubles corporels présents et à venir" et que le constituant vend un tracteur et utilise le produit pour acheter un voilier, la description de l'avis inclut le produit en tant que biens initialement grevés sous la forme d'un bien meuble corporel à acquérir. Comme l'inscription peut en principe s'effectuer avant la constitution d'une sûreté, l'inscription initiale suffit à rendre opposable la sûreté constituée ensuite sur le produit, lorsqu'il est généré. La plupart des États qui prévoient un droit automatique sur le produit prévoient également l'opposabilité automatique dans ce cas, et c'est l'approche recommandée par le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 40).

74. Des questions plus difficiles se posent lorsque la sûreté sur les biens initialement grevés est rendue opposable par le biais d'un avis dans lequel la description ne mentionne pas les biens reçus en tant que produit ou par une méthode qui serait insuffisante si le produit était constitué par des biens initialement grevés. Dans l'exemple ci-dessus, dans le premier cas de figure, si l'avis décrivait les biens initialement grevés comme étant "tout le matériel agricole présent et à venir", cette description ne couvrirait pas le voilier. Dans le deuxième cas de figure, si le bien initialement grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire rendu opposable par prise de contrôle et si le constituant retire des fonds sans autorisation pour acheter un voilier, la méthode d'opposabilité utilisée pour les biens initialement grevés ne serait pas suffisante pour le produit.

75. Ces exemples donnent lieu à des considérations diverses, qui se font concurrence les unes aux autres. En rendant automatiquement opposable une sûreté sur le produit, on sape le principe qui forme la base des critères d'opposabilité, puisque des tiers ne seraient pas informés de l'existence potentielle d'une sûreté sur le produit. Après tout, l'acheteur potentiel du voilier du constituant ne comprendra pas nécessairement qu'un avis inscrit portant sur une sûreté sur du matériel agricole couvrira également le voilier en tant que produit. D'un autre côté, en exigeant que le créancier garanti prenne immédiatement des mesures pour rendre la sûreté sur le produit opposable aux tiers, on imposera peut-être une charge de surveillance et un risque de priorité qui sont excessifs. Le produit sera souvent le résultat d'un acte de disposition non autorisé du constituant sur les biens initialement grevés. Dans ces cas, le créancier garanti ne sera généralement pas conscient de l'acte de disposition jusqu'à bien après les faits. S'il apparaît effectivement que l'acte de disposition n'était pas autorisé, le créancier garanti sera généralement en droit de suivre le bien initialement grevé entre les mains du bénéficiaire du transfert et ne subira donc aucun préjudice. Cependant, il n'est pas toujours possible, après les faits, de localiser le bien d'un bénéficiaire du transfert. Parfois, de surcroît, le montant du produit reçu peut être supérieur à la valeur des biens au moment où il devient nécessaire de réaliser la sûreté.

76. En cherchant à trouver un équilibre raisonnable entre ces diverses considérations, la plupart des États qui prévoient un droit automatique du créancier sur le produit identifiable considèrent généralement une sûreté sur un produit qui ne serait pas couvert par la description initiale des biens grevés comme étant automatiquement opposable, que ce soit à titre permanent ou pour une période limitée. Dans ces États, la portée et la durée de l'opposabilité dépendent de la nature des biens initialement grevés et de la nature du produit.

77. Une opposabilité permanente est conférée à une sûreté sur un produit qui prend la forme d'argent, de créances, d'instruments négociables et de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (pour la définition de ces termes, voir le document A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Cette approche repose sur l'idée que malgré l'absence d'un acte indépendant d'opposabilité pour ces types de produits, le risque que des tiers subissent un préjudice en raison de leur confiance est minime. Dans le cas de l'argent et des instruments négociables, cela tient à ce que les bénéficiaires d'un transfert ou les créanciers garantis subséquents prennent généralement, de toute façon, la possession libre de toute sûreté (voir A/CN.9/631, recommandations 99 et 104). Comme le constituant retire habituellement l'argent et les instruments négociables du recouvrement de créances (produit du produit), il serait illogique et contre-productif de ne pas étendre l'opposabilité automatique au produit initial, à savoir les créances. L'argent et les instruments négociables issus du recouvrement de créances sont habituellement crédités ensuite sur le compte bancaire du constituant (produit du produit du produit). Le bénéficiaire du transfert de fonds provenant du compte les prend généralement libres de toute sûreté, si bien que l'absence de publicité ne porte pas atteinte à ses droits (voir A/CN.9/631, recommandation 103). S'agissant des créanciers garantis et des cessionnaires qui prennent la sûreté sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte, le présent Guide recommande que la priorité soit donnée à un créancier garanti qui obtient l'opposabilité par prise de contrôle et au droit qu'a la banque dépositaire d'effectuer une compensation (voir A/CN.9/631, recommandations 101 et 102). Pour ces types de biens, par conséquent, les réclamants concurrents sont censés savoir qu'ils risquent la subordination dans tous les cas, à moins qu'ils ne se protègent en prenant le contrôle du compte. Au vu de ces considérations, afin d'assurer la cohérence du régime qui régit les produits sous forme d'argent, de créances, d'instruments négociables et de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, la plupart des États prévoient que l'opposabilité permanente pour ces biens est automatique. C'est également l'approche que recommande le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 40).

78. Pour les autres types de produits, des règles différentes entrent en jeu. Il y a bien des chances que l'acte de disposition qui donne naissance au produit ne soit pas autorisé et que le créancier n'en prenne pas rapidement conscience. Il est donc raisonnable de prévoir que la sûreté est automatiquement opposable aux tiers. Toutefois, contrairement au cas de l'argent et d'un produit de type monétaire, les produits qui prennent la forme de biens meubles corporels apparaissent aux tiers comme étant des biens du constituant. Lorsqu'ils ne correspondent pas à la description initiale, les tiers peuvent facilement être induits en erreur. Pour cette raison, et afin de ne pas porter indûment atteinte aux droits des tiers, la plupart des États prévoient que l'opposabilité automatique ne dure qu'un court laps de temps après la naissance du produit. Pour obtenir une opposabilité permanente, le créancier garanti doit inscrire un avis ou agir rapidement pour rendre la sûreté opposable avant la fin de cette période. Cette période temporaire, bien entendu, doit être relativement brève, mais pas trop pour laisser à un créancier garanti raisonnablement prudent le temps d'agir pour préserver l'opposabilité de sa sûreté. Une période de 20 à 30 jours semble être une solution de compromis que la plupart des États trouvent acceptable. Le présent Guide adopte le principe d'une période d'opposabilité automatique temporaire brève, au cours de laquelle le créancier

garanti doit modifier la description des biens grevés de manière à couvrir un produit qui diffère des biens initialement grevés (voir A/CN.9/631, recommandation 41).

6. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés

a) Remarques générales

79. Un bien grevé par une sûreté qui a été rendue opposable peut être ou devenir un bien rattaché à un autre bien (meuble ou immeuble). Par exemple, des pneus faisant l'objet d'une sûreté peuvent être rattachés à un camion, une chaudière à un bâtiment, etc. Dans certains États, le rattachement éteint la sûreté. Cette approche est motivée par le souci de protéger la position des acheteurs et des tiers qui acquièrent ultérieurement des droits sur le bien auquel le bien grevé est rattaché. Dans d'autres États, seul le rattachement à un bien immeuble éteint une sûreté grevant un bien meuble qui devient un bien rattaché. La politique, dans ces États, est d'empêcher un détachement ultérieur et la détérioration du bien immeuble qui en résulte, tout en préservant la priorité des droits de tout créancier ayant pris une sûreté sur le bien immeuble avant le rattachement.

80. Les États qui ont adopté un système de registre général pour les biens meubles répondent à ces préoccupations plus directement en cherchant un équilibre entre les droits concurrents. Le plupart des régimes sont organisés de manière à permettre à la sûreté d'être maintenue après le rattachement, au moins entre les parties. Cependant, pour tenir compte des droits respectifs du créancier garanti et des tiers, ces régimes prévoient également un ensemble complet de règles d'opposabilité et de priorité. C'est également l'approche générale adoptée dans le présent Guide. Ainsi, le chapitre IV (voir A/CN.9/631/Add.1) confirme qu'une sûreté peut être constituée sur un bien meuble corporel qui est un bien rattaché au moment de sa constitution ou qu'elle se maintient sur un bien meuble corporel qui devient ensuite un bien rattaché, à hauteur de la valeur du bien meuble au moment de son rattachement (voir A/CN.9/631, recommandation 22). Le présent chapitre traite de la question de l'opposabilité, tandis que le chapitre VII (voir A/CN.9/631/Add.4) porte sur la priorité.

b) Biens rattachés à des biens meubles

81. Si le bien meuble corporel faisant l'objet de la sûreté est rattaché à un autre bien meuble corporel, les conditions générales requises pour l'opposabilité s'appliquent. Les biens rattachés ne sont pas traités différemment des autres. Ainsi, si la sûreté est rendue opposable par inscription avant le rattachement, elle reste opposable après le rattachement sans autre formalité (voir A/CN.9/631, recommandation 42). Cela tient à ce que, contrairement au cas où un bien initialement grevé est remplacé par le produit, un bien rattaché reste identifiable après avoir été rattaché à un autre bien. On peut donc raisonnablement supposer qu'un tiers consultant le registre pour savoir si le bien auquel l'autre bien est rattaché (par exemple un véhicule automobile) fait l'objet d'une sûreté, il comprendra qu'un avis inscrit décrivant le bien rattaché (par exemple des pneus) se rapporte probablement aux pneus installés sur le véhicule qui l'intéresse.

82. En théorie, une sûreté sur un bien rattaché resterait également opposable si elle avait été rendue opposable avant le rattachement par prise de possession du créancier garanti ou d'un tiers agissant pour son compte, plutôt que par inscription

au registre général des sûretés. Cependant, dans la pratique, l'opposabilité cesse le plus souvent au moment du rattachement, car le créancier garanti doit normalement renoncer à la possession pour que le rattachement puisse avoir lieu. Par conséquent, les tiers qui réaliseront une opération relative au bien après son rattachement le prendront libre de la sûreté, à moins que le créancier garanti ne préserve son statut inscrivant un avis au registre général des sûretés avant d'abandonner la possession ou avant la naissance des droits des tiers. En revanche, si le créancier garanti est également en possession du bien meuble auquel le bien est rattaché, ou si un mandataire ou représentant du créancier est en possession de ce bien, l'opposabilité est préservée (mais ce n'est pas le cas le plus fréquent).

c) Biens rattachés à des biens immeubles

83. Si le bien grevé est rattaché à un bien immeuble, les considérations de principe sont plus complexes, car tout droit sur le bien immeuble est normalement inscrit au registre immobilier. S'agissant de la relation entre les parties, le présent Guide recommande qu'une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble puisse être constituée conformément aux principes qu'il définit ou conformément au régime applicable aux droits sur les biens immeubles. En vertu de cette recommandation, la sûreté ainsi créée peut être rendue opposable soit par inscription au registre général des sûretés, soit par inscription au registre immobilier (voir A/CN.9/631, recommandation 43). Toutefois, si une sûreté est constituée en vertu du régime applicable aux biens meubles et que les conditions nécessaires à la constitution ne sont pas réunies au regard du régime applicable aux biens immeubles, les règles régissant le registre immobilier devraient être modifiées pour permettre néanmoins l'inscription de la sûreté sur le bien rattaché. En outre, le choix de la méthode a des conséquences en termes de priorité. L'inscription au registre immobilier est nécessaire pour assurer une protection maximale contre les tiers. Un créancier garanti ou un acheteur qui procède à l'inscription au registre immobilier a priorité sur un créancier garanti qui se fie à l'inscription au registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 93).

84. Cette règle de priorité spéciale est nécessaire pour préserver la fiabilité et l'intégrité du registre immobilier. Elle ne peut fonctionner que si l'inscription au registre immobilier d'une sûreté sur un bien rattaché peut se faire facilement et efficacement. Les systèmes de registre immobilier existants exigent parfois que soient soumis tous les documents relatifs aux sûretés ou imposent d'autres formalités pour l'inscription des sûretés. Lorsque c'est le cas, il peut être nécessaire de réviser les lois relatives à l'inscription foncière pour permettre l'inscription d'un avis de sûreté. Sinon, les coûts et les dépenses qu'entraînerait pour les créanciers garantis la protection totale de leur statut prioritaire par inscription au registre immobilier risqueraient de les dissuader de se lancer dans des opérations de financement garanti impliquant des biens rattachés à des biens immeubles.

d) Biens rattachés à des biens meubles soumis à une inscription sur un registre spécialisé

85. Il est assez fréquent, dans les États qui ont des registres spécialisés de la propriété, que les biens soumis à inscription sur ces registres soient des biens auxquels d'autres biens meubles corporels sont normalement rattachés (navires, aéronefs, véhicules terrestres, etc.). Soucieux de protéger l'intégrité du registre

spécial, les États adaptent généralement l'approche retenue pour les sûretés sur des biens meubles corporels rattachés à des biens immeubles au cas des biens rattachés à des biens meubles corporels soumis à inscription sur un registre spécialisé de la propriété ou dans un système de certificat de propriété. La sûreté peut être rendue opposable soit par inscription au registre général des sûretés, soit par prise de possession par le créancier (bien que ce cas soit plus rare, comme on l'a vu plus haut), soit par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété (voir A/CN.9/631, recommandation 43). De même que pour les biens rattachés à un bien immeuble, l'inscription au registre spécialisé ou l'annotation sur le certificat de propriété sont nécessaires pour assurer une protection maximale à l'égard des tiers. Un créancier garanti ou un acheteur qui se fie au système de registres spécialisés a priorité sur un créancier garanti qui assure l'opposabilité par une autre méthode (voir A/CN.9/631, recommandation 93). Pour faciliter l'accès à ce système, il peut être nécessaire de modifier la législation qui le régit pour veiller à ce que le créancier garanti puisse procéder à l'inscription d'un simple avis de sûreté sur le bien rattaché ou la mentionner sur le certificat de propriété, selon le cas.

e) Coordination des registres

86. Lorsque les États estiment que l'opposabilité d'une sûreté peut être assurée par plusieurs méthodes différentes, ils doivent décider si toutes ces méthodes ont des conséquences identiques ou si l'une ou l'autre méthode a de plus grandes conséquences que les autres. Comme on l'a vu, afin de préserver l'intégrité de ces registres, c'est l'inscription sur des registres autres que le registre général des sûretés (le registre immobilier ou le registre spécialisé de la propriété) qui confère au créancier garanti la meilleure protection de sa priorité. Pour cette raison, le créancier qui a procédé à l'inscription au registre général des sûretés a toujours intérêt à inscrire également un avis au registre spécialisé. Plutôt que de demander au créancier garanti de procéder lui-même à une inscription distincte au registre immobilier ou au registre spécialisé des biens meubles, certains États ont mis en place un système de registres dans lequel les sûretés sur des biens rattachés qui sont inscrites au registre général des sûretés sont automatiquement transmises pour inscription à l'autre registre. Cependant, comme les inscriptions au registre immobilier et aux registres spécialisés des biens meubles sont indexées par bien et non par constituant, la personne procédant à l'inscription au registre général des sûretés devra communiquer au registre la description du bien concerné et indiquer expressément qu'un avis portant sur "tous les biens meubles corporels" s'applique aux biens rattachés auxquels renvoie la description.

7. Opposabilité automatique d'une sûreté sur une masse ou un produit

87. Pour les raisons indiquées au chapitre IV (voir A/CN.9/631/Add.1, par. ...), le présent Guide recommande qu'une sûreté sur des biens corporels qui sont ultérieurement transformés ou mélangés se maintienne automatiquement sur la masse ou le produit fini (voir A/CN.9/631, recommandation 23). Cette recommandation ne précise pas, cependant, si la sûreté sur le produit fini ou la masse est opposable. À supposer que la sûreté sur le composant ait été rendue opposable avant la transformation ou le mélange, la question qui se pose est de savoir si, lorsqu'elle se maintient sur le produit fini ou la masse, elle doit être considérée comme automatiquement opposable.

88. Dans le cas le plus fréquent, la sûreté sur les biens initialement grevés aura été rendue opposable par inscription au registre général des sûretés (puisque c'est la seule méthode possible en pratique pour les stocks sous forme de matières premières). Les États doivent donc trancher la question de savoir si cette inscription initiale est suffisante pour assurer l'opposabilité de la sûreté sur le produit fini ou la masse obtenus après transformation ou mélange des biens grevés à l'origine.

89. Comme indiqué précédemment, les avis inscrits au registre général des sûretés sont organisés d'après l'identité du constituant, et doivent comprendre une description des biens grevés (voir A/CN.9/631, recommandations 58 et 64). Tout comme pour l'opposabilité des sûretés sur le produit de la disposition des biens grevés, il faut établir une distinction d'après la manière dont les biens initialement grevés sont décrits. Le premier cas à envisager est celui où l'avis inscrit décrit les biens grevés de telle manière qu'il vise aussi bien le bien initialement grevé que le produit ou la masse qui en résulte. Par exemple, un avis inscrit peut décrire le bien grevé comme étant du "blé de type ou de qualité xyz" et le blé peut ensuite être mélangé de façon irrémédiable avec un autre blé du constituant, du même type ou de la même qualité. De même, un créancier garanti ayant pris une sûreté sur de la résine qui entrera ensuite dans la fabrication de panneaux de particules peut procéder à l'inscription d'un avis décrivant les biens grevés par l'expression "matière première et stocks de produit fini". Dans ces deux cas, un tiers faisant une recherche dans le registre sera informé de l'existence éventuelle d'une sûreté sur la masse formée par les biens mélangés ou sur le produit fini, de sorte qu'il ne peut y avoir d'objection de principe au fait de considérer que l'inscription initiale est suffisante pour assurer l'opposabilité de la sûreté qui se maintient sur le produit fini ou la masse. La plupart des États qui ont adopté un régime général des sûretés suivent cette approche de l'opposabilité automatique dans ce type de cas.

90. La situation est plus difficile lorsque l'avis inscrit décrit les biens grevés en des termes qui ne visent que le composant et non la masse des biens mélangés ni le produit fini. Par exemple, il peut arriver que le créancier garanti ait inscrit un avis décrivant les biens grevés par l'expression "blé de type ou de qualité xyz" et que celui-ci ait ensuite été irrémédiablement mélangé à une bien plus grande quantité de blé "de type ou de qualité abc". Un tiers effectuant une recherche dans le registre peut ne pas discerner l'étendue des droits du créancier sur la masse commune. La situation est encore plus compliquée lorsque le créancier garanti inscrit un avis désignant le bien grevé comme étant de la "résine" et que celle-ci entre ensuite dans la fabrication de panneaux de particules. Dans ce cas, un tiers raisonnable qui fait une recherche dans le registre pour savoir si une sûreté grève les panneaux de particules du constituant peut ne pas comprendre qu'un avis relatif à une sûreté sur de la résine s'étend également aux panneaux de particules fabriqués à partir de cette résine.

91. Cette deuxième situation, en particulier, conduit à des considérations concurrentes. En accordant l'opposabilité automatique à la sûreté sur les panneaux de particules, on risque d'aller à l'encontre du principe qui sous-tend les conditions de l'opposabilité, puisque l'avis inscrit n'informerait pas nécessairement les tiers qui le consulteront de l'existence de la sûreté. D'un autre côté, en imposant au créancier garanti de décrire également le produit ou la masse éventuellement issus des biens grevés dans l'avis qu'il inscrit, on risque de décourager le financement garanti par les matières premières du constituant ou d'entraîner l'inscription d'avis où

apparaîtraient des descriptions trop générales (comme dans l'exemple ci-dessus, où l'avis mentionne des "stocks" alors que la sûreté ne porte que sur la résine), au détriment de l'accès du constituant au crédit garanti offert par d'autres sources.

92. Pour résoudre ces conflits, les États adoptent différentes approches. Dans certains d'entre eux, la sûreté est considérée comme automatiquement opposable sans autre formalité. L'idée est qu'il y a peu de chances dans la pratique que la confiance dont ont fait preuve les tiers leur soit préjudiciable: les créanciers garantis ultérieurs connaîtront suffisamment bien les activités de fabrication du constituant pour comprendre qu'un avis inscrit mentionnant une sûreté en ne décrivant que les composants de biens porte également sur tout produit fini obtenu à partir de ces biens, et les acheteurs ultérieurs seront généralement protégés puisque le produit fini ou la masse commune constitueront habituellement des stocks vendus dans le cours normal des affaires du constituant et qu'un acheteur dans le cours normal des affaires les prend libres de charges de toute façon.

93. Dans d'autres États, la sûreté n'est considérée comme automatiquement opposable qu'à l'égard des autres créanciers garantis. S'il y a concurrence avec quelqu'un qui n'est pas lui-même un créancier garanti (par exemple un acheteur qui n'acquiert pas les biens dans le cours normal des affaires, un créancier judiciaire ou un représentant de l'insolvabilité), la sûreté est inopposable à moins qu'un avis décrivant le bien grevé en des termes visant également le produit ou la masse ne soit inscrit avant la naissance de ces autres droits. L'idée est ici que, à la différence des créanciers garantis du constituant, ces autres catégories de tiers opposants risquent plus d'être induits en erreur par une description sur l'avis inscrit qui ne viserait que les matières premières et non le produit fini auquel elles sont incorporées.

94. Le Guide recommande la première de ces deux approches, autrement dit, il recommande aux États d'adopter une règle selon laquelle, lorsque la sûreté sur le composant est opposable, la sûreté sur le produit qui en résulte l'est aussi, sans autre formalité de la part du créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 45). Ce choix repose sur deux considérations. Premièrement, il est très improbable dans la pratique qu'un produit fini ou une masse commune soient vendus en dehors du cours normal des affaires car ces biens feront presque invariablement partie des stocks du constituant. Deuxièmement, les créanciers chirographaires se tournent rarement vers les stocks du constituant pour obtenir satisfaction, car le constituant aura de meilleures chances de pouvoir les désintéresser s'il peut continuer à vendre ses stocks dans le cours normal des affaires.

8. Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation des biens ou du constituant

95. Le changement de lieu de situation est une caractéristique des biens meubles et des personnes. Les biens et les personnes peuvent changer de lieu à l'intérieur du même État, ou bien changer d'État. Lorsque l'opposabilité est obtenue par inscription au registre général des sûretés, le critère de recherche dans le registre est le nom du constituant. Un changement de lieu de situation à l'intérieur du même État ne compromettra donc pas la capacité de ceux qui consultent le registre à déterminer si une sûreté a été constituée et, par conséquent, ne devrait pas avoir d'impact sur le maintien de l'opposabilité de la sûreté. Ce n'est pas le cas, en revanche, lorsque le bien ou le constituant change d'État.

96. Comme il est expliqué au chapitre XIII (voir A/CN.9/631/Add.10, par. 26 et 27 et 35 à 40), la loi applicable en matière d'opposabilité des sûretés est déterminée par le lieu où se trouvent les biens grevés ou par celui où se trouve le constituant, selon la nature des biens (voir A/CN.9/631, recommandations 202 et 204). L'idée est qu'on ne saurait attendre des tiers qui réalisent des opérations relatives aux biens grevés après un changement de lieu de situation qu'ils entreprennent une enquête historique d'envergure pour savoir si les biens grevés étaient précédemment soumis à une loi différente. Cette approche crée toutefois des risques importants pour les créanciers garantis. L'opposabilité cesse dès que les biens changent de lieu, à moins que la sûreté ne soit rendue opposable en vertu de la loi du nouveau lieu. Bien que le créancier garanti puisse se protéger s'il a connaissance à l'avance du changement de lieu de situation, ce ne sera pas le cas général.

97. Dans le souci de trouver un équilibre entre les droits concurrents des créanciers garantis et des tiers en pareilles circonstances, certains États prévoient une période d'opposabilité automatique temporaire à la suite d'un changement du lieu de situation des biens ou du constituant vers leur territoire. Dans cette approche, une sûreté qui a été rendue opposable en vertu de la loi du lieu précédent est considérée comme automatiquement opposable en vertu de la loi du nouvel État pendant une courte période suivant le changement de lieu de situation. Si la sûreté est rendue opposable conformément à la loi du nouveau lieu du constituant ou des biens avant l'expiration de cette période, elle reste opposable aux tiers qui acquièrent des droits sur les biens grevés après le changement de lieu de situation, même si ces droits sont acquis avant que la sûreté préexistante ne soit rendue opposable en vertu de la loi du nouveau lieu. Si l'opposabilité n'est pas assurée en vertu de la loi du nouveau lieu du constituant ou des biens avant l'expiration de cette période, la sûreté est inopposable aux tiers qui ont acquis des droits pendant la période en question.

98. Le Guide adopte cette approche (voir A/CN.9/631, recommandation 46), qui offre un équilibre raisonnable entre les droits des créanciers garantis et ceux des tiers qui réalisent des opérations avec le constituant ou sur les biens après le changement de lieu de situation. D'une part, elle donne au créancier garanti un délai raisonnable pour prendre les mesures nécessaires à la protection de ses droits. D'autre part, la limitation dans le temps de l'opposabilité automatique permet à un tiers qui acquiert des droits sur le bien grevé après le changement de lieu de situation de prendre des mesures de protection efficaces, par exemple la suspension d'un prêt ou d'un crédit ou le blocage du prix d'achat jusqu'à l'expiration de la courte période d'opposabilité automatique, car il a l'assurance qu'il pourra acquérir un bien non grevé par une sûreté étrangère, si celle-ci n'a pas été rendue opposable dans le nouveau lieu avant l'expiration de la période d'opposabilité automatique.

9. Continuité et caducité de l'opposabilité

99. Comme il a déjà été dit, la plupart des États qui ont adopté un système de registre général des sûretés pour assurer l'opposabilité autorisent également d'autres méthodes (par exemple prise de possession par le créancier, exécution d'un accord de contrôle des fonds déposés sur un compte bancaire, inscription sur un registre spécialisé, annotation sur un certificat de propriété). Souvent, un créancier garanti assure l'opposabilité par plusieurs méthodes simultanément. Parfois aussi, un créancier change de méthode (par exemple, un créancier garanti qui a pris

possession d'un bien peut ensuite inscrire un avis de la sûreté au registre général des sûretés). Dans la plupart de ces États, la continuité de l'opposabilité est préservée malgré un changement de méthode, tant que la sûreté n'est à aucun moment inopposable en vertu de l'une au moins des méthodes. C'est l'approche recommandée dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 47).

100. Inversement, il peut y avoir des situations où l'opposabilité devient caduque. C'est le cas par exemple lorsque les conditions nécessaires à l'opposabilité en vertu de l'une des méthodes ne sont plus réunies et que le créancier garanti ne l'assure pas par une autre méthode valable avant l'expiration (par exemple, en cas d'expiration ou d'annulation d'une inscription, ou si le créancier garanti renonce à la possession du bien grevé, ou encore si les circonstances dont découlait l'opposabilité automatique ne sont plus réunies et que le créancier garanti n'a pas entrepris de démarches pour assurer l'opposabilité par une autre méthode). Dans ce cas, l'opposabilité devient caduque et devra être rétablie. Les États adoptent différentes approches à l'égard de la caducité et du rétablissement de l'opposabilité.

101. Certains États considèrent que la caducité rend impossible la continuité de l'opposabilité et qu'un éventuel rétablissement de l'opposabilité ne peut produire d'effets que pour l'avenir. L'idée est ici d'éviter d'imposer aux réclamants concurrents de consulter le registre pour déterminer s'il y a jamais eu de sûreté. D'autres prévoient un délai de grâce pendant lequel une inscription devenue caduque peut être rétablie. Dans ces États, si l'opposabilité est rétablie rapidement, on considèrera qu'elle a été continue, et la priorité initiale du créancier garanti sera maintenue, sauf à l'égard des réclamants concurrents qui ont acquis des droits sur les biens grevés pendant la période de caducité. L'idée est ici de permettre au créancier garanti, qui a laissé par inadvertance l'opposabilité expirer, de rectifier son erreur, à condition qu'aucun tiers ne subisse de préjudice en conséquence.

102. Au moment de décider laquelle de ces approches adopter, il est utile d'analyser les conséquences générales susceptibles de découler d'une interruption de la continuité de l'opposabilité. Deux situations sont particulièrement révélatrices à cet égard. La première est celle du tiers (par exemple un acheteur, un représentant de l'insolvabilité, ou encore un créancier judiciaire) qui acquiert des droits sur les biens grevés entre l'expiration et le rétablissement de l'opposabilité. Puisque la sûreté n'était alors pas opposable, il acquerra les biens grevés libres de la sûreté, et ce dans les deux approches.

103. Le deuxième cas à envisager est celui où le droit d'un créancier garanti avait, avant l'expiration, priorité sur le droit d'un créancier garanti concurrent. Les rangs de priorité entre créanciers garantis concurrents reposent, en règle générale, sur l'ordre d'inscription ou d'opposabilité de leurs sûretés respectives (voir A/CN.9/631, recommandation 78). Dans l'une des deux approches, si l'opposabilité devient caduque, la priorité après rétablissement de l'opposabilité ne date que du moment du rétablissement. La sûreté qui a été caduque sera subordonnée aux sûretés concurrentes inscrites ou rendues opposables aux tiers avant ou pendant la période de caducité. Dans l'autre approche, la priorité est rétablie à la date initiale à l'égard de tous les créanciers garantis qui avaient fait inscrire leurs droits ou les avaient rendus opposables aux tiers avant la période de caducité, mais non à l'égard des créanciers garantis qui ont fait inscrire leur sûreté ou l'ont rendue opposable pendant la période de caducité.

104. Il est fait une distinction, au paragraphe précédent, entre l'inscription et l'opposabilité. En effet, l'inscription, à la différence des autres modes d'obtention de l'opposabilité, peut précéder la constitution de la sûreté. Bien que la sûreté inscrite ne puisse devenir opposable qu'à partir du moment où les conditions nécessaires à sa constitution sont réunies, c'est la date d'inscription de la sûreté, et non celle, ultérieure, de sa constitution qui détermine son rang de priorité par rapport aux sûretés concurrentes. L'analyse ci-dessus s'applique donc également aux cas où un avis est inscrit et devient caduc avant la constitution de la sûreté: il est alors possible de rétablir l'opposabilité.

105. On l'a vu, les deux approches sont sous-tendues par des objectifs valables. Néanmoins, la performance et l'efficacité du fonctionnement d'un registre général des sûretés reposant sur la confiance qu'ont en son intégrité ceux qui y procèdent à des inscriptions comme ceux qui le consultent, le présent Guide recommande d'adopter la première alternative: si une inscription ou l'opposabilité deviennent caduques parce que la méthode utilisée perd sa validité avant d'être remplacée par une autre méthode, l'opposabilité peut être rétablie, mais elle ne prendra effet qu'à partir du rétablissement (voir A/CN.9/631, recommandation 48).

B. Remarques sur des biens particuliers

1. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou de tout autre bien incorporel

106. Très souvent, les créances, les instruments négociables et les autres biens incorporels sont garantis par un droit personnel ou par un droit réel (par exemple une sûreté personnelle ou une sûreté réelle). Ainsi, un constituant dont les activités consistent à vendre des marchandises à crédit peut garantir les obligations de paiement des acheteurs par une sûreté sur ces marchandises. Lorsque le constituant est lui-même un prêteur, les obligations de paiement de ses clients peuvent être garanties par une sûreté personnelle apportée par un tiers.

107. Dans la plupart des États, les sûretés accessoires personnelles ou réelles suivent automatiquement l'obligation de paiement qu'elles garantissent. Ainsi, si le créancier d'une somme d'argent ou le porteur d'un instrument négociable garantis par une ou plusieurs sûretés transfèrent la créance ou l'instrument négociable à un tiers, le tiers cessionnaire bénéficiera également de ces sûretés.

108. L'idée que les sûretés accessoires suivent l'obligation principale (créance, instrument négociable) s'applique aussi de manière générale aux sûretés qui peuvent être prises sur une créance ou un instrument négociable. Ainsi par exemple, comme les droits accessoires suivent automatiquement l'obligation principale, si la sûreté sur la créance ou l'instrument négociable a été rendue opposable, elle devrait s'étendre automatiquement à tous les droits accessoires sans que le constituant ou le créancier garanti n'aient besoin d'entreprendre quelque autre démarche que ce soit. Ce raisonnement découle des principes généraux du droit des obligations dans la plupart des États, et c'est l'approche recommandée dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 49).

109. Il y a cependant d'autres éléments à prendre en compte lorsque le droit personnel ou le droit réel garantissant l'obligation principale est un engagement de garantie indépendant, et les systèmes juridiques adoptent différentes approches dans ce cas.

110. Dans certains systèmes, ces droits ne suivent l'obligation de paiement qu'ils garantissent que s'ils sont transférables et que le transfert est réalisé par un acte juridique distinct. Cette approche repose sur le postulat que les parties s'attendent à ce que les droits accessoires soient transférés automatiquement avec les obligations qu'ils garantissent mais que, dans le cas d'un engagement de garantie indépendant, les parties s'attendent justement, du fait même qu'il est indépendant, à ce que le transfert ne soit pas automatique. Dans d'autres États, même les sûretés et autres droits indépendants suivent automatiquement l'obligation de paiement qu'ils garantissent, sans nouvel acte. Cette approche repose sur le postulat que le créancier garanti demandera normalement au constituant de lui transférer tous les droits garantissant sa créance et que le fait de simplifier les démarches nécessaires pour parvenir à ce résultat permet de gagner du temps et de l'argent, et a donc un impact positif en termes d'accès au crédit et de coût du crédit.

111. Cette deuxième approche repose également sur le postulat que les droits des tiers débiteurs de droits indépendants (tels qu'un engagement de garantie indépendant) peuvent être protégés par d'autres règles. Par exemple, dans le cas d'une sûreté sur le produit d'un droit à paiement en vertu d'un engagement de garantie indépendant, l'opposabilité s'étend automatiquement au produit de l'engagement (c'est-à-dire le droit de recevoir le paiement, voir A.CN.9/631/Add.1, par. 19), mais non au droit de tirer l'engagement, qui est un droit indépendant (recommandation 26, alinéa b)). Du fait de cette protection du débiteur de l'engagement de garantie indépendant, il n'y a pas de raison de ne pas étendre automatiquement l'opposabilité des droits du créancier garanti à tous les droits, quels qu'ils soient, qu'il pourrait revendiquer s'agissant de l'engagement de garantie indépendant. Cette deuxième approche est celle adoptée dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 49).

112. Le cas de l'hypothèque indépendante sur un bien immeuble soulève d'autres questions. Dans de nombreux États, un créancier garanti qui a rendu sa sûreté sur une créance opposable peut automatiquement bénéficier de toute hypothèque normale sur le bien immeuble garantissant le paiement de la créance. Dans certains États, la législation immobilière impose de remettre au constituant de l'hypothèque sur un terrain un avis de la sûreté. Le présent Guide recommande l'extension automatique de l'opposabilité (voir A/CN.9/631, recommandation 49), tout en reconnaissant que des objectifs supérieurs relatifs à la loi foncière peuvent conduire les États à adopter la deuxième approche.

113. Dans certains États, il est possible de transférer les sûretés sur les biens immeubles séparément de l'obligation principale qu'elles garantissent. Les États qui permettent la constitution de ce type d'hypothèques indépendantes le font principalement pour faciliter la titrisation et le transfert d'hypothèques. Les pratiques de financement spécialisé en matière d'hypothèques indépendantes étant habituellement décrites avec soin dans la loi foncière des États, le présent Guide recommande que l'extension automatique de l'opposabilité aux droits garantissant le paiement de la créance ou de l'instrument négociable ne s'applique pas lorsque le

droit concerné est une hypothèque indépendante (voir A/CN.9/631, recommandation 49).

2. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

114. Les fonds crédités sur un compte bancaire occupent une place de plus en plus importante parmi les actifs que les constituants peuvent offrir en garantie d'un prêt ou d'un crédit. L'actif faisant l'objet de la sûreté n'est pas, en fait, le compte bancaire lui-même, mais plutôt le droit du constituant au paiement des fonds qui y sont crédités (pour la définition de ces termes, voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Les États adoptent différentes approches à l'égard des conditions devant être réunies pour que les sûretés sur ce type de biens soient opposables aux tiers. Parmi les États qui n'ont pas mis en place de registre général des sûretés, la plupart appliquent simplement les règles générales d'opposabilité des sûretés sur les créances, selon lesquelles il faut généralement inscrire un avis dans un registre spécial consacré à la cession ou à la constitution de sûretés sur les créances. Quelquefois, il faut aussi que le créancier garanti avise par écrit de la sûreté le détenteur du compte. Nombre d'États ayant mis en place un registre général des sûretés ont adopté une approche semblable, c'est-à-dire qu'ils considèrent la banque comme le débiteur d'une créance. Les fonds crédités sur le compte bancaire n'étant pas des biens ayant une identité propre, le créancier garanti ne peut ni en prendre possession lui-même, ni faire de la banque son mandataire. Par conséquent, l'inscription au registre général des sûretés est la seule et unique méthode permettant d'assurer l'opposabilité.

115. D'autres États disposant d'un registre général des sûretés ont récemment élaboré un corpus spécialisé de règles d'opposabilité reposant sur la notion de "contrôle" du compte (pour la définition du terme "contrôle", voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Si le créancier garanti est la banque dépositaire, le contrôle (et donc l'opposabilité) est automatique. Les autres créanciers garantis peuvent obtenir le contrôle du compte de deux manières différentes. Dans la première, le créancier garanti remplace le constituant en tant que client de la banque sur le compte. Cela permet d'obtenir l'équivalent fonctionnel du gage classique avec dépossession, mais pose des difficultés en pratique s'il s'agit du compte chèque ou d'un compte courant du constituant, qui a besoin d'y avoir librement accès pour mener ses affaires normalement. Par conséquent, l'autre variante, appelée "accord de contrôle", est la méthode la plus utilisée en pratique. Le créancier garanti obtient le contrôle du compte au moyen d'un accord qu'il conclut avec le constituant et la banque. De même que dans le cas du contrôle automatique par la banque dépositaire, l'accord de contrôle ne donne pas nécessairement lieu à un blocage des fonds. Le contrôle (et donc l'opposabilité), existe même lorsque le constituant reste libre de tirer sur le compte jusqu'à notification contraire.

116. Dans les deux approches générales (traitement du droit au paiement du compte comme une créance à l'égard de laquelle l'opposabilité d'une sûreté ne peut être obtenue que par inscription au registre général des sûretés, ou possibilité d'assurer l'opposabilité au moyen d'un accord de contrôle sans qu'une inscription soit nécessaire), une partie à laquelle le constituant transfère des fonds depuis le compte bancaire faisant l'objet de la sûreté dans le cours normal de ses affaires les prend libres de la sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 103). Cependant, les deux approches ont des conséquences très différentes s'agissant de la priorité. Dans la

première approche, la priorité, conformément à la règle générale, suit l'ordre d'inscription des sûretés. La banque dépositaire ne bénéficie d'aucun statut prioritaire particulier en sa qualité de créancier garanti (bien qu'elle ait généralement le droit, en vertu d'autres lois, de compenser toute créance qu'elle détient à l'encontre du constituant sur la demande de paiement d'un créancier garanti de rang supérieur, ce qui revient normalement à une priorité de fait). Dans la seconde approche, une banque dépositaire qui a le contrôle automatique a priorité sur les autres créanciers garantis, à l'exception de celui qui obtiendrait le contrôle en remplaçant le constituant en tant que client de la banque sur le compte (voir A/CN.9/631, recommandation 101).

117. La première approche garantit la transparence grâce à une inscription publique, et permet au constituant de consentir une sûreté sans l'accord de la banque dépositaire. La deuxième approche est plus conforme à la pratique bancaire. Le contrôle automatique en faveur de la banque dépositaire est analogue aux règles de compensation, qui permettent aux banques dépositaires d'imputer les fonds crédités au compte de leur client et donc dus au constituant à tous montants que celui-ci lui doit au titre d'un crédit qu'elle lui a consenti. Cependant, il est généralement fait échec au droit à compensation de la banque pour des prêts futurs lorsque celle-ci reçoit un avis de constitution d'une sûreté (ou de cession) en faveur d'un tiers. Cela peut créer des difficultés pour les banques dépositaires et leurs clients commerciaux, qui doivent souvent être capables d'agir très rapidement s'agissant des opérations de financement liées à un compte bancaire. La nécessité de veiller à ce qu'aucun avis de cession à un tiers ou de sûreté n'ait été reçu avant de suivre les instructions du client peut porter atteinte à l'efficacité de ces opérations. Des incertitudes quant au moment précis de la réception de l'avis et de l'octroi d'un crédit par la banque peuvent également donner lieu à des litiges entre les créanciers garantis tiers ou les cessionnaires et la banque. La notion de contrôle automatique, alliée à la priorité octroyée à la banque dépositaire, élimine cette source de risque et d'incertitude.

118. L'approche qui permet d'assurer l'opposabilité par prise de contrôle du compte ne nuit pas au constituant. Tout d'abord, il doit accepter la constitution d'une sûreté en faveur de la banque dépositaire. On peut penser qu'il ne donnera pas son accord s'il ne retire pas de financement de la banque. En outre, les règles de priorité associées au contrôle peuvent être modifiées par un accord de cession de rang dans les cas où il est préférable d'accorder la priorité à un autre créancier garanti. Dans un environnement bancaire concurrentiel, les banques ne refusent pas sans raison valable de conclure un accord de cession de rang (ou de contrôle), le constituant étant toujours libre de changer de banque.

119. S'agissant du manque de transparence inhérent au contrôle, il ne place pas les tiers dans une position plus défavorable que celle qu'ils occupent déjà. Comme indiqué ci-avant, les banques dépositaires ont généralement le droit, en vertu d'autres lois, de compenser toute obligation qui leur est due par le constituant de manière prioritaire par rapport aux droits des créanciers du constituant, qu'il s'agisse de créanciers garantis ou non. Le droit à compensation n'étant pas une sûreté, il n'est soumis à aucune obligation d'inscription publique. La banque n'est pas non plus obligée de divulguer aux tiers l'état de ses droits à compensation. Ainsi, dans les États qui adoptent la première approche, les créanciers ne peuvent se fier à la seule consultation du registre, puisque la banque peut toujours exercer la priorité que lui confère son droit à compensation. Les bénéficiaires d'un transfert de

fonds issus du compte du constituant sur ses instructions ne sont pas non plus lésés puisque, comme on l'a vu, ils prennent généralement le transfert libre de la sûreté dans les deux approches.

120. Les États qui ont adopté la notion de “contrôle” comme méthode permettant d'assurer l'opposabilité n'en font pas une méthode exclusive. En d'autres termes, l'opposabilité peut aussi bien y être assurée par inscription que par contrôle. Cependant, comme on l'a vu, il est bien préférable pour un créancier garanti d'assurer l'opposabilité par contrôle: il aura alors priorité sur tout créancier garanti ayant simplement procédé à une inscription, que la prise de contrôle soit ou non antérieure à l'inscription (voir A/CN.9/631, recommandation 101). C'est toutefois l'inscription qui permettra d'assurer l'opposabilité de la sûreté aux créanciers judiciaires du constituant et à son administrateur de l'insolvabilité, puisque la priorité accordée au créancier garanti ayant le contrôle du compte ne peut être exercée qu'à l'encontre des autres créanciers garantis, et non face à tous les réclamants concurrents (voir A/CN.9/631, recommandation 101). La seconde approche étant plus conforme aux pratiques bancaires et aux attentes habituelles des banques et de leurs clients commerciaux, le présent Guide recommande d'accepter que, outre l'inscription au registre général des sûretés, le “contrôle” constitue une méthode privilégiée d'obtention de l'opposabilité des sûretés sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir A/CN.9/631, recommandation 50).

3. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

121. Comme expliqué au chapitre IV (voir A/CN.9/631/Add.1, par. ...), il est possible dans de nombreux États de constituer une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant (pour la définition de ce terme, voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19), mais non sur le droit de tirer l'engagement (voir A/CN.9/631, recommandation 28). Par ailleurs, certains États ne permettent pas même la constitution d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant. Cependant, même parmi les États qui adoptent la position recommandée dans le présent Guide, le caractère particulier du bien en question conduit les États à adopter différentes politiques quant aux méthodes permettant d'assurer l'opposabilité.

122. Dans certains États, ce type de sûretés peut être rendu opposable de plusieurs façons. Par exemple, même s'il est impossible pour le créancier garanti de prendre possession du bien (le produit de l'engagement de garantie indépendant) étant donné que celui-ci ne peut exister sous forme corporelle tant qu'il n'a pas été payé, le créancier garanti peut procéder à l'inscription d'un avis au registre général des sûretés. Une autre solution consiste, dans les États qui reconnaissent la notion de “contrôle” (pour la définition du terme “contrôle” s'agissant des sûretés sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19), à ce que le créancier garanti puisse soit obtenir automatiquement le contrôle, soit conclure un accord de contrôle, selon les circonstances.

123. Dans d'autres États, le “contrôle” est la seule et unique méthode permettant d'assurer l'opposabilité d'une sûreté sur le droit au produit d'un engagement de garantie indépendant. Le contrôle, et donc l'opposabilité, est automatique si le créancier garanti est l'émetteur ou une autre personne désignée (pour la définition

de ces termes, voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Si le créancier garanti est un tiers, il faut, pour qu'il y ait contrôle, que l'émetteur ou une autre personne désignée reconnaisse le droit du créancier garanti de recevoir le produit sur tirage ad hoc par le bénéficiaire. Dans cette approche, un créancier garanti ne peut obtenir le contrôle, et donc l'opposabilité, que si l'émetteur consent à lui payer tout produit régulièrement tiré. Le consentement de l'émetteur est nécessaire car il doit être sûr que la présentation a été faite dans les règles et que le bénéficiaire a donné son accord pour que le créancier garanti reçoive le produit. Sans cela, sa responsabilité pourrait être engagée par le bénéficiaire pour la rupture de l'engagement que constituerait le paiement du produit à un créancier garanti n'ayant pas le droit de recevoir le paiement.

124. On l'a vu, la nature même du droit au produit d'un engagement de garantie indépendant rend difficile, en pratique, l'obtention de l'opposabilité par prise de possession du produit. En revanche, un créancier garanti pourrait prendre possession de l'instrument. Même si cela ne permettrait pas d'assurer l'opposabilité, cela offrirait au créancier garanti une protection concrète lorsque les clauses de l'engagement subordonneraient le tirage à la présentation matérielle de ce dernier: puisque le bénéficiaire ne pourrait pas procéder au tirage sans la coopération du créancier garanti, ce dernier pourrait se protéger en obtenant du bénéficiaire une acceptation lui donnant le contrôle avant de lui restituer l'instrument.

125. Les pratiques particulières en vigueur dans le domaine des lettres de crédit et des engagements de garantie indépendants ont une incidence importante sur la manière dont une sûreté peut être constituée sur les droits découlant d'un engagement de garantie indépendant et sur les droits même sur lesquels la sûreté peut être prise (voir A/CN.9/631, recommandation 28). Ces mêmes pratiques imposent d'accorder une attention particulière aux méthodes par lesquelles l'opposabilité, et en particulier à l'émetteur et à la personne désignée, peut être assurée. Pour protéger l'émetteur d'une éventuelle responsabilité en cas de paiement à un créancier garanti lorsque la présentation n'a peut-être pas été faite dans les règles, ou lorsque les conditions de la sûreté ne donnent peut-être pas le droit au créancier garanti de demander le paiement une fois qu'un tirage a été fait dans les règles, le présent Guide recommande que le contrôle soit la seule et unique méthode par laquelle un créancier garanti peut assurer l'opposabilité (voir A/CN.9/631, recommandation 51).

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

126. La caractéristique cruciale d'un document négociable (par exemple d'un connaissance) est qu'il représente les biens qu'il vise (pour la définition du terme "document négociable", voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Le document étant négociable, il est corporel et le détenteur peut revendiquer la possession des droits qu'il représente. La remise d'un document négociable dûment endossé est également considérée, de manière générale, comme emportant transfert des droits sur les biens représentés par le document. Pour cette raison, dans la plupart des États, une sûreté sur un document négociable s'étend aussi, normalement, aux biens visés par le document. Si elle est opposable, la sûreté correspondante sur les biens représentés par le document l'est également (voir A/CN.9/631, recommandation 53).

127. Du fait du caractère corporel du document négociable, lorsque les États ont un registre général des sûretés, une sûreté sur le document peut être rendue opposable soit i) par inscription au registre général des sûretés, soit ii) par transfert de la possession du document au créancier garanti tant que le document représente les biens (voir A/CN.9/631, recommandation 52).

128. Si l'on peut au choix assurer l'opposabilité par inscription ou par possession, ces deux méthodes n'emportent pas les mêmes conséquences. Dans la plupart des États, un créancier garanti qui prend possession du document pendant la période où celui-ci représente les biens a priorité sur les réclamants concurrents tels que les acheteurs et autres cessionnaires et sur les créanciers garantis, y compris ceux qui ont obtenu l'opposabilité par une inscription antérieure au registre général des sûretés. Cette approche découle de la nécessité de préserver le caractère négociable du document dans la pratique commerciale, et c'est donc celle que recommande le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 107).

129. En pratique, un créancier garanti peut devoir renoncer à la possession du document pour permettre au constituant de réaliser des opérations sur les biens dans le cours de ses affaires. Cela devrait normalement entraîner la caducité de l'opposabilité, à moins que le créancier garanti n'ait également assuré ladite opposabilité au moyen d'une inscription. Cependant, dans bon nombre d'États, le créancier qui n'a pas procédé à l'inscription d'un avis de sa sûreté peut néanmoins bénéficier d'une période temporaire d'opposabilité automatique (de 15 à 20 jours par exemple) à la suite de la perte de possession du document destinée à permettre au constituant de vendre, échanger, charger ou décharger les biens représentés par l'instrument, ou de réaliser une autre opération sur ces biens. Cette opposabilité automatique n'est pas subordonnée à l'obtention par le créancier garanti d'une nouvelle période d'opposabilité avant l'expiration du délai. Cela signifie que la sûreté est opposable aux droits des tiers naissant pendant la période temporaire d'opposabilité, même si la sûreté n'est pas rendue opposable par d'autres moyens avant l'expiration de cette courte période. Cette approche traduit le fait que les opérations de financement liées à des biens représentés par un document négociable, qui se déroulent généralement dans le cadre d'une vente internationale de marchandises entre un fabricant ou un producteur se trouvant dans un État et un grossiste se trouvant dans un autre État, sont habituellement des opérations à court terme. Normalement, dans ce type d'opérations, le créancier garanti aura été payé avant l'expiration de la période et ne reprendra jamais possession du document négociable (voir A/CN.9/631, recommandation 54).

130. Il importe toutefois de noter que, pour que cette opposabilité automatique existe, la convention constitutive de sûreté doit avoir été conclue (c'est-à-dire que la sûreté doit produire ses effets entre les parties). Imaginons le cas d'une sûreté constituée par un accord verbal et un transfert de possession au créancier garanti. Le transfert de possession n'est pas seulement une méthode d'obtention de l'opposabilité; c'est également un élément essentiel en cas de constitution de sûreté par accord verbal: lorsqu'une sûreté n'est pas constituée par transfert de possession, l'existence d'un écrit est nécessaire. Ainsi, si le créancier garanti venait à abandonner temporairement la possession du document, sa sûreté ne serait pas automatiquement opposable, à moins qu'il n'existe un écrit permettant d'assurer la continuité de la sûreté entre les parties.

[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 abandonne la possession d'un bien grevé sur lequel une sûreté a été constituée par accord verbal et transfert de possession, la continuité de la sûreté nécessite l'existence d'un accord écrit.]

C. Recommandations

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, le document A/CN.9/631 présentant l'ensemble des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, celles-ci ne sont pas reproduites ici. Une fois finalisées, elles figureront à la fin de chaque chapitre.]
