



Assemblée générale

Distr.: Générale
18 avril 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-quatrième session

Vienne, 25 juin-13 juillet 2001

Point 11 de l'ordre du jour provisoire*

Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés

Les sûretés

Note du secrétariat

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-10	3
II. Importance économique du crédit garanti	11-21	4
III. Droit de l'insolvabilité et droit des sûretés	22-28	6
IV. Guide législatif relatif aux sûretés en général	29-61	7
A. Questions relatives à la constitution de sûretés	32-50	8
1. Restrictions quant aux biens pouvant servir de garantie	33-37	8
2. Description des biens grevés	38-40	9
3. Sûretés sans dépossession	41-44	10
4. Produit du bien grevé	45-47	10
5. Réserve de propriété	48-49	11
6. Non-discrimination à l'égard de créanciers autres que nationaux	50	11
B. Questions relatives au rang de priorité des sûretés	51-59	11
1. La priorité de la sûreté; la création d'un système d'enregistrement	51-54	11

* A/CN.9/482.

2.	Sûretés en garantie du prix d'achat	55-56	12
3.	Autres créances privilégiées	57-59	12
C.	Questions relatives à la réalisation des sûretés	60-61	13
V.	Sûretés constituées sur des éléments particuliers d'actif: les valeurs mobilières	62-122	13
A.	Évolution économique et technique récente.	65-69	14
B.	Répercussions juridiques des évolutions récentes	70-91	15
1.	Les certificats en tant que documents probants ou titres de propriété	71-74	15
2.	Réduction du rôle des certificats	75-83	15
3.	Conséquences juridiques de la réduction du rôle des certificats.	84-91	17
C.	Suppression des certificats	92-110	18
D.	Travaux en cours concernant la constitution de sûretés sur des valeurs mobilières.	111-122	20
VI.	Sûretés constituées sur des éléments particuliers d'actif: les droits de propriété intellectuelle	123-136	22
VII.	Questions de droit international privé	137-164	24
A.	Importance des règles de conflit dans le cadre de l'unification des règles de droit matériel	137	24
B.	Biens corporels.	138-153	24
1.	Problèmes de conflit de lois liés à un éventuel déplacement des biens	143-145	25
2.	Transposition de la sûreté: problèmes et solutions possibles	146-149	25
3.	Biens en transit et biens destinés à l'exportation	150-151	26
4.	Application de la <i>lex rei sitae</i> dans le cas des biens mobiles	152-153	27
C.	Loi applicable aux sûretés sur des biens incorporels	154-163	27
1.	Remarques générales	154-157	27
2.	Propriété intellectuelle	158-161	28
3.	Valeurs mobilières	162	29
4.	Loi applicable aux droits patrimoniaux sur des comptes de dépôt d'espèces auprès d'institutions financières.	163	29
D.	Autres catégories de biens pour lesquelles des règles spéciales de droit international privé peuvent être nécessaires.	164	29
VIII.	Conclusion.	165-166	30

I. Introduction

1. Le sujet des opérations assorties d'une sûreté intéresse depuis longtemps la Commission¹. À la fin des années 70, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a examiné les premières études réalisées dans ce domaine du droit². Ces études ont conduit le secrétariat à penser que l'élaboration d'une loi type serait à la fois souhaitable et possible. À sa treizième session, en 1980, la Commission a étudié une note du secrétariat exposant les questions à examiner et avançant des propositions quant à d'éventuelles solutions³.

2. Toutefois, lors de cette session, la Commission est parvenue à la conclusion qu'une unification du droit des sûretés réelles à l'échelle mondiale n'était probablement pas possible, en raison de la trop grande complexité du sujet et des trop nombreuses divergences entre systèmes juridiques et parce qu'elle estimait que, pour réaliser une telle unification, d'autres domaines du droit comme celui de l'insolvabilité devraient être unifiés et harmonisés, ce qui, à l'époque, semblait impossible. Au cours des débats de cette session, il a été jugé souhaitable que la Commission attende les résultats des travaux effectués par d'autres organisations, comme l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) qui avait alors entrepris d'élaborer une convention sur l'affacturage international (laquelle a été définitivement mise au point en 1988 et est entrée en vigueur en 1995).

3. C'est lors du Congrès de la CNUDCI ayant pour thème "Le droit commercial uniforme au XXI^e siècle", qui s'est tenu à New York en 1992 à l'occasion de la vingt-cinquième session de la Commission⁴, qu'a été de nouveau évoquée la nécessité pour la CNUDCI de reprendre ses travaux sur les opérations assorties d'une sûreté⁵.

4. Cette nécessité a été réaffirmée lors de conférences qui ont eu lieu ces dernières années dans le monde entier et elle a suscité l'intérêt du législateur aux échelons international, régional et national, ainsi que celui d'institutions financières internationales et régionales comme la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale) et la Banque asiatique de développement (BAsD). À sa trente-

troisième session, en 2000, la Commission a été saisie d'un rapport (A/CN.9/475) qui visait à l'informer des activités en cours dans le domaine des sûretés, favoriser des actions concertées et faciliter l'examen de la question, non seulement en exposant les précédents travaux de la Commission sur les sûretés et l'évolution de la législation dans ce domaine au cours des vingt-cinq dernières années, mais aussi en cernant les problèmes et en faisant des propositions quant à d'éventuels domaines pour de futurs travaux.

5. Lorsqu'elle a examiné le rapport à sa trente-troisième session, la Commission a souligné que le moment était opportun pour entreprendre des travaux sur les opérations assorties d'une sûreté, compte tenu en particulier du lien étroit entre les sûretés et les travaux de la Commission dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il a été largement estimé que des lois modernes sur le crédit assorti d'une sûreté pourraient avoir un fort impact sur l'offre et le coût du crédit et, par conséquent, sur le commerce international. Il a été dit également que ces lois pouvaient réduire les inégalités entre parties des pays développés et parties des pays en développement dans l'accès au crédit meilleur marché ainsi que dans les avantages qu'elles tiraient du commerce international. Il fallait toutefois que ces lois établissent un équilibre approprié dans le traitement des créanciers privilégiés, garantis et chirographaires pour être acceptées par tous les États. On a également déclaré que, compte tenu de la divergence des politiques nationales, il serait souhaitable de privilégier la souplesse en élaborant un ensemble de principes accompagné d'un guide plutôt qu'une loi type⁶.

6. Un certain nombre de propositions ont été faites quant aux questions sur lesquelles axer les travaux à entreprendre. Selon l'une d'entre elles, il convenait de traiter des sûretés sur les valeurs mobilières (par exemple les actions, les obligations, les swaps et les produits dérivés). De telles valeurs qui étaient détenues sous la forme d'écritures sur un registre, par un intermédiaire et, matériellement, par un établissement dépositaire, étaient des instruments importants qui servaient de base à l'octroi d'énormes quantités de crédit, non seulement par des banques commerciales à leurs clients, mais également par des banques centrales aux banques commerciales. On a également fait observer que, compte tenu de la mondialisation des

marchés financiers, étaient normalement impliqués divers pays dont les lois étaient souvent incompatibles entre elles, voire inadéquates pour traiter les problèmes qui se posaient. Il était donc très difficile de savoir si les investisseurs qui détenaient des valeurs mobilières et les établissements financiers qui octroyaient des crédits en prenant ces valeurs comme garantie détenaient un droit réel et étaient protégés, en particulier en cas d'insolvabilité d'un intermédiaire. On a également fait observer qu'il était très difficile de savoir quelle était la loi applicable aux sûretés sur des valeurs mobilières détenues par un intermédiaire et que le fait que la Conférence de La Haye de droit international privé envisageait de traiter cette question révélait tant son importance que son urgence. Il convenait de souligner à cet égard que les travaux de la Commission seraient compatibles avec ceux entrepris par la Conférence de la Haye et les complèteraient utilement, compte tenu en particulier du fait que les travaux de la Commission seraient principalement axés sur les aspects de droit matériel tandis que la Conférence de la Haye traite du droit international privé⁷.

7. Il a aussi été proposé de traiter des sûretés sur les stocks (soit un ensemble en évolution constante de biens meubles corporels). L'utilisation d'un tel ensemble d'actifs, corporels ou incorporels, constituait un élément important du droit moderne du financement garanti. On a fait également observer que l'on pourrait tirer utilement parti, si l'on entreprenait des travaux dans ce domaine, de ceux que la Commission avait menés sur les créances ainsi que des pratiques susceptibles d'être favorablement accueillies par les marchés financiers internationaux. Parmi les questions qui devraient être traitées dans une loi uniforme sur ce sujet, on a mentionné les suivantes: création et portée d'une sûreté (qui devrait comprendre les biens acquis, et garantir les dettes contractées même après la constitution de la sûreté); recours en cas de défaillance du débiteur; règles de priorité claires; et mécanismes assurant la transparence de toute sûreté⁸.

8. Selon une autre proposition, une loi uniforme devrait envisager l'établissement d'un registre international des sûretés. Un tel registre permettrait d'améliorer la sécurité et la transparence et aurait donc un impact positif sur l'offre et le coût du crédit. Il a été estimé que le meilleur moyen de parvenir à ce résultat serait que le registre puisse couvrir tous les types de sûretés sur tous les types de biens⁹.

9. Après un débat, la Commission a prié le secrétariat de réaliser une étude dans laquelle il examinerait en détail les problèmes qui se posaient dans le domaine du droit des sûretés ainsi que les solutions possibles, aux fins d'examen par la Commission à sa trente-quatrième session, en 2001. Il a été convenu qu'après avoir examiné cette étude, la Commission pourrait décider, à ladite session, si des travaux pourraient être entrepris, sur quels sujets et dans quel contexte. Il a été en outre convenu que l'étude pourrait examiner les avantages et les inconvénients des diverses solutions (à savoir une loi uniforme sur tous les types de biens, par opposition à un ensemble de principes accompagnés d'un guide ou à une loi uniforme sur certains types de biens). Il a été enfin convenu qu'il fallait faire fond sur les travaux menés par d'autres organisations et tenir compte, dans toutes suggestions, de la nécessité d'éviter des chevauchements d'activités.

10. La présente étude, élaborée conformément à cette demande de la Commission, vise à faciliter l'examen de la Commission quant à ses travaux futurs dans le domaine du droit des opérations assorties de sûretés, ainsi que toute décision à cet égard. Après quelques observations liminaires sur les raisons pour lesquelles il est recouru au crédit garanti, on examinera brièvement les liens entre le droit de l'insolvabilité et le droit des sûretés. Seront ensuite envisagées les questions relatives à l'élaboration de dispositions législatives types sur les sûretés en général, ainsi que celles concernant la formulation d'une législation type propre à certains biens, en particulier une législation type relative aux valeurs mobilières et aux droits de propriété intellectuelle. Le dernier chapitre est consacré à des questions de droit international privé.

II. Importance économique du crédit garanti

11. Au cours des dernières années, de nombreux décideurs ont tenté de moderniser les règles relatives à la constitution de sûretés en faveur des créanciers en vue de favoriser le commerce. Il suffira de mentionner à cet égard qu'en 1999, les États-Unis d'Amérique ont profondément remanié l'article 9 (relatif aux sûretés) de leur Code de commerce uniforme (Uniform Commercial Code) et que tant la Nouvelle-Zélande que la Roumanie se sont dotées de lois générales sur les

sûretés mobilières, en modernisant les règles relatives aux opérations garanties. D'autres pays, comme la Bulgarie (1996), le Chili (1982), la Grèce (2000), l'Indonésie (1999), la Lettonie (1998), la Lituanie (1997), le Monténégro (1996) et la Pologne (1996), ont également adopté des lois portant sur les sûretés (dont la teneur est toutefois différente de celles précitées).

12. Cette évolution fait ressortir une nette tendance à la modernisation du régime juridique relatif aux sûretés. L'élaboration d'un tel régime moderne suppose que soient prises en considération les raisons pour lesquelles les parties recourent à la constitution de sûretés. Se contenter de dire que la constitution d'une sûreté diminue le coût global des opérations de prêt ne suffit pas à expliquer le phénomène vu que, comme l'ont souligné d'autres commentateurs, le recours au crédit assorti de sûretés n'est pas une pratique universelle, c'est-à-dire que de nombreux prêteurs/créanciers ne garantissent pas l'ensemble des crédits qu'ils consentent ou ne garantissent pas du tout leurs crédits. L'exposé des raisons pour lesquelles le crédit garanti est – ou n'est pas – une pratique efficace pourra faciliter les travaux de la Commission dans ce domaine du droit, et il sera d'ailleurs utile aux rédacteurs d'instruments juridiques futurs de garder à l'esprit les raisons qui poussent à recourir à des sûretés.

13. Pour comprendre ces raisons, il faut examiner les points de vue des parties intervenant sur le marché de l'argent qui les conduisent à recourir (ou à s'abstenir de recourir) au crédit garanti.

14. Les avantages qu'un créancier retire de la constitution de sûretés peuvent réduire ses coûts globaux anticipés et donc, indirectement, réduire les frais que doit supporter le débiteur pour inciter le créancier à lui accorder un crédit. On peut distinguer deux types différents d'avantages: les avantages directs et les avantages indirects. L'avantage direct le plus manifeste pour le prêteur garanti est le fait que la constitution d'une sûreté augmente les chances de paiement en cas de défaillance du débiteur. Les commentateurs ont discerné trois moyens différents d'accroître l'aptitude du prêteur garanti à obtenir paiement de sa créance: la constitution d'une sûreté; l'octroi d'un rang de priorité (en vertu duquel le prêteur sera désintéressé avant d'autres créanciers), et l'amélioration des recours offerts au prêteur (lui permettant d'obtenir un recouvrement forcé plus rapidement que si sa créance n'était pas garantie). Si le

prêteur estime, lorsqu'il accorde le crédit, que ces avantages augmentent les chances de remboursement, il peut diminuer le coût du crédit, ce qui réduit les frais globaux de l'opération.

15. Le prêteur garanti peut tirer d'autres avantages, plus indirects, de la constitution d'une sûreté. Ainsi, l'obtention d'une sûreté par le créancier améliorerait sa faculté de limiter l'endettement ultérieur et inciterait davantage le débiteur à s'efforcer de rembourser le prêt spontanément et à s'abstenir d'un comportement à risque.

16. S'agissant de la faculté du créancier de limiter l'endettement ultérieur, l'idée est que le débiteur sera plus attentif à ses affaires s'il y trouve un enjeu plus substantiel. Le créancier, en restreignant la faculté du débiteur d'obtenir d'importants prêts à l'avenir, restreint aussi sa faculté de diminuer son intérêt dans l'entreprise, dès lors que le créancier peut aussi limiter la faculté du débiteur d'en céder la propriété. Certes les droits inhérents à la constitution d'une garantie n'excluent pas directement tout endettement ultérieur, mais la constitution d'une garantie peut restreindre la faculté du débiteur d'obtenir d'autres prêts à l'avenir en réduisant sa faculté d'accorder une sûreté valable à des prêteurs ultérieurs. C'est cette restriction qui peut rendre l'endettement ultérieur relativement onéreux (et donc moins attrayant) pour le débiteur.

17. Un autre avantage est le moyen de pression que confère au créancier l'octroi d'une garantie, laquelle renforce l'incitation de l'emprunteur à rembourser sa dette. L'influence du créancier garanti sera d'autant plus grande qu'il aura plus de chances de disposer de voies de recouvrement efficaces.

18. Un avantage supplémentaire tient à la plus grande faculté qu'a alors le créancier d'empêcher le débiteur d'adopter un comportement à risque propre – selon le créancier – à diminuer sa capacité de remboursement. Vu qu'en général, les opérations de prêt non garanties confèrent au créancier une part importante du risque de perte en cas de déconfiture du débiteur, celui-ci peut assurément être plus enclin à prendre des risques qu'il ne le serait s'il lui fallait assumer tous les risques d'une faillite. Il peut en résulter, d'une part, une diminution des probabilités de remboursement par le débiteur et, d'autre part, un accroissement du coût de l'opération. Ainsi, les mécanismes de prêt garanti qui atténuent ce décalage peuvent réduire les frais de l'opération en

diminuant l'évaluation que fait le créancier, avant d'accorder le crédit, du risque de non-remboursement.

19. Pour l'emprunteur, le principal avantage tient au fait que, plus une entreprise commerciale est à même d'utiliser comme garantie d'un prêt la valeur propre de ses actifs, plus elle aura de chances d'obtenir un crédit à moindre coût.

20. Il reste que le crédit garanti entraîne également des frais que ne comporte pas le crédit non garanti. Il s'agit principalement des frais afférents à la conclusion de l'opération garantie ainsi qu'à la gestion des crédits. S'agissant du premier type de frais, trois catégories peuvent être définies: les frais d'information (comme ceux relatifs à l'obtention de renseignements sur la valeur du bien grevé et les droits du débiteur sur celui-ci), les frais de documentation (bien que la constitution d'une garantie n'ait pas, de manière générale, d'effet important sur les frais de documentation, dès lors que toutes les opérations supposent d'une manière ou d'une autre des frais de documentation; il peut en aller différemment lorsque les opérations mettent en cause des garanties sur des biens inhabituels, divers ou largement dispersés, bien que l'on puisse également imaginer des opérations non garanties comportant des frais très élevés de documentation) et, le cas échéant, des droits et taxes d'enregistrement (c'est-à-dire une dépense propre procédant uniquement de la décision de garantir l'opération; il faut noter que le respect de l'obligation d'enregistrement, le cas échéant, oblige à supporter non seulement le droit effectif d'enregistrement, mais aussi tous les frais liés à la nécessité de déterminer exactement ce qu'il convient d'enregistrer et à quel endroit).

21. S'agissant du coût de gestion des crédits, il est certain que la somme de temps et d'argent que les créanciers et les débiteurs consacrent à la gestion d'opérations assorties de sûretés représente une charge non négligeable du crédit garanti. Les frais relatifs tant à la conclusion de l'opération qu'à sa gestion dépendent dans une large mesure du régime juridique qui lui est applicable; toute tentative de création d'un régime uniforme dans le but de favoriser l'offre de crédit à moindre coût devrait prendre cet élément en considération.

III. Droit de l'insolvabilité et droit des sûretés

22. Les lois relatives, d'une part, aux sûretés et, d'autre part, à l'insolvabilité visent des objectifs différents. Les lois relatives aux sûretés visent à protéger le créancier qui accorde un crédit garanti à un débiteur, tandis que les lois relatives à l'insolvabilité visent à organiser une procédure régulière de liquidation ou de redressement d'un débiteur d'une manière équitable, non seulement pour ses créanciers titulaires de sûretés, mais pour tous ses créanciers. Il n'est donc pas surprenant que les deux sujets relèvent généralement de régimes juridiques distincts.

23. Il n'en existe pas moins entre les deux régimes des liens importants, qui procèdent du fait que, pour le créancier qui en bénéficie, une sûreté n'a guère de valeur, voire aucune valeur, si elle n'est pas en définitive susceptible d'être réalisée à l'encontre des tiers, y compris l'administrateur de l'insolvabilité du débiteur. Il ne s'agit pas de dire que le régime de l'insolvabilité de tel ou tel pays doit reconnaître aux créanciers garantis un droit inconditionnel et immédiat de réaliser leur sûreté, afin de les inciter à offrir un financement dans ce pays. On a observé au contraire que, de manière générale, les créanciers garantis veulent uniquement pouvoir tableer sur un régime d'insolvabilité suffisamment équitable et prévisible pour que leurs sûretés régulièrement constituées puissent en définitive être réalisées à l'encontre de l'actif donné en garantie dans un délai raisonnable, sans frais excessifs, et sans être exposées à des demandes concurrentes imprévues.

24. La mise au point d'un régime approprié de l'insolvabilité requiert l'établissement de divers mécanismes destinés à instaurer un équilibre entre les intérêts de l'administrateur de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers garantis. Un mécanisme destiné à faciliter la liquidation ou le redressement d'un débiteur est la suspension des poursuites individuelles des créanciers contre le débiteur et contre ses biens. Dans certains pays, la suspension joue automatiquement, dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, tandis que dans d'autres, son application est laissée à l'appréciation du tribunal saisi de l'insolvabilité. Dans une certaine mesure, la suspension des actions à l'encontre du débiteur peut aussi servir les intérêts de ses créanciers garantis, qui

préfèrent peut-être éviter le démembrement de l'entreprise du débiteur.

25. Un autre mécanisme destiné à réaliser cet équilibre est la faculté donnée à l'administrateur de l'insolvabilité de contester et, en définitive, de rejeter certaines sûretés et autres opérations, ou de leur attribuer un rang inférieur au motif qu'elles aboutissent à accorder un traitement préférentiel injustifiable à certains créanciers, qu'elles sont effectivement ou potentiellement frauduleuses, ou à d'autres égards inopposables ou inéquitables. Un troisième mécanisme consisterait à dédommager le créancier garanti pour l'éventuelle diminution de valeur du bien donné en garantie, que celle-ci résulte de la suspension des actions ou de l'utilisation du bien grevé par le débiteur. On pourrait notamment envisager de protéger la valeur du bien grevé ou de protéger la partie garantie de la créance dans l'insolvabilité. La protection de la valeur du bien donné en garantie pourrait consister en un certain nombre de mesures: offre d'un dédommagement pour dépréciation; versement d'intérêts, protection et dédommagement du fait de l'utilisation; et levée de la suspension des actions. Une autre approche consisterait à protéger la valeur de la partie garantie de la créance. Dès l'ouverture de la procédure, il est procédé à l'évaluation du bien grevé, ce qui permet de déterminer la valeur de la partie garantie de la créance. Cette valeur reste fixe tout au long de la procédure et, lors de la répartition qui suit la liquidation, le créancier garanti bénéficie d'un privilège dans la mesure de cette valeur. Au cours de la procédure, le créancier titulaire d'une sûreté pourrait aussi recevoir le taux d'intérêt contractuel afférent à la partie garantie de la créance, en dédommagement des retards imposés par la procédure.

26. Il a toutefois été observé que l'existence de mécanismes qui peuvent compromettre la faculté du créancier de disposer de sa garantie ne dissuadera généralement pas un prêteur d'accorder un crédit dès lors qu'il pourra être suffisamment sûr que les lois relatives à l'insolvabilité seront appliquées d'une manière raisonnablement prévisible et transparente, que le prêteur sera dédommagé de manière équitable pour la diminution de valeur de sa garantie, et qu'il sera en définitive à même de réaliser sa garantie dans un délai raisonnable.

27. Il faut aussi noter l'existence d'autres liens éventuels entre les lois relatives aux sûretés et celles

relatives à l'insolvabilité. Dans certains pays, en vertu des lois relatives à l'insolvabilité, il est possible à un créancier de faciliter le redressement du débiteur en fournissant à celui-ci un financement durant la procédure d'insolvabilité (en améliorant ainsi potentiellement les chances de recouvrement de tous les créanciers), et d'obtenir pour ce financement postérieur à l'insolvabilité une sûreté ou un rang de priorité particulier. Souvent, ce type de financement provient du créancier qui a fourni le financement au débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Dans de tels cas, les lois relatives aux sûretés et celles relatives à l'insolvabilité peuvent concourir à un objectif commun.

28. En raison des liens existant entre les lois relatives au crédit garanti et celles relatives à l'insolvabilité, il faudrait étroitement coordonner toutes les initiatives dans ces domaines, pour ce qui concerne en particulier la suspension des actions et la protection contre la diminution de valeur. Il est en outre suggéré, eu égard à l'exigence critique que des sûretés régulièrement constituées puissent être réalisées par préférence aux droits d'autres créanciers du débiteur et continuent de produire effet dans une procédure d'insolvabilité, qu'un guide législatif aborde la question des rapports entre les sûretés contractuelles et les privilèges légaux, tels que les privilèges fiscaux.

IV. Guide législatif relatif aux sûretés en général

29. L'un des moyens les plus efficaces d'obtenir des fonds de roulement est le recours à des prêts assortis d'une sûreté. Les chances d'une entreprise commerciale d'obtenir un crédit à moindre coût sont d'autant plus grandes qu'elle peut utiliser la valeur propre de ses actifs comme garantie d'un prêt.

30. Quel que soit le prix de tel ou tel élément d'actif pour une entreprise commerciale, sa valeur sera faible ou nulle en tant que garantie d'un prêt pour un créancier, à moins que celui-ci ne puisse obtenir une sûreté sur le bien dont le rang prime celui des autres créanciers, qui continue de produire effet dans une procédure d'insolvabilité et qui puisse être réalisée par le créancier d'une manière prévisible et sans délai. L'offre de crédit garanti aux entreprises commerciales sera d'autant plus abondante et économique que les procédures de constitution et de réalisation d'une

sûreté seront plus rapides et moins onéreuses et que les droits du créancier sur le bien grevé seront mieux précisés. Il est dès lors suggéré qu'un guide législatif relatif aux sûretés vise à définir, dans la mesure du possible, des règles harmonisées qui permettraient aux entreprises commerciales de constituer des sûretés sur un large éventail d'actifs, tout en donnant l'assurance aux créanciers que leurs sûretés auront priorité sur les droits d'autres créanciers (y compris en cas de procédure d'insolvabilité) et qu'ils pourront les réaliser d'une manière rapide, prévisible et au moindre coût.

31. La présente section expose les principales questions à examiner dans le cadre de l'élaboration d'un guide législatif sur le financement garanti en général, en les regroupant en trois grandes catégories: a) questions relatives à la constitution de sûretés; b) questions relatives au rang des sûretés; et c) questions relatives à la réalisation des sûretés.

A. Questions relatives à la constitution de sûretés

32. Le fondement du financement garanti est la faculté donnée à un créancier d'obtenir une sûreté sur différents type d'actifs que possède le débiteur¹⁰. Du point de vue du créancier, le droit ainsi conféré devrait, à la fois, pouvoir être réalisé à l'encontre du débiteur en vertu du contrat et bénéficié du rang de préférence nécessaire à l'encontre des autres créanciers du débiteur, tout en continuant de produire effet dans une procédure d'insolvabilité. Ce concept recouvre en réalité un ensemble de droits qui sont importants pour un créancier titulaire d'une sûreté, mais dont beaucoup sont sérieusement restreints ou incertains dans le cadre de la législation en vigueur dans de nombreux pays, un fait qui n'est pas propre à favoriser le financement assorti de sûretés dans ces pays.

1. Restrictions quant aux biens pouvant servir de garantie

33. Une question importante à examiner est celle de savoir si un guide législatif sur les opérations assorties d'une sûreté devrait imposer de quelconques restrictions quant aux biens pouvant servir à garantir des prêts. Vu que l'interdiction d'affecter un type déterminé de bien à la garantie de prêts priverait un débiteur de la possibilité d'obtenir un financement garanti fondé sur la valeur d'un tel bien, cette

interdiction devrait être subordonnée à un examen préalable très attentif.

34. Dans de nombreux pays, les immobilisations comme les biens immobiliers et le matériel constituent traditionnellement les principaux types de biens servant à garantir un financement. Les immeubles par destination, comme les équipements lourds fixés à un immeuble, qui présentent à la fois les caractéristiques d'un immeuble et celles d'un matériel, représentent aussi traditionnellement un type important de garantie. Plus récemment, les créances¹¹, les stocks destinés à la production ou à la vente et les valeurs mobilières¹² ont été de plus en plus souvent utilisés à titre de garantie de prêts dans différents pays. Au cours des dix dernières années, on a observé dans certains pays une tendance à garantir des prêts par des brevets, des marques, des droits d'auteur ou d'autres formes de propriété intellectuelle, ce qui traduit l'importance croissante de la propriété intellectuelle en tant que composante de la valeur des entreprises commerciales (une tendance du crédit garanti qui devrait en principe se poursuivre)¹³. Il a été proposé que le guide législatif sur le financement garanti, s'il vise à favoriser ce type de financement, prévoient la possibilité de constituer des sûretés sur la quasi-totalité des biens d'une entreprise commerciale¹⁴.

35. Une question connexe est celle de savoir si un guide législatif devrait permettre la constitution de sûretés sur des biens qui ne sont pas encore la propriété du débiteur. Dans de nombreux pays, un créancier ne peut obtenir une sûreté que sur des biens qui appartiennent au débiteur au moment de la constitution de la sûreté. Bien que cette restriction ne pose pas de problème pour des prêts garantis par un immeuble ou du matériel, elle n'est en général pas adaptée à des prêts garantis par des éléments d'actif qui se renouvellent constamment, comme des créances et des stocks de matières premières, de produits semi-finis ou de produits finis. On considère généralement qu'il est coûteux et administrativement lourd pour un créancier d'avoir à modifier régulièrement les documents relatifs à ses sûretés pour refléter la création et le recouvrement de créances et les acquisitions et ventes d'éléments du stock dans le cours normal de l'activité du débiteur. Il faut noter à cet égard que le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances prévoit que, sauf convention contraire, une sûreté sur des créances s'étend à des créances futures sans qu'un nouveau document ou un nouvel acte soit nécessaire de

la part du créancier ou du débiteur¹⁵. Une question connexe est celle de savoir si la sûreté déjà constituée peut garantir des avances de prêt futures s'ajoutant aux prêts déjà accordés¹⁶.

36. Dans le cas du financement de stock, il a été observé qu'une sûreté sur le stock qui s'étend automatiquement aux biens acquis après la constitution de la sûreté (éléments de stock futurs) et qui garantit les avances futures est une composante essentielle des mécanismes de crédit permanent sur stock, une forme extrêmement efficace de financement garanti utilisée dans certains pays. Le débiteur recourt généralement à ce type de prêt pour financer ses besoins permanents en fonds de roulement. Dans le cadre d'un tel mécanisme, des avances sont faites de temps à autre à la demande du débiteur, en fonction d'un pourcentage déterminé de la valeur de son stock. Ce pourcentage (appelé généralement "taux d'avance") est déterminé par le créancier en fonction de la somme qu'il estime pouvoir tirer de la réalisation du stock si celui-ci devait servir au remboursement du prêt. En général, le taux d'avance s'établit entre 40 et 60 %. Si le stock se trouve dans un pays dont la législation n'est pas favorable au financement garanti, il peut être considéré comme impropre à garantir un prêt. En adaptant l'endettement du débiteur à son cycle de liquidité générale (à savoir, achat de stock, vente de stock, création d'effets à recevoir, mobilisation de ces effets et acquisition de nouveaux éléments de stock pour recommencer le cycle), le mécanisme de crédit permanent sur stock est, sous l'angle économique, extrêmement efficace et généralement jugé avantageux pour le débiteur.

37. On peut se demander si le type de sûreté portant automatiquement sur des biens acquis ultérieurement et garantissant automatiquement tant les avances en cours que des avances futures devrait être limité aux créances et aux stocks ou s'il faudrait aussi l'autoriser pour d'autres types de biens servant de garantie, comme le matériel ou la propriété intellectuelle. Selon certains commentateurs, il n'y aurait aucun obstacle de principe à une telle extension, laquelle favoriserait en fait le financement garanti. On peut aussi se demander si le montant maximum des avances futures susceptibles d'être garanties par une sûreté doit être précisé au moment de la constitution de la sûreté. Cela permettrait à d'autres créanciers de fournir un complément de financement au débiteur fondé sur la valeur des mêmes éléments d'actif s'ils estiment que cette valeur est

supérieure au montant maximum de ces avances futures.

2. Description des biens grevés

38. Un autre aspect important concerne la latitude accordée aux parties pour décrire précisément les biens donnés en garantie. Dans certains systèmes juridiques, une grande liberté leur est laissée pour cette description et il est possible, par exemple, de constituer une sûreté qui couvre tout le stock d'un ensemble de produits en constante évolution. En outre, dans certains systèmes juridiques, il est possible de constituer une sûreté sur la totalité ou une partie des éléments d'actif d'une entreprise sans qu'il soit nécessaire d'énumérer précisément ces éléments, ce qui permet de vendre l'entreprise à sa valeur de continuation et, ainsi, sauver une entreprise en difficulté financière tout en augmentant les chances de recouvrement du créancier garanti. Toutefois, d'autres systèmes juridiques n'autorisent la constitution d'une sûreté que sur certains éléments d'actif déterminés et refusent de reconnaître une sûreté sur un stock de marchandises si les composantes du stock ne sont pas précisément énumérées. Cette exigence de spécification peut notamment poser des problèmes dans le cas d'une garantie sur des stocks, des créances ou des droits de propriété intellectuelle, et rendre pratiquement impossible la constitution d'une sûreté sur un ensemble de créances en évolution constante, sur des stocks qui se renouvellent fréquemment ou se composent de nombreux produits différents, ou sur des droits de propriété intellectuelle qui sont sans cesse précisés et mis à jour. Il a ainsi été affirmé que l'exigence d'une description minutieuse du bien grevé avait tari l'offre de financement de stock¹⁷.

39. Pour tenir compte de ce problème, la législation de nombreux pays exige seulement une description suffisamment précise permettant logiquement d'identifier les biens visés par la sûreté. Dans certains pays par exemple, une formule du type "tous les éléments existants et futurs du stock du débiteur" est suffisante. La latitude laissée aux parties dans ces pays évite au créancier d'avoir à établir d'interminables listes énumérant chaque élément de la garantie.

40. Eu égard à l'importance de leurs conséquences pour la pratique financière, des dispositions laissant aux parties suffisamment de latitude pour décrire les éléments d'actif constitueraient une bonne solution

dans un texte harmonisé visant à une application universelle.

3. Sûretés sans dépossession

41. En général, les créanciers financent des activités courantes en prenant comme garantie des éléments d'actif utilisés pour ces activités. Pour les débiteurs, il est essentiel de pouvoir conserver la possession de ces biens servant à leurs activités. Or, dans le cas de sûretés sur des biens mobiliers corporels, la législation de nombreux pays prévoit que le débiteur doit être "dépossédé" de ces biens donnés en garantie – c'est-à-dire que le créancier doit, lui-même ou par un intermédiaire, prendre matériellement possession des biens pour obtenir une sûreté ayant priorité sur les droits des autres créanciers du débiteur et continuant de produire effet dans une procédure d'insolvabilité. De telles législations rendent fréquemment ces biens sans intérêt en tant que garantie lorsque leur possession par le débiteur est indispensable à son activité et découragent ou empêchent tout financement garanti dans ces cas.

42. Parfois, cette dépossession n'est pas incompatible avec l'activité du débiteur. Par exemple, certains distributeurs de marchandises ont pour habitude de les stocker dans un entrepôt public en attendant qu'elles soient expédiées aux consommateurs. Dans ce cas, l'exploitant de l'entrepôt peut, dans certains pays, accepter de servir d'intermédiaire au créancier, de telle sorte que la possession par l'intermédiaire peut valoir possession par le créancier aux fins de parfaire une sûreté sur les marchandises. Un autre exemple de situation dans laquelle il peut y avoir dépossession est un arrangement en vertu duquel un représentant du créancier réside dans les locaux du débiteur afin de surveiller les biens servant de garantie. Dans ces deux situations cependant, pour être réputé avoir possession en vertu du droit applicable, le créancier doit contrôler de très près toute sortie des biens grevés, ce qui, soit est impraticable, soit augmente substantiellement le coût du montage financier, et rend donc celui-ci plus onéreux ou inenvisageable pour le débiteur.

43. La condition de dépossession du débiteur s'applique, dans certains pays, à tous les biens, corporels et incorporels. Dès lors, un débiteur ne peut accorder de sûreté sur ses biens mobiliers incorporels, comme les droits de propriété intellectuelle, vu l'impossibilité de transférer la possession de tels biens.

44. On considère généralement que la possibilité de constituer des sûretés réelles sans dépossession est particulièrement importante pour le développement du financement garanti transfrontalier¹⁸. La création d'un système approprié d'enregistrement public peut permettre de divulguer l'existence d'une sûreté, pour détromper les tiers qui pourraient voir dans la possession des biens par le débiteur une indication de l'absence de toute sûreté.

4. Produit du bien grevé

45. Plusieurs questions importantes à examiner se rapportent à la vente ou à d'autres actes de disposition par le débiteur du bien grevé. La première est celle de savoir dans quelle mesure une sûreté sur des biens doit automatiquement s'étendre au produit résultant de la vente ou d'un autre acte de disposition de ce bien. Il faut se demander, par exemple, si une sûreté sur le stock doit automatiquement s'étendre aux créances ou aux recettes au comptant provenant de la vente des éléments de stock dans le cours normal de l'activité du débiteur. Il a été observé que cette question revêt une importance critique dans les pays où le financement garanti par les stocks est une pratique répandue. Dès lors que, dans le cours normal de l'activité du débiteur, les éléments de stock sont continuellement vendus à des acheteurs qui les acquièrent libres de toute sûreté, la valeur de la garantie sur stock d'un créancier serait ainsi entamée à chaque vente par le débiteur d'un élément de stock. C'est pourquoi, dans certains systèmes juridiques, la sûreté d'un créancier sur le stock s'étend au droit du débiteur de recevoir paiement de ses clients pour les éléments de stock vendus. Dans d'autres systèmes juridiques cependant, une sûreté sur le stock ne s'étend pas automatiquement au produit du stock.

46. Les différents systèmes juridiques envisagent la question de plusieurs manières. L'une d'entre elles consiste à permettre aux créanciers d'obtenir une sûreté sur le produit qui est non seulement réalisable à l'encontre du débiteur mais également opposable aux autres créanciers de celui-ci et qui continue de produire effet dans une procédure d'insolvabilité. Dans les pays qui ont adopté ce type d'approche, l'essentiel est de savoir si le produit peut-être rattaché à la garantie initiale.

47. On peut aussi se demander dans quelle mesure la vente ou un autre acte de disposition du bien grevé fait

disparaître la sûreté consentie à un créancier sur ce bien. Il peut sembler logique que la vente ou un autre acte de disposition de biens donnés en garantie (comme les éléments de stock), dans le cours normal de l'activité de l'entreprise ou avec l'accord du créancier, anéantisse la sûreté du créancier sur ces biens. Aux fins d'une disposition harmonisée, il faudrait examiner dans quelle mesure cette solution n'est pas adaptée à des ventes réalisées en dehors du cours normal de l'activité de l'entreprise, sauf si le créancier consent à la vente.

5. Réserve de propriété

48. Dans de nombreux pays, il est courant qu'un vendeur de marchandises en reste propriétaire jusqu'au paiement intégral du prix d'achat. Cela résulte généralement d'une clause du contrat de vente. Dans ce cas, une sûreté consentie à un créancier sur les biens considérés risque d'être entachée de nullité, un débiteur ne pouvant constituer une sûreté sur des biens dont il n'est pas propriétaire. Les créanciers qui souhaitent accorder des prêts garantis par le stock ou le matériel du débiteur dans ces pays doivent procéder à de coûteuses recherches pour déterminer si ces biens font l'objet d'une convention de réserve de propriété et, dans l'affirmative, ils doivent obtenir décharge des vendeurs pour qu'une sûreté puisse être constituée sur ces biens.

49. Dans certains pays, des lois ont été adoptées pour requalifier les clauses de réserve de propriété comme sûretés et pour obliger les bénéficiaires de telles clauses à se conformer aux obligations de publicité concernant les sûretés. On peut voir dans cette approche certains avantages. Dès lors qu'il existe une obligation de publier la clause de réserve de propriété¹⁹, un créancier ultérieur ne sera pas obligé de procéder aux recherches ci-dessus mentionnées. Par ailleurs, si les clauses de réserve de propriété sont soumises aux mêmes règles que d'autres formes de financement garanti, les frais relatifs à leur établissement se rapprocheront de ceux concernant d'autres formes de financement garanti, ce qui favorisera la concurrence entre créanciers garantis en fonction uniquement du coût du crédit. Il est dès lors proposé que l'éventuel régime futur des sûretés prenne position quant à la réserve de propriété.

6. Non-discrimination à l'égard de créanciers autres que nationaux

50. Une autre question à examiner concerne le traitement des créanciers suivant qu'ils ont ou non la qualité de nationaux. Il a été observé que certains pays ont déjà une législation qui favorise le financement garanti, mais n'en étendent pas les dispositions à des créanciers autres que nationaux. De ce fait, de nombreux créanciers potentiels se trouvent exclus de leur application, ce qui prive les entreprises commerciales situées dans ces pays de la possibilité de recourir à un large éventail de prêteurs éventuels. Étendre l'application des lois relatives au financement, dans tel ou tel pays, à tous les créanciers, nationaux ou autres, sans discrimination, contribuerait à améliorer l'accès au financement garanti dans ce pays. De telles dispositions peuvent en outre réduire le coût du financement dans le pays considéré en encourageant la concurrence, non seulement entre les créanciers situés dans ce pays, mais aussi entre des créanciers situés à l'étranger. Il faut toutefois noter que, dans de nombreux pays, la réglementation des activités bancaires soumet les institutions financières à une surveillance particulière et à certaines obligations, notamment, pour les institutions financières étrangères qui veulent y exercer leurs activités, celle d'obtenir préalablement une autorisation des autorités compétentes. Des dispositions non discriminatoires du type proposé ci-dessus ne devraient pas pour autant empiéter sur la réglementation interne des activités bancaires dans le pays qui les applique.

B. Questions relatives au rang des sûretés

1. La priorité de la sûreté; la création d'un système d'enregistrement

51. Pour qu'un créancier puisse être incité à s'engager en toute sécurité dans une opération de financement garanti, il ne suffit pas qu'il puisse obtenir une sûreté sur un bien susceptible d'être réalisée à l'encontre du débiteur dans le cadre du contrat. Le créancier doit pouvoir évaluer, de manière certaine, dans quelle mesure sa sûreté primera les droits d'autres créanciers et continuera de produire effet dans une procédure d'insolvabilité.

52. Pour faciliter une telle évaluation par le créancier, certains pays ont institué un système d'enregistrement

fondé sur une déclaration publique des sûretés constituées sur différents types de biens, la priorité reposant, à quelques exceptions près, sur l'antériorité de l'enregistrement²⁰. Selon certains, un système d'enregistrement accessible, fiable et efficace, tant sous l'angle de la recherche de sûretés concurrentes que de l'enregistrement des sûretés, peut être un bon moyen d'établir les rangs de priorité et d'informer les créanciers de la présence de sûretés concurrentes. Un tel système peut aussi favoriser l'offre de financement garanti à moindre coût. Du point de vue des créanciers, un système d'enregistrement leur évite le risque de devoir se fier aux déclarations du débiteur quant à l'absence de sûretés concurrentes et rend donc moins nécessaire d'obtenir des assurances de tiers. Il reste que, dans d'autres systèmes juridiques où il n'existe pas un tel système d'enregistrement, les bailleurs de fonds s'appuient sur les déclarations des emprunteurs et sur les informations communiquées aux institutions financières.

53. Compte tenu de ce qui précède, la Commission souhaitera peut-être, lorsqu'elle examinera les questions susceptibles d'être traitées dans un guide législatif sur le financement garanti, envisager les avantages et les inconvénients de l'institution d'un système d'enregistrement public des sûretés sans dépossession. Alors qu'auparavant, l'établissement d'un système d'enregistrement se heurtait à des obstacles d'ordre logistique, les progrès technologiques récents ont considérablement facilité la tâche.

54. La Commission souhaitera peut-être en outre examiner plusieurs conséquences particulières de l'établissement d'un système de publicité des sûretés, comme les problèmes de confidentialité et les règles propres à déterminer le rang de sûretés concurrentes. Celui-ci peut dépendre du moment où la sûreté est constituée, comme c'est le cas dans certains pays, ou de celui où la sûreté est publiée.

2. Sûretés en garantie du prix d'achat

55. Certains pays se sont dotés de lois visant à encourager différentes formes de "financement d'achat". Cette expression vise un arrangement financier en vertu duquel, soit un vendeur de marchandises ou d'autres biens accorde un crédit à l'acheteur pour lui permettre d'acquérir les biens, soit un créancier prête des fonds à l'acheteur aux mêmes fins. Dans les deux cas, le vendeur ou le créancier

reçoit une sûreté sur les biens en garantie du crédit accordé. Ces lois prévoient généralement que, dans certaines circonstances, une sûreté constituée sur les biens en garantie du prix d'achat peut avoir priorité sur d'autres sûretés constituées sur les mêmes biens, ce qui permet à un créancier d'accorder des prêts pour financer l'achat sans avoir à négocier à chaque fois un accord de subordination avec les autres créanciers garantis du débiteur qui, sinon, pourraient avoir une sûreté de meilleur rang sur les mêmes biens. Pour que les créanciers qui financent l'achat obtiennent une telle sûreté, il sont souvent tenus d'aviser les autres créanciers garantis du débiteur, afin que ceux-ci n'accordent pas de prêts assis sur les mêmes biens que la sûreté garantissant le prix d'achat.

56. Certains estiment que le financement d'achat constitue un mode efficace et utile de financement pour les débiteurs, qui encourage par ailleurs la concurrence entre créanciers. Une forme courante de ce type de financement est celle dans laquelle un créancier consent des prêts au débiteur pour financer l'acquisition d'un niveau minimum de stock. De tels prêts sont souvent consentis à des débiteurs qui vendent des produits comme des automobiles, des camions ou d'autres véhicules, des ordinateurs ou de gros appareils ménagers, et les créanciers parties à ces accords sont souvent des organismes financiers liés aux fabricants. Un autre type courant de financement, dit financement de commande, est celui en vertu duquel le créancier accorde des fonds au débiteur pour lui permettre de s'acquitter de commandes spécifiques, ce qui suppose souvent l'achat d'éléments de stock nécessaires. Le prêteur sera garanti par les commandes, les éléments de stock acquis et les créances subséquentes. Entre autres avantages pour le débiteur, un tel mécanisme a celui de promouvoir la concurrence en lui permettant de choisir différents créanciers pour financer différentes composantes de son activité de la manière la plus rationnelle et la plus rentable.

3. Autres créances privilégiées

57. Une autre série de questions à examiner dans la perspective de l'élaboration d'un guide législatif sur le financement garanti concerne le traitement de créances privilégiées. Dans de nombreux pays, il existe diverses catégories de créanciers privilégiés dont les droits priment ceux d'un créancier garanti. De tels privilèges, qui sont souvent attachés à des créances fiscales impayées ou à des créances salariales, peuvent être une

cause d'insécurité pour des créanciers garantis dans la mesure où ils sont imprévisibles et où ils peuvent avoir priorité sur les sûretés d'un créancier même si les créances correspondantes sont nées après la date à laquelle ledit créancier a obtenu et publié sa sûreté.

58. Pour ne pas décourager l'offre de financement garanti, il peut être envisagé de n'accorder de privilèges que dans la mesure où il n'y a pas d'autres moyens efficaces d'atteindre l'objectif visé par lesdits privilèges. Dès lors qu'il est créé des privilèges, les lois qui les instituent devraient être suffisamment claires pour que le créancier garanti puisse calculer le montant total éventuel des créances privilégiées et en tenir compte.

59. Un guide législatif sur le financement garanti pourrait aborder la question des créances privilégiées de différentes manières. L'une d'entre elles consisterait à reprendre l'approche adoptée dans le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances, qui renvoie à la loi d'un État particulier pour déterminer la nature et la portée de créances privilégiées. Une autre approche consisterait à instituer un système de publicité des créances privilégiées.

C. Questions relatives à la réalisation des sûretés

60. La valeur d'une sûreté est sensiblement altérée si le créancier n'est pas en mesure de réaliser celle-ci d'une manière suffisamment prévisible et rapide, sans frais excessifs. Lorsqu'ils évaluent les risques liés à l'octroi de prêts garantis à des débiteurs dans un pays déterminé, les créanciers examinent en général très attentivement la fiabilité et l'efficacité des procédures en vigueur pour la réalisation de leurs sûretés. La législation de certains pays prévoit des procédures extrajudiciaires de réalisation des sûretés pour certains types de garantie, tandis que dans de nombreux pays, il est indispensable de recourir à une procédure judiciaire. Dans ce dernier cas, le risque lié à l'octroi d'un crédit dans un pays déterminé sera évalué en fonction de l'efficacité du système judiciaire interne et de l'existence de voies juridictionnelles efficaces de réalisation des sûretés.

61. Certaines questions à examiner en relation avec l'élaboration d'un guide législatif sur le financement garanti ont trait à la faculté qu'a le créancier de prendre

possession de sa garantie en cas de défaillance du débiteur. On peut se demander, par exemple, dans quelles conditions, le cas échéant, un créancier devrait être autorisé à prendre possession de sa garantie en dehors de toute procédure judiciaire. Il faut aussi se demander si le créancier devrait être autorisé à procéder ainsi tant qu'il n'y a pas trouble à l'ordre public; si le créancier, moyennant des garanties appropriées, devrait être autorisé à utiliser les biens grevés, ou les locaux du débiteur, dans certaines circonstances (par exemple pour transformer des stocks de produits en cours de fabrication en produits finis); quels types de procédures de disposition devraient être autorisés; si une vente publique devrait être exigée; ou si le créancier devrait être autorisé à procéder à une vente privée extrajudiciaire ou à effectuer d'autres actes de disposition des biens servant de garantie. Il faut parvenir à un équilibre entre, d'une part, la nécessité pour un créancier d'obtenir rapidement le contrôle des biens grevés avant qu'ils disparaissent ou perdent toute valeur marchande et, d'autre part, celle de prévoir les garanties indispensables pour que les droits du débiteur et ceux des autres créanciers du débiteur soient suffisamment protégés²¹.

V. Sûretés constituées sur des éléments particuliers d'actif: les valeurs mobilières

62. L'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties en général ne rend pas pour autant superflue la formulation d'autres règles uniformes portant plus particulièrement sur certains éléments d'actif, car les solutions retenues pour les opérations garanties en général ne permettront peut-être pas de régler les problèmes propres à la constitution de sûretés sur des éléments d'actif spécifiques. On pourrait ainsi conclure que les règles générales devraient plutôt être considérées comme des règles supplétives, applicables lorsque les règles propres à certains éléments d'actif n'offrent pas de solution. À sa trente-troisième session, la Commission a ainsi estimé que les valeurs mobilières relevaient peut-être de dispositions spécifiques²².

63. Les "titres" ou les "valeurs mobilières" constituent une catégorie plus économique que juridique, qui est entendue différemment selon les pays. Aux fins du présent document, il suffira d'en

citer quelques principaux types à titre d'exemple: obligations, (titres négociables incorporant ou attestant une dette monétaire de l'émetteur); actions (titres négociables incorporant ou attestant le droit des associés d'une société); certificats de dépôt de titres (titres négociables représentant ou attestant des actions ou des obligations émises dans un autre pays); bons de participation (titres négociables incorporant ou attestant le droit aux dividendes et au produit de la liquidation d'une société); warrants (titres négociables incorporant ou attestant un droit d'option pour la souscription d'obligations ou d'actions ou l'encaissement de sommes pécuniaires); certificats d'investissement (titres négociables incorporant ou attestant la participation à un fonds de placement); tous les autres titres négociables comparables à ceux des précédents types; participations dans des sociétés privées; et titres de participation associés à des prêts.

64. Le dénominateur commun des catégories précitées est le caractère négociable des titres. Toutefois, par suite de l'évolution récente qui sera évoquée plus loin, le caractère documentaire de ces différents titres s'est affaibli lorsqu'il n'a pas, dans certains cas, totalement disparu. Dans ce cas, compte tenu de la disparition du document incorporant ou attestant le droit, c'est le droit "nu" lui-même qui est devenu l'objet des sûretés. L'accent est donc passé du titre négociable à la négociabilité du droit.

A. Évolution économique et technique récente

65. Les difficultés que connaît aujourd'hui le régime juridique des valeurs mobilières et, également, la création de sûretés les concernant sont dues essentiellement à l'évolution économique et technique récente.

66. On peut distinguer des causes primaires et des causes secondaires. Parmi les causes primaires les plus importantes, on peut citer les suivantes: l'accroissement considérable du montant des capitaux levés sur le marché par l'émission de valeurs mobilières; l'extraordinaire augmentation du nombre de participants directs et indirects au marché par suite de l'enrichissement général, des politiques visant à un "capitalisme pour tous" et de la facilitation de l'accès au marché; l'internationalisation et la mondialisation des marchés de valeurs mobilières en général du fait de

la volonté de rechercher les marchés nationaux les plus profitables et de répartir les risques, ce qui a permis aux participants aux marchés de détenir, négocier et nantir des titres émis dans différents pays et à procéder à des arbitrages d'un pays à l'autre.

67. Parmi les causes secondaires connexes, la première est constituée par l'accroissement des quantités de certificats représentatifs de titres qui sont négociés et la hausse des coûts relatifs aux opérations de conservation, garde, assurance, comptabilité et transfert de certificats. Des efforts ont été faits pour résoudre cette "crise de l'engorgement du papier" (*paperwork crisis*) afin de réduire les frais et d'augmenter la négociabilité en accélérant le règlement des opérations d'échanges de titres. Les premières initiatives, qui remontent aux années 20, ont consisté à instituer des systèmes de détention indirecte, les certificats représentatifs des titres étant dans ce cas détenus par la banque de l'investisseur.

68. L'autre cause secondaire découle de l'internationalisation et de la mondialisation des marchés financiers en général, qui rendent plus nécessaires encore des systèmes de détention indirecte lorsque l'émetteur est situé dans un pays autre que celui de l'investisseur, vu le caractère risqué et coûteux d'un transfert matériel de ces certificats dans le pays de l'investisseur. De plus, un tel transfert n'a aucun intérêt pratique s'il n'existe un marché actif que dans le pays de l'émetteur, sauf (ce qui est moins fréquent) lorsque les titres étrangers sont officiellement admis et cotés également sur une bourse du pays de l'investisseur. Une autre solution, propre aux États-Unis, a consisté à émettre dans le pays considéré des certificats de dépôt internes en tant que certificats américains de dépôt. Ces titres incorporent ou attestent une obligation de l'émetteur de remettre des parts de la société étrangère pour laquelle les certificats de dépôt ont été émis, ce qui permet une négociation interne indirecte des parts représentées.

69. Un tel système de détention indirecte de titres ne peut contribuer à remédier qu'à un seul aspect, même s'il est important, de la crise de l'engorgement du papier, à savoir la lourdeur des transferts de certificats. Seules des mesures visant à réduire de manière décisive les certificats représentatifs de titres peuvent constituer un véritable remède; c'est ce qui doit être fait, et ce qui a été fait, au plan juridique (voir par. 70 à 74). Les progrès technologiques les plus récents ont

facilité et faciliteront encore considérablement de profondes réformes dans ce domaine. En particulier, l'informatisation de la détention et du transfert des valeurs mobilières facilitera, voire remplacera, l'émission et la circulation de certificats représentatifs de ces valeurs.

B. Répercussions juridiques des évolutions récentes

70. Pour apprécier les répercussions des transformations économiques et technologiques récentes sur le régime juridique des sûretés et autres droits patrimoniaux sur des valeurs mobilières, il faut d'abord exposer brièvement le rôle juridique des certificats représentatifs de titres (voir par. 71 à 74). Seront ensuite décrites les conséquences des restrictions apportées au rôle des certificats (voir par. 75 à 91) et enfin les incidences de la suppression totale des certificats (voir par. 92 à 110).

1. Les certificats en tant que documents probants ou titres de propriété

71. Le caractère propre des valeurs mobilières étant leur négociabilité, il faut que les lois internes et toute réglementation internationale éventuelle s'attachent particulièrement à faciliter cette négociabilité. Jusqu'à il y a une quarantaine d'années, la négociabilité des valeurs mobilières était largement assurée par l'émission de certificats matérialisant ou au moins attestant les droits patrimoniaux afférents aux titres. De façon générale, il existe traditionnellement une distinction entre les titres au porteur et les titres nominatifs.

72. Le plus haut degré de négociabilité est attribué dans la plupart des pays aux certificats de titres au porteur, comme les obligations au porteur ou les actions au porteur, ainsi qu'aux certificats de titres nominatifs faisant l'objet d'un endossement en blanc. Le droit attaché à l'instrument est créé par l'émission de celui-ci; son transfert a lieu par la remise du certificat au cessionnaire ou à l'endossataire; l'existence du droit dépend de celle du certificat. Suivant les différentes réglementations nationales, les certificats au porteur peuvent être traités comme des espèces. Puisque le certificat en tant que titre de propriété en constitue la preuve unique et exclusive, il doit être produit si son détenteur entend exercer l'un

quelconque des droits attachés à l'instrument, comme le droit de percevoir des dividendes ou des intérêts, ou celui de voter en tant qu'actionnaire.

73. Par contre, les certificats de titres qui ne servent que de moyens de preuve ne bénéficient d'aucune négociabilité. Dans ce cas en effet, le droit n'est pas créé par l'émission du certificat mais par des actes extérieurs au document, comme l'inscription d'un actionnaire sur les registres de la société ou d'un obligataire sur les livres de l'émetteur. Toute cession est subordonnée à la radiation du précédent détenteur et à l'enregistrement du nouveau, ce qui n'est normalement possible que sur présentation du certificat et après modification de celui-ci ou émission d'un nouveau certificat. La valeur probante d'un certificat de titre nominatif peut être combattue puisque, en principe, les mentions du registre prévalent sur celles du certificat.

74. L'importance relative des certificats de titres au porteur et nominatifs diffère d'un pays à l'autre. Les investisseurs préfèrent souvent les certificats au porteur en tant que support visible de leurs placements; dans certains pays, les autorités fiscales ont demandé avec insistance que les titres soient nominatifs pour lutter contre la fraude fiscale, et différentes traditions ont joué.

2. Réduction du rôle des certificats

75. Pour surmonter la crise de l'engorgement de papier (voir ci-dessus, par. 67), on a progressivement réduit le rôle initial des certificats. Dans un premier temps, on a conçu de nouveaux procédés de dépôt et de transfert de titres qui, en fait, réduisent l'utilité des certificats sans toutefois les supprimer. Les deux plus importants procédés qui ont été mis en place dans de nombreux pays sont d'une part, l'immobilisation des certificats de titres et, d'autre part, l'émission de certificats (permanents) globaux (leurs effets juridiques sont résumés ci-après, aux paragraphes 84 à 91). La première de ces mesures, qui a souvent été appliquée, n'a pas suffi à réduire le nombre de certificats émis, mais elle a eu pour résultat pratique d'immobiliser les multiples certificats existants et de les remplacer par un autre support. Cela s'est fait et continue de se faire, soit en persuadant les investisseurs (par l'offre de taux favorables) d'accepter volontairement, soit en leur imposant de confier leurs certificats à des banques ou des courtiers afin qu'ils soient placés dans des dépôts

collectifs détenus par un établissement spécialisé jouant exclusivement le rôle de dépositaire central. De tels dépositaires collectifs centraux (ou décentralisés) ont été par exemple institués dans les pays suivants: Allemagne, Argentine, Brésil, Canada, États-Unis, France, Italie, Japon, Mexique, Pays-Bas et Singapour. Une législation spéciale détaillée a été adoptée par exemple en Italie (1986), au Japon (1984) et aux Pays-Bas (1977).

76. Ce système élémentaire à deux niveaux – banque ou courtier au niveau inférieur, dépositaire central au niveau supérieur – est souvent complété par un ou deux niveaux supplémentaires. Il se peut, par exemple, que les dépositaires centraux ne conservent pas en fait tous les certificats mais qu'ils puissent déléguer cette tâche à des intermédiaires spécialisés. Cela se produit régulièrement dans la pratique lorsque des titres d'émetteurs étrangers sont en cause (comme il a déjà été indiqué; voir par. 68). Les certificats représentatifs de tels titres sont normalement conservés dans leurs pays d'émission, en fonction de différents arrangements entre le dépositaire central du pays de l'investisseur et des dépositaires (centraux ou autres) des différents pays d'émission. Une autre solution est le dépôt de titres étrangers auprès de dépositaires internationaux spécialisés.

77. Quel que soit le nombre de niveaux, les effets juridiques fondamentaux de tous les dépôts collectifs sont essentiellement les mêmes, à savoir que chacun des certificats déposés par un investisseur et intégré dans le dépôt collectif n'est plus attribué à son déposant. Si, et dans la mesure où, on autorise la restitution de certificats individuels, chaque déposant n'a le droit de demander que le même nombre (dans le cas d'actions) ou le même montant (dans le cas d'obligations) de certificats du même type que ceux qu'il a initialement déposés. De même, dans le cas de tout autre acte de disposition, par exemple une vente ou un nantissement, celui-ci porte sur un nombre ou un montant identique de titres du même type que ceux qui ont été déposés.

78. La gestion, y compris la tenue de comptes indispensables, a lieu à deux niveaux au moins. Les types et les montants de titres déposés par chacun des investisseurs sont inscrits sur les livres de la banque, du courtier ou de tout autre intermédiaire dont l'investisseur est le client. Ces intermédiaires, à leur tour, sont membres d'un organisme dépositaire central

à qui ils remettent tous les certificats de titres qu'ils reçoivent de leurs clients. Les types et le nombre de certificats remis collectivement par chacun des intermédiaires sont inscrits sous son nom dans les livres du dépositaire collectif. Ils s'ensuit que seuls les intermédiaires peuvent disposer, sur instructions de leurs clients, des titres inscrits dans les livres du dépositaire central au nom de l'intermédiaire. Cela s'applique, par exemple, aux ventes ou nantissements effectués sur ordre des clients.

79. Pour ce qui est de l'exercice des droits monétaires attachés aux certificats de titres, par exemple la perception de dividendes ou d'intérêts, il faut faire une distinction entre les certificats au porteur et les certificats nominatifs. Dans le premier cas, les intermédiaires communiquent à l'émetteur l'ensemble des droits collectifs de leurs clients déposants, encaissent le versement global et en répartissent le montant entre leurs clients investisseurs selon leurs droits respectifs. Dans le cas de certificats nominatifs, ceux-ci peuvent être inscrits individuellement pour chaque investisseur auprès de l'émetteur, mais il peut aussi être convenu d'un enregistrement collectif, soit de chaque intermédiaire, soit d'un établissement tiers neutre.

80. L'exercice de droits de vote est plus individualisé puisque chaque actionnaire qui décide de ne pas assister à une assemblée est invité à voter individuellement par écrit.

81. Ce qui est intéressant dans le présent contexte est que dans aucun de ces cas d'exercice des droits inhérents aux titres ou d'actes de disposition les concernant, il n'est nécessaire de transférer ou de présenter les certificats. Les droits attachés aux titres sont exercés par un jeu d'écritures dans des registres aux deux niveaux au moins où ceux-ci sont tenus. Il en va de même des actes de disposition des titres. L'immobilisation des certificats signifie ainsi que la présentation des certificats et leur transfert sont remplacés par des écritures correspondantes sur un registre. Il reste qu'en dernière analyse, ces écritures sont assises sur autant de certificats.

82. Techniquement, on peut franchir un pas supplémentaire considérable en supprimant l'émission de tout certificat individuel représentatif de titre et en émettant à la place un certificat global permanent matérialisant ou attestant l'ensemble de l'émission, c'est-à-dire le nombre total des actions "émises" ou le

montant total d'un emprunt obligatoire. Si ce pas est franchi (sous réserve qu'il ait la base légale nécessaire, comme le droit d'une société de ne pas émettre de certificats individuels d'actions), cela permet de faire l'économie des frais considérables d'impression, de conservation, de garde, de transfert et d'assurance des certificats individuels.

83. Les incidences d'un système de titres fondé sur des certificats globaux ne diffèrent pas essentiellement de celles d'un système d'immobilisation des certificats. Cela explique aussi pourquoi les deux systèmes coexistent souvent parallèlement. En simplifiant quelque peu, on pourrait dire que l'émission d'un certificat global entraîne les mêmes conséquences que l'immobilisation de certificats individuels, si ce n'est que ces conséquences apparaissent d'emblée, c'est-à-dire dès l'émission du certificat global, et non après le dépôt des certificats individuels. Ainsi, dans la hiérarchie élémentaire à deux niveaux, les banquiers ou courtiers se répartissent directement et proportionnellement les droits attachés à la part globale ou attestés par celle-ci, et les clients se partagent indirectement ces droits par le truchement de leurs intermédiaires.

3. Conséquences juridiques de la réduction du rôle des certificats

84. Le principal fait nouveau qui a été noté est que l'investisseur a perdu tout lien direct avec l'émetteur de ses titres. Il ne possède plus directement de titres au porteur qui lui permettraient de faire valoir les droits attachés aux certificats représentatifs de ces titres à l'encontre de l'émetteur. Il en va souvent de même pour les titres nominatifs, dès lors que, comme cela est fréquemment le cas, l'actionnaire ou l'obligataire individuel est inscrit, non plus dans les livres de l'organisme émetteur, mais seulement dans ceux de sa banque ou de son courtier.

85. L'intervention de ces intermédiaires, entre autres, crée de nouveaux risques, notamment en cas d'insolvabilité d'un maillon quelconque de la chaîne des intermédiaires. La plupart des pays ont apparemment réagi à ce risque en décidant que l'investisseur acquiert, au lieu de l'ancien droit de propriété exclusif sur des titres représentés par un certificat, une part de copropriété dans le fonds collectif de certificats ou dans le certificat global déposé auprès du dépositaire central. Ainsi, c'est

encore des certificats de titres immobilisés ou du certificat global que découle le droit de propriété de l'investisseur client par le biais de tous les niveaux intermédiaires. Toutefois, dans les pays de droit romain où le transfert de propriété requiert également le transfert de possession, des problèmes se posent pour procéder à ces transferts par la chaîne des intermédiaires.

86. On peut en outre se demander si, en fait, les règles relatives au transfert de propriété qui sont conçues pour le transfert de biens mobiliers corporels sont applicables, puisque l'investisseur a désormais un droit incorporel et que la possession d'un bien incorporel est difficilement envisageable. C'est pourquoi de plus en plus, une clarification législative s'impose afin de lever tous les doutes quant au statut juridique et à la protection de l'ensemble des participants aux systèmes modernes, à plusieurs niveaux, de détention de titres.

87. Un problème étroitement lié à la question précédente de la protection de l'investisseur en tant que détenteur de titres est celui de sa protection en tant qu'acheteur ou vendeur. Comment sa situation est-elle juridiquement assurée à l'occasion de cessions de titres? En particulier, comment la protection de droits assis sur le transfert de possession est-elle assurée dans un système où il y a transfert de droits incorporels insusceptibles de possession?

88. Un troisième aspect concerne la protection des créanciers de l'investisseur titulaires d'une sûreté. Il faut souligner que la constitution d'une sûreté sur des valeurs mobilières joue un rôle important dans la pratique, les titres étant un type idéal de garantie en ce qu'ils sont facilement disponibles, peuvent être facilement créés et aussi facilement vendus et réalisés.

89. Trois questions se posent. Tout d'abord, est-il possible d'obtenir rapidement une sûreté fiable sur les titres du débiteur? Deuxièmement, le créancier titulaire de la sûreté est-il suffisamment protégé à l'égard de droits concurrents de tiers? Et enfin, les règles relatives à la réalisation de la sûreté s'accordent-elles avec les particularités d'une garantie très facilement négociable?

90. Eu égard à la mondialisation des marchés financiers ainsi que des portefeuilles de titres détenus par des investisseurs individuels, le déclin des certificats pose un problème important quant au droit

applicable. Des titres représentés par des certificats individuels qui incorporent les droits de l'investisseur, comme les certificats au porteur, sont réputés être des biens corporels et sont donc régis par la loi de l'État où ils sont situés (*lex rei sitae*). Pour des titres nominatifs, en particulier des actions nominatives, la question de savoir si, et dans quelle mesure, cette qualification s'applique dépend de la loi du pays de l'émetteur.

91. Compte tenu de la tendance actuelle à la réduction du rôle des certificats, on a pu sérieusement s'interroger quand à la pertinence de la règle traditionnelle *lex rei sitae* généralement reconnue.

C. Suppression des certificats

92. Dans les systèmes juridiques où le rôle des certificats représentatifs de titres a été simplement limité, soit les certificats ont été conservés et immobilisés, soit un seul certificat permanent global a été émis. Techniquement, par rapport à un certificat global unique, la suppression de l'émission de tout certificat ne constitue qu'un petit pas supplémentaire. Il n'en est pas moins vrai que, juridiquement, ce petit pas a des conséquences de grande portée.

93. La décision de supprimer l'émission de tout certificat peut être prise volontairement par des émetteurs individuels, sous réserve qu'ils y soient autorisés. Au contraire, la suppression des certificats peut être imposée par la loi pour toutes les valeurs mobilières. La première solution a été retenue, notamment, par la Belgique (1995), l'Espagne (1988/1992), les États-Unis (1977) et l'Inde (1996). Pour les effets publics, un système de dématérialisation a déjà été adopté, le registre central étant habituellement tenu par un organisme dépendant du ministère des finances. La dématérialisation a été instituée, entre autres, au Danemark (1980/1982), en France (1982/1983), en Italie (1998), en Norvège (1985), à Singapour (1993) et en Suède (1989).

94. Quelle que soit l'approche adoptée, volontaire ou contraignante, il est nécessaire de réglementer le régime juridique des titres dématérialisés, ce qui a été fait dans tous les pays précités. Une étude comparée ne s'imposant pas dans le cadre du présent rapport, il suffira d'indiquer les questions les plus importantes traitées par les différentes législations et réglementations.

95. Sous l'angle institutionnel, c'est le système à deux niveaux, tel qu'il a déjà été exposé dans ses grandes lignes (par. 75 et 76) pour les systèmes qui restreignent le rôle des certificats, qui a été adopté. Dans le présent contexte, naturellement, les intermédiaires du niveau inférieur, à savoir les banques et les courtiers, ne jouent plus le rôle de dépositaires collectifs, pas plus que l'institution centrale, au niveau supérieur, ne joue celui de dépositaire central. Au contraire, le rôle de tous ces organismes se ramène à la tenue d'écritures – les banquiers/courtiers pour leurs clients investisseurs, et l'institution centrale pour les banques et courtiers qui en sont membres.

96. La fonction de tenue d'écritures est la même que dans les systèmes qui restreignent le rôle des certificats. La détention des titres, leur transfert tout comme leur nantissement résultent d'un jeu d'écritures correspondant à tous les niveaux du système, mais principalement au niveau inférieur.

97. Avec la suppression totale de tout certificat représentatif des titres, plus rien ne justifie que les droits de l'intermédiaire ni ceux de l'investisseur soient qualifiés de copropriété soit des certificats fongibles dans le dépôt collectif, soit du certificat global permanent déposé. Cela vaut particulièrement pour les systèmes juridiques qui limitent le droit de propriété aux biens corporels susceptibles de possession. Il y a tout lieu de supposer que les droits qui sont attestés ou constitués par un jeu d'écritures dans des livres sont incorporels et ne sont donc pas susceptibles de possession.

98. Selon les règles générales qui, pour l'essentiel, semblent être universellement suivies, les actes de disposition patrimoniale sur des biens incorporels c'est-à-dire, en particulier, le transfert de propriété et la création de sûretés, sont soumis à des règles de cession spéciales qui s'écartent des règles correspondantes régissant les actes de disposition patrimoniale sur des biens mobiliers corporels. Les différences concernent le mode de transfert, toute remise matérielle étant manifestement impossible. De plus, de telles règles ne protègent pas en général très clairement un cessionnaire de bonne foi contre les vices affectant le droit du cédant sur le bien incorporel ou sa faculté d'en disposer.

99. Plus important encore est le degré différent de protection conféré à des biens incorporels en cas d'insolvabilité du détenteur intermédiaire du droit. La

question est celle de la protection de l'investisseur en cas d'insolvabilité des "nouveaux" détenteurs intermédiaires, c'est-à-dire les différents membres des deux niveaux (ou davantage) de dépositaires collectifs intermédiaires et centraux. Sous l'angle économique, le risque considéré est très faible en ce qui concerne les différents dépositaires centraux nationaux, dans la mesure où leurs fonctions sont généralement strictement limitées à la conservation de registres centraux et, dans le cadre des "systèmes de réduction des certificats" (voir par. 75 à 77), au dépôt de certificats immobilisés ou globaux. Il n'y a ainsi quasiment pas de risque de crédit. La même observation vaut probablement pour des sociétés dépositaires spécialisées. Il en va tout autrement des membres du niveau inférieur, c'est-à-dire les banques, les courtiers et les établissements analogues qui poursuivent des objectifs commerciaux généraux et dont la fonction intermédiaire de tenue d'écritures concernant les droits de leurs clients dans des dépôts collectifs ne constitue qu'une tâche (peut-être d'ailleurs d'importance mineure) parmi bien d'autres. Le droit portant sur des biens incorporels est traditionnellement considéré, en principe, comme un droit exclusivement personnel qui, dès lors, ne confère pas à son détenteur une protection patrimoniale en cas d'insolvabilité éventuelle d'un intermédiaire. C'est là un recul important par rapport à la protection intégrale dont jouit l'investisseur en qualité de copropriétaire, en vertu des règles régissant les dépôts collectifs fondés sur des certificats immobilisés ou sur un certificat global permanent. Afin d'éviter une telle diminution de la protection de l'investisseur, les lois particulières qui régissent les titres totalement dématérialisés prévoient généralement que la situation de l'investisseur est celle d'un copropriétaire des titres inscrits sous son nom. La garantie de ce statut patrimonial est un élément essentiel de toute réglementation moderne nationale ou internationale relative à la détention, au transfert et au nantissement de titres dématérialisés.

100. La "réification" des droits de l'investisseur sur les valeurs mobilières est également un facteur important pour réglementer la constitution, le statut, la protection et la réalisation de sûretés sur ces valeurs. À cet égard, il existe une différence importante entre les systèmes de *common law* et ceux de droit romain: alors que ces derniers autorisent le nantissement de biens incorporels, les pays de *common law* le refusent au motif que la condition préalable essentielle, à savoir la

remise des biens mobiliers gagés au créancier gagiste, ne peut être remplie dans le cas de biens incorporels. Les pays de droit romain remplacent la remise des biens par une notification au débiteur. En remplacement du nantissement impossible, les systèmes de *common law* autorisent la cession (à titre de sûreté) de biens incorporels. Cette forme de garantie solide est également autorisée par certains pays de droit romain, tandis que d'autres la considèrent comme un moyen de tourner les règles légales du gage et du nantissement et n'autorisent donc pas la cession à titre de sûreté.

101. Il peut être remédié aux difficultés résultant de ce type de divergences fondamentales (et d'autres divergences mineures) par la réification des droits incorporels des investisseurs sur les titres. Cela permet alors d'appliquer les règles normales de nantissement des biens mobiliers corporels.

102. Une adaptation au système général de tenue de comptes de titres n'en reste pas moins nécessaire. On peut cependant y parvenir en prévoyant, soit des comptes spéciaux de nantissement, soit la mention des nantissements sur le compte existant du constituant.

103. Bien que le régime des nantissements soit relativement cohérent dans tous les pays, il existe néanmoins certaines différences, et ce régime devrait être adapté aux exigences particulières de la constitution de sûretés efficaces sur les valeurs mobilières. Un élément (probablement source de controverses) est le souhait des prêteurs sur titres d'être autorisés à remettre en gage les valeurs déjà gagées. D'autres points concernent l'assouplissement de certaines formalités lourdes et onéreuses exigées pour la validité d'un nantissement, et notamment la création d'un régime simple et rapide de réalisation par le créancier gagiste, lequel, compte tenu du bon fonctionnement actuel des marchés boursiers, devrait certainement être plus libéral que pour les gages constitués sur d'autres biens.

104. Dans ce contexte, deux autres questions se posent. Tout d'abord, il faut se demander s'il est possible de fusionner toute réglementation relative à un nantissement modernisé avec d'autres équivalents juridiques ou fonctionnels. Les autres solutions juridiques sont les transferts de propriété des valeurs; les autres solutions fonctionnelles sont notamment les contrats de mise en pension ("repo") qui sont très fréquemment employés, en raison probablement de

l'absence de formes modernes appropriées de nantissement. Il semble toutefois que ce soit là une question qui ne puisse et ne doive pas être réglée au stade actuel, mais qui pourrait être laissée à des débats ultérieurs.

105. Un autre problème est celui de savoir si l'élaboration d'une réglementation spécifiquement applicable aux sûretés ne compromettra pas éventuellement des projets plus vastes de développement de règles générales harmonisées pour des sûretés modernes, couvrant tous les types de biens. Il semble toutefois que les particularités de la constitution, la protection et la réalisation de sûretés sur des valeurs mobilières permettent de justifier des dérogations au régime général en raison des traits propres du bien grevé en cause.

106. Compte tenu de la mondialisation des marchés financiers en général et aussi, par voie de conséquence, des portefeuilles détenus tant par les grands investisseurs professionnels que par les petits investisseurs privés, la dernière mais difficile question est celle de savoir quelle loi s'applique aux aspects patrimoniaux de la détention, du transfert et du nantissement de titres.

107. Dans le cadre du système traditionnel de valeurs mobilières représentées par un certificat et détenues individuellement, la règle générale était que les aspects patrimoniaux des titres étaient régis par la loi du pays de l'émetteur, sauf si ladite loi renvoyait – comme elle le faisait habituellement pour les titres au porteur et équivalents – à la *lex situs* des certificats. Toutefois, eu égard au nouveau contexte économique et juridique qui a été brièvement exposé plus haut (par. 65 à 69 et 71 à 74), on peut se demander si ces deux règles fondamentales de conflit de lois restent adaptées à la situation actuelle.

108. Compte tenu du rôle généralement restreint des certificats (voir par. 75 à 83) et de leur suppression ultime dans certains pays, la plus forte incertitude concerne la règle subsidiaire de conflit fondée sur la *lex situs* des certificats. Lorsque la grande majorité ou la totalité des certificats d'une émission sont immobilisés et déposés en un lieu, ou lorsque le certificat global unique se trouve localisé en un lieu, est-ce la loi de ce lieu – en tant que *lex situs* – qui régit véritablement les droits patrimoniaux de tous les propriétaires de titres, qui résident peut-être dans toutes les régions du monde? Dans le cas d'un résident

japonais qui acquiert des parts d'une société allemande, lesquelles font l'objet d'un dépôt central en Allemagne, la question de savoir si, et à quel moment, l'acheteur devient propriétaire est-elle régie par la loi allemande, bien que les formalités de cession soient effectuées au Japon par des jeux symétriques d'écritures effectués par les banques respectives du vendeur et de l'acheteur au Japon? La situation est-elle différente selon que le vendeur est une banque japonaise au Japon ou une banque allemande en Allemagne? Dans une opération boursière, l'acheteur ne connaît pas normalement l'identité ou la résidence de son vendeur. Les mêmes problèmes se posent en cas de constitution d'une sûreté sauf que, dans ce cas, les parties connaissent leur identité respective.

109. Naturellement, dans le cas d'une suppression totale des certificats, la question du lieu de situation des titres n'a plus d'objet.

110. Une règle de remplacement de la *lex situs*, qui a été proposée par certains auteurs et adoptée par quelques législateurs, est la loi régissant l'inscription dans les comptes. Cette solution est pertinente dans de nombreux cas, lorsque les deux parties résident dans le même pays et que leur identité est connue. Elle ne semble toutefois pas convenir pour un acte de disposition transfrontalier lorsqu'il est nécessaire d'inscrire l'opération dans les deux pays, car il serait difficile de déterminer si l'une des deux écritures doit prévaloir sur l'autre et dans l'affirmative, laquelle.

D. Travaux en cours concernant la constitution de sûretés sur des valeurs mobilières

111. Il a été dit que l'absence d'harmonisation des lois et règlements relatifs aux biens grevés empêche le développement de la constitution de garanties dans de nombreuses régions, en particulier en Europe, et que l'insécurité juridique reste une préoccupation majeure des organismes qui garantissent des opérations à travers le monde²³. C'est pourquoi il n'est pas surprenant que plusieurs initiatives aient été prises pour améliorer le régime juridique des valeurs mobilières. Ces initiatives sont de deux types: les premières visent à l'unification des règles de droit matériel, les autres se rapportent à l'unification des règles de conflit de lois.

112. En 2000, la Commission des communautés européennes a publié un avant-projet de directive sur l'utilisation transfrontalière des garanties. Il ressort toutefois de l'article premier du texte que seules les "garanties financières" seront couvertes. Le projet vise tant les "sûretés" que le "transfert de propriété". Sur le fond, le projet traite brièvement de la constitution d'une sûreté, il autorise l'utilisation de la garantie et vise la réalisation par le créancier. Celle-ci ne doit pas être interdite si le constituant de la garantie fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité et certains arrangements doivent également échapper aux règles de cette procédure touchant la validité des opérations effectuées pendant la période suspecte. Enfin, il est proposé une règle de conflit de lois pour les titres en compte courant, laquelle s'appliquerait, que la loi visée soit ou non celle d'un État membre.

113. Certains États membres de la Conférence de La Haye de droit international privé ont demandé au début du mois de mai 2000 que la Conférence inscrive à son ordre du jour les conflits de lois en matière de titres détenus par des intermédiaires. La proposition initiale était limitée aux problèmes de conflit de lois en cas de constitution de sûretés sur des titres. Toutefois, il a été ultérieurement souligné qu'il serait illogique de limiter l'examen aux principes de conflit de lois applicables à un seul type d'acte de disposition et que rien ne justifiait que la convention proposée ne traite pas de tous les actes de disposition de titres détenus par des intermédiaires.

114. Au terme d'un débat, la Conférence de La Haye a décidé que le nouveau sujet proposé devrait être inscrit à l'ordre du jour de la prochaine conférence diplomatique prévue en juin 2001. Un groupe de travail a été créé. Il a été proposé que la règle de conflit à élaborer énonce le critère de la loi du "lieu de la situation de l'intermédiaire concerné".

115. Il faut indiquer que le projet précité de directive de l'Union européenne sur l'utilisation transfrontalière des garanties comporte aussi une règle de conflit de lois pour les titres en compte courant. Selon le projet d'article 11, la priorité et la réalisation de tout droit ou de toute sûreté sur des titres en compte courant sont régies par la loi du pays dans lequel est ouvert le compte considéré.

116. Comme il a été indiqué plus haut (par. 65 à 69), au cours des 30 dernières années, la détention, le transfert et le nantissement de titres ont subi une

évolution dans de nombreux pays, dont la législation n'a toutefois tenu compte que dans une faible mesure et selon des modalités extrêmement différentes. De manière générale, l'essentiel du droit privé général est totalement inadapté aux exigences des opérations modernes sur titres. Cette inadaptation des règles nationales et l'absence de règles applicables aux opérations transfrontalières augmentent les frais de toutes les opérations de ce type et entravent le progrès économique. Les statistiques indiquent clairement l'importance du volume de valeurs financières en cause. Enfin, les initiatives récentes dans le domaine des opérations sur titres étayent les conclusions précédentes et soulignent la nécessité de moderniser la législation, à l'échelon tant national qu'international.

117. S'agissant de l'opportunité d'entreprendre des travaux sur les sûretés, la première question à examiner est celle de savoir si de nouvelles règles ne doivent être envisagées que pour la constitution et la réalisation de sûretés sur des valeurs mobilières alors qu'il ressort des observations faites précédemment (par. 65 à 69 et 70 à 74) que les insuffisances des régimes juridiques ne se limitent pas à la constitution et à la réalisation de sûretés, mais que les mêmes facteurs touchent aussi les règles juridiques connexes relatives à la détention et au transfert de titres.

118. Tous ces aspects sont interdépendants et forment un tout. Chacun dépend de la solution retenue pour le régime de base, c'est-à-dire la forme juridique de la détention de titres par les investisseurs et leurs intermédiaires. Et puisque le régime juridique applicable à tous ces aspects est relativement incertain et insatisfaisant, il ne serait pas judicieux de ne traiter que l'un d'entre eux.

119. Il n'en serait pas moins possible de limiter le sujet aux sûretés constituées sur des titres, ce que démontre, par exemple, et sous réserve d'une analyse plus approfondie, l'existence du projet de directive des Communautés européennes sur l'utilisation transfrontalière des garanties.

120. Une autre question relative à la délimitation du sujet est celle de savoir si toute proposition nouvelle devrait se limiter aux "purs" systèmes dématérialisés caractérisés par une suppression totale de tous les certificats, ou s'il faudrait y inclure également les régimes applicables aux titres immobilisés ou ceux fondés sur un certificat global. On peut préférer l'approche large. Comme il a été démontré, la

“rupture” juridique décisive survient dès que les certificats sont mis hors service et immobilisés, de telle sorte qu’il faut les remplacer essentiellement par des jeux d’écriture.

121. Une autre question de délimitation est celle de savoir si un instrument devrait s’appliquer à la fois aux situations internes et aux situations internationales, ou s’il ne devrait traiter que de ces dernières.

122. L’élaboration d’un ensemble de règles couvrant les opérations internes et transfrontalières de souscription et de disposition ne supprimera pas la nécessité d’envisager d’éventuels conflits de lois, lesquels pourront surgir dès lors qu’un pays qui n’aura pas adopté les règles à élaborer sera concerné.

VI. Sûretés constituées sur des éléments particuliers d’actif: les droits de propriété intellectuelle

123. À sa trente-troisième session, la Commission a désigné les droits de propriété intellectuelle comme un autre sujet éventuel de travaux futurs dans le domaine des sûretés constituées sur des éléments particuliers d’actif spécifiques²⁴.

124. Aux fins du présent examen, l’expression “droits de propriété intellectuelle” s’entend notamment des éléments suivants: droits d’auteur et droits connexes; marques; noms commerciaux et autres signes commerciaux distinctifs; indications géographiques; dessins industriels; brevets; topographies de circuits intégrés; secrets commerciaux et, plus généralement, renseignements non divulgués.

125. La valorisation croissante de tels droits et le fait qu’ils constituent une composante essentielle de la valeur des entreprises a conduit à les considérer comme des éléments d’actif susceptibles de servir de garantie.

126. Sous l’angle juridique, les difficultés surgissent du fait que les lois relatives aux droits de propriété intellectuelle mettent habituellement l’accent sur le transfert de propriété sans prévoir de règles spécifiques relatives à la constitution de sûretés. Dès lors, c’est habituellement à la jurisprudence qu’il incombe d’adapter aux droits de propriété intellectuelle les règles générales relatives aux sûretés. Il en résulte de nombreuses incertitudes quant aux règles de droit matériel régissant l’exercice du droit de propriété

intellectuelle pendant toute la durée de la sûreté, qui concernent, par exemple, les questions suivantes: conclusion d’accords de licence; traitement des atteintes au droit; extension de la sûreté aux bénéficiaires et revenus résultant du droit (comme les redevances); conséquences de l’annulation du droit ou de l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité concernant le débiteur propriétaire du droit de propriété intellectuelle; portée de l’autonomie des parties; et conditions de forme requises pour l’opposabilité (perfection) de la sûreté.

127. Il existe un autre domaine d’incertitude concernant les marques. Selon certaines législations, les marques ne peuvent être cédées séparément du fonds ou du produit qu’elles représentent, sous peine de nullité de la cession. Puisque la réalisation de la sûreté sur la marque exigerait la cession tant de la marque que de l’entreprise, la validité de la sûreté sur la marque est subordonnée à la constitution simultanée d’une sûreté sur l’entreprise dans son ensemble²⁵.

128. Il semble également qu’il soit parfois difficile d’identifier et d’évaluer les droits de propriété intellectuelle, d’une part lorsqu’il n’existe aucun registre pour des types spécifiques de droit de propriété intellectuelle et d’autre part, même s’il existe un registre, parce que l’enregistrement peut se révéler lourd et onéreux, s’agissant d’éléments qui sont en permanence révisés et remplacés par des versions mises à jour et toujours plus complexes.

129. Un moyen de s’appuyer sur un droit de propriété intellectuelle pour obtenir un financement sans subir les incertitudes liées à la constitution d’une sûreté consiste à transférer la propriété de ce droit au créancier. En tant que détenteur du titre de propriété, le créancier peut ensuite rétrocéder une licence sur ce droit au débiteur, lequel peut continuer à l’exercer et à l’exploiter. Un inconvénient de cette approche est que le créancier, en tant que détenteur du titre de propriété, est tenu d’effectuer tous les dépôts et de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le maintien du droit, qu’il soit ou non associé à l’activité du débiteur. Le créancier est également tenu d’agir en cas d’atteinte au droit de propriété intellectuelle. D’autres difficultés peuvent en outre surgir en raison de la nécessité d’inclure dans la licence des dispositions garantissant que le débiteur n’utilisera pas le droit de propriété intellectuelle de manière à diminuer la valeur de la garantie, ce qui compromettrait la situation du

créancier. Ces difficultés et ces risques peuvent réduire l'attrait de ce dispositif pour les créanciers, à plus forte raison lorsqu'ils ne tiennent pas à être directement associés à l'activité du débiteur.

130. Certains pays de droit romain autorisent la création de sûretés sur des droits de propriété intellectuelle dans le cadre du mécanisme de nantissement des droits, en vertu duquel le créancier a droit au produit de la vente de ces droits en cas de défaillance du débiteur.

131. D'autres pays autorisent l'utilisation de droits de propriété intellectuelle à titre de garantie dans le cadre de différents mécanismes juridiques, couramment qualifiés de charges "fixes" ou de charges "flottantes". La particularité essentielle d'une charge flottante par rapport à une charge fixe tient au fait que la sûreté est alors constituée, non sur un élément d'actif spécifié mais sur un ensemble fluctuant d'actifs que le débiteur a le droit d'utiliser au cours de son activité. Ces actifs, qui peuvent inclure un ou plusieurs droits de propriété intellectuelle, restent totalement sous le contrôle du débiteur pendant toute la durée de la sûreté et peuvent comprendre, entre autres, du matériel spécifiquement conçu pour la production d'un produit breveté ou des articles du stock commercialisés sous une ou plusieurs des marques du débiteur. Étant donné que l'exploitation est un élément essentiel à la survie des droits de propriété intellectuelle en tant qu'actifs dotés d'une valeur économique, ce mécanisme permet la préservation de cette valeur malgré l'existence d'une sûreté. En cas de réalisation de la sûreté dans le cadre d'un mécanisme de charge flottante, le créancier n'a le droit de recevoir que le montant pour lequel la sûreté a été constituée sur le produit de la vente des biens du débiteur et il participe à la répartition dudit produit avec les autres créanciers, qu'ils soient ou non titulaires d'une sûreté.

132. Lorsqu'une sûreté sur un droit de propriété intellectuelle est constituée sous la forme d'une "charge fixe", la sûreté bénéficie exclusivement à un créancier déterminé. Celui-ci est en conséquence privilégié par rapport à tout autre créancier pour ce qui concerne le produit découlant de la vente du droit. Dans le cadre d'une charge fixe, cependant, le titre patrimonial sur l'élément d'actif grevé est transféré au créancier à qui sont conférés tous les droits accessoires de la propriété. Cette particularité peut engendrer des inconvénients semblables à ceux découlant du système

de cession pur et simple associé à une rétrocession de licence au débiteur, dans le cas où le créancier ne souhaite pas contrôler l'utilisation et l'exploitation du droit de propriété intellectuelle.

133. Une autre difficulté découle de la règle dite de la "territorialité" des droits de propriété intellectuelle, à savoir les marques et les brevets déposés, c'est-à-dire une règle générale et universelle selon laquelle les droits exclusifs résultant du dépôt sont géographiquement limités au territoire de l'État dans lequel cette formalité a été accomplie pour la marque ou le brevet en cause et sont régis par la loi de cet État²⁶.

134. La règle de la territorialité signifie aussi que les droits de propriété intellectuelle sont subordonnés au dépôt et à l'enregistrement auprès des autorités administratives du pays où la protection et la réalisation sont sollicitées. L'effet juridique de ces formalités varie. Dans certains systèmes, l'enregistrement est une simple source d'information, tandis que dans d'autres, l'existence du droit de propriété intellectuelle (ou de toute forme de droit sur celui-ci, comme une sûreté) est subordonnée à l'enregistrement. Cette différence de traitement constitue immanquablement une nouvelle source d'insécurité et rend plus difficile l'utilisation de droits de propriété intellectuelle pour obtenir un financement.

135. Ces difficultés devraient s'accroître avec le développement de nouvelles formes de droits de propriété intellectuelle en relation avec l'essor du commerce électronique. Jusqu'à présent, l'exemple le plus remarquable est celui des appellations de domaine, dont le lien avec les marques traditionnelles reste mal défini.

136. Les incertitudes procédurales et de fond quant au régime applicable aux sûretés constituées sur des droits de propriété intellectuelle compromettent l'offre de crédits liée à ces droits. Pour faciliter l'utilisation de droits de propriété intellectuelle à titre de garantie, une amélioration de la prévisibilité et de la sécurité juridique est souhaitable, tant pour les propriétaires de droits de propriété intellectuelle que pour les créanciers.

VII. Questions de droit international privé

A. Importance des règles de conflit dans le cadre de l'unification des règles de droit matériel

137. Il est communément admis que l'unification des règles de droit matériel doit être préférée à celle des règles de conflit²⁷, ce qui ne signifie pas que les questions de conflit de lois soient sans importance dans le cadre de l'unification du droit matériel. Dans certains cas, même si l'on parvenait à une uniformisation générale des règles de droit matériel, il serait toujours nécessaire de disposer d'indications quant aux règles de conflit pour diverses raisons. D'une part, dans la mesure où les effets de la sûreté, entre les parties ou uniquement à l'égard des tiers, dépendent, en droit interne, de l'inscription dans un registre public ou d'un acte de publicité équivalent, les créanciers garantis ont besoin d'indications quant aux règles de rattachement pertinentes (sauf si un registre international est mis en place). D'autre part, le droit relatif aux opérations assorties d'une sûreté ne constitue pas un corps de règles autonomes, mais il a des liens avec divers autres domaines, notamment les suivants: droit des contrats, droit des obligations et voies d'exécution des décisions de justice, droit relatif à la protection des consommateurs, droit des sociétés, droit de la faillite et droit de l'insolvabilité. L'uniformisation, au niveau international, de règles de fond régissant les sûretés n'entraînera pas l'unification de tous ces domaines connexes. Il demeurera plus ou moins nécessaire de disposer de critères de rattachement pour déterminer la loi applicable aux questions se posant aux confins du domaine des opérations assorties de sûretés et de ces domaines connexes. Enfin, à supposer qu'un régime de droit matériel uniforme pour les opérations assorties de sûretés soit élaboré dans le cadre d'une convention internationale, le texte comportera inévitablement des lacunes.

B. Biens corporels

138. Comme dans les autres parties du présent document, le terme générique "sûreté" est utilisé ici pour désigner les droits réels créés par un dispositif de garantie tant formel que fonctionnel (par exemple

nantissement, hypothèque ou charge) ainsi que les sûretés constituées par le biais d'autres arrangements (par exemple, cession, bail, transfert ou réserve de propriété ou encore fiducie) pour garantir une vente ou un prêt. Dans la présente section, il est fait une distinction entre, d'une part, les questions purement contractuelles qui se posent entre les parties immédiates à une opération créant ou attestant des droits réels, lesquelles relèvent généralement du principe de l'autonomie des parties et, d'autre part, les aspects patrimoniaux²⁸.

139. Il est largement admis qu'en règle générale, les aspects patrimoniaux de contrats relatifs au transfert ou à la création de droits réels sur des biens mobiliers corporels, y compris à la constitution de sûretés, sont régis par la loi du lieu où sont situés les biens. Ces aspects comprennent notamment les conditions de forme exigées pour la validité d'une sûreté, la validité de la sûreté quant au fond, la date de sa constitution, son opposabilité aux tiers et son rang de priorité.

140. Une autre approche consiste à établir une distinction entre les litiges concernant les parties immédiates à une opération et les différends avec des tiers, plutôt qu'une distinction entre les effets contractuels d'une opération et ses effets patrimoniaux. Suivant cette approche, les effets contractuels comme les effets patrimoniaux de l'opération pourraient être régis par une loi librement choisie lorsque le différend concerne uniquement les parties immédiates²⁹. Cette approche a l'avantage de favoriser l'autonomie des parties. Toutefois, dans la mesure où les parties prévoient d'emblée qu'il pourra être nécessaire de procéder à l'aliénation des biens grevés et à leur vente à un tiers, en cas de défaillance du débiteur, il sera difficile de limiter les litiges d'ordre patrimonial aux parties contractantes immédiates.

141. Les conditions de forme semblent poser des problèmes particuliers en ce qui concerne les biens mobiliers car, habituellement, le contrat est aussi l'instrument par lequel la sûreté est constituée. Toutefois, le respect de certaines prescriptions de forme (par exemple, exigences d'un écrit, d'une "date certaine" authentifiée ou de l'enregistrement du contrat) peut être une condition indispensable de la validité de la sûreté en tant que droit patrimonial selon la loi du lieu où est situé le bien. En théorie, il résulte de la distinction entre effets contractuels et effets patrimoniaux que le contrat peut subsister en tant que

tel s'il est valable au regard des prescriptions de forme légales applicables aux aspects purement contractuels (le débiteur restant alors personnellement tenu de procéder au transfert ou à la création du droit patrimonial prévu par le contrat). En revanche, si l'inobservation des conditions de forme applicables aux contrats constitutifs de sûreté en vertu de la loi du lieu où est situé le bien empêche la constitution d'un droit patrimonial valable, le créancier ne bénéficiera d'aucune sûreté.

142. Cependant, la distinction entre la validité du contrat créant ou attestant la sûreté et la validité de la sûreté en tant que droit patrimonial n'est pas universellement reconnue, certains régimes juridiques appliquant à la validité formelle de la sûreté en tant que droit patrimonial les règles souples du droit international privé applicables à la validité formelle des contrats. Le souci de réduire le coût des opérations et d'accroître la sécurité conduirait à penser que seule la loi du lieu où est situé le bien devrait régir la validité de la sûreté en tant que droit patrimonial. Cette solution pourrait éviter aux tiers intéressés d'avoir à examiner les conditions de forme prévues par toutes les lois pouvant entrer en jeu pour déterminer si une sûreté, qui est manifestement nulle au regard des conditions de forme fixées par la loi du lieu de situation du bien est néanmoins valable au regard d'une autre législation.

1. Problèmes de conflit de lois liés à un éventuel déplacement des biens

143. Les problèmes de conflit de lois sont plus délicats lorsqu'il s'agit de biens mobiliers corporels que dans le cas de biens immobiliers, car les premiers peuvent être transférés dans un nouvel État après la constitution de la sûreté. Dans la mesure où les systèmes juridiques limitent les sûretés sur des biens corporels au gage avec dépossession (le créancier prenant possession du bien grevé), la mobilité ne pose pas de problème grave. Du fait de l'obligation, dans le gage avec dépossession, de remettre le bien au créancier, la plupart des facteurs de rattachement pertinents sont situés là où se trouve le bien. Même si le bien remis en gage est transféré dans un autre État, les règles fondamentales de droit matériel relatives au gage sont remarquablement uniformes d'un État à l'autre, si bien que les véritables conflits sont rares. Dès lors que le créancier conserve la possession effective du bien dans le nouveau lieu, la sûreté sera généralement reconnue.

144. Si le bien n'est pas transféré vers un autre lieu, la loi du lieu de situation de ce bien coïncidera généralement avec la loi du for. L'exception la plus remarquable concerne le cas où une procédure d'insolvabilité est ouverte contre le débiteur devant un tribunal d'un État, lequel se déclare compétent pour les biens que le débiteur détient dans le monde entier et où les biens en cause sont situés hors de la juridiction où est conduite la procédure d'insolvabilité. Il faut alors concilier l'application de la loi du lieu où est situé le bien et celle de la loi régissant la procédure d'insolvabilité. Il est largement admis aujourd'hui que la validité de la sûreté et son rang de priorité devraient être régis par la loi qui lui est applicable en vertu de la règle de conflit nationale ou internationale pertinente. Il revient ensuite au tribunal saisi de l'insolvabilité de déterminer, à supposer que la sûreté soit considérée comme valablement constituée en vertu de la loi étrangère applicable, s'il convient néanmoins de refuser de la reconnaître au motif que l'opération aurait été conclue au détriment des créanciers en vertu des règles de droit matériel régissant la procédure d'insolvabilité.

145. Lorsqu'il y a déplacement d'un bien grevé, un problème se pose fréquemment dans le cas où le débiteur transfère le bien vers un autre État sans le consentement du créancier garanti et prétend ensuite le vendre ou emprunter de l'argent en contrepartie, ou dans le cas où le bien est saisi dans cet État par l'un des créanciers du débiteur. La question est de savoir quelle loi régit le litige entre le créancier garanti et l'acheteur ou le créancier subséquent. Malgré quelques différences de formulation, le principe général consacré tant dans les pays de *common law* que dans les pays de droit romain est que les lois de chacun des deux lieux de situation du bien s'appliqueront successivement. La validité initiale de la sûreté est régie par la loi du lieu où se trouvait initialement le bien, tandis que la loi du lieu suivant détermine les conséquences juridiques des événements survenant après le déplacement du bien.

2. Transposition de la sûreté: problèmes et solutions possibles

146. Si la loi du nouveau lieu où est situé le bien régit le sort de la sûreté, il importe de savoir quel effet cette loi attribuera, sur le plan interne, à des sûretés importées de l'étranger. En règle générale, une sûreté étrangère n'est reconnue comme valable que si elle

peut être rapprochée d'une sûreté interne. Ce rapprochement peut être particulièrement problématique étant donné les concepts très différents de sûreté adoptés dans les divers systèmes juridiques. Par exemple, les conventions de réserve de propriété étant reconnues dans de nombreux systèmes juridiques, une sûreté étrangère créée par une telle convention sera généralement reconnue sans aucune difficulté. Toutefois, d'autres sûretés sans dépossession, par exemple les hypothèques mobilières, ne seront reconnues que s'il est possible d'établir un parallèle avec une sûreté interne équivalente. En conséquence, si le droit interne ne reconnaît pas les sûretés qui laissent le débiteur en possession du bien grevé, la reconnaissance de ce type de sûreté peut être refusée tant que le bien reste régi par la loi du nouveau lieu de situation.

147. Même s'il est possible de trouver, dans le droit interne, une sûreté analogue à la sûreté étrangère, il ne sera conféré à cette dernière que les effets juridiques de la sûreté interne correspondante. Les sûretés sans dépossession produisent des effets très différents selon les pays. Même les conventions de réserve de propriété, pourtant couramment utilisées, ne sont pas traitées de manière uniforme. Dans certains pays, elles sont inopposables aux tiers. Dans d'autres, elle n'ont d'effet que si elles sont enregistrées ou si les parties peuvent produire certains documents ou accomplissent certaines formalités. Dans d'autres pays encore, elles produisent effet à l'égard des créanciers et des administrateurs de l'insolvabilité mais sont inopposables aux acquéreurs de bonne foi à titre onéreux. Les différences entre systèmes juridiques sont encore plus marquées lorsqu'il s'agit d'autres types de sûretés sans dépossession, que certains pays ne reconnaissent toujours pas.

148. Une solution au problème de la transposition pourrait consister dans l'adoption d'une convention multilatérale prévoyant la reconnaissance mutuelle, par les États contractants, des sûretés constituées valablement selon le droit du lieu initial de situation du bien et régissant de manière uniforme les effets quant au fond de ces sûretés à l'égard des tiers dans les États qui les reconnaissent. Toutefois, il s'est avéré difficile, dans la pratique, d'appliquer cette solution. Les États dont le droit interne ne reconnaît pas, ou restreint, les effets des sûretés sans dépossession n'accorderont probablement pas plus de valeur à l'opposabilité des sûretés étrangères au détriment, éventuellement,

d'acquéreurs et de créanciers locaux si une sûreté interne ne bénéficie pas de la même protection. Une telle convention n'est donc envisageable qu'entre des États qui ont des pratiques similaires, du moins pour l'essentiel, en ce qui concerne la validité et les effets des sûretés. En d'autres termes, l'harmonisation des règles internes de droit matériel semble être un préalable indispensable, dans la pratique, à l'uniformisation des règles de conflit³⁰.

149. Une solution éventuellement plus efficace consisterait à élaborer des règles types à adopter dans le droit interne, qui prévoieraient la conversion d'une sûreté étrangère en une sûreté interne et garantiraient à cette sûreté une période minimale de protection à l'égard des tiers dès que le bien serait soumis à la loi du nouveau lieu de situation³¹. Les États qui demeurent totalement opposés aux sûretés sans dépossession du débiteur ne seraient pas prêts à adopter une règle de ce genre, mais la plupart des États autorisent à présent une forme ou une autre de sûreté ou de quasi-sûreté sans dépossession. Cet aspect ne devrait donc pas poser de graves problèmes.

3. Biens en transit et biens destinés à l'exportation

150. Dans le cas de biens en transit, la règle visant la loi du lieu de situation du bien exige en principe qu'un créancier se conforme tant à la loi du lieu où le bien est situé au moment de l'opération qu'à la loi du lieu de destination. Toutefois, le lieu de situation peut être inconnu ou tellement provisoire qu'il est impossible de respecter cette exigence pour des raisons pratiques ou économiques. Ce dernier problème peut parfois être résolu par le recours à un titre négociable représentatif des biens car la loi applicable est alors celle du lieu où se trouve le titre au moment de sa remise avec tout endossement nécessaire. On peut se demander ce qui se passe si les biens sont vendus ou saisis par les créanciers pendant un arrêt au cours du transport et, en outre, quelle est alors la loi applicable, à savoir la loi du lieu où sont effectivement situés les biens ou la loi du lieu de remise du titre représentatif.

151. Pour résoudre ces difficultés, la Convention sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels, adoptée en 1958 par la Conférence de La Haye, prévoit que la loi du lieu où sont remis les biens ou les documents s'applique en lieu et place de la loi où sont effectivement situés lesdits biens. Plusieurs

systèmes juridiques nationaux ont également opté pour l'application de la loi du lieu de destination.

4. Application de la *lex rei sitae* dans le cas des biens mobiles

152. L'application de la loi du lieu de situation du bien pose problème dans le cas de sûretés sur des biens mobiles, à savoir des biens qui, de par leur fonction normale de moyen de transport, sont utilisés dans plusieurs États. Afin d'éviter les risques inhérents à un changement constant de la loi applicable, un facteur de rattachement plus stable est nécessaire. Les principes de rattachement applicables aux biens mobiles varient en droit interne. Certains systèmes juridiques appliquent la loi du lieu de situation du débiteur constituant la garantie, en partant du principe qu'il s'agit du lieu à partir duquel le débiteur gère principalement l'activité en rapport avec le bien grevé et dans lequel les tiers, compte tenu du caractère mobile du bien grevé, pensent raisonnablement trouver l'essentiel des renseignements sur la solvabilité du débiteur. D'autres systèmes juridiques ont tenté de résoudre le problème en instituant des registres publics dans lesquels sont inscrits à la fois les titres de propriété et les sûretés sur les voitures, véhicules de transport et biens mobiles similaires et, dans certains cas, sur certaines machines utilisées dans les entreprises.

153. Pour les biens de grande valeur largement et couramment utilisés dans les transports internationaux (navires et avions), la plupart des États ont mis en place des registres nationaux pour permettre l'enregistrement public des titres de propriété et des sûretés lorsque les propriétaires sont des nationaux de l'État considéré, la priorité étant généralement fonction de l'antériorité de l'enregistrement. Dans ce cas, la loi du lieu de l'enregistrement se substitue évidemment à celle du lieu de situation du bien. Les systèmes nationaux d'enregistrement se fondent sur des instruments internationaux, tels que la Convention relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronef de 1948 ou la Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes de 1926 (voir également la Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes, adoptée en 1967 à Bruxelles par le Comité maritime international et la Convention internationale sur les privilèges et hypothèques

maritimes adoptée le 6 mai 1993) et le projet de protocole sur les matériels d'équipement aéronautiques à la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

C. Loi applicable aux sûretés sur des biens incorporels

1. Remarques générales

154. Le domaine des droits patrimoniaux sur des biens incorporels, y compris les sûretés, est l'un des plus complexes en matière de conflit de lois en raison des différences importantes entre systèmes juridiques quant au facteur de rattachement à retenir pour déterminer la loi applicable. La diversité des principes guidant le choix de la loi tient en partie à la diversité des traitements accordés aux biens incorporels dans le droit matériel. Dans certains systèmes, un droit à paiement ou à une autre prestation au titre d'un contrat est considéré comme une sorte de droit patrimonial une fois que sa cause initiale a été cédée. Dans d'autres systèmes, ce droit conserve son caractère contractuel même une fois cédé, l'idée étant que le cessionnaire prend en fait simplement la place du cédant dans le contrat.

155. Les systèmes juridiques qui considèrent le droit à paiement comme un droit patrimonial prévoient généralement l'application de la loi de l'État où est situé le "débiteur du compte" (le débiteur de l'obligation cédée). Cette solution est conforme à l'idée de contrôle pratique qui sous-tend en partie le renvoi à la loi de la situation de la chose s'agissant des biens corporels (si ce n'est que ce contrôle s'exerce non pas sur les biens, mais sur la personne tenue de payer ou d'exécuter une obligation en rapport avec le bien incorporel cédé). Les systèmes juridiques qui rejettent cette approche tendent plutôt à se fonder sur la loi régissant le contrat conclu entre le débiteur constituant la sûreté et le débiteur du compte, en partant du principe que la cession a simplement pour effet de remplacer la partie contractante à qui l'obligation est due.

156. Toutefois, il peut être difficile d'appliquer la loi régissant le contrat initial entre le débiteur constituant la sûreté et le débiteur du compte dans le cadre du financement par cession de créances. Par exemple,

dans une cession d'un ensemble de créances dues par des débiteurs situés dans plusieurs pays, le cessionnaire devrait d'abord examiner minutieusement les contrats initiaux pour déterminer la loi applicable, puis serait obligé de se plier aux règles de priorité de tous les États concernés. La loi applicable aux questions de priorité varierait en fonction des différentes créances contractuelles, ce qui augmenterait les coûts afférents au règlement des litiges et à l'administration de l'insolvabilité. Si la cession portait sur des créances futures dues par des débiteurs non identifiés, le cessionnaire ne serait pas en mesure de prévoir quelle loi pourrait s'appliquer.

157. En revanche, le choix du lieu de situation du débiteur/cédant conduit à une seule loi, prévisible, régissant la cession d'un ensemble de créances multiples dues par des débiteurs sis dans différents États et la cession de créances futures. C'est cette règle qui a été incorporée dans le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international pour régir la priorité des droits du créancier garanti/cessionnaire sur des créances contractuelles à l'égard de tiers.

2. Propriété intellectuelle

158. Les règles de droit international privé régissant les droits patrimoniaux dans le domaine de la propriété intellectuelle sont encore assez peu développées. Néanmoins, la plupart des spécialistes semblent d'accord sur le fait que les questions relatives à la validité des droits de propriété intellectuelle, à leur nature, à leur transfert et à leurs effets à l'égard des tiers sont régies par la loi de chacun des États sur le territoire desquels la protection de ces droits est demandée. On estime que cette règle de conflit découle logiquement du fait qu'un droit de propriété intellectuelle est, par essence, le droit qu'a son titulaire d'empêcher d'autres personnes d'entreprendre certains types d'activité. En vertu du principe de la territorialité, qui imprègne tout le domaine de la propriété intellectuelle, la protection est accordée État par État pour l'exercice d'une activité donnée dans l'État considéré, conformément à sa législation interne sur la propriété intellectuelle. Le lien entre l'essence du droit de propriété intellectuelle et le principe de la territorialité qui régit le choix de la loi pour la protection et l'exercice de ce droit amène à conclure que la loi régissant la propriété et le transfert des droits

de propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la protection est demandée.

159. On n'a guère étudié la question de savoir si le même principe en matière de choix de la loi s'applique aux sûretés sur les droits de propriété intellectuelle. Il semblerait que la loi de chaque État accordant une protection détermine également la validité et la priorité des sûretés sur des droits de propriété intellectuelle sur le territoire.

160. Dans la perspective d'un financement commercial, toutefois, le principe du choix fondé sur la territorialité est incompatible avec l'utilisation des droits de propriété intellectuelle comme garantie d'opérations financières internationales. D'une part, bien que des conventions multilatérales aient permis d'harmoniser de nombreux aspects du droit de la propriété intellectuelle, il est peu probable, de l'avis des spécialistes, que les questions touchant à la propriété et aux droits patrimoniaux soient uniformisées ou harmonisées dans un avenir proche. D'autre part, la structure des législations internes sur la propriété intellectuelle ne tient souvent pas compte des opérations de financement assorties de sûretés. Bien qu'il existe de nombreux systèmes internes d'enregistrement pour les brevets et d'autres droits et, dans certains pays, pour les droits d'auteur également, ces systèmes ne régissent pas expressément la cession de droits à titre de garantie, d'où une incertitude quant aux moyens de rendre une sûreté opposable aux cessionnaires subséquents et aux créanciers concurrents. Enfin, même si les législations internes étaient adaptées aux besoins modernes de financement commercial, un créancier garanti devrait encore supporter les contraintes et les frais liés aux formalités de constitution d'une sûreté valable dans chaque État où la protection est demandée.

161. On peut se demander dans quelle mesure une convention internationale relative au financement assorti d'une sûreté sur des droits de propriété intellectuelle pourrait régler certaines de ces difficultés. Une solution possible serait d'établir un registre international pour l'inscription des sûretés constituées sur des droits de propriété intellectuelle d'un débiteur, cette inscription déterminant l'ordre de priorité dans le monde entier. Une autre solution, moins ambitieuse, consisterait à instituer une règle renvoyant les questions de priorité des sûretés sur des droits de propriété intellectuelle dans le monde à une

seule et même loi, par exemple la loi du lieu où est situé le cédant.

3. Valeurs mobilières

162. Pendant de nombreuses années, les actions de sociétés ont été détenues, transférées ou nanties par la remise du certificat incorporant le droit ou par l'inscription sur un registre tenu par l'émetteur. Tant que les émetteurs et les détenteurs de droits dans la société ont eu ce type de relation directe et qu'a subsisté un support physique ou objectif de ces droits, les règles de droit international privé ont été relativement claires et faciles à appliquer. Aujourd'hui, toutefois, les valeurs mobilières sont plus souvent détenues par des intermédiaires à plusieurs niveaux et transférées d'un pays à l'autre, sans que ce transfert soit jamais matérialisé par un certificat ou inscrit sur un registre au niveau de l'émetteur. Cette évolution de la pratique a incité à rechercher une approche plus adaptée et plus uniforme en matière de conflit de lois. La Conférence de La Haye de droit international privé a récemment commencé à élaborer une convention, qui devrait être adoptée dans le cadre d'une procédure accélérée, afin d'uniformiser les règles de conflit dans ce domaine. Le projet de directive de l'Union européenne relative aux sûretés consacre également un ensemble de règles relevant à la fois du droit matériel et du droit international privé. Les systèmes juridiques nationaux ont également fait l'objet de réformes. La révision récente des articles 8 (valeurs mobilières) et 9 (opérations assorties de sûretés) du Code de commerce uniforme des États-Unis en est un exemple notable.

4. Loi applicable aux droits patrimoniaux sur des comptes de dépôt d'espèces auprès d'institutions financières

163. Les systèmes juridiques nationaux ne concordent guère en ce qui concerne la loi applicable aux droits patrimoniaux sur des comptes de dépôt d'espèces auprès d'institutions financières, s'agissant essentiellement de la cession d'une dette due par la banque au déposant. Certains systèmes juridiques traitent les comptes de dépôt d'espèces à l'instar d'autres catégories de créances, renvoyant à la loi du lieu où est situé le cédant, conformément à la règle générale énoncée dans le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international. D'autres systèmes optent pour la loi du lieu de situation du bien, considérant la dette comme

située dans l'État où se trouve le débiteur du compte (à savoir l'institution de refinancement). Lorsque la banque possède des succursales dans plusieurs pays, on se réfère alors à celle dans laquelle le compte est tenu ou celle où les sommes sont payables. Certains pays ont suivi cette approche afin d'assurer l'application de règles spéciales de priorité pour les comptes bancaires, règles qui accordent à la banque la priorité absolue sur toute autre sûreté concurrente, qui exigent fondamentalement l'accord exprès de la banque pour toute cession ou transfert à des tiers d'un droit effectif sur le compte et qui privilégient les droits à compensation de la banque. Par contre, les États dont les règles de droit matériel traitent les comptes de dépôt comme d'autres catégories de créances et n'accordent pas de droits de priorité particuliers aux banques du seul fait qu'elles se trouvent également être le débiteur du compte se bornent à appliquer aux comptes de dépôt le facteur de rattachement général utilisé pour d'autres créances, en se fondant sur les règles générales protégeant les droits à compensation du débiteur du compte à l'égard des cessionnaires afin de préserver les droits à compensation de la banque sur le compte cédé.

D. Autres catégories de biens pour lesquelles des règles spéciales de droit international privé peuvent être nécessaires

164. Des règles spéciales de droit international privé seraient peut-être souhaitables pour déterminer la loi applicable à plusieurs autres catégories de biens. Comme le montre l'analyse qui précède, l'élaboration de telles règles est subordonnée à un examen non seulement des solutions appliquées en droit interne, mais également des pratiques financières en vigueur. Des règles spéciales pourraient, par exemple, être mises au point pour les sommes dues au titre d'une police d'assurance, le produit de lettres de crédit, les titres négociables, la cession d'obligations garanties et les droits liés à un fonds (notamment, les immeubles par destination, les récoltes, le bois d'œuvre et les minéraux à extraire).

VIII. Conclusion

165. La Commission souhaitera peut-être prendre note du présent rapport et voir s'il convient d'entreprendre des travaux concernant les questions qui y sont examinées. S'agissant de la forme que ces travaux pourraient revêtir, une loi type serait certes préférable pour des raisons d'exhaustivité et d'uniformité, mais dans la mesure où elle devrait incorporer certains principes directeurs fondamentaux qui ne seraient pas communs à tous les systèmes juridiques, elle représenterait un changement radical par rapport au droit en vigueur dans de nombreux pays et risquerait, de ce fait, de ne pas être suffisamment acceptée. À sa trente-troisième session, la Commission a estimé qu'il était souhaitable de privilégier la souplesse, en définissant un ensemble d'objectifs et de principes fondamentaux pour la mise en place d'un régime juridique efficace en matière de crédit assorti d'une sûreté, et en élaborant un guide législatif (proposant des solutions souples pour la réalisation de ces objectifs et l'application de ces principes et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients)³². Si des travaux devaient être entrepris en vue d'élaborer un ensemble de principes assortis d'un guide législatif sur les sûretés, celui-ci pourrait également comporter, si possible, des dispositions législatives types. Les sujets susceptibles d'être abordés dans ce guide seraient notamment les suivants: l'éventail des biens pouvant servir de sûreté, la perfection de la sûreté, les formalités à accomplir, les types de dettes pouvant faire l'objet d'une sûreté, les limitations éventuelles concernant les créanciers bénéficiaires de la sûreté, les effets de la faillite sur la réalisation de la sûreté, ainsi que la sécurité et la prévisibilité quant à la priorité du créancier sur des droits concurrents.

166. Si l'élaboration de dispositions législatives types pour l'ensemble des opérations assorties de sûretés peut permettre de traiter certains aspects généraux des sûretés constituées sur des catégories particulières de biens (telles que les valeurs mobilières et les droits de propriété intellectuelle), qui sont examinés dans le présent document), des dispositions spéciales seront néanmoins nécessaires pour régler des problèmes spécifiques. En conséquence, la Commission souhaitera peut-être prier le secrétariat d'entreprendre une étude plus approfondie, en étroite collaboration avec des organisations internationales spécialisées dans

les branches du droit correspondantes, telles qu'Unidroit, la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, afin de déterminer si et dans quelle mesure il serait souhaitable et possible de mettre en place un régime uniforme pour ces catégories plus spécifiques de biens et quelles organisations devraient prendre part à cette tâche. Cette invitation à examiner plus en détail ces deux catégories particulières de biens ne devrait pas nécessairement empêcher la Commission d'entreprendre des travaux sur un ensemble de principes assortis d'un guide législatif pour la mise en place d'un régime plus général concernant les sûretés.

Notes

¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément n°16 (A/7216)*, par. 40 à 48 et *Ibid.*, *Vingt-quatrième session, Supplément n° 18 (A/7618)*, par. 139 à 145.

² Les documents élaborés dans le cadre des travaux de la CNUDCI sur les sûretés étaient les suivants: A/CN.9/102, "Sûretés réelles", document examiné dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, trentième session, Supplément n° 17 (A/30/17)*, par. 47 à 63; A/CN.9/130, A/CN.9/131 et annexe, une étude sur les sûretés et les principes juridiques régissant les sûretés (établie par M. Ulrich Drobnig (Allemagne)); et A/CN.9/132 sur le livre 9 de l'Uniform Commercial Code des États-Unis d'Amérique, documents examinés dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-deuxième session, Supplément n° 17 (A/32/17)*, par. 37, et le rapport du Comité plénier II, par. 9 à 16; A/CN.9/165, "Sûretés: possibilité d'établir des règles uniformes destinées à être utilisées pour le financement du commerce", document examiné dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17 (A/34/17)*, par. 49 à 54; et A/CN.9/186, "Les sûretés: questions à examiner en vue de l'élaboration de règles uniformes", document examiné dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n°17 (A/35/17)*, par. 23 à 28.

³ Conditions de forme relatives à la constitution d'une sûreté, mesures requises pour qu'une sûreté produise effet à l'égard des tiers, questions de priorité, recettes provenant du bien grevé, voies de recours en cas de défaut de paiement (voir A/CN.9/186).

⁴ Voir *Le droit commercial au XXI^e siècle, Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, 18-22 mai*

- 1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.14), par. 268 à 274.
- ⁵ Ibid., par. 159 et 271.
- ⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 459.
- ⁷ Ibid., par. 460.
- ⁸ Ibid., par. 461.
- ⁹ Ibid., par. 462.
- ¹⁰ Dans le présent chapitre le terme "débiteur" désigne la partie qui consent une sûreté, indépendamment du point de savoir si cette partie est l'emprunteur effectif en vertu de l'arrangement financier ou un garant ou toute autre partie qui consent une sûreté en vue de garantir un prêt ou un crédit à l'emprunteur effectif. En vue de permettre le recours le plus large à la constitution de garanties sur des actifs en vue de favoriser le financement garanti, il importe non seulement que les emprunteurs puissent constituer des sûretés sur leurs actifs, mais aussi que des tiers puissent constituer des sûretés sur leurs actifs pour garantir des prêts consentis à d'autres.
- ¹¹ La présente section n'approfondit pas la question de la constitution de sûretés sur des créances, dans la mesure où celle-ci fait déjà l'objet du projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances; pour la dernière version de ce projet, voir le rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session (A/CN.9/486, annexe I).
- ¹² Voir ci-après la section intitulée: "Sûretés constituées sur des éléments particuliers d'actif: les valeurs mobilières" (par. 62 à 122) pour un approfondissement de l'examen relatif aux sûretés sur des valeurs mobilières.
- ¹³ Voir ci-après la section intitulée: "Sûretés constituées sur des éléments particuliers d'actif: les droits de propriété intellectuelle" (par. 123 à 136) pour un approfondissement de l'examen relatif aux sûretés sur des droits de propriété intellectuelle.
- ¹⁴ Cette conception a été adoptée dans la Loi type de la BERD, l'article 5.2 de celle-ci prévoyant un large éventail de types de biens pouvant servir de garantie. Plus particulièrement, l'article 5.2 prévoit que: "les biens susceptibles d'être affectés à la garantie comprennent tout ce qui peut faire l'objet d'un droit de propriété, dans le secteur public ou dans le secteur privé, qu'il s'agisse de droits ou de choses meubles ou immeubles...".
- ¹⁵ Voir article 9 du projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances.
- ¹⁶ Voir article 4.3 de la Loi type de la BERD qui prévoit la garantie des avances futures dès lors que le montant maximum de la dette garantie figure sur la déclaration d'enregistrement. L'article 5 prévoit également la constitution d'une garantie sur des acquisitions ultérieures.
- ¹⁷ Voir "Law and Policy Reform at the Asian Development Bank", vol. II, 20 décembre 2000, p. 10.
- ¹⁸ La nécessité de constituer des sûretés sans dépossession pour faciliter le financement du commerce a été reconnue dans la loi type de la BERD, dont l'article 6 prévoit, parmi ses trois principales sûretés, une sûreté enregistrée sur des biens mobiliers, sans dépossession.
- ¹⁹ Cette approche est semblable à celle adoptée à l'article 9 de la loi type de la BERD. Celle-ci prévoit toutefois qu'il n'est pas nécessaire pour le vendeur impayé d'enregistrer sa sûreté sauf s'il souhaite que celle-ci reste opposable aux tiers plus de six mois après sa constitution. Voir également les paragraphes 55 et 56 ci-dessous pour un examen des sûretés en garantie du prix d'achat.
- ²⁰ C'est sur un système d'inscription sur un registre que repose le projet de convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. De même, la Loi type de la BERD reconnaît l'enregistrement public des sûretés.
- ²¹ La faculté pour le créancier garanti de réaliser efficacement sa sûreté sur un bien grevé par le biais d'une procédure extrajudiciaire est fondamentale pour la plupart des instruments multilatéraux existants et des projets proposés concernant les sûretés. Voir, par exemple, l'article 8 du projet de convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les articles 22 à 24 de la Loi type de la BERD. En vertu de ces dernières dispositions, il peut être recouru à certaines mesures destinées à protéger le bien grevé ou à en permettre la vente dès que le créancier a notifié une mise en demeure conformément à l'article 22.2. Sont notamment prévus le droit de prendre possession du bien (art. 23.1) et, au terme d'un délai de 60 jours, le droit d'en céder la propriété (art. 24).
- ²² Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 460.
- ²³ International Swaps and Derivatives Association, Inc., *Collateral Survey 2000*, p. 11 et 61.
- ²⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 155.
- ²⁵ C'était là traditionnellement un obstacle important pour la plupart des pays européens. À la suite de l'entrée en

vigueur de la directive européenne sur l'harmonisation des législations relatives aux marques, et de l'adoption de la marque communautaire, les pays membres de l'Union européenne n'exigent plus que l'entreprise représentée par la marque soit cédée en même temps que celle-ci.

²⁶ À ce jour, l'exception la plus notable à cette limite a été la création de la marque communautaire, laquelle confère à son propriétaire un droit exclusif sur l'ensemble du territoire de la Communauté européenne. Une disposition analogue concernant un brevet communautaire devrait être prochainement adoptée.

²⁷ Voir Trib. Vigevano, 2000, décision n° 378, des sommaires de jurisprudence relatifs aux textes de la CNUDCI.

²⁸ Voir, par exemple, les dispositions relatives au choix de la loi applicable par convention dans le projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. Dans le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international, le cédant (débiteur constituant la garantie) et le cessionnaire (créancier garanti) sont libres de choisir les règles de droit matériel qui régiront les aspects contractuels de leurs droits et obligations réciproques.

²⁹ L'article 9 du Code de commerce uniforme des États-Unis, par exemple, soumet les questions d'opposabilité [à savoir la validité quant à la forme et le transfert d'un droit réel entre le créancier garanti et le débiteur], de validité, de qualification (par exemple contrat de location véritable ou sûreté) et d'exécution à ses dispositions générales de droit international privé qui donnent effet au choix des parties concernant la loi applicable à ces questions s'il existe un lien raisonnable entre la loi choisie et l'opération garantie.

³⁰ Voir, par exemple, le projet de directive relatif à la reconnaissance des sûretés sans dépossession sur des biens mobiliers et des clauses de réserve de propriété dans les ventes de biens mobiliers, élaboré en 1973 par la Commission européenne et resté sans suite.

³¹ Une solution intermédiaire est appliquée, par exemple, dans la législation canadienne sur les opérations assorties de sûretés, qui prévoit un "délai de grâce" limité pour les sûretés étrangères après le transfert des biens au Canada (ou leur déplacement d'une province à l'autre à l'intérieur du pays). Pendant ce délai de grâce, la sûreté étrangère est réputée produire effet à l'égard des tiers (à l'exception de certains acquéreurs de bonne foi) sans qu'elle ait satisfait aux conditions fixées par le droit interne, à savoir généralement être inscrite sur un registre public, comme cela est requis pour qu'une

sûreté interne soit opposable aux tiers. Pour que la sûreté "réputée parfaite" conserve ce statut, le créancier étranger doit à terme satisfaire aux conditions applicables aux sûretés internes de même nature (le délai de grâce est généralement de 60 jours). Toutefois, ce délai donne au moins à la partie bénéficiaire de la sûreté le temps de découvrir que le bien a été déplacé et de prendre des mesures pour préserver ses droits dans le cadre de la nouvelle loi applicable. (Une approche analogue a été également suivie aux États-Unis jusqu'à ce qu'une récente modification de la législation substitue la loi du lieu de situation du débiteur à la loi du lieu de situation du bien grevé en tant que loi applicable à la perfection de la sûreté. Suite à cette révision, le délai de grâce s'appliquera au changement du lieu de situation du débiteur et non plus au changement du lieu de situation des biens corporels.)

³² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 459.
