Nations Unies A/CN.9/WG.VI/WP.54

Assemblée générale

Distr. limitée
22 janvier 2013
Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail VI (Sûretés)
Vingt-troisième session
New York, 8-12 avril 2013

Projet de Guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières

Note du Secrétariat

Table des matières

		Paragraphes	*Page*
Préface			
Introduction		1-53	5
A.	Objet du projet de guide sur le registre et liens avec le *Guide sur les opérations garanties*	1-7	5
B.	Terminologie et interprétation	8-16	7
C.	Principaux objectifs et principes fondamentaux d'un registre efficace	17	10
D.	Présentation de la loi sur les opérations garanties et du rôle de l'inscription	18-53	11
1.	Généralités	18	11
2.	Notion de sûreté réelle mobilière	19-21	11
3.	Constitution d'une sûreté	22-26	12
4.	Opposabilité d'une sûreté	27-32	13
5.	Priorité d'une sûreté	33-53	14

V.13-80312 (F)

Merci de recycler

Préface

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 sûretés[1]. Conformément à cette décision[2], le Secrétariat a organisé un colloque international sur les opérations garanties (Vienne, 1er-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 privé[3].

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 mobilières[4].

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 sur les opérations garanties*") 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 succès[5].

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 recommandations et un règlement type; et b) se fonder sur le *Guide sur les*

---

[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 peuvent être consultés 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.

opérations garanties, 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 sur les opérations garanties*. À l'issue de la discussion, la Commission a décidé que le Groupe de travail serait chargé d'élaborer un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières[6].

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 précises 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 sur 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 sur les opérations garanties* (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).

À sa dix-neuvième session (New York, 11-15 avril 2011), le Groupe de travail a examiné des notes du Secrétariat intitulées "Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add.1 et 2) et "Projet de règlement type" (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3). Le Groupe de travail a tout d'abord examiné la forme et la teneur du texte à élaborer. Selon un avis, il fallait élaborer un guide autonome comprenant une partie informative présentant la loi recommandée dans le *Guide sur les opérations garanties* et une partie pratique qui se composerait d'un règlement type sur l'inscription accompagné d'un commentaire (voir A/CN.9/719, par. 13). Selon un autre avis, le texte devait insister davantage sur le règlement type et son commentaire, qui fournirait aux États ayant adopté la loi recommandée dans le *Guide sur les opérations garanties* des conseils pratiques sur les questions à traiter lors de l'établissement et de l'exploitation d'un registre général des sûretés (voir A/CN.9/719, par. 14). À cette session, différents points de vue ont également été exprimés quant à savoir si le règlement devrait prendre la forme d'un règlement type ou de recommandations (A/CN.9/719, par. 46). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer une version révisée tenant compte de ses délibérations et décisions (A/CN.9/714, par. 12).

À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a examiné les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses dix-huitième et dix-neuvième sessions (A/CN.9/714 et A/CN.9/719 respectivement).

---

[6] Ibid., par. 266 et 267.

À cette session, l'utilité des travaux entrepris par le Groupe de travail VI a été soulignée, compte tenu en particulier des efforts que faisaient plusieurs États pour mettre en place un registre général des sûretés réelles mobilières et de l'impact bénéfique majeur que l'exploitation d'un tel registre avait sur l'offre de crédit et le coût du crédit. S'agissant de la forme et de la teneur du texte à élaborer, il a été indiqué que, conformément à l'approche retenue pour le *Guide sur les opérations garanties*, le texte devrait prendre la forme d'un guide accompagné d'un commentaire et de recommandations, et non d'un règlement type accompagné d'un commentaire. À cet égard, on a fait observer que la nouvelle version du texte que le Groupe de travail devait examiner serait formulée de manière à laisser la question ouverte en attendant que celui-ci se prononce sur ce point. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue que si on laissait de côté la décision sur la forme et la teneur du texte à élaborer par le Groupe de travail, il n'était pas nécessaire de modifier le mandat de celui-ci et qu'en tout état de cause, elle trancherait définitivement la question lorsque le Groupe de travail aurait achevé ses travaux et lui aurait soumis le texte[7].

À sa vingtième session (Vienne, 12-16 décembre 2011), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur la base d'une note établie par le Secrétariat, intitulée "Projet de Guide sur le registre des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.48 et Add.1 à 3). À cette session, il est convenu que le texte devrait prendre la forme d'un guide (le "projet de guide sur le registre") accompagné d'un commentaire et de recommandations, dans l'esprit du *Guide sur les opérations garanties*. En outre, il est convenu que lorsque le texte proposerait des options, des exemples de règles types pourraient être insérés en annexe au projet de guide sur le registre (A/CN.9/740, par. 18). En ce qui concerne la présentation du texte, il a été convenu que le projet de guide sur le registre prendrait la forme d'un texte distinct, autonome et complet, conforme au *Guide sur les opérations garanties*, et intitulé provisoirement "Guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/740, par. 30).

À sa vingt et unième session (New York, 14-18 mai 2012), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Projet de Guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières: Annexe I. Terminologie et recommandations" (A/CN.9/WG.VI/WP.50 et Add.1 et 2). À cette session, il a approuvé quant au fond la terminologie et les recommandations du projet de guide (A/CN.9/743, par. 21). En outre, il est convenu de finaliser le projet afin de le soumettre à la Commission pour adoption à sa quarante-sixième session, en 2013 (A/CN.9/743, par. 73).

À sa quarante-cinquième session (New York, 25 juin-6 juillet 2012), la Commission a examiné les rapports des vingtième et vingt et unième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/740 et A/CN.9/743 respectivement). À cette session, elle a félicité le Groupe de travail et l'a prié d'avancer rapidement dans ses travaux et de les achever pour que le projet lui soit soumis à sa quarante-sixième session, en 2013, en vue de son approbation et de son adoption définitives[8].

À sa vingt-deuxième session, le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Projet de Guide législatif technique sur la mise en place d'un

---

[7] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 233.

[8] Ibid., *soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), par. 99.

registre des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.52 et Add.1 à 6). À cette session, il a adopté quant au fond le projet de guide sur le registre et prié le Secrétariat de préparer une version révisée tenant compte de ses délibérations et décisions (A/CN.9/764, par. 15).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter que la préface sera mise à jour à la fin de chacune de ses sessions, jusqu'à ce que la Commission adopte le projet de guide sur le registre à sa quarante-sixième session, en 2013.*]

Introduction

A. Objet du projet de guide sur le registre et liens avec le *Guide sur les opérations garanties*

1. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le "*Guide sur les opérations garanties*") traite l'ensemble des questions que devrait couvrir une loi moderne sur les opérations garanties (il est complété, pour ce qui est des sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, par le *Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles*; le "*Supplément*"). La mise en place d'un registre accessible au public permettant d'inscrire des informations sur d'éventuelles sûretés grevant des biens meubles est l'un des objectifs essentiels du *Guide sur les opérations garanties* et, d'une manière générale, des réformes législatives entreprises récemment dans ce domaine. Le chapitre IV du *Guide* contient un commentaire et des recommandations concernant de nombreux aspects d'un registre général des sûretés. Les chapitres III et V traitent des questions connexes de l'opposabilité et de la priorité d'une sûreté.

2. Toutefois, le *Guide sur les opérations garanties* ne traite pas dans le détail la multitude de questions juridiques, technologiques, administratives et opérationnelles que soulèvent la mise en place et le fonctionnement d'un registre général des sûretés efficace, ce qui est conforme à l'approche habituelle en matière de rédaction de textes législatifs. Les règles détaillées applicables à la mise en place et au fonctionnement du registre, ainsi qu'au processus d'inscription et de recherche, sont donc établies dans des règlements, directives ministérielles et autres textes de niveau inférieur. Le projet de Guide législatif technique sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières (le "projet de guide sur le registre") vise à appuyer la mise en œuvre du *Guide sur les opérations garanties* en traitant ces questions plus en détail.

3. Pour commencer, on soulignera que les recommandations du projet de guide sur le registre sont destinées à être mises en œuvre par des États qui ont adopté ou sont prêts à adopter une loi sur les opérations garanties conforme sur le fond aux recommandations du *Guide sur les opérations garanties*. Ainsi, pour mettre en œuvre les recommandations du projet de guide sur le registre, un État devrait déjà disposer d'une loi sur les opérations garanties prévoyant l'inscription d'avis (et non de documents) et traitant l'inscription comme une méthode pour rendre une sûreté opposable (et non comme moyen de constituer une sûreté), ou être prêt à adopter une telle loi. Il s'ensuit que, pour comprendre le cadre juridique dans lequel le registre est censé fonctionner, un utilisateur du projet de guide sur le registre devrait

être familier avec la loi sur les opérations garanties envisagée dans le *Guide sur les opérations garanties*. La section E de l'introduction du projet de guide sur le registre présente une brève synthèse du régime recommandé dans le *Guide sur les opérations garanties* et d'autres chapitres donnent des orientations supplémentaires. Toutefois, pour une meilleure compréhension, on lira le projet de guide sur le registre en ayant à l'esprit le *Guide sur les opérations garanties*.

4. L'expérience des États qui ont mis en place un registre général des sûretés tel que celui envisagé par le *Guide sur les opérations garanties* montre que les progrès de l'informatique peuvent améliorer considérablement l'efficacité de son fonctionnement. Le projet de guide sur le registre s'appuie sur l'expérience de ces États, notamment pour ce qui est des aspects techniques de la conception et de l'exploitation du registre. Il se fonde également sur les sources internationales suivantes traitant des opérations garanties:

a) *A Guide to Movables Registries,* guide de la Banque asiatique de développement (BAD) sur les registres de biens meubles (2002);

b) *Publicity of Security Rights: Guiding Principles for the Development of a Charges Registry,* (Publicité des sûretés: Directives relatives à l'établissement d'un registre d'inscription des sûretés réelles), Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) (2004);

c) *Publicity of Security Rights: Setting Standards for Charges Registries,* (Publicité des sûretés: Définition de normes relatives aux registres d'inscription des sûretés réelles), BERD (2005);

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

e) *Principles, Definitions and Model Rules of a European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (DCFR) (Principes, définitions et règles modèles d'un droit privé européen, Projet de cadre commun de référence), volume 6, livre IX, *Proprietary security in movable assets* (sûretés réelles mobilières), chapitre 3, *Effectiveness as Against Third Parties* (Opposabilité), section 3, *Registration* (Inscription), (2010), Groupe d'études sur un code civil européen et Groupe de recherche sur le droit privé communautaire (Groupe Acquis communautaire) (2010);

f) *Secured Transactions Systems and Collateral Registries* (Régimes d'opérations garanties et registres de sûretés), Société financière internationale (Groupe de la Banque mondiale) (2010); et

g) Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) et Règlement et Règles de procédure du Registre international, document 9864, Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) (4e éd., 2010).

5. Les sources nationales, régionales et internationales susmentionnées concordent largement, mais pas toujours entièrement, avec les recommandations du *Guide sur les opérations garanties*. Le cas échéant, le projet de guide sur le registre précise les raisons pour lesquelles l'approche recommandée dans le *Guide* a été préférée à d'autres solutions possibles.

6. Le projet de guide sur le registre s'adresse à tous ceux qui sont intéressés par la conception et la mise en place d'un registre des sûretés ou y participent activement, ainsi qu'à ceux qui pourraient être concernés par la création et le fonctionnement d'un tel registre, notamment:

a) Les décideurs qui appliquent les recommandations du *Guide sur les opérations garanties*, en particulier pour ce qui est de la mise en place d'un registre des sûretés;

b) Les concepteurs d'un 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;

c) Les administrateurs et le personnel du registre;

d) Les clients du registre, y compris les créanciers garantis potentiels, les agences de notation du risque, les autres créanciers du constituant d'une sûreté et le représentant de l'insolvabilité du constituant, ainsi que toutes les autres personnes dont les droits peuvent être affectés par une sûreté, comme l'acheteur potentiel d'un bien grevé;

e) La communauté juridique (notamment les juges, arbitres et avocats); et

f) Toutes les parties concernées par la réforme du droit des opérations garanties et la fourniture d'une assistance technique en la matière (notamment le Groupe de la Banque mondiale, la BERD, la BAD et la Banque interaméricaine de développement).

7. Le projet de guide sur le registre emploie une terminologie générique neutre, conforme à celle du *Guide sur les opérations garanties*. Celle-ci peut donc être facilement adaptée aux diverses traditions juridiques et styles de rédaction des différents États. Le projet de guide est en outre formulé de manière souple, ce qui permet de l'adapter aux conventions de rédaction locales concernant les types de règles qui doivent être incorporées dans la législation principale et celles qui peuvent être intégrées dans des règlements, des directives ministérielles ou autres règles administratives de niveau inférieur.

B. Terminologie et interprétation

8. La section terminologie et interprétation du *Guide sur les opérations garanties* (voir introduction, sect. B, par. 20) s'applique également au projet de guide sur le registre, sauf dans la mesure des modifications qui suivent. Par ailleurs, ce dernier reprend les précisions relatives à certains termes et les explications des termes supplémentaires introduits dans les différents chapitres du *Guide sur les opérations garanties*. Par exemple, le terme "biens futurs" utilisé dans le projet de guide sur le registre désigne des biens qui sont créés ou que le constituant acquiert après la conclusion de la convention constitutive de sûreté (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. I, par. 8; chap. II, par. 51; et chap. V, par. 151).

9. Toutefois, le projet de guide sur le registre modifie certaines dispositions relatives à la terminologie et à l'interprétation du *Guide sur les opérations garanties* aux fins de leur utilisation dans le projet de guide sur le registre et introduit également les termes supplémentaires suivants:

a) Adresse

Le terme “adresse” désigne: i) une adresse physique avec nom de rue et numéro, ville, code postal et État; ii) un numéro de boîte postale avec ville, code postal et État; iii) une adresse électronique; ou iv) une autre adresse permettant de communiquer efficacement l’information.

b) Modification

Le terme “modification” désigne la modification d’informations figurant dans un avis inscrit antérieurement sur lequel porte la modification.

10. L’inscription d’un avis de modification n’entraîne pas la suppression des avis inscrits antérieurement auquel il se rapporte dans le fichier du registre. Elle peut toutefois modifier ou faire cesser l’effet d’un avis inscrit antérieurement concernant une sûreté précise (voir A/CN.9/WG.VI/WP.54/Add.2, par. 46 et A/CN.9/WG.VI/WP.54/Add.4, par. 1 à 22).

c) Radiation

Le terme “radiation” désigne la suppression dans le fichier public du registre des [de toutes les] informations contenues dans un avis inscrit antérieurement sur lequel porte la radiation.

11. La conséquence juridique de l’inscription d’un avis de radiation est que l’avis inscrit antérieurement auquel il se rapporte perd son effet (voir A/CN.9/WG.VI/WP.54/Add.4, par. 23 à 25).

d) Champ prévu à cet effet

Le terme “champ prévu à cet effet” désigne l’endroit du formulaire d’avis où doit être saisi le type d’information spécifié;

e) Constituant

Le terme “constituant” désigne la personne identifiée dans l’avis comme étant le constituant.

f) Loi

Le terme “loi” désigne la loi de l’État adoptant qui régit les sûretés réelles mobilières.

12. La loi sur les opérations garanties de l’État adoptant doit être conforme sur le fond aux recommandations du *Guide sur les opérations garanties* (voir plus haut, par. 3).

g) Avis

Le terme “avis” désigne la communication écrite (sur papier ou électronique) au registre d’informations concernant une sûreté; il peut s’agir d’un avis initial, d’un avis de modification ou d’un avis de radiation.

13. Dans le contexte de l’inscription, le *Guide sur les opérations garanties* emploie le terme “avis” pour désigner à la fois le formulaire utilisé par une personne procédant à l’inscription pour soumettre des informations au registre (voir *Guide sur les opérations garanties*, Introduction, sect. B, “avis”, et recommandations 54, al. b) et 57) et les “informations contenues dans un avis” ou la “teneur de l’avis”

(voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandations 54, al. d) et 57). Le projet du guide sur le registre emploie le terme “avis” de la même manière.

h) Personne procédant à l’inscription

Le terme “personne procédant à l’inscription” désigne la personne qui remplit un formulaire d’avis et le soumet au registre[. Il peut s’agir d’un prestataire de services].

14. La personne procédant à l’inscription peut être le créancier garanti (notamment un agent ou un fiduciaire dans le cas d’un consortium de prêteurs) ou son représentant (par exemple un cabinet d’avocats ou un autre prestataire de services désigné dans l’avis comme étant le créancier garanti). Un messager ou prestataire de services postaux transmettant l’avis n’est pas la personne procédant à l’inscription et son identité n’est pas pertinente.

i) Conservateur

Le terme “conservateur” désigne la personne nommée en application de la loi et de la réglementation pour superviser et administrer le fonctionnement du registre.

j) Inscription

Le terme “inscription” désigne la saisie dans [le fichier][la base de données] du registre d’informations figurant dans un avis.

k) Numéro d’inscription

Le terme “numéro d’inscription” désigne un numéro unique attribué par le registre à un avis initial et définitivement associé à celui-ci et à tout avis le concernant.

l) Fichier du registre

Le terme “fichier du registre” désigne les informations de l’ensemble des avis inscrits conservées dans [la base de données][le fichier] du registre; il comprend une partie accessible au public (le fichier public du registre) et une partie qui a été retirée du fichier public du registre (les archives du registre).

15. Le terme “fichier du registre” désigne les informations figurant dans l’ensemble des avis inscrits (et non juste dans les avis concernant un constituant précis); un avis précis se trouvant dans le fichier du registre est appelé “avis inscrit”.

m) Réglementation

Le terme “réglementation” désigne l’ensemble des règles appliquées par l’État adoptant en ce qui concerne le registre, qu’il s’agisse d’instructions administratives ou de règles de droit matériel régissant les opérations garanties.

16. La forme et la teneur précises de la réglementation dépendront de la politique législative et des techniques de rédaction de l’État adoptant. Par exemple, si la loi sur les opérations garanties est incorporée dans deux ou plusieurs lois (par exemple une traitant de toutes les règles de fond, une portant sur les règles de conflit de lois et une établissant le registre), certaines règles relatives à l’inscription peuvent être incorporées en tant que législation de niveau inférieur (par exemple une réglementation distincte) concernant l’ensemble de ces lois.

n) Créancier garanti

Le terme “créancier garanti” désigne la personne identifiée dans l’avis comme étant le créancier garanti[. Il peut s’agir du créancier garanti lui-même ou de son représentant].

[*Note à l’intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter que a) les termes “modification” et “radiation” sont définis en référence à leur signification générique et non de leur effet juridique, qui est examiné dans le commentaire; b) le texte entre crochets dans la définition du terme “radiation” est peut-être nécessaire pour distinguer une radiation d’une modification; c) le terme “avis” désigne à la fois le vecteur et les informations qu’il contient; d) le terme “personne procédant à l’inscription” est défini en référence à sa signification générale (le texte entre crochets peut être conservé dans la section terminologie ou dans le commentaire); e) le terme “fichier du registre” est utilisé pour désigner le contenu (des informations) par rapport au contenant (la base de données); f) le terme “créancier garanti” a été ajouté pour préciser que le registre peut se fonder sur la personne identifiée dans l’avis en tant que créancier garanti ou créancier garanti du fichier (le texte entre crochets peut être conservé dans la section terminologie ou dans le commentaire). La différence entre les termes “fichier du registre” (le contenu) et “base de données” (le contenant) n’étant pas forcément claire pour le lecteur non initié du projet de guide sur le registre, le Groupe de travail voudra peut-être déterminer a) si la différence entre les deux termes devrait être expliquée dans le commentaire; ou b), si le terme “base de données” dans la section terminologie (al. j) et l)) et dans les recommandations 3, al. d) et g), et 11 devrait être remplacé par le terme “fichier du registre” (pour désigner à la fois le contenu et le contenant) puisque le terme “fichier du registre” est utilisé dans les recommandations du* Guide sur les opérations garanties *et la plupart des recommandations du projet de guide sur le registre (voir par exemple, les recommandations 3, al. e) et 16). Il voudra peut-être aussi déterminer si le terme “registre” devrait aussi être expliqué à peu près comme suit: “Le terme ‘registre’ désigne un système mis en place pour enregistrer des informations sur des sûretés réelles mobilières”.*]

C. Principaux objectifs et principes fondamentaux d’un registre efficace

17. Le registre des sûretés prévu dans le *Guide sur les opérations garanties* et le projet de guide sur le registre sont sous-tendus par les principes fondamentaux suivants:

a) Les lignes directrices juridiques et opérationnelles régissant les services du registre, notamment l’inscription et la recherche, doivent être simples, claires et sûres aux yeux de tous les utilisateurs potentiels; et

b) Les services du registre, notamment l’inscription et la recherche, doivent être conçus pour être aussi rapides et économiques que possible, tout en garantissant la sécurité et la consultabilité des informations saisies dans le fichier du registre.

D. Présentation de la loi sur les opérations garanties et du rôle de l'inscription

1. Généralités

18. Comme il est dit plus haut, un registre général des sûretés fait partie intégrante du régime recommandé par le *Guide sur les opérations garanties*. Les utilisateurs potentiels du projet de guide sur le registre ne seront pas nécessairement rompus aux subtilités de ce régime, certains n'auront peut-être même pas reçu de formation juridique. C'est pourquoi on trouvera dans la présente section une vue d'ensemble de ce régime mettant l'accent en particulier sur la fonction et les conséquences juridiques de l'inscription. Pour des orientations plus détaillées, le lecteur se référera au *Guide sur les opérations garanties*.

2. Notion de sûreté réelle mobilière

19. D'une manière générale, une sûreté réelle mobilière est un droit réel (droit *in rem*, à distinguer du droit de propriété et des droits personnels) sur un bien meuble constitué par une convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation (voir les termes "sûreté réelle mobilière" et "constituant" dans l'introduction du *Guide sur les opérations garanties*, sect. B). Une sûreté a pour fonction de réduire 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 préférence aux autres créanciers du constituant. Ainsi, si une entreprise ayant contracté un emprunt garanti par une sûreté prise sur son matériel ne rembourse pas cet emprunt, le créancier garanti est en droit d'obtenir la possession de ce matériel, d'en disposer et d'affecter le produit de la vente au remboursement du solde non acquitté. Le risque de perte en cas de défaut de remboursement étant atténué, le constituant bénéficie d'un meilleur accès au crédit, à des conditions souvent plus favorables.

20. Le *Guide sur les opérations garanties* suit une approche fonctionnelle de la notion de sûreté, selon laquelle le terme recouvre tout type de droit réel constitué sur un bien meuble en garantie de l'exécution d'une obligation (voir *Guide sur les opérations garanties,* chap. I, par. 101 à 112 et recommandations 2 et 10). La notion de sûreté ne se limite pas aux mécanismes de sûreté traditionnellement reconnus par différents systèmes juridiques, tels que le gage, la sûreté ou l'hypothèque. Il recouvre tout type de droit réel constitué à titre de garantie. En tant que tel, il comprend le transfert de biens meubles corporels ou la cession de biens incorporels à titre de garantie, ainsi que la réserve de propriété accordée par un vendeur pour garantir le paiement du prix d'achat d'un bien ou le droit de propriété résiduel du bailleur dans le cadre d'un crédit-bail (voir *Guide sur les opérations garanties,* chap. I, par. 101 à 112 et recommandations 2, 8 et 9).

21. Le *Guide sur les opérations garanties* recommande cette approche fonctionnelle, intégrée et globale de la notion de sûreté afin de garantir que les droits des créanciers, des débiteurs et des tiers soient soumis au même cadre juridique quels que soient la forme de l'opération, le type de bien grevé, la nature de l'obligation garantie ou le statut des parties. Toutefois, il reconnaît que les opérations garanties sur certains types de biens grevés pourraient devoir être exclues parce qu'elles tombent déjà sous le coup d'autres lois de l'État adoptant (par

exemple les matériels d'équipement aéronautiques, régis par la Convention du Cap et le Protocole aéronautique) ou suscitent des préoccupations appelant un régime plus spécialisé (par exemple les valeurs mobilières, régies par la Convention de Genève sur les titres). Toutefois, toute exception supplémentaire (par exemple les avantages sociaux) doit être strictement et clairement définie dans la loi (voir *Guide sur les opérations garanties,* chap. I, par. 44 et recommandations 4 et 7).

3. Constitution d'une sûreté

22. Le *Guide sur les opérations garanties* recommande de faire la distinction entre la constitution d'une sûreté (efficacité entre le constituant et le créancier garanti) et son opposabilité (voir chap. I, par. 1 à 7, chap. III, par. 6 à 8 et recommandations 1, al. c), 13 et 30). Cette approche vise principalement à permettre aux parties de constituer des sûretés sur leurs biens de manière simple et efficace (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandations 1, al. c) et 13).

23. Le *Guide sur les opérations garanties* prévoit donc une des formalités minimales pour la constitution d'une sûreté. Il recommande: a) qu'une sûreté puisse être constituée par simple convention conclue entre le constituant et le créancier garanti; b) que la convention témoigne de la volonté des parties de constituer une sûreté, identifie les parties et décrive l'obligation garantie et les biens grevés (sans autre condition); c) que la convention soit un écrit indiquant la volonté du constituant de constituer une sûreté seulement si elle ne s'accompagne pas d'un transfert de la possession du bien grevé au créancier garanti; et d) que la forme écrite soit souple et tienne compte des moyens de communication électroniques (voir *Guide sur les opérations garanties,* recommandations 11 à 15).

24. En n'exigeant pas que la constitution d'une sûreté s'accompagne d'un transfert de la possession du bien grevé, la loi sur les opérations garanties envisagée dans le *Guide sur les opérations garanties* permet à une entreprise de grever non seulement ses biens meubles corporels existants, mais aussi ses biens meubles incorporels et futurs, ainsi que des actifs circulants, notamment des créances et des stocks (voir chap. II, par. 49 à 70, et recommandations 2 et 17). Conformément aux recommandations du *Guide sur les opérations garanties*, une sûreté sur un bien futur est constituée dès que le constituant acquiert des droits sur ce bien (voir recommandation 13). Une entreprise peut donc aussi rester en possession de ses biens meubles corporels grevés et continuer de les utiliser. Cette approche renforcera vraisemblablement l'accès au crédit en élargissant l'éventail des biens qu'un constituant peut affecter en garantie. Les recommandations du *Guide sur les opérations garanties* confirment en outre qu'une sûreté peut garantir tout type d'obligation, y compris une obligation future ou indéterminée (voir recommandation 16).

25. Cette reconnaissance, par le *Guide sur les opérations garanties*, des sûretés réelles mobilières sans dépossession renforce également l'accès au crédit, puisqu'elle permet à des constituants-consommateurs de prendre immédiatement possession de biens financés par un crédit garanti. Le *Guide sur les opérations garanties* veille toutefois à préserver les droits des consommateurs et d'autres personnes qui peuvent avoir besoin d'une protection spéciale. C'est pourquoi il recommande que la loi sur les opérations garanties n'ait pas d'incidence sur les droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs, ni ne prévale sur des dispositions légales concernant les types de biens qui peuvent être transférés

ou grevés (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. I, par. 10 et 11; chap. II, par. 56, 57 et 107; et recommandations 2, al. b) et 18).

26. Le *Guide sur les opérations garanties* confirme également que sauf convention contraire, une sûreté s'étend automatiquement au produit du bien grevé (et au produit du produit) sans qu'il ne faille conclure un accord spécifique sur le produit (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandation 19). Cette approche est conforme aux attentes des parties (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. II, par. 72 à 81).

4. Opposabilité d'une sûreté

27. Conformément aux recommandations du *Guide sur les opérations garanties*, une sûreté prend effet entre les parties dès que sont remplies les conditions décrites plus haut concernant la constitution. Toutefois, on ne peut faire valoir une sûreté par rapport à des droits acquis par des tiers sur les biens grevés tant que les conditions d'opposabilité de la sûreté ne sont pas remplies. Cette distinction vise à garantir que la constitution d'une sûreté par convention privée entre les parties sera annoncée adéquatement aux tiers susceptibles d'être lésés par son existence.

28. L'inscription d'un avis au registre général des sûretés est la principale méthode reconnue dans le *Guide sur les opérations garanties* pour assurer l'opposabilité (voir recommandation 32). Bien qu'elle soit la seule permettant de rendre une sûreté opposable pour tous les types de biens grevés, le *Guide sur les opérations garanties* prévoit également d'autres méthodes pour des types spécifiques de biens grevés.

29. Premièrement, la dépossession du constituant est un autre moyen de rendre une sûreté opposable, pour autant qu'elle soit effective (et non virtuelle, fictive, supposée ou symbolique). Le transfert de la possession du bien grevé au créancier garanti ou à son représentant est un moyen pratique suffisant de faire savoir aux tiers qu'il est probable que le droit de propriété du constituant soit grevé (voir *Guide sur les opérations garanties*, Introduction, sect. B, définition du terme "possession", et recommandation 37). Une dépossession physique étant nécessaire, cette méthode d'opposabilité ne s'applique qu'aux biens meubles corporels en possession du constituant au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté et seulement s'il est effectivement prêt à renoncer à la possession de ces biens.

30. Deuxièmement, le *Guide sur les opérations garanties* recommande que lorsque le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou de recevoir le produit d'une lettre de crédit, les créanciers garantis aient la possibilité de rendre leur sûreté opposable en prenant le "contrôle" du bien grevé, et non par inscription au registre général des sûretés (voir *Guide sur les opérations garanties*, Introduction, sect. B, définition du terme "contrôle", et recommandation 103)[9].

31. Troisièmement, le *Guide sur les opérations garanties* peut s'appliquer aux sûretés constituées sur des types de biens soumis à un régime d'inscription spécial,

---

[9] On notera que les valeurs mobilières et les droits à paiement naissant de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale et d'opérations de change sont exclus du champ d'application du *Guide sur les opérations garanties* (voir chap. I, par. 37 à 39 et recommandation 4, al. c) à e)). Les États adoptants voudront peut-être envisager d'adopter des règles spécifiques pour ces types de biens grevés.

tels que les véhicules à moteur, les navires, les aéronefs et la propriété intellectuelle (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. I, par. 32 à 36 et recommandation 4, al. a) et b)). Dans la mesure ou le *Guide* s'applique à des sûretés constituées sur ces types de biens, il recommande que l'inscription sur un registre spécialisé soit reconnue comme une autre méthode pour assurer opposabilité (voir recommandation 38).

32. Quatrièmement, lorsqu'au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté le bien meuble grevé est attaché à un bien immeuble ou peut l'être ultérieurement (et le devient effectivement), le *Guide sur les opérations garanties* recommande que la sûreté puisse être rendue opposable par inscription au registre général des sûretés ou au registre immobilier (voir recommandation 43; pour les incidences que le choix du lieu d'inscription a sur la priorité, voir ci-après, par. 40).

5. Priorité d'une sûreté

a) Sûretés concurrentes

33. Si plusieurs sûretés constituées par le même constituant sur le même bien grevé ont été rendues opposables, il faut avoir une règle de priorité pour les classer (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. III, par. 12 à 14). Lorsque des sûretés concurrentes ont toutes été rendues opposables par inscription, la priorité est généralement déterminée selon l'ordre chronologique d'inscription (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandation 76, al. a)). Si elles ont toutes été rendues opposables autrement que par inscription, la priorité est généralement déterminée selon l'ordre chronologique dans lequel elles ont été rendues opposables (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandation 76, al. b)). Si une sûreté rendue opposable autrement que par inscription (par exemple par remise de la possession) entre en concurrence avec une sûreté rendue opposable par inscription, la priorité est généralement déterminée selon l'ordre chronologique dans lequel sont intervenues l'inscription et l'autre méthode d'opposabilité (voir *Guide sur les opérations garanties* recommandation 76, al. c)).

34. Même si ces recommandations constituent les règles de base, une loi moderne sur les opérations garanties telle que celle recommandée dans le *Guide sur les opérations garanties* prévoira inévitablement des exceptions pour favoriser d'autres pratiques commerciales et objectifs de politique générale. On trouvera dans les paragraphes suivants un résumé des principales exceptions prévues dans le *Guide sur les opérations garanties*.

35. Premièrement, le *Guide sur les opérations garanties* reconnaît une priorité spéciale en faveur d'un créancier garanti qui finance l'acquisition par le constituant de biens meubles corporels (par exemple des biens de consommation, du matériel ou des stocks) ou de propriétés intellectuelles (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. X, par. 125 à 139, et *Supplément*, par. 181 à 183). Pour autant que les critères recommandés dans le *Guide* pour obtenir cette priorité spéciale soient satisfaits (à savoir l'inscription d'un avis et, dans le cas de stocks, la notification possible aux parties inscrites finançant les stocks; voir recommandation 180, variante A, al. b), et variante B, al. b)), une "sûreté en garantie du paiement d'une acquisition" a priorité, en ce qui concerne la valeur de ces biens, sur des sûretés grevant les biens futurs du constituant qui ont été acquises précédemment et inscrites ou rendues autrement

opposables. Cette approche ne porte pas préjudice au créancier garanti antérieur, car le constituant n'aurait probablement pas pu acquérir ces nouveaux biens sans ce nouveau financement. Donner la priorité aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions est aussi dans l'intérêt du constituant, qui a ainsi accès à des sources diversifiées de crédit garanti pour financer de nouvelles acquisitions.

36. Deuxièmement, une sûreté grevant des espèces, un instrument négociable ou un document négociable qui est rendue opposable par transfert de la possession au créancier garanti a priorité sur une sûreté qui a été rendue opposable précédemment par inscription (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandations 101, 102, 108 et 109). Cette exception est justifiée par la volonté de préserver le caractère librement négociable de ces types de biens sur le marché.

37. Troisièmement, lorsque le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou le droit de recevoir le produit d'une lettre de crédit, un créancier garanti qui rend sa sûreté opposable en prenant le "contrôle" du bien grevé est prioritaire par rapport à une sûreté antérieure ou postérieure rendue opposable par inscription (voir *Guide sur les opérations garanties*, Introduction, section B, définition du terme "contrôle", et recommandations 103 et 107). Comme il a été dit plus haut (voir note de bas de page 9), les valeurs mobilières, les droits à paiement naissant de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale et les droits à paiement naissant d'opérations de change sont exclus du champ d'application du *Guide sur les opérations garanties* (voir chap. I, par. 37 à 39, et recommandation 4, al. c) à e)). Les États adoptants devront adopter des règles de priorité spéciales pour ces types de biens.

38. Quatrièmement, dans la mesure où la loi sur les opérations garanties s'applique aux sûretés sur des types de biens meubles soumis à un régime d'inscription spécial, tels que les véhicules à moteur, les navires, les aéronefs et la propriété intellectuelle (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. I, par. 32 à 36, et recommandation 4, al. a) et b)), le *Guide sur les opérations garanties* recommande que la priorité soit donnée à une sûreté rendue opposable par inscription au registre spécialisé par rapport à une sûreté inscrite au registre général. Lorsque les deux sûretés sont inscrites dans un registre spécialisé, il recommande que la priorité soit déterminée en fonction de l'ordre d'inscription dans le registre spécialisé (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandations 77 et 78). Ces règles visent à préserver la fiabilité et l'exhaustivité du fichier du registre spécialisé.

39. Cinquièmement, le *Guide sur les opérations garanties* suit une approche similaire pour ce qui est de la priorité de sûretés concurrentes sur des biens attachés à des immeubles. Il recommande que la priorité soit donnée à une sûreté inscrite au registre immobilier par rapport à une sûreté grevant le bien attaché inscrite uniquement au registre général des sûretés. Lorsque des avis concernant des sûretés concurrentes ont été inscrits au registre immobilier, il recommande que la priorité soit déterminée en fonction de l'ordre d'inscription (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandations 87 et 88). Ces règles visent également à préserver la fiabilité et l'exhaustivité du fichier du registre immobilier.

b) Acheteurs ou autres bénéficiaires du transfert de biens grevés

40. En règle générale, le *Guide sur les opérations garanties* reconnaît au créancier garanti ayant accompli les actes requis pour rendre opposable sa sûreté sur un bien

particulier “un droit de suite” sur le bien grevé remis à un acheteur ou autre bénéficiaire d’un transfert effectué par le constituant ayant acquis des droits sur ce bien grevé (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. II, par. 72 à 89, chap. III, par. 15, 16 et 89, et recommandation 79). À l’inverse, le bénéficiaire du transfert d’un bien grevé, même s’il connaît l’existence de la sûreté, prend le bien libre de la sûreté si celle-ci n’a pas été rendue opposable par inscription ou par une autre mesure (le *Guide sur les opérations garanties* précise que le terme “connaissance” désigne une connaissance effective; voir Introduction, sect. B). Cette approche n’est pas injuste envers les créanciers garantis dans la mesure où ils auraient pu se protéger en procédant à une inscription en temps voulu ou en prenant d’autres mesures pour rendre leur sûreté opposable. Cependant, le *Guide sur les opérations garanties* reconnaît à cette règle générale plusieurs exceptions, dont les principales sont présentées brièvement dans les paragraphes qui suivent.

41. En premier lieu, si un créancier garanti autorise le constituant à vendre, louer ou mettre sous licence un bien grevé libre de sûreté, les droits d’un acheteur, d’un preneur à bail ou d’un preneur de licence sont libres de la sûreté (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandation 80). Généralement, le créancier garanti ne donne son consentement qu’après s’être entendu avec le constituant sur une autre garantie, par exemple que le produit de l’opération sera remis directement au créancier garanti.

42. En deuxième lieu, un preneur à bail ou un preneur de licence qui acquiert un bien grevé dans le cours normal des affaires du constituant en acquiert les droits libres de toute sûreté même si le créancier garanti a inscrit un avis concernant sa sûreté ou a satisfait d’une autre manière aux conditions d’opposabilité (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandation 81). Cette approche correspond aux attentes commerciales raisonnables des parties concernées. Par exemple, il n’est pas réaliste de s’attendre à ce que des acheteurs traitant avec une entreprise commerciale qui vend couramment le type de biens qui les intéresse 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 s’attendant à ce que le constituant puisse disposer de ces stocks libres de la sûreté dans le cours normal de ses affaires. En effet, pour que le constituant puisse générer les recettes nécessaires au remboursement du prêt garanti, les clients doivent avoir l’assurance qu’ils acquièrent un droit de propriété non grevé sur les stocks qui leur sont vendus dans le cours normal des affaires du constituant.

43. En troisième lieu, la politique de protection de la négociabilité, qui justifie l’attribution d’une priorité spéciale aux créanciers garantis prenant physiquement possession de biens grevés sous forme d’espèces, de documents négociables (tel qu’un connaissement) ou d’instruments négociables (tel qu’un chèque), justifie aussi que l’on accorde la priorité aux bénéficiaires du transfert pur et simple prenant possession de ces types de biens grevés (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandations 101, 102, 108 et 109).

44. En quatrième lieu, comme on l’a déjà indiqué, le *Guide sur les opérations garanties* peut s’appliquer à des biens qui sont soumis à un régime d’inscription spécialisé, notamment les véhicules automobiles, les navires, les aéronefs et la propriété intellectuelle (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. I, par. 32 à 36, et recommandation 4, al. a) et b)). Ces registres ont généralement des objectifs plus larges que la simple publicité des sûretés sur les biens concernés, notamment

l'enregistrement de la propriété ou des transferts de propriété. Ainsi, dans la mesure où le *Guide sur les opérations garanties* s'applique aux sûretés sur ces types de biens, il recommande d'accorder la priorité aux droits d'un acheteur ou autre bénéficiaire d'un transfert concernant lesquels un avis a été inscrit dans le registre spécialisé par rapport à une sûreté concernant laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés; lorsqu'un avis concernant la sûreté est également inscrite dans le registre spécialisé, il recommande que la priorité soit déterminée par l'ordre chronologique des inscriptions (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandations 77 et 78).

45 En cinquième lieu, une approche similaire est adoptée pour ce qui est des conflits de priorité concernant des sûretés sur des biens attachés à un immeuble. Le *Guide sur les opérations garanties* recommande d'accorder la priorité aux droits d'un acheteur ou autre bénéficiaire du transfert de l'immeuble en question concernant lequel un avis a été inscrit dans le registre immobilier par opposition à une sûreté sur le bien attaché concernant laquelle un avis a été inscrit uniquement dans le registre général des sûretés; lorsqu'un avis concernant la sûreté sur le bien attaché est également inscrit dans le registre immobilier, il recommande que la priorité soit déterminée par l'ordre chronologique des inscriptions dans le registre immobilier (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandations 87 et 88).

c) Créanciers chirographaires du constituant

46. Entre autres avantages, le fait de prendre une sûreté permet au créancier garanti de faire primer ses droits sur la valeur des biens grevés sur ceux des créanciers chirographaires du constituant. Ainsi, le *Guide sur les opérations garanties* recommande qu'une sûreté l'emporte sur les droits d'un créancier chirographaire, sous réserve que le créancier garanti l'inscrive ou rende son droit opposable d'une autre manière avant que le créancier chirographaire n'obtienne un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et ne prenne les mesures nécessaires en application d'une autre loi de l'État adoptant pour acquérir des droits sur les biens grevés (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandation 84). Cette approche permet aux créanciers chirographaires de déterminer dans quelle mesure les biens de leurs débiteurs peuvent être grevés, afin de décider si cela vaut la peine d'obtenir un jugement et d'engager une procédure en vue de son exécution. Cependant, cette règle de priorité est soumise à une limitation importante. En effet, même s'il inscrit un avis relatif à sa sûreté ou rend son droit opposable d'une autre manière après que le créancier chirographaire a acquis des droits sur les biens grevés de son débiteur, le créancier garanti sera prioritaire dans la limite du crédit qu'il aura accordé avant de savoir que le créancier chirographaire a acquis des droits sur les biens grevés ou dans la limite du crédit qu'il aura accordé conformément à un engagement irrévocable préalable d'octroi de crédit au constituant (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. V, par. 94 à 106, et recommandation 84).

47. Le *Guide sur les opérations garanties* examine les différentes mesures que le créancier chirographaire doit prendre pour acquérir des droits sur les biens de son débiteur afin de pouvoir primer sur un créancier garanti qui n'a pas réussi à rendre son droit opposable ou n'y est pas parvenu à temps, mais il ne fait aucune recommandation à cet égard (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. V, par. 94 à 106). Cela relève en effet des lois de l'État adoptant en matière

d'application et d'exécution d'un jugement. Dans certains États, le créancier chirographaire acquiert des droits sur les biens du débiteur uniquement lorsque la procédure d'exécution du jugement a été suivie de la saisie et de la vente de ces biens; les droits du créancier judiciaire s'attachent au produit de la vente. Dans d'autres États, lorsqu'un jugement est prononcé en sa faveur, un créancier chirographaire peut obtenir l'équivalent d'une sûreté générale sur les biens meubles présents et futurs du débiteur judiciaire simplement en inscrivant un avis concernant le jugement dans le registre général des sûretés. Ainsi, les États qui adoptent les recommandations générales du *Guide sur les opérations garanties* devront tenir compte de leur propre législation à ce sujet et décider de l'approche la plus adaptée.

d) Le représentant de l'insolvabilité

48. Les lois modernes sur l'insolvabilité respectent généralement la priorité à laquelle les créanciers garantis ont droit en application d'une autre législation au cas où une procédure d'insolvabilité est ouverte contre le constituant. Cette approche, recommandée dans le *Guide sur les opérations garanties* (voir recommandation 239), correspond à ce que préconise le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le "Guide sur l'insolvabilité"). Il s'ensuit que généralement, les droits d'un créancier garanti auront la priorité sur ceux des créanciers chirographaires d'un débiteur insolvable, sous réserve que le créancier garanti ait inscrit sa sûreté ou qu'il ait satisfait d'une autre manière aux exigences des règles d'opposabilité qu'impose la loi sur les opérations garanties avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. À l'inverse, s'il ne parvient pas à inscrire un avis ou à rendre sa sûreté opposable d'une autre manière avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le créancier garanti se trouve généralement relégué au rang de créancier chirographaire.

49. Toutefois, l'inscription prise en temps voulu ne protège pas le créancier garanti des contestations fondées sur les règles générales du droit de l'insolvabilité, notamment celles qui ont pour effet d'annuler les transferts préférentiels ou frauduleux et celles qui accordent la priorité à certaines catégories protégées de créanciers (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. XII et recommandation 239; voir aussi *Guide sur l'insolvabilité*, recommandations 88 et 188).

50. Une sûreté qui était opposable lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pourrait perdre son opposabilité par la suite, par exemple parce qu'elle avait été rendue opposable par inscription mais que la période de validité de l'inscription a expiré. Pour endiguer ce risque, le *Guide sur les opérations garanties* recommande que le créancier garanti puisse prendre toutes dispositions requises par la loi sur les opérations garanties pour préserver l'opposabilité même après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir *Guide sur les opérations garanties*, recommandation 238). Cette recommandation vise à garantir que le créancier garanti ne soit pas privé de la possibilité de conserver son rang de priorité par suite de la suspension automatique qui s'impose habituellement aux mesures d'exécution mises en œuvre par les créanciers lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

51. Lorsque la procédure d'insolvabilité s'effectue sous forme d'un redressement, les lois modernes sur l'insolvabilité autorisent généralement le constituant insolvable à constituer une sûreté sur les actifs de la masse de l'insolvabilité afin

d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (voir *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 65). Selon le *Guide sur l'insolvabilité*, une telle sûreté ne l'emporte pas sur les droits des créanciers garantis existants, sauf s'ils ont donné leur accord ou si cela a été autorisé par les tribunaux et que des mesures appropriées ont été prévues pour les protéger (voir *Guide sur l'insolvabilité*, recommandations 66 et 67).

e) Créances privilégiées

52. Pour diverses raisons, le droit des opérations garanties ou le droit de l'insolvabilité d'un État, voire les deux, accordent parfois à des catégories spécifiques de créanciers chirographaires une priorité privilégiée sur les droits des créanciers garantis. Cela vaut notamment pour les créances de l'État adoptant représentant des impôts non acquittés et celles des employés relatives à des salaires ou autres avantages sociaux non versés. En outre, dans le cadre de l'insolvabilité, certains États réservent un pourcentage donné de la valeur des biens grevés, en particulier lorsqu'il s'agit d'actifs d'entreprises, aux créanciers chirographaires de préférence aux créanciers garantis. Le *Guide sur les opérations garanties* examine les créances privilégiées et recommande que, dans la mesure où un État adoptant décide d'en conserver, elles soient limitées en ce qui concerne tant leur type que leur montant et mentionnées de manière claire et précise dans la loi sur les opérations garanties et la loi sur l'insolvabilité, selon le cas, (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. V, par. 90 à 93, chap. XII, par. 59 à 63, et recommandations 83 et 239). Si le *Guide sur les opérations garanties* a adopté cette approche, c'est pour deux raisons. D'une part, il convient de respecter les politiques sociales que les États adoptants peuvent vouloir mener à l'aide des créances privilégiées. D'autre part, il convient de reconnaître que ces créances peuvent influer sur le coût et la disponibilité du crédit.

53. Dans certains États, un avis concernant des créances privilégiées peut être inscrit au registre général des sûretés mais les règles d'inscription et de priorité qui s'appliquent aux sûretés constituées par convention volontaire ne s'appliquent pas nécessairement. Le *Guide sur les opérations garanties* traite de la question de savoir si les avis concernant des créances privilégiées devraient être inscrits et quelles devraient être les conséquences de l'inscription sur la priorité, mais il ne fait aucune recommandation à ce sujet (voir *Guide sur les opérations garanties*, chap. V, par. 90).