



Assemblée générale

Distr. limitée
31 janvier 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Dix-neuvième session
New York, 11-15 avril 2011

Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-13	5
A. Informations générales	1-5	5
B. Sources	6-8	6
C. Principes directeurs	9	7
D. Lecteurs visés	10-13	7
II. Objet d'un registre des sûretés réelles mobilières	14	8
A. Introduction	14-16	8
B. Fonction d'une sûreté réelle mobilière	17-18	9
C. Justifications du crédit garanti	19	10
D. Sûretés réelles mobilières avec dépossession ou sans dépossession	20-22	10
E. Utilisation d'un registre pour parer aux risques juridiques découlant des sûretés réelles mobilières sans dépossession	23-25	11
F. Exceptions aux règles d'opposabilité et de priorité fondées sur l'inscription	26-36	12
1. Sûretés réelles mobilières avec dépossession	26	12
2. Financement d'acquisitions	27	13
3. Opérations effectuées dans le cours normal des affaires	28-30	13



4.	Espèces, instruments négociables et documents négociables	31	14
5.	Comptes bancaires et valeurs mobilières	32	14
6.	Biens soumis à inscription sur un registre spécialisé	33-35	15
7.	Autres exceptions	36	15
G.	Portée opérationnelle du registre	37-44	15
1.	Approche générale: primauté du fond sur la forme	37	15
2.	Mécanismes de sûreté fondés sur la réserve de propriété	38-39	16
3.	Cessions pures et simples de créances	40-41	17
4.	Autres types d'opérations.	42-44	17
H.	Portée territoriale du registre	45-46	18
I.	Effet de la connaissance effective ou supposée d'une sûreté non inscrite sur l'opposabilité et la priorité	47	18
J.	Inscription et insolvabilité.	48-52	19
K.	Inscription et constitution d'une sûreté réelle mobilière	53	20
L.	Inscription et réalisation	54	20
M.	Conséquences du défaut d'inscription	55	20
N.	Coordination entre le registre des sûretés et les registres spécialisés de biens meubles.	56-58	21
O.	Coordination entre le registre des sûretés et les registres immobiliers	59-61	21
III.	Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace.	62-72	22
A.	Introduction	62	22
B.	Déterminer la propriété des biens grevés.	63-64	22
C.	Inscription d'avis ou inscription de documents	65-69	23
D.	Indexation par constituant ou indexation par bien.	70-72	25

Historique

À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission a noté avec intérêt les thèmes de travaux futurs examinés par le Groupe de travail VI à ses quatorzième et quinzième sessions (A/CN.9/667, par. 141, et A/CN.9/670, par. 123 à 126). À cette session, elle est convenue que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international pour recueillir les vues et les conseils d'experts au sujet des travaux qui pourraient être menés dans le domaine des sûretés¹. Conformément à cette décision², le Secrétariat a organisé un colloque international sur les opérations garanties (Vienne, 1^{er}-3 mars 2010). Plusieurs thèmes y ont été examinés, notamment l'inscription des sûretés réelles mobilières, les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, une loi type sur les opérations garanties, un guide contractuel sur les opérations garanties, l'octroi de licences de propriété intellectuelle et l'application des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties. Ont participé à ce colloque des experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé³.

À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a examiné une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1). Cette note passait en revue tous les thèmes abordés lors du colloque. La Commission est convenue que toutes les questions présentaient un intérêt et devraient être inscrites à son programme de travaux futurs afin qu'elle puisse les examiner lors d'une future session à partir de notes que le Secrétariat serait chargé d'établir dans les limites des ressources existantes. Cependant, compte tenu des ressources limitées dont elle disposait, elle est convenue que la priorité devrait être accordée à la question de l'inscription des sûretés réelles mobilières⁴.

À cet égard, il a été largement estimé qu'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre des sûretés. Il a été dit que la réforme du droit des opérations garanties ne pourrait être menée à bien sans la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières qui soit efficace et accessible au public. Il a également été souligné que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le "Guide") ne traitait pas de façon suffisamment détaillée les diverses questions juridiques, administratives, infrastructurelles et fonctionnelles qui devaient être réglées pour mettre en place un tel registre avec succès⁵.

La Commission est également convenue que, si l'on pouvait confier au Groupe de travail le soin de déterminer exactement la forme et la structure du texte, celui-ci pourrait: a) comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire, des

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 313 à 320.

² Ibid.

³ Les actes du colloque sont consultables à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html.

⁴ Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 264 et 273.

⁵ Ibid., par. 265.

recommandations et un règlement type; et b) se fonder sur le *Guide*, sur des textes établis par d'autres organisations et sur les régimes juridiques nationaux qui avaient mis en place des registres des sûretés similaires à celui recommandé dans le *Guide*. À l'issue de la discussion, la Commission a décidé de charger le Groupe de travail d'élaborer un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières⁶.

À sa dix-huitième session (Vienne, 5-10 novembre 2010), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Inscription des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2). Dès le début, il s'est déclaré largement favorable à un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières et a noté que l'expérience montrait clairement qu'une loi sur les opérations garanties ne pouvait atteindre ses objectifs que si elle était complétée par un système d'inscription efficace (A/CN.9/714, par. 12). Pour ce qui est de la forme et de la structure exactes du texte à élaborer, le Groupe de travail a adopté l'hypothèse de travail selon laquelle ce texte serait un guide sur la mise en place et le fonctionnement d'un registre des sûretés réelles mobilières qui pourrait comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire et éventuellement un règlement type. Il est aussi convenu que le texte du guide proposé devrait être conforme au type de régime juridique envisagé dans le *Guide* pour les opérations garanties et prendre en compte les différentes approches adoptées par les systèmes modernes d'inscription nationaux comme internationaux. Il a aussi été observé que, conformément au *Guide* (voir recommandation 54, al. j)), le guide proposé devrait tenir compte de la nécessité de disposer d'un système hybride où les parties pourraient choisir d'effectuer leurs inscriptions et leurs recherches sous forme électronique ou sur papier (A/CN.9/714, par. 13). Il a été demandé au Secrétariat d'élaborer un projet de texte pour le guide proposé à partir des discussions et des conclusions du Groupe de travail (A/CN.9/714, par. 11). Le texte ci-dessous en constitue la première version.

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le guide proposé sur le registre des sûretés devrait être un texte autonome ou un supplément au Guide sur les opérations garanties. Le Groupe de travail ayant décidé à sa dix-huitième session que la loi recommandée dans le Guide pour les opérations garanties devrait servir de base au guide sur le registre des sûretés, il semblerait que ce dernier doive prendre la forme d'un supplément. Cependant, l'emploi du mot "guide" pour désigner le texte proposé sur le registre pourrait non seulement souligner l'importance de ce dernier, en le mettant davantage en valeur, mais également se justifier au motif qu'il ne se limiterait pas aux sujets déjà traités dans le Guide sur les opérations garanties mais aborderait aussi des points de discussion nouveaux (toujours dans le sens de la loi recommandée dans le Guide). Si le Groupe de travail décide d'employer le mot "guide" au lieu de "supplément", il voudra peut-être examiner comment intituler le texte exactement (par exemple Guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, Guide sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières, etc.). Bien que ce point puisse faire l'objet d'une décision finale à un stade ultérieur, l'adoption d'une hypothèse de travail dès maintenant faciliterait l'élaboration du texte.]

⁶ Ibid., par. 266 et 267.

I. Introduction

A. Informations générales

1. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le “*Guide*”) traduit le fait que tous reconnaissent l’importance économique d’un cadre juridique moderne facilitant les opérations de financement garanties par des sûretés réelles mobilières. La mise en place d’un registre accessible au public permettant d’inscrire des informations sur l’existence potentielle de sûretés grevant des biens meubles constitue un élément essentiel de la loi recommandée dans le *Guide* et, d’une manière générale, des réformes entreprises dans ce domaine.

2. Le chapitre IV du *Guide* contient un commentaire et des recommandations concernant de nombreux aspects d’un registre des sûretés. Cependant, pour comprendre les règles et les effets juridiques de l’inscription, ainsi que la portée du registre, le lecteur devrait avoir une connaissance relativement approfondie du *Guide* dans son ensemble. C’est pourquoi le chapitre II du projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières (le “projet de guide sur le registre”) présente une brève synthèse de la fonction juridique d’un registre des sûretés à l’intention des États qui ont adopté ou qui souhaitent adopter une législation sur les prêts garantis qui soit conforme aux recommandations du *Guide*. Il a pour but de venir en aide non seulement aux personnes participant à la mise en place du registre, lesquelles ne sont pas des juristes mais qui devront avoir un minimum de connaissance du contexte juridique du registre afin d’accomplir leur travail avec compétence, mais également aux clients du registre et à d’autres personnes (voir par. 10 ci-dessous).

3. Un registre général des sûretés réelles mobilières présente des différences fondamentales avec les types de registres visant à inscrire la propriété et les droits réels grevant la propriété de biens immeubles et de matériel de grande valeur, comme les navires, que de nombreux États connaissent très bien. Ainsi, le chapitre III du projet de guide sur le registre explique les caractéristiques principales qui distinguent un registre général des sûretés réelles mobilières des autres types de registres et contribuent à son bon fonctionnement, notamment l’inscription d’avis en vue d’établir l’opposabilité et l’indexation par référence au constituant.

4. Les règles applicables au processus d’inscription et de recherche ne sont généralement pas définies en détail dans le cadre législatif régissant les opérations garanties mais dans des règlements, des directives ministérielles et d’autres textes de niveau inférieur. Alors que le chapitre IV du *Guide* formule des recommandations sur les grands principes associés à ces questions juridiques, le chapitre IV du projet de guide sur le registre (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1 et 2) donne des lignes directrices concrètes sur les types de règles juridiques devant être élaborées dans le cadre du processus de mise en place pour la présentation d’avis aux fins d’inscription et pour les recherches. Ces lignes directrices sont complétées par un projet de règlement type (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3).

5. Le chapitre IV du *Guide* ne traite pas, ou du moins pas dans tous les détails, la multitude de questions technologiques, administratives et opérationnelles que soulèvent l’élaboration et le fonctionnement d’un registre des sûretés efficace. Aussi

le chapitre V du projet de guide sur le registre (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2) cherche-t-il à compléter le *Guide* en traitant ces questions pratiques de façon plus précise et plus développée.

B. Sources

6. L'expérience des États qui ont mis en place le type de registre général des sûretés envisagé par le *Guide* montre que les progrès de l'informatique peuvent améliorer considérablement l'efficacité du fonctionnement des registres des sûretés réelles mobilières. En ce qui concerne notamment les aspects techniques de la conception et de l'exploitation des registres, le projet de guide sur le registre s'appuie donc sur ces précédents nationaux pour donner des indications aux États.

7. Le projet de guide sur le registre s'est également fondé sur d'autres sources internationales, dont les suivantes:

a) Publication de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) sur la publicité des sûretés: Directives relatives à l'établissement d'un registre d'inscription des sûretés réelles (Guiding Principles for the Development of a Charges Registry) (2004);

b) Publication de la BERD sur la publicité des sûretés: définition de normes (Setting Standards) (2005);

c) Guide de la Banque asiatique de développement (BAD) sur les registres de biens meubles (Guide to Movable Registries) (2002);

d) Principes, définitions et règles modèles d'un droit privé européen, Projet de cadre commun de référence (The Principles, Definitions and Model Rules of a European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)), volume 6, livre IX (sûretés réelles mobilières), chapitre 3 (Opposabilité), section 3 (Inscription), (2010), élaboré par le Groupe d'études sur un code civil européen et le Groupe de recherche sur le droit privé communautaire (Groupe Acquis communautaire);

e) Règlement-type de l'Organisation des États américains (OEA) concernant le registre créé en vertu de la Loi-type interaméricaine relative aux sûretés mobilières (octobre 2009);

f) Publication de la Société financière internationale (Banque mondiale) sur les régimes d'opérations garanties et les registres de sûretés (Secured Transactions Systems and Collateral Registries) (janvier 2010);

g) Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (Traité OHADA): faits nouveaux concernant la mise en place d'un registre régional des sûretés; et

h) Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) et ses protocoles, instituant des registres internationaux (qui, s'ils portent sur des biens et couvrent aussi des opérations autres que des opérations garanties, reposent sur l'inscription d'avis pour établir l'opposabilité et la priorité).

8. Les sources nationales, régionales et internationales susmentionnées ne concordent pas toujours avec les recommandations du chapitre IV du *Guide* concernant l'inscription. Par conséquent, le projet de guide sur le registre expose les raisons justifiant les approches recommandées dans le *Guide* par rapport aux autres solutions possibles.

C. Principes directeurs

9. Le projet de guide sur le registre est sous-tendu par les principes fondamentaux suivants:

a) Efficacité juridique: les lignes directrices juridiques et opérationnelles régissant l'ensemble des services du registre, qui comprennent sans s'y limiter l'inscription et la recherche, devraient être simples, claires et sûres;

b) Efficacité opérationnelle: tous les services du registre, y compris le processus d'inscription et de recherche, devraient être conçus pour être aussi rapides et économiques que possible afin de garantir la sécurité et l'exactitude des informations saisies dans le fichier du registre; et

c) Traitement équilibré des intérêts de toutes les personnes concernées par le registre: les constituants, les créanciers garantis ou chirographaires potentiels ainsi que les réclamants concurrents éventuels sont tous concernés par la portée et le contenu des informations consignées dans un registre des sûretés et ont tous intérêt à ce que ces informations soient facilement accessibles; le cadre juridique et opérationnel du registre devrait donc être conçu de manière à respecter un juste équilibre entre les intérêts de toutes les parties susceptibles d'être concernées par le registre.

D. Lecteurs visés

10. Parmi les lecteurs potentiels du projet de guide sur le registre figurent tous ceux qui sont intéressés par la conception et la mise en place d'un registre des sûretés ou qui y participent activement, ainsi que ceux qui pourront être concernés par la création d'un tel registre. Il s'agit entre autres:

a) Des concepteurs du système de registre, notamment le personnel technique chargé d'établir les spécifications de conception et de répondre aux besoins du registre en matériel et en logiciels;

b) Des administrateurs et du personnel du registre;

c) Des clients du registre, des fournisseurs de crédits, des agences de notation du risque et des représentants de l'insolvabilité, mais aussi de toute personne dont les droits peuvent être affectés par des opérations commerciales mettant en jeu des biens meubles susceptibles d'être grevés d'une sûreté;

d) De la communauté juridique (notamment les juges, les arbitres et les avocats); et

e) De toutes les organisations prenant part à la réforme du droit des opérations garanties et à la fourniture d'une assistance en la matière (par exemple la

Banque mondiale, la BERD, la BAD et la Banque interaméricaine de développement).

11. Ces lecteurs potentiels ne seront pas tous rompus aux subtilités du droit des opérations garanties et pourront même ne pas avoir reçu de formation juridique. Par conséquent, le projet de guide sur le registre est rédigé dans un style simple de manière à être facile à lire.

12. À l'instar du *Guide*, le projet de guide sur le registre a été rédigé de manière à permettre son utilisation par des États de différentes traditions juridiques. Par conséquent, dans la mesure où il contient un règlement type, il emploie une terminologie générique neutre qui est cohérente avec celle du *Guide* et peut être facilement adaptée à la tradition et au style de rédaction juridiques de chaque État ainsi qu'aux conventions législatives locales concernant les types de règles qui doivent être incorporées dans la législation principale et celles qui peuvent l'être dans des règlements ou dans des directives ministérielles ou administratives de rang inférieur.

13. Par exemple, le *Guide* utilise le terme "avis" dans le sens d'une communication, afin de désigner non seulement le formulaire (ou l'écran) utilisé pour transmettre des informations au registre (voir le terme "avis" dans l'introduction du *Guide*, section B, recommandations 54, al. b), et 57) mais aussi d'autres types de communication, comme celles effectuées dans le contexte de la réalisation (voir recommandations 149 à 151). Le chapitre IV du *Guide* précise la signification du terme "avis" dans le contexte de l'inscription en se référant: a) aux "informations contenues dans un avis", aux "informations figurant dans un avis" ou à la "teneur de l'avis" (voir recommandations 54, al. d), et 57); et b) au "fichier du registre" au sens d'information contenue dans un avis après que cette information a été acceptée par le registre et saisie dans la base de données du registre accessible au public (voir recommandation 70). Le projet de guide sur le registre utilise ces termes dans le même sens, en mettant l'accent davantage sur les informations contenues dans les communications sur support papier ou par voie électronique que sur le moyen de communication lui-même.

II. Objet d'un registre des sûretés réelles mobilières

A. Introduction

14. Un registre général des sûretés du type envisagé dans le *Guide* permet l'inscription des informations contenues dans des avis concernant des sûretés présentes ou futures potentielles afin: a) de rendre ces sûretés opposables; b) d'offrir un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription; et c) de constituer une source objective d'information pour les tiers ayant affaire à des biens du constituant (voir la section relative à l'objet des recommandations du chapitre IV du *Guide*).

15. Le terme "inscription d'un avis" décrit une procédure. Généralement, dans un système papier, la procédure se déroule en trois étapes: a) présentation par la personne procédant à l'inscription d'informations consignées dans un avis; b) saisie de ces informations dans le fichier du registre et horodatage de l'avis par le registre; et c) saisie par le registre des informations pertinentes de l'avis dans l'index du

registre, étape à partir de laquelle les informations figurant dans l'avis deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche. Dans un système électronique, les trois étapes peuvent se dérouler simultanément au moment où la personne procède à l'inscription. Dans certains États, l'inscription est effective une fois la deuxième étape accomplie, c'est-à-dire lorsque l'avis est soumis au registre et qu'il est reçu par ce dernier. Le *Guide* recommande une approche différente en ce sens qu'il exige que l'information contenue dans un avis soit accessible aux personnes effectuant une recherche dans le registre pour que l'inscription prenne effet (voir recommandation 70).

16. Un registre des sûretés n'est pas construit dans le vide, mais fait partie intégrante du contexte juridique et économique général dans lequel s'inscrit le régime de financement garanti dans un État. Or, il se peut que ceux qui contribuent à la conception et à la mise en place d'un registre des sûretés ainsi que les clients potentiels de ce registre ne soient pas rompus aux complexités des opérations garanties. Par conséquent, le présent chapitre explique brièvement les opérations garanties et la fonction juridique de l'inscription dans un cadre législatif sur les opérations garanties conforme à la loi recommandée par le *Guide*.

B. Fonction d'une sûreté réelle mobilière

17. Bien que la terminologie juridique puisse varier (par exemple "gage", "sûreté réelle", "security interest" ou "hypothèque"), le principe fondamental des sûretés réelles mobilières est essentiellement le même partout. Une sûreté réelle mobilière est un type de droit réel (droit sur la chose, à distinguer du droit de propriété et des droits personnels) conféré à un créancier pour garantir le paiement d'un prêt ou d'une autre obligation (voir le terme "sûreté réelle mobilière" dans l'introduction du *Guide*, sect. B). Une sûreté réelle mobilière réduit le risque de perte découlant d'un défaut de paiement en autorisant le créancier garanti à faire valoir des droits sur la valeur des biens grevés comme autre moyen de se faire rembourser. Par exemple, si une entreprise ayant contracté un emprunt garanti par une sûreté prise sur son matériel ne rembourse pas cet emprunt, le créancier garanti aura le droit d'obtenir la possession et la disposition de ce matériel pour se rembourser le solde non acquitté. La caractéristique essentielle d'une sûreté réelle mobilière est qu'elle permet généralement au créancier de revendiquer la valeur des biens grevés par préférence aux autres réclamants concurrents. Comme le risque de perte en cas de défaut de remboursement est atténué, le fait qu'une personne (le "constituant"; voir le terme "constituant" dans l'introduction du *Guide*, sect. B) puisse accorder une sûreté améliore l'accès au crédit pour les constituants dont la situation ne leur permettrait pas d'obtenir un financement non garanti ou permet à ces mêmes constituants de bénéficier de conditions de crédit plus favorables (par exemple, le taux d'intérêt peut être plus faible, le montant du crédit plus élevé et la période de remboursement plus longue).

18. Une sûreté réelle mobilière naît d'un contrat (convention constitutive de sûreté) par lequel le constituant accepte que des biens déterminés servent à garantir l'exécution d'une obligation précise. Cette obligation peut dans certains cas être un prêt ou une facilité de crédit, telle que les lignes de crédit généralement proposées par les institutions financières. Dans d'autres cas, il peut s'agir d'un crédit octroyé pour financer l'acquisition de biens meubles corporels par le constituant. Par

exemple, un vendeur peut prendre une sûreté sur des biens vendus à crédit ou en conserver la propriété afin de garantir le paiement du prix d'achat (la question du financement des acquisitions est traitée dans le chapitre IX du *Guide*; voir également plus loin les paragraphes 27, 38 et 39).

C. Justifications du crédit garanti

19. Les entreprises commerciales (en particulier les petites et moyennes entreprises) ont généralement besoin d'un financement pour couvrir leurs dépenses de démarrage et d'expansion et acquérir ou produire le matériel, les stocks et les services avec lesquels elles espèrent réaliser des bénéfices. Par conséquent, le crédit est important pour financer le développement d'activités commerciales productives. Les consommateurs peuvent eux aussi avoir besoin d'accéder au crédit pour acquérir des biens tels que des appareils ménagers et des véhicules à moteur. Comme on l'a déjà indiqué, il est probable qu'un créancier qui ne peut se fier qu'à la promesse de remboursement de l'emprunteur n'accordera qu'un crédit d'un montant limité pour une courte durée à un taux d'intérêt élevé, et ce, uniquement si l'emprunteur est réputé solvable. Les sûretés permettent d'obtenir plus facilement des crédits à un coût moins élevé et pour des durées plus longues car elles offrent aux bailleurs de fonds une protection supplémentaire contre le risque de défaut de paiement. De fait, un grand nombre de consommateurs et de petites et moyennes entreprises n'ont pas accès au crédit s'ils ne sont pas en mesure de constituer des sûretés sur leurs biens (voir l'introduction du *Guide*, par. 1 à 11).

D. Sûretés réelles mobilières avec dépossession ou sans dépossession

20. Le gage classique avec dépossession est une forme de sûreté qui est reconnue depuis longtemps par les systèmes juridiques (voir chap. I du *Guide*, par. 51 à 59). L'obligation pour le constituant de remettre la possession physique du bien grevé au créancier garanti donne à ce dernier l'assurance que le constituant n'a pas déjà grevé le bien en faveur d'un autre créancier et lui permet de se protéger contre l'endommagement ou la dépréciation du bien. La dépossession du constituant permet également d'avertir les acheteurs potentiels et d'autres réclamants concurrents que le constituant ne détient plus un droit de propriété non grevé sur le bien.

21. Cependant, les gages avec dépossession ne sont possibles que si le bien peut faire l'objet d'une possession physique, ce qui exclut de nombreux types de biens meubles, notamment les biens futurs (c'est-à-dire les biens acquis par le constituant ou produits après la constitution d'une sûreté; voir chap. I du *Guide*, par. 8), ainsi que les biens meubles incorporels, tels que les créances et les droits de propriété intellectuelle. La remise de la possession peut aller à l'encontre de l'objectif du financement. Une entreprise a besoin de rester en possession de son matériel, de ses stocks et d'autres biens commerciaux pour générer des revenus qui lui permettront de payer l'obligation garantie. De même, le fait de différer la remise de biens corporels dont l'achat a été financé par un crédit garanti priverait les consommateurs de l'utilisation et de la jouissance immédiates de ces biens. Même si la remise de possession est possible, le créancier garanti ne pourra généralement pas ou ne souhaitera pas entreposer, entretenir et assurer des biens volumineux (les

avantages et les inconvénients des gages avec dépossession sont examinés aux paragraphes 51 à 59 du chapitre I du *Guide*).

22. Étant donné les limites des sûretés réelles mobilières avec dépossession, les lois modernes sur les opérations garanties permettent généralement de constituer une sûreté sans qu'il soit nécessaire de remettre la possession physique du bien grevé au créancier garanti. Un régime juridique reconnaissant les sûretés réelles mobilières sans dépossession a tendance à accroître l'accès au crédit en élargissant l'éventail des biens qu'une entreprise peut affecter en garantie. Une entreprise peut grever ses biens meubles incorporels en plus de ses biens corporels ainsi que ses biens futurs (en particulier ses créances et ses stocks) en plus de ses biens actuels. C'est l'approche qui est recommandée dans le *Guide* (pour ce qui est des biens sur lesquels une sûreté peut être constituée, voir les recommandations 2 et 17; en ce qui concerne en particulier la constitution de sûretés sur l'ensemble des biens d'un constituant, voir les paragraphes 61 à 70 du chapitre II du *Guide*). Les sûretés sans dépossession facilitent également l'accès des consommateurs au crédit car elles permettent à ceux-ci de prendre immédiatement possession de biens financés par un prêt ou une facilité de crédit.

E. Utilisation d'un registre pour parer aux risques juridiques découlant des sûretés réelles mobilières sans dépossession

23. Le concept économique de sûreté réelle mobilière en tant que droit réel repose sur l'idée fondamentale qu'en cas de défaillance du constituant le créancier garanti a le droit de réclamer la valeur du bien grevé par préférence aux droits des réclamants concurrents (voir les termes "sûreté réelle mobilière", "réclamant concurrent" et "priorité" dans l'introduction du *Guide*, sect. B). Cependant, la reconnaissance des sûretés réelles mobilières sans dépossession pose des problèmes d'information pour les tiers. Il est important pour les acheteurs ou créanciers garantis potentiels de savoir si les biens qui se trouvent en la possession d'une personne sont grevés d'une sûreté antérieure. Il est tout aussi important pour les créanciers chirographaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant de pouvoir déterminer quels sont les biens du constituant qui sont déjà grevés et ne pourraient donc pas être utilisés pour les désintéresser. Face à ces difficultés d'information, les systèmes juridiques peuvent être réticents à autoriser le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession à faire valoir sa sûreté à l'encontre de réclamants concurrents qui acquièrent un droit sur le bien grevé sans savoir qu'il existe une sûreté antérieure. D'autre part, la valeur d'une sûreté pour un créancier est réduite voire anéantie dans la mesure où des règles protégeant les tiers leur permettent d'acquérir sur les biens grevés des droits libres de toute sûreté antérieure.

24. L'établissement d'un registre des sûretés réelles mobilières permet aux États de résoudre le problème d'"information" que posent les sûretés réelles mobilières sans dépossession de manière à protéger aussi bien les droits des créanciers garantis que ceux des tiers. Si l'inscription est une condition préalable à l'opposabilité d'une sûreté aux réclamants concurrents, les tiers peuvent se protéger en consultant le registre avant de s'intéresser aux biens du constituant. Des règles de priorité fondées sur la date d'inscription garantissent alors aux créanciers garantis que, s'ils ont respecté les délais d'inscription, leurs sûretés seront opposables aux réclamants concurrents ultérieurs. Le cadre législatif recommandé dans le *Guide* pour les

opérations garanties prévoit généralement ces règles de priorité temporelle, sous réserve d'un petit nombre d'exceptions seulement.

25. Pour bénéficier de ces avantages, l'établissement d'un registre général des sûretés doit s'inscrire dans un cadre juridique favorable conforme à celui recommandé dans le *Guide*. Plus particulièrement, la loi sur les opérations garanties dans le cadre de laquelle est établi le registre devra intégrer les trois règles de base d'une loi sur les opérations garanties fondée sur un registre du type de celle recommandée dans le *Guide*. Premièrement, l'inscription doit être un mécanisme général permettant d'assurer l'opposabilité d'une sûreté sans dépossession (voir les recommandations 29 et 32). Deuxièmement, en cas de défaillance du constituant, le titulaire d'une sûreté qui est devenue opposable doit avoir le droit, vis-à-vis des réclameurs concurrents, de réaliser sa sûreté et d'affecter la valeur du bien grevé au paiement de la fraction non acquittée de l'obligation garantie (voir le terme "priorité" dans l'introduction du *Guide*, sect. B, et les recommandations 142 et 152). Troisièmement, la priorité entre des sûretés sur le même bien rendues opposables par voie d'inscription doit être généralement déterminée par l'ordre d'inscription (voir la recommandation 76, al. a)). Il s'agit là des règles de base, mais une loi moderne sur les opérations garanties du type recommandé dans le *Guide* prévoira inévitablement des exceptions pour favoriser d'autres objectifs de politique générale. La section suivante en offre des exemples types.

F. Exceptions aux règles d'opposabilité et de priorité fondées sur l'inscription

1. Sûretés réelles mobilières avec dépossession

26. Bien que la plupart des opérations garanties impliquent des sûretés réelles mobilières sans dépossession, le gage avec dépossession est encore souvent utilisé pour certains types de biens, comme les biens personnels de luxe non intermédiaires, les instruments négociables, les documents négociables et les titres représentés par un certificat. Les États qui ont instauré un système de registre permettent presque toujours de rendre une sûreté sur des biens pouvant faire l'objet d'une possession physique opposable par transfert de la possession effective en lieu et place de l'inscription (il ne s'agit pas là de possession non effective qualifiée de virtuelle, fictive, supposée ou symbolique; voir le terme "possession" dans la section B de l'introduction du *Guide*). C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 37). On considère que la dépossession du constituant est un moyen pratique suffisant de faire savoir aux tiers qu'il est peu probable que le droit de propriété du constituant ne soit pas grevé. Dans le cas où une sûreté avec dépossession entre en concurrence avec une sûreté rendue opposable par inscription, la priorité est habituellement établie en fonction de l'ordre respectif d'inscription ou de transfert de la possession (voir recommandation 76, al. c)). Cependant, pour certains types de biens, comme les instruments négociables, les documents négociables et les titres représentés par un certificat, une sûreté rendue opposable par transfert de possession a priorité même sur une sûreté inscrite antérieurement (voir les recommandations 101 et 109).

2. Financement d'acquisitions

27. La règle du “premier inscrit” signifie qu’une sûreté grevant les biens futurs d’une entreprise (c’est-à-dire des biens acquis ou créés après la constitution de la sûreté) pour laquelle un avis a été inscrit aura la priorité sur des sûretés grevant les mêmes biens (c’est-à-dire les biens entrant dans la description des biens grevés figurant dans le premier avis inscrit) pour lesquelles un avis a été inscrit postérieurement. Cette règle est généralement raisonnable car un créancier garanti ultérieur aurait pu et dû se protéger en consultant le registre avant d’accorder un crédit. Cependant, les lois sur les opérations garanties reconnaissent souvent que cette règle de priorité devrait admettre une exception lorsque le créancier garanti ultérieur finance l’acquisition de biens meubles corporels par le constituant (par exemple, des biens de consommation, du matériel ou des stocks) ou de propriétés intellectuelles. Étant donné que ces nouveaux biens n’auraient pas fait partie des actifs du constituant sans ce nouveau financement, on considère qu’il est juste que la partie qui en finance l’acquisition (le créancier garanti inscrit ultérieurement) ait, en ce qui concerne la valeur de ces biens, la priorité sur le créancier inscrit antérieurement. Donner la priorité aux sûretés en garantie du paiement d’acquisitions (y compris les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail, dans l’approche unitaire du financement d’acquisitions; voir le terme “sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition” dans la section B de l’introduction du *Guide*) est aussi dans l’intérêt du constituant qui a ainsi accès à des sources diversifiées de crédit garanti pour financer de nouvelles acquisitions (voir le *Guide*, chap. IX). Afin de préserver son rang de priorité spécial, le créancier garanti finançant l’acquisition est généralement tenu d’inscrire un avis rapidement après la remise du bien au constituant et peut aussi être tenu d’aviser le créancier garanti antérieurement inscrit lorsque les biens sont des stocks entre les mains du constituant; les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition peuvent cependant bénéficier d’une exception à l’obligation d’inscription. C’est l’approche qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 180). La même approche est aussi recommandée par le *Guide* pour les systèmes qui soumettent le financement d’acquisitions sous la forme de droits de réserve de propriété et de droits de crédit-bail à un traitement différent de celui des sûretés réelles mobilières (voir par. 38 et 39 ci-après).

3. Opérations effectuées dans le cours normal des affaires

28. Dans de nombreux États, un acheteur qui acquiert un bien sans savoir effectivement que celui-ci est grevé d’une sûreté (“acheteur de bonne foi”) l’acquiert libre de sûreté. Cette approche dispense l’acheteur potentiel de consulter le registre pour déterminer si une sûreté greve le bien qui l’intéresse et l’encourage même à ne pas le faire. Ce niveau de protection est incompatible avec l’objectif d’un système de registre général visant à faciliter la publicité des sûretés et à établir des règles claires et objectives pour régler les conflits entre les réclamants concurrents. Par conséquent, les régimes sur les opérations garanties qui ont établi un registre général des sûretés permettent généralement au créancier garanti qui a procédé à l’inscription d’un avis concernant sa sûreté de poursuivre le bien entre les mains de l’acheteur, indépendamment du fait que ce dernier ait bien connaissance ou non de la sûreté inscrite. C’est l’approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 79).

29. Cependant, le droit général du créancier garanti de réaliser sa sûreté sur un bien grevé entre les mains d'un acheteur est soumis à une importante restriction. Les lois sur les opérations garanties prévoient presque toujours qu'un acheteur qui acquiert un bien meuble corporel dans le cours normal des affaires du constituant acquiert ce bien libre de toute sûreté, inscrite ou non. C'est également l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 81). L'exception fondée sur le cours normal des affaires protège généralement l'acheteur même s'il connaît effectivement l'existence d'une sûreté rendue opposable par inscription. Ce n'est que lorsqu'il sait également que la vente viole les droits conférés au créancier garanti par la convention constitutive de sûreté que la sûreté grève le droit de propriété de l'acheteur.

30. Cette approche est compatible avec les attentes commerciales raisonnables tant du constituant que du créancier garanti. Il n'est pas réaliste d'attendre des acheteurs traitant avec une entreprise commerciale qui a l'habitude de vendre le type de biens susceptibles de les intéresser, par exemple du matériel informatique, qu'ils vérifient le registre avant de conclure l'opération. En outre, un créancier garanti qui prend une sûreté sur les stocks d'un constituant le fait normalement en sachant que le constituant pourra disposer de ces stocks libres de la sûreté dans le cours normal de ses affaires. En effet, pour que le constituant puisse générer les revenus nécessaires au remboursement du prêt garanti, il faut que la loi garantisse à ses clients qu'ils acquièrent un droit de propriété non grevé sur les stocks qui leur sont vendus.

4. Espèces, instruments négociables et documents négociables

31. Les lois sur les opérations garanties accordent habituellement une protection similaire aux bénéficiaires de transferts et aux créanciers garantis concurrents auxquels des espèces sont versées ou en faveur desquels des documents négociables (tels qu'un connaissance) ou des instruments négociables (tels qu'un chèque) sont négociés. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir les recommandations 101, 102, 108 et 109). On considère ici que le fait de préserver sur le marché le caractère librement négociable de ces types de biens est plus important que le risque de porter atteinte au rang prioritaire du créancier garanti inscrit.

5. Comptes bancaires et valeurs mobilières

32. Pour faciliter les opérations des grandes institutions financières sur les marchés des prêts sur valeurs mobilières, des mises en pension et des produits dérivés, les systèmes juridiques créent parfois des exceptions à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription pour les sûretés sur les comptes bancaires et sur certains types de valeurs mobilières au moins (il convient cependant de noter que les valeurs mobilières et les droits à paiement qui naissent ou découlent de contrats financiers et d'opérations de change sont exclus du champ d'application du *Guide*; voir la recommandation 4, alinéas c) à e)). Dans ces systèmes, les créanciers garantis ont généralement la possibilité de prendre le "contrôle" du compte bancaire ou des valeurs mobilières au lieu d'inscrire leur sûreté; ces créanciers garantis ayant le "contrôle" ont alors la priorité même sur des sûretés inscrites antérieurement. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (s'agissant des comptes bancaires, voir le terme "contrôle" dans l'introduction du *Guide*, sect. B, et la recommandation 103).

6. Biens soumis à inscription sur un registre spécialisé

33. D'autres exceptions à la règle du "premier inscrit" peuvent s'expliquer par la décision d'un État de conserver des solutions existantes autres que l'inscription au registre général des sûretés qui donnent satisfaction. Certains États, par exemple, ont adopté un système d'annotation des sûretés sur les certificats de propriété de véhicules automobiles. Un État peut accorder la priorité à une sûreté annotée sur un certificat de propriété par rapport à une sûreté inscrite dans le registre général des sûretés et également exiger une annotation sur le certificat de propriété pour que le créancier garanti l'emporte sur le bénéficiaire d'un transfert ultérieur. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir les recommandations 77 et 78).

34. En outre, certains États ont déjà mis en place des registres spécialisés pour inscrire des droits, y compris des sûretés, sur des types spécifiques de biens meubles, notamment des navires, des aéronefs et les propriétés intellectuelles. Dans la mesure où ces registres peuvent avoir des objectifs plus larges que la simple publicité des sûretés sur les biens concernés (par exemple, l'enregistrement de la propriété ou des transferts de propriété), un État peut décider d'accorder la priorité aux sûretés inscrites dans un registre spécialisé par rapport à celles qui sont inscrites dans le registre général, de même qu'il peut exiger l'inscription dans le registre spécialisé pour que le créancier garanti l'emporte sur le bénéficiaire d'un transfert ultérieur. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir les recommandations 77 et 78).

35. Enfin, les États parties à des traités internationaux, tels que la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et ses Protocoles, exigent l'inscription dans le registre international des sûretés et d'autres droits grevant les types de biens auxquels ces traités s'appliquent (par exemple, les cellules d'aéronefs, les moteurs d'avion, le matériel roulant ferroviaire et les biens spatiaux).

7. Autres exceptions

36. La place faite à d'autres exceptions dépend du contexte économique et social particulier de chaque État. Certains États, par exemple, protègent les acheteurs de biens de consommation d'assez faible valeur, que ceux-ci aient ou non été achetés dans le cours normal des affaires du vendeur. On considère dans ces États qu'il n'est pas réaliste de s'attendre que ces personnes consultent un registre avant d'effectuer l'opération.

G. Portée opérationnelle du registre

1. Approche générale: primauté du fond sur la forme

37. Sous réserve des exceptions précédentes, un régime efficace sur les opérations garanties se fondant sur un registre devrait avoir une portée étendue et couvrir toutes les opérations qui sur le fond remplissent une fonction de sûreté, quels que soient la forme de l'opération, le type de bien grevé, la nature de l'obligation garantie ou le statut des parties. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir la recommandation 2). Ainsi par exemple, si un débiteur transfère la propriété d'un bien à un créancier dans le cadre d'une "vente" mais reste en possession dudit bien

étant entendu qu'il pourra en recouvrer la propriété en s'acquittant de l'obligation dont il est redevable, la vente devrait, en principe, être régie par les mêmes règles d'inscription et de priorité que celles qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières à proprement parler. Cette approche est nécessaire pour éviter de compromettre les avantages en matière de réduction des risques et de détermination efficace de l'ordre de priorité que présente l'établissement d'un registre général des sûretés.

2. Mécanismes de sûreté fondés sur la réserve de propriété

38. Dans certains États, les opérations dans le cadre desquelles le créancier reste propriétaire d'un bien afin de garantir le paiement de son prix d'achat par le débiteur bénéficiaire du même traitement que les opérations garanties aux seules fins de la loi sur les opérations garanties et les droits de réserve de propriété ou de crédit-bail sont englobés dans la notion de "sûreté réelle mobilière" et intégrés dans le champ d'application du registre général des sûretés. C'est l'approche unitaire du financement d'acquisitions recommandée dans le *Guide* (recommandation 178). Dans d'autres États, les mécanismes de réserve de propriété sont considérés comme conceptuellement différents des sûretés grevant des biens dont le constituant est déjà propriétaire. Toutefois, même dans ces États, on reconnaît généralement que de tels mécanismes posent les mêmes problèmes de publicité que les sûretés réelles mobilières traditionnelles. Sans obligation d'inscription, un tiers n'aurait aucun moyen de vérifier objectivement si des biens se trouvant en la possession d'une personne ne sont pas en fait la propriété d'un vendeur ou d'un bailleur. Par conséquent, ces États incluent aussi souvent les mécanismes de réserve de propriété dans le registre général des sûretés tout en leur conservant une terminologie différente. C'est l'approche non unitaire recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 187). L'approche unitaire comme l'approche non unitaire du financement d'acquisitions recommandées dans le *Guide* suivent le principe de "primauté du fond sur la forme".

39. La sûreté prise par le vendeur ou le bailleur en garantie du paiement de l'acquisition permet de protéger les droits qu'il détient sur le bien des effets d'une sûreté antérieurement inscrite qui a été accordée par l'acheteur ou le preneur à bail sur des biens futurs du même type. Dans les systèmes qui adoptent l'approche unitaire du financement d'acquisitions recommandée dans le *Guide*, le vendeur ou le bailleur est en droit de reprendre possession du bien en cas de défaillance de l'acheteur ou du preneur et d'affecter le produit de la disposition du bien au règlement de l'obligation garantie (le prix d'achat) par préférence à tout créancier garanti détenant une sûreté non liée à l'acquisition ou à tout autre créancier. Dans les systèmes qui adoptent l'approche non unitaire décrite dans le *Guide*, le vendeur ou le bailleur peut en cas de défaillance de l'acheteur ou du preneur reprendre possession du bien libre de tout droit revendiqué par le créancier garanti inscrit antérieurement. Ce résultat est approprié pour les mêmes raisons qui justifient une exception à la règle du "premier inscrit" pour les titulaires de sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (voir recommandation 180 et par. 25 ci-dessus). Premièrement, le constituant a acquis le bien grâce au crédit accordé par le vendeur ou le bailleur, et non grâce au crédit accordé par le créancier garanti inscrit antérieurement. Deuxièmement, donner la priorité à une sûreté inscrite antérieurement découragerait l'accès au financement des ventes et des locations. Un régime sur les opérations garanties protège donc généralement le vendeur ou le

bailleur des réclamants concurrents à condition qu'un avis ait été inscrit dans les délais (voir les recommandations 192 à 194).

3. Cessions pures et simples de créances

40. Une cession pure et simple de créance crée les mêmes problèmes d'information pour les tiers que les sûretés réelles mobilières sans dépossession. Un créancier garanti ou un cessionnaire potentiels n'ont aucun moyen efficace de vérifier si les créances dues à une entreprise n'ont pas déjà été cédées. Si la possibilité de s'informer au sujet du débiteur des créances existe, dans la pratique cela n'est pas réalisable lorsque l'opération couvre des créances présentes et futures. Pour remédier au problème, les lois sur les opérations garanties étendent souvent les règles d'inscription régissant les sûretés réelles mobilières sans dépossession aux cessions pures et simples de créances, la priorité entre les créanciers garantis ou cessionnaires successifs des mêmes créances étant déterminée par l'ordre d'inscription. D'autres types de transfert pure et simple, comme les ventes ordinaires, ne sont pas soumis à inscription au motif que, contrairement aux cessions pures et simples de créances, ils ne jouent aucun rôle de financement.

41. Le fait d'inclure les cessions pures et simples de créances dans le champ du registre ne signifie pas que ces opérations sont requalifiées en opérations garanties. Cela permet seulement que le cessionnaire soit soumis aux mêmes règles de constitution, d'opposabilité et de priorité (mais généralement pas de réalisation) que le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur les créances. Cela signifie également que le cessionnaire a les mêmes droits et obligations qu'un créancier garanti vis-à-vis du débiteur de la créance. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir chap. I, par. 25 à 31, et recommandations 3 et 167).

4. Autres types d'opérations

a) Baux véritables et dépôts-ventes

42. Les véritables baux de longue durée et le dépôt-vente de biens meubles ne permettent pas de garantir le paiement du prix d'acquisition des biens. Cependant, ils créent des problèmes de publicité analogues pour les tiers car ils impliquent nécessairement une dissociation entre un droit réel (la propriété du bailleur ou du déposant) et la possession effective (par le preneur ou le dépositaire). Pour remédier au problème, certains États élargissent à ces types d'opérations le champ d'application du régime d'inscription et de priorité applicable aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et aux mécanismes de réserve de propriété. Cette approche permet également au bailleur ou au déposant de procéder à une inscription pour se protéger contre le risque de voir un tribunal décider qu'une opération s'apparentant à un véritable bail ou dépôt-vente est en réalité une opération garantie et, partant, n'est pas opposable en l'absence d'inscription d'un avis y afférent. Cette approche n'est toutefois pas recommandée dans le *Guide*.

b) Droits découlant de la loi

43. Un registre des sûretés réelles mobilières a pour vocation première de recevoir l'inscription d'une sûreté réelle mobilière créée par accord entre les parties. Dans certains États cependant, un droit créé par l'effet de la loi qui serait potentiellement équivalent à une sûreté ou conférerait une protection équivalente peut également

faire l'objet d'une inscription. De tels droits comprennent par exemple les droits de l'État sur les biens d'un contribuable au titre du non-paiement d'impôts (voir le *Guide*, chap. V, par. 90 à 109). Dans ces États, les règles d'inscription et de priorité applicables aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux droits de préférence créés par l'effet de la loi.

44. Cette approche n'est toutefois pas recommandée dans le *Guide*, qui considère les droits légaux comme des privilèges dont le type et le montant devraient être limités (voir recommandation 83). En conséquence, un créancier titulaire d'un tel droit n'a pas besoin de procéder à une inscription, la règle du premier inscrit ne s'applique pas et les tiers devraient être conscients de ce risque et faire les recherches correspondantes.

H. Portée territoriale du registre

45. Les utilisateurs d'un registre ont besoin d'indications claires quant au lieu où une sûreté doit être inscrite lorsque l'opération implique des parties et des biens situés dans différents États. En général, ces indications sont données par les règles de conflit de lois de l'État qui déterminent la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté. Selon l'approche adoptée par les régimes modernes de conflit de lois comme celui recommandé dans le *Guide*, la loi applicable dépend de la nature des biens. S'agissant des sûretés grevant des biens meubles corporels, c'est la loi du lieu où est situé le bien grevé qui s'applique (voir la recommandation 203). Si les biens grevés sont situés dans plusieurs États, la loi de chacun de ces États s'applique. Si ces États disposent de registres, plusieurs inscriptions seront nécessaires. S'agissant des sûretés grevant des biens meubles incorporels ainsi que certains types de biens meubles corporels mobiles habituellement utilisés dans plusieurs États, c'est la loi de l'État dans lequel est situé le constituant qui s'applique (voir les recommandations 204 et 208).

46. Cependant, des règles de conflit de lois différentes s'appliquent aux sûretés sur certains types de biens, comme les créances nées d'une opération concernant un bien immeuble, les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, les droits de recevoir le produit d'engagements de garantie indépendants, les droits de propriété intellectuelle et le produit (voir recommandations 209 à 215 et 248). Ainsi, lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle, la loi applicable est en premier lieu la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée, même s'il est également possible qu'une sûreté soit constituée et rendue opposable au représentant de l'insolvabilité du constituant et à ses créanciers judiciaires, et soit réalisée uniquement, conformément à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé (voir la recommandation 248 dans le *Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles*).

I. Effet de la connaissance effective ou supposée d'une sûreté non inscrite sur l'opposabilité et la priorité

47. Dans les États qui n'ont pas de registre général des sûretés, la loi prévoit fréquemment qu'un tiers qui acquiert un bien grevé sans connaissance effective ou supposée du fait qu'il est grevé prend ce bien libre de la sûreté. Dans les États qui

ont créé un registre général du type de celui envisagé dans le *Guide*, la connaissance effective ou supposée de l'existence d'une sûreté ne remplace pas l'inscription et le fait d'acquérir un bien que l'on sait grevé d'une sûreté non inscrite ne constitue pas un acte de mauvaise foi. Cette approche permet aux tiers de se fier entièrement au système de registre pour déterminer s'ils sont liés ou non par une sûreté que le constituant aurait créée sur ses biens. Elle n'est pas injuste envers les créanciers garantis car ceux-ci auraient pu se protéger en prenant une inscription en temps voulu.

J. Inscription et insolvabilité

48. Les lois modernes sur les opérations garanties et l'insolvabilité font généralement de l'inscription une condition de l'opposabilité d'une sûreté aux créanciers judiciaires chirographaires et au représentant de l'insolvabilité du constituant. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir les recommandations 238 et 239) conformément au *Guide* législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. S'il ne prend pas du tout d'inscription ou d'autre disposition pour rendre sa sûreté opposable ou s'il ne le fait pas dans les délais, le créancier garanti est relégué au rang de créancier chirographaire par rapport aux réclameurs concurrents, y compris les créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant.

49. Cette règle:

- a) Encourage les créanciers garantis à prendre rapidement une inscription;
- b) Permet au représentant de l'insolvabilité du constituant de déterminer efficacement quels biens du constituant sont grevés;
- c) Permet aux créanciers judiciaires de déterminer à tout moment dans quelle mesure les biens du constituant sont grevés, et de décider ainsi du bien-fondé d'engager une procédure pour faire exécuter le jugement; et
- d) Permet à des créanciers potentiels de déterminer à tout moment le montant possible du passif garanti de leur débiteurs potentiels, ce qui peut les aider à évaluer la solvabilité de ceux-ci.

50. Toutefois, une inscription prise en temps voulu ne met pas un créancier garanti à l'abri des contestations fondées sur les principes généraux du droit de l'insolvabilité, comme les règles ayant pour effet d'annuler les transferts préférentiels ou frauduleux et les règles qui accordent la priorité à certaines catégories protégées de créanciers (voir chap. XII et recommandation 239 du *Guide*; voir également les recommandations 88 et 188 du *Guide* législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité).

51. En outre, les lois modernes sur les opérations garanties et l'insolvabilité permettent généralement au créancier garanti de prendre des dispositions pour conserver, préserver ou maintenir l'opposabilité de la sûreté même après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir recommandation 238). Par conséquent, le créancier garanti devrait être en mesure de prolonger les effets de l'inscription qui, sinon, expirerait durant la procédure d'insolvabilité en procédant à l'inscription d'un avis de modification.

52. Enfin, les lois modernes sur l'insolvabilité autorisent habituellement le constituant insolvable à constituer une sûreté afin d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (voir recommandation 65 du *Guide* législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité). Un tel financement n'est pas prioritaire sur le ou les créanciers garantis existants sauf accord de ces derniers ou autorisation du tribunal assortie de dispositions assurant une protection suffisante au créancier garanti. Lorsque le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est accordé, l'avis d'inscription doit identifier le constituant de manière appropriée en fonction de la nature de la personne insolvable (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, par. 23).

K. Inscription et constitution d'une sûreté réelle mobilière

53. Dans le régime sur les opérations garanties recommandé par le *Guide*, l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté (voir la recommandation 33). En fait, la sûreté prend effet et acquiert force obligatoire entre le constituant et le créancier garanti dès la conclusion d'une convention constitutive répondant aux exigences de forme minimales, par exemple la forme écrite et la preuve du consentement du constituant à grever ses biens (voir les recommandations 13 à 15). L'inscription est simplement une condition préalable à l'opposabilité de la sûreté. En outre, comme expliqué en détail ci-dessous, l'inscription ne porte pas sur la convention constitutive de sûreté elle-même mais sur les informations de base figurant dans un avis concernant l'existence possible d'une sûreté (voir la recommandation 32 et les paragraphes 65 à 69 ci-après). Ce n'est pas l'inscription qui prouve que la sûreté à laquelle elle fait référence existe bien mais la convention constitutive de sûreté, qui elle ne figure pas dans le registre. L'inscription sert simplement à informer les tiers qui procèdent à des recherches de l'existence éventuelle d'une sûreté sur les biens décrits.

L. Inscription et réalisation

54. Certains régimes juridiques exigent que les créanciers garantis inscrivent un avis lorsqu'ils engagent une action en réalisation. Dans ces régimes, le registre est généralement tenu de notifier l'action en réalisation aux créanciers garantis inscrits antérieurement qui sont titulaires d'une sûreté sur le même bien. Le *Guide* ne recommande pas d'imposer au créancier garanti l'obligation de procéder à l'inscription d'un avis concernant l'action en réalisation qu'il a engagée. Il recommande une approche différente qui consiste à exiger du créancier garanti à l'origine de l'action en réalisation qu'il effectue une recherche dans le registre et qu'il notifie aux tiers concernés (y compris les réclameurs concurrents) le moyen de réalisation qu'il compte utiliser (voir la recommandation 151 du *Guide*).

M. Conséquences du défaut d'inscription

55. Le *Guide* n'exige pas du créancier garanti qu'il procède à l'inscription d'un avis de sûreté et, par conséquent, ne recommande pas d'imposer des sanctions pécuniaires ou administratives ou d'autre nature aux créanciers garantis en cas de défaut d'inscription de leur part. La seule conséquence négative du défaut

d'inscription est que la sûreté ne sera pas opposable à certains tiers comme cela est expliqué dans le *Guide*.

N. Coordination entre le registre des sûretés et les registres spécialisés de biens meubles

56. Lorsqu'il existe des registres spécialisés qui permettent l'inscription de sûretés sur des biens meubles aux fins d'opposabilité (comme c'est le cas des registres internationaux prévus par la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et ses Protocoles), les régimes modernes sur les opérations garanties et les registres traitent des questions liées à la coordination des inscriptions dans les deux types de registres. Le *Guide* et le *Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles* traitent de manière assez détaillée de la coordination entre les registres (voir les chap. III, par. 75 à 82, et IV, par. 117 du *Guide*; voir également les paragraphes 135 à 140 du *Supplément*).

57. Par exemple, le *Guide* prévoit qu'une sûreté sur un bien soumis à inscription dans un registre spécialisé puisse être rendue opposable par inscription dans le registre général des sûretés ou dans le registre spécialisé et traite la question de la coordination entre les deux types de registre par le biais de règles de priorité appropriées, en donnant la priorité à une sûreté pour laquelle un avis est inscrit dans le registre spécialisé sur une sûreté grevant le même bien pour laquelle un avis est inscrit dans le registre général des sûretés (voir recommandations 43 et 77, al. a)).

58. Le *Guide* évoque également d'autres outils de coordination entre registres, parmi lesquels la transmission automatique des informations d'un registre à l'autre et la mise en place de portails communs permettant d'accéder aux divers registres. Cette approche soulève des difficultés pour ce qui concerne la conception du registre général des sûretés qui utilise un système d'indexation par constituant alors qu'à l'inverse, le registre spécialisé utilise un système d'enregistrement par bien (voir chap. III, par. 77 à 81, du *Guide*; voir aussi par. 70 à 72 ci-après).

O. Coordination entre le registre des sûretés et les registres immobiliers

59. Des registres immobiliers existent dans la plupart des États, voire dans tous. Dans la plupart des États, le registre général des sûretés est distinct du registre immobilier, en raison des différences dans les critères de description du bien grevé et les méthodes d'indexation (pour plus de détail voir par. 70 à 72 ci-après) et des effets juridiques de l'inscription à l'égard des tiers.

60. Cependant, un État utilisant un registre général des sûretés devra donner des orientations permettant de savoir où les sûretés sur des biens attachés à des immeubles devraient être inscrites. Les régimes modernes sur les opérations garanties conformes aux recommandations du *Guide* prévoient que ces inscriptions peuvent être réalisées soit dans le registre général des sûretés soit dans le registre immobilier (voir la recommandation 43). Le choix entre les deux types d'inscription a des conséquences du point de vue de la priorité. Le *Guide* recommande qu'un droit réel inscrit dans le registre immobilier soit prioritaire sur une sûreté pour

laquelle un avis n'a été inscrit que dans le registre des sûretés (voir recommandation 87). Il recommande également que la sûreté ne puisse être opposée à un acheteur ou un autre tiers qui acquiert un droit sur le bien immeuble sauf si cette sûreté a fait l'objet d'une inscription dans le registre immobilier préalablement à la vente (voir recommandation 88).

61. Il convient également de noter que les critères de description du bien grevé applicables aux avis concernant des sûretés sur des biens attachés à des immeubles peuvent différer selon que l'avis est inscrit dans le registre général des sûretés ou dans le registre immobilier. Le *Guide* exige qu'un bien attaché à un immeuble soit décrit de façon à être suffisamment identifiable (voir recommandation 57, al.b)). Une description du bien meuble corporel qui est ou sera attaché sans description du bien immeuble est suffisante pour permettre l'indexation de l'avis dans le registre général des sûretés. A l'opposé, l'indexation d'un tel avis dans le registre immobilier nécessitera généralement que le bien immeuble auquel le bien corporel est ou sera attaché soit décrit de manière suffisante et conforme du droit immobilier. Cette description doit être suffisante pour permettre l'indexation de l'avis dans le registre immobilier.

III. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace

A. Introduction

62. La plupart des États ont établi des registres de la propriété et des droits sur la propriété pour les opérations portant sur des biens immeubles et certains types de biens meubles de grande valeur, comme les navires et les aéronefs. Pour qu'un registre des sûretés efficace soit mis en place, il est indispensable que ses caractéristiques très différentes soient bien comprises par les personnes chargées de le concevoir et de l'exploiter et par ses clients potentiels. Le présent chapitre explique par conséquent quelles sont les principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace (les règles juridiques et les considérations conceptuelles nécessaires à la mise en œuvre de ces caractéristiques sont traitées en détail dans les chapitres suivants).

B. Déterminer la propriété des biens grevés

63. Un registre de la propriété, comme ceux utilisés traditionnellement pour les biens immeubles, les navires ou les aéronefs, a pour objet de faire connaître le propriétaire actuel d'un bien donné ainsi que les droits qui pourraient grever la propriété. Toutefois, il ne serait pas possible d'un point de vue administratif ni rationnel d'un point de vue économique d'essayer de créer un registre de la propriété fiable pour la quantité considérable de biens meubles corporels et incorporels fréquemment grevés de sûretés. Par conséquent, un registre général des sûretés portant sur des biens meubles du type de celui qui est envisagé dans le *Guide* ne consigne ni la propriété ni le transfert de la propriété du bien grevé décrit, ni ne garantit que la personne désignée comme le constituant en soit le véritable propriétaire. Il ne fait que consigner l'existence potentielle de sûretés sur tout droit

réel que le constituant a ou pourrait acquérir sur les biens décrits dans l'inscription en conséquence d'opérations ou d'événements qui ne figurent pas au registre.

64. Comme on l'a expliqué précédemment, le *Guide* recommande que la réserve de propriété dans le cadre d'un contrat de vente ou de crédit-bail soit soumise au régime de l'inscription au registre général des sûretés, y compris dans les États qui ne considèrent pas ce type d'opérations comme constituant une sûreté réelle mobilière (voir par. 38 et 39 plus haut). De même, il recommande que le droit de propriété acquis par un cessionnaire dans le cadre d'une cession pure et simple de créance soit soumis à ce même régime (voir par. 40 et 41 plus haut). Comme on l'a déjà noté également (voir par. 42 plus haut), bien que cette approche ne soit pas recommandée dans le *Guide*, certains États élargissent la portée du régime d'inscription dans le registre général des sûretés aux véritables baux de longue durée et aux dépôts-ventes. En outre, dans certains États qui n'ont pas élargi le champ d'application de leurs régimes sur les sûretés réelles mobilières aux baux véritables et aux dépôts-ventes, il est possible d'inscrire ces opérations par précaution pour se prémunir contre le risque de voir un tribunal décider que ce qui semblait être un bail véritable ou un dépôt-vente était en réalité une opération garantie (voir par. 42 plus haut). Dans ces types d'opération, l'inscription ne mentionne pas une sûreté, mais le droit de propriété du cessionnaire, du vendeur réservataire, du bailleur ou du déposant. Cependant, même dans ces cas, l'inscription n'établit ni ne prouve la propriété; elle indique seulement que le cessionnaire, le vendeur réservataire, le bailleur ou le déposant sont susceptibles de détenir un droit de propriété sur les biens décrits. La question de savoir si ces parties sont ou non titulaires d'un droit de propriété dépend des preuves non enregistrées des opérations ou des événements au titre desquels elles font valoir ce droit.

C. Inscription d'avis ou inscription de documents

65. Les systèmes d'enregistrement de la propriété et des droits grevant la propriété d'une parcelle de terrain ou d'un bien meuble spécifique, comme un navire, exigent généralement que les personnes procédant à l'inscription déposent ou produisent les documents sous-jacents pour qu'ils soient examinés. En effet, l'inscription est généralement considérée comme constituant une preuve, ou du moins une présomption, de la propriété et de tout droit réel sur la propriété.

66. Dans certains États, les registres des sûretés requièrent encore la présentation des documents relatifs à la sûreté. Cependant, conformément aux régimes modernes sur les opérations garanties, le *Guide* recommande l'inscription d'avis (voir recommandations 54, al. b), et 57). Avec un système d'inscription d'avis, les documents relatifs à la sûreté n'ont pas besoin d'être inscrits ni même présentés au personnel du registre pour examen. Il suffit d'inscrire les informations de base nécessaires pour informer une personne effectuant une recherche que le bien décrit dans l'avis peut être grevé d'une sûreté. Il s'ensuit que l'inscription ne signifie pas que la sûreté à laquelle elle fait référence existe nécessairement mais qu'une telle sûreté pourrait exister au moment de l'inscription ou ultérieurement.

67. Le *Guide* recommande l'inscription d'avis plutôt que l'inscription de documents au motif que dans l'inscription d'avis, la quantité d'informations à transmettre au registre est significativement moindre, ce qui:

a) Réduit le coût des opérations tant pour les personnes procédant à l'inscription (qui n'auraient pas besoin d'inscrire tous les documents relatifs à la sûreté) que pour les tiers effectuant une recherche (qui n'auraient pas besoin de lire attentivement la documentation volumineuse susceptible d'être inscrite ou d'engager des prestataires de services spécialisés pour qu'ils évaluent les biens du constituant figurant sur le registre public);

b) Réduit les tâches administratives et d'archivage du personnel chargé d'exploiter le système de registre;

c) Réduit le risque d'erreur d'inscription (car moins on doit communiquer d'informations, moins on risque de commettre des erreurs); et

d) Améliore la confidentialité et la protection de la vie privée pour les créanciers garantis et les constituants.

68. Comme indiqué précédemment, dans un système d'inscription d'avis tel que celui qui est recommandé par le *Guide*, l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté; elle rend simplement la sûreté opposable si celle-ci existe au moment de l'inscription ou si, dans le cas d'une inscription anticipée, elle voit le jour ultérieurement (voir les recommandations 32, 33 et 67). En outre, si une autorisation par écrit (y compris une communication électronique; voir les recommandations 111 et 12) est exigée du constituant pour que l'avis produise effet, une autorisation donnée dans la convention constitutive de sûreté est suffisante et peut même être donnée après l'inscription (voir les recommandations 55, al. d), et 71 ainsi que le chapitre IV, section B, du document A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1). Afin de protéger le constituant contre des inscriptions non autorisées qui ne confèrent aucun droit au créancier garanti non autorisé mais pourraient empêcher le constituant d'utiliser ses biens pour obtenir un crédit, le constituant est en droit de demander la radiation ou la modification d'une inscription par le biais d'une procédure judiciaire ou administrative simplifiée (voir les recommandations 55, al. c), et 72, al. b), ainsi que le chapitre IV, section H, du document A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1). Les sanctions supplémentaires que chaque État pourra adopter pour protéger les constituants contre des inscriptions non autorisées dépendront de son estimation de l'étendue du risque d'inscription non autorisée ou frauduleuse par rapport aux coûts qu'entraînerait l'application de mesures de cette nature (voir le chapitre IV du *Guide*, par. 20).

69. Dans un système d'inscription d'avis tel que celui recommandé dans le *Guide*, le registre n'a pour rôle que de stocker les informations reçues, dont l'effet juridique est déterminé par les règles matérielles du régime sur les opérations garanties. Par conséquent, les informations présentées par les personnes procédant à l'inscription ne font pas l'objet d'une vérification ou de modifications de fond par les personnes chargées d'administrer le registre. De même, comme cela est expliqué plus bas, toute modification que l'auteur d'une inscription souhaiterait apporter dans le registre est présentée séparément et n'a pas pour effet de supprimer les informations enregistrées précédemment. En d'autres termes, la modification ne consiste pas à supprimer les informations inscrites et à les remplacer par de nouvelles mais à procéder à un ajout aux informations initiales de sorte qu'une personne effectuant

une recherche puisse trouver et examiner aussi bien les informations inscrites initialement que les nouvelles informations inscrites ultérieurement. Ni les personnes procédant à l'inscription ni le personnel du registre ne peuvent remplacer les informations inscrites et les systèmes de registre devraient être conçus en conséquence. Dans un registre général des sûretés, contrairement aux registres classiques, il n'existe aucun moyen d'éditer une inscription à partir du moment où elle est réalisée et toute modification doit être effectuée au moyen d'avis ajoutés ultérieurement (voir recommandation 72).

D. Indexation par constituant ou indexation par bien

70. Les biens immeubles ont habituellement un identifiant géographique suffisamment unique pour permettre d'indexer et de rechercher les inscriptions par bien. À l'opposé, la plupart des biens meubles n'ont pas d'identifiant objectif suffisamment précis ou unique pour permettre une indexation par bien. En outre, une loi moderne sur les opérations garanties doit donner la possibilité de constituer des sûretés opposables sur une masse de biens présents et futurs, comme le matériel, les stocks et les créances du constituant; le fait d'exiger une description spécifique de chaque bien rendrait le processus d'inscription trop lourd et sujet à des erreurs de description.

71. Pour ces raisons, les informations figurant sur les avis inscrits dans un registre des sûretés tel que celui recommandé dans le *Guide* sont indexées par référence à l'élément identifiant le constituant (son nom ou un autre élément d'identification tel qu'un numéro délivré par l'État) et non par référence au bien (voir chap. IV, par. 31 à 33 et 70, et chap. IV, sect. K, du *Guide*). L'indexation par constituant facilite considérablement le processus d'inscription. Les créanciers garantis peuvent inscrire une sûreté sur l'ensemble des biens meubles présents et futurs d'un constituant, ou des catégories génériques de biens, en procédant à une seule inscription. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 57, al. a)).

72. Certains systèmes d'inscription des sûretés prévoient une inscription et une indexation supplémentaires par bien pour certains types de biens de grande valeur pour lesquels il existe des identifiants alphanumériques fiables ainsi qu'un marché de revente important (par exemple, véhicules automobiles, remorques, autocaravanes, cellules et moteurs d'aéronefs, matériel roulant ferroviaire, bateaux et moteurs de bateaux). Cette approche, bien que non recommandée dans le *Guide*, y est traitée de manière argumentée (voir chap. IV, par. 34 à 36). Elle fait également l'objet de développements au chapitre IV plus bas.