



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/475
27 avril 2000

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente-troisième session
New York, 12 juin-7 juillet 2000

LES SÛRETÉS

Activités en cours et travaux futurs possibles

Rapport du Secrétaire général

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1-3	3
II. INITIATIVES RÉCENTES	4-23	4
A. Niveau gouvernemental	4-18	4
1. CNUDCI	4-6	4
2. Institut international pour l'unification du droit privé	7-9	5
3. Conseil de l'Europe et Union européenne	10-12	6
4. Organisation des États américains	13	7
5. Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires .	14	8
6. Banque européenne pour la reconstruction et le développement ...	15-16	8
7. Banque mondiale et Banque asiatique de développement	17-18	8
B. Niveau non gouvernemental	19-23	10
1. Chambre de commerce internationale	19	10
2. Association internationale du barreau	20	10
3. American Law Institute	21	10
4. Central and Eastern European Law Initiative et Institutional Reform and the Informal Sector	22-23	11
III. LES DIFFÉRENTES APPROCHES DES LÉGISLATIONS NATIONALES	24-36	11
A. Systèmes intégrés créant un concept unifié de sûreté	24-25	11
B. Lois régissant la constitution de gages avec ou sans dépossession	26-28	12
C. Lois régissant uniquement les sûretés importantes sans dépossession ...	29-32	12
1. L'approche fondée sur le gage	30-31	13
2. Transfert fiduciaire de propriété	32	13

	<u>Paragraphe</u>	<u>Page</u>
D. Lois relatives à des dispositifs plus universels de sûreté, notamment d'hypothèques sur entreprise	33	13
E. Lois relatives aux dispositifs de garantie de paiement du prix d'achat ...	34-35	13
F. Lois régissant la cession de créances	36	14
IV. TENDANCES	37-39	14
A. Au niveau national	37-38	14
B. Aux niveaux international et régional	39	15
V. NÉCESSITÉ DE POURSUIVRE LES TRAVAUX	40-45	15
A. Les problèmes actuels	41-43	15
1. Inadaptation des lois internes	41	15
2. "Frictions" résultant de l'applicabilité éventuelle de la législation de plusieurs pays	42	16
3. Perte de la sûreté en cas de franchissement des frontières nationales par le bien grevé	43	16
B. La justification de la poursuite des travaux	44-45	16
VI. ACTIONS FUTURES POSSIBLES DE LA CNUDCI	46-62	17
A. Une convention visant à unifier les règles de fond régissant les sûretés ..	46	17
B. Une convention instituant des règles uniformes de conflit	47	17
C. Une convention ou une loi type visant à créer une sûreté internationale ..	48	17
D. Une déclaration de principes accompagnée d'une loi type	49-50	18
E. Solutions plus restreintes	51-62	18
1. Lois types de fond de portée plus étroite	51-54	18
a. Catégories particulières de biens grevés	51-52	18
b. Modèles de règles régissant des aspects particuliers du crédit assorti d'une sûreté	53-54	19
i) Modèles de règles concernant des systèmes de priorité fondés sur le dépôt/l'enregistrement	53	19
ii) Modèles de règles concernant la reprise et l'aliénation des biens grevés	54	19
2. Solutions fondées sur des règles de conflit	55-61	19
a. Biens corporels	56-58	19
i) Reconnaissance de sûretés constituées	57	20
ii) Reconnaissance de rangs de priorité établis	58	20
b. Biens incorporels	59-61	20
i) Valeurs mobilières	60	20
ii) Propriété intellectuelle	61	20
3. Une déclaration de principes accompagnée d'un guide juridique ..	62	21
VII. CONCLUSIONS	63-67	21

I. INTRODUCTION

1. Lors du Congrès de la CNUDCI ayant pour thème "le droit commercial uniforme au XXI^e siècle", qui s'est tenu à New York en mai 1992 à l'occasion de la vingt-cinquième session de la Commission, plusieurs propositions ont été faites à propos des activités futures de la Commission.¹ Depuis 1992, la Commission a mis en œuvre plusieurs de ces propositions et a notamment élaboré l'aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, le projet de Convention de la CNUDCI sur la cession de créances, et le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. La Commission a en outre examiné d'autres propositions, dont celle d'élaborer un guide juridique sur les contrats de privatisation à propos de laquelle elle a décidé de ne pas entreprendre de travaux,² et celle de suivre l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), que la Commission met actuellement en œuvre.³

2. L'une des propositions faites lors du Congrès de la CNUDCI que la Commission n'a pas été en mesure d'examiner tendait à ce que celle-ci reprenne les travaux qu'elle avait précédemment entrepris sur les sûretés.⁴ Cette proposition a resurgi lors de conférences qui ont eu lieu ces dernières années dans le monde entier et a suscité l'intérêt du législateur aux échelons international, régional et national, ainsi que celui d'institutions financières internationales et régionales comme la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement et la Banque asiatique de développement (voir par. 15 à 18). Dans le but d'informer la Commission des activités en cours dans le domaine des sûretés, de favoriser des actions concertées et d'aider la Commission à examiner la question, le présent rapport spécial sur les activités en cours vise à exposer brièvement les précédents travaux de la Commission sur les sûretés et l'évolution de la législation dans ce domaine au cours des 25 dernières années en tentant de cerner les tendances et les problèmes, et à faire des propositions quant à d'éventuels domaines pour de futurs travaux.

3. Le fait même d'une évolution généralisée, à l'échelon tant national qu'international (voir par. 4 à 36) semble indiquer que le caractère essentiel de ce corpus de droit pour le fonctionnement d'économies modernes fondées sur le crédit est mieux accepté que par le passé. Cette évolution a en outre favorisé, si peu que ce soit, une certaine harmonisation entre les nations du monde. Pour chacune de ces deux raisons, et au vu du présent rapport, ainsi que du rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité (voir A/CN.9/469), la Commission pourra peut-être envisager avec plus d'optimisme que par le passé la possibilité de poursuivre ses travaux dans le domaine du crédit assorti d'une sûreté.

¹Le droit commercial uniforme au XXI^e siècle, Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, 18-22 mai, Nations Unies, New York, 1995, p. 315 à 323.

²Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), par. 310.

³Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17), par. 331 et 332.

⁴Actes du Congrès, p. 189 et 190, et 318 et 319.

II. INITIATIVES RÉCENTES

A. Niveau gouvernemental

1. CNUDCI

4. Le droit relatif aux opérations assorties d'une sûreté est à l'ordre du jour de la CNUDCI depuis la création de celles-ci⁵. Par ses travaux novateurs à la fin des années 80, la CNUDCI a ouvert la voie à une action d'unification et d'harmonisation dans le domaine du droit des transactions assorties de sûretés.⁶ À la suite de ces études, le Secrétariat a été d'avis que l'élaboration d'une loi type serait à la fois souhaitable et possible.⁷ À sa treizième session en 1980, la Commission a étudié une note du Secrétariat exposant les questions à examiner et avançant des propositions quant à d'éventuelles solutions.⁸

5. Toutefois, lors de cette session, la Commission est arrivée à la conclusion qu'une "unification du droit des sûretés réelles à l'échelle mondiale n'était probablement pas possible", en raison de la trop grande complexité du sujet et des trop nombreuses divergences entre systèmes juridiques et parce qu'elle estimait que, pour réaliser une telle unification, d'autres domaines du droit comme celui de l'insolvabilité devraient être unifiés et harmonisés. Au cours des débats de cette session, il a été jugé souhaitable que la Commission attende les résultats des travaux effectués respectivement sur la réserve de propriété par le Conseil de l'Europe et sur l'affacturage par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) avant de décider de poursuivre ses propres travaux.⁹

6. Après l'achèvement des travaux entrepris par UNIDROIT sur l'affacturage (voir par. 7; les travaux du Conseil de l'Europe sur la réserve de propriété étant restés inachevés; voir par. 10) et conformément aux propositions faites lors du Congrès de la CNUDCI en 1992 (voir par. 1), la Commission a repris ses travaux sur les opérations assorties d'une sûreté, mais uniquement en ce qui concerne les cessions de créances dans un

⁵Rapport de la Commission sur les travaux de sa première session en 1968, Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément n° 16 (A/7216), par. 40 à 48 et rapport de la Commission sur les travaux de sa deuxième session en 1969, ibid., vingt-quatrième session, Supplément n° 18 (A/7618), par. 139 à 145.

⁶Les documents élaborés dans le cadre des travaux de la CNUDCI sur les sûretés sont devenus des références communes. Ces documents sont les suivants: A/CN.9/102, Sûretés réelles, examiné dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de sa huitième session en 1975, ibid., trentième session, Supplément n° 17 (A/10017), par. 47 à 63; A/CN.9/130, A/CN.9/131 et annexe, Étude sur les sûretés et les principes juridiques régissant les sûretés (établie par le professeur Ulrich Drobnig (Allemagne)); et A/CN.9/132, Livre 9 de l'Uniform Commercial Code des États-Unis d'Amérique, examinés dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de sa dixième session en 1977, ibid., trente-deuxième session, Supplément n° 17 (A/32/17), par. 37 et du rapport du Comité plénier II, par. 9 à 16; A/CN.9/165, Sûretés: possibilité d'établir des règles uniformes destinées à être utilisées pour le financement du commerce, rapport du Secrétaire général examiné dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de sa douzième session en 1979, ibid., trente-quatrième session, Supplément n° 17 (A/34/17), par. 49 à 54; et A/CN.9/186, Les sûretés: questions à examiner en vue de l'élaboration de règles uniformes, rapport du Secrétaire général examiné dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de sa treizième session en 1980, ibid., trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17), par. 23 à 28.

⁷Voir A/CN.9/165, par. 61.

⁸Conditions de forme relatives à la constitution d'une sûreté, mesures requises pour qu'une sûreté produise effet à l'égard des tiers, questions de priorité, recettes provenant du bien grevé et voies de recours en cas de défaut de paiement (voir A/CN.9/186).

⁹Ibid., par. 26 à 28.

contexte international.¹⁰ En principe, la Commission devrait, à sa trente-troisième session, réexaminer et mettre au point un projet de Convention sur la cession de créances.¹¹ Le projet de Convention visera les opérations traditionnelles de financement, comme l'octroi de prêts en contrepartie de créances nées de la vente de marchandises ou de la location de matériel, de licences de propriété intellectuelle ou de services rendus. Il couvrira également des modes de financement assortis d'une sûreté qui ont une importance croissante, comme la titrisation. Le projet de Convention serait applicable si la cession ou la créance a un caractère international et si le cédant (et, pour l'application de certaines dispositions, le débiteur) est situé dans un État contractant.¹²

2. Institut international pour l'unification du droit privé

7. En 1988, UNIDROIT a élaboré le texte définitif de deux conventions, l'une sur le crédit-bail international et l'autre sur l'affacturage international ("les Conventions d'Ottawa"), deux concepts proches de celui de prêt assorti d'une sûreté. L'affacturage est un mode de financement des activités d'une entreprise par conversion de ses créances en liquidités, une particularité qu'il partage avec le prêt garanti par une sûreté sur ces créances. Dans le cadre d'un crédit-bail, notamment conçu à des fins de financement, le droit du crédit-bailleur de résilier le contrat et de reprendre les biens donnés à bail le relie aussi à un prêt assorti d'une sûreté. Les Conventions d'Ottawa sont en vigueur, mais elles visent principalement les aspects contractuels plutôt que le lien avec les sûretés réelles de l'affacturage et du crédit-bail.¹³

8. En 1993, UNIDROIT a annoncé son intention d'élaborer ultérieurement une loi type sur les opérations assorties d'une sûreté.¹⁴ En 1994, trois documents ont été publiés (considérations préliminaires, aperçu d'un régime juridique moderne dans le domaine des opérations assorties d'une sûreté et commentaires de la BERD).¹⁵ En 1995, un rapport a été publié à propos d'une réunion de représentants d'organisations internationales participant à l'élaboration d'une législation dans le domaine du droit des sûretés, tenue à Rome le 29 novembre 1994.¹⁶ Aucune autre initiative n'a été signalée depuis lors dans ce domaine. La question ne figure pas sur la liste

¹⁰De sa vingt-sixième session en 1993 à sa vingt-huitième session en 1995, la Commission a étudié trois notes du Secrétariat (documents A/CN.9/378/Add.3, examiné dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-sixième session en 1993, ibid., quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17), par. 297 à 301; A/CN.9/397, examiné dans le cadre du Rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-septième session en 1994, ibid., quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 208 à 214; et A/CN.9/412, examiné dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-huitième session en 1995, ibid., Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 374 à 381). À sa vingt-huitième session en 1995, la Commission a décidé de charger le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de préparer une loi uniforme sur le financement par cession de créances (ibid., par. 379). Le Groupe de travail a commencé ses travaux à sa vingt-quatrième session en novembre 1995, en examinant un rapport du Secrétaire général (A/CN.9/412). De sa vingt-cinquième session en 1995 à sa trente et unième session en 1999, le Groupe de travail a examiné des projets d'articles révisés préparés par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.87, A/CN.9/WG.II/WP.89, A/CN.9/WG.II/WP.93, A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98, A/CN.9/WG.II/WP.102 et A/CN.9/WG.II/WP.104) et de sa vingt-neuvième session à sa trente et unième session, il a adopté un projet de Convention sur la cession de créances (voir A/CN.9/455, par. 17 et A/CN.9/456, par. 18; et A/CN.9/466, par. 19).

¹¹Voir A/CN.9/466, par. 215.

¹²Le document A/CN.9/470 présente un commentaire, article par article, du projet de Convention.

¹³Huit États ont ratifié la Convention sur le crédit-bail international ou y ont adhéré et six États ont ratifié la Convention sur l'affacturage international ou y ont adhéré (pour l'état de ces textes, voir <<http://www.unidroit.org>>).

¹⁴UNIDROIT 1993, C.D. 72 (18).

¹⁵UNIDROIT 1994, Étude LXXIIA – Doc. 1, 2 et 3, octobre-novembre 1994.

¹⁶UNIDROIT 1995, Étude LXXIIB – Doc. 1, mars 1995.

des activités prioritaires du programme de travail d'UNIDROIT pour la période triennale 1999-2001, tel qu'il a été approuvé par l'Assemblée générale d'UNIDROIT à sa cinquante-deuxième session, tenue à Rome le 27 novembre 1998.¹⁷

9. UNIDROIT élabore actuellement, en collaboration avec d'autres organisations, un avant-projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("l'avant-projet de Convention") et des avant-projets de protocoles portant sur les biens aéronautiques ("avant-projet de protocole sur les biens aéronautiques"), les matériels spatiaux et les matériels ferroviaires roulants. Il se peut que d'autres protocoles soient élaborés à l'avenir pour d'autres types de matériel d'équipement mobile très coûteux. Les projets de convention et de protocoles visent à créer une nouvelle sûreté sur certains types de matériels d'équipement très mobiles et très coûteux comme les biens aéronautiques, les matériels spatiaux et les matériels ferroviaires roulants. La garantie est, pour l'essentiel, aussi complète que celle résultant du livre 9 de l'Uniform Commercial Code ("Livre 9 de l'UCC") puisqu'elle comprend, outre la sûreté classique, la réserve de propriété et la garantie du crédit-bailleur. En outre, s'il est vrai que la sûreté qui doit être créée est qualifiée "d'internationale", il n'est pas nécessaire qu'elle soit reliée à plus d'un État et, si elle est enregistrée conformément à l'avant-projet de Convention, elle prévaudra, en cas de conflit, sur une sûreté purement nationale. Lors de sa session de l'an 2000, le Conseil de direction d'UNIDROIT a autorisé le Secrétariat à prendre les dispositions nécessaires pour l'organisation, au début de 2001, d'une conférence diplomatique en vue de mettre au point et d'adopter les avant-projets de convention et de protocole relatifs aux biens aéronautiques.

3. Conseil de l'Europe et Union européenne

10. À l'échelon européen, la question de la réserve de propriété a fait l'objet de deux tentatives d'unification. En 1982, le Comité européen de coopération juridique ("CDCJ") a, sur la base d'une étude comparée approfondie, élaboré un projet de Convention sur la réserve de propriété.¹⁸ Toutefois, le Comité n'a pas élaboré de texte définitif, plusieurs pays membres envisageant apparemment alors des réformes dans ce domaine. Les travaux ont été ajournés *sine die* en 1986 (sur la réserve de propriété voir aussi par. 19).¹⁹ En 1997 et 1998, la Commission de l'Union européenne a publié deux versions d'un projet de directive sur le retard de paiement, dont l'article 4 posait certaines règles en matière de réserve de propriété. Toutefois, ces dispositions ne figurent plus dans un projet révisé publié en 1999.

11. Afin d'améliorer l'efficacité et la rentabilité des mécanismes transfrontaliers de paiement et de règlement des opérations sur titres, l'Union européenne a publié en 1998 une directive concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (directive 98/26/CE du 19 mai 1998). La directive améliore la sécurité, au moins pour ce qui est de la loi régissant l'effet réel d'un mécanisme de garantie qui est soumis à la législation de l'État Membre où est situé le registre, le compte, ou le système de dépôt centralisé pertinent (article 9.2). En outre, en vue d'harmoniser le droit des sûretés sur les valeurs mobilières, la Commission de l'Union européenne a publié en juin 1998 un "cadre d'action". Le document a été approuvé et s'est vu attribuer un degré élevé de priorité lors des sommets européens de Cardiff et de Vienne. En mai 1999, la Commission a publié un document intitulé "plan d'action" pour les services financiers, qui avait

¹⁷La priorité a été donnée à l'élaboration d'un avant-projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et de protocoles relatifs à certains types de matériels d'équipement, à la préparation de la seconde édition des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, d'une loi modèle sur le franchisage, de règles transnationales de procédure civile (en collaboration avec l'American Law Institute), d'une loi modèle sur le crédit-bail et de règles uniformes applicables aux transports (voir programme de travail d'UNIDROIT pour la période triennale 1999-2001 dans <<http://www.unidroit.org>>).

¹⁸CDCJ (82) 15.

¹⁹CDCJ (83) 36, par. 20 à 25.

été élaboré par le groupe de politique des services financiers constitué par la Commission et chargé de traduire en actes le "cadre d'action". À l'automne de 1999, la direction générale "marché intérieur et services financiers" de la Commission de l'Union européenne a créé un groupe sur le droit des garanties. Ce groupe, composé d'experts désignés par des organisations européennes ayant une vaste expérience et une expertise sectorielle et géographique, a tenu sa deuxième réunion en décembre 1999.²⁰

12. Le but de ce projet est de préparer les conditions d'élaboration d'une directive sur une sûreté financière européenne et un transfert européen de titres concernant les valeurs mobilières d'ici la fin de l'année. Le régime proposé ne modifierait pas la nature du bien donné en garantie ni les sûretés sur les titres en vertu du droit interne mais créerait une nouvelle sûreté sur les valeurs mobilières. Le régime s'appliquerait aux bénéficiaires de garantie et aux donneurs de garantie au sein de l'Union européenne et concernerait tout l'éventail des entités commerciales. La création d'une sûreté financière européenne ou d'un transfert européen de titres serait subordonnée à un accord écrit signé par les parties (ou à un accord enregistré et signé sous une forme électronique). Pour la perfection de cet accord, la notification de l'intermédiaire détenant la sûreté pour le donneur de garantie et l'inscription dans les livres de l'intermédiaire seraient nécessaires. Le bénéficiaire de la garantie aurait le droit d'"user" de la garantie (c'est-à-dire la vendre, la louer, la mettre en pension ou la donner en gage) avec l'accord du donneur de garantie, jusqu'à la date à laquelle celle-ci devrait être restituée au donneur de garantie. En cas de défaillance du donneur de garantie, le bénéficiaire de la garantie devrait pouvoir liquider rapidement la garantie, moyennant le minimum de formalités et sans le concours ni l'ingérence des tribunaux ou d'administrateurs de l'insolvabilité. Le régime juridique envisagé porterait aussi sur des aspects de droit international privé. La loi régissant le contrat constitutif de garantie serait déterminée par les parties. La loi régissant les effets à l'égard de tiers, conformément à l'article 9-2 de la directive concernant le caractère définitif du règlement, serait celle du pays où est situé l'intermédiaire sur les livres duquel est enregistrée la sûreté du bénéficiaire de la garantie.

4. Organisation des États américains

13. L'Organisation des États américains (OEA) a récemment entrepris des travaux en vue d'élaborer une loi type interaméricaine régissant les transactions garanties. À la demande du Secrétariat de l'OEA, le National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT) a élaboré plusieurs études sur le droit des transactions garanties ainsi qu'un projet de loi type inspiré du Livre 9 de l'UCC et des lois canadiennes sur les sûretés mobilières. Lors d'une réunion d'experts gouvernementaux qui a eu lieu à Washington, D.C. du 14 au 18 février 2000, plusieurs documents ont été examinés, dont un ensemble de principes régissant un système de transactions garanties.²¹ Ces principes sont notamment les suivants: la création d'une sûreté unitaire uniforme; l'extension automatique de la sûreté initiale sur des biens acquis après la constitution de la sûreté et au produit de la vente du bien grevé; le traitement particulier des droits d'un créancier fournissant les fonds nécessaires à l'acquisition de biens susceptibles d'être constitués en sûreté pour d'autres créanciers; le traitement particulier des droits de l'acquéreur d'un bien grevé en cours d'activité; la prompte reprise de possession ou détermination de la question de la possession du bien grevé et du droit de disposer de celui-ci; et le dépôt d'une notice (enregistrement volontaire d'un nombre limité de données). Il a été décidé lors de cette réunion qu'un groupe de rédaction devrait être constitué pour élaborer la version définitive du projet de loi type d'ici à la fin de l'an 2000.²²

²⁰Le groupe a pris en considération les travaux d'autres groupes (par exemple le document de synthèse "Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws", publié par l'Association internationale du barreau en février 1996, le rapport du groupe Giovannini "EU Repo Markets: Opportunities for change" publié par l'Union européenne en octobre 1999 et le rapport "Collateral Arrangements in the European Financial Markets-The Need for National Law Reform", publié en décembre 1999 par l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA). Pour des informations sur l'ISDA et ses travaux, consulter le site de l'ISDA <<http://www.isda.org>>.

²¹OEA/Ser.K/XXI, REG/CIDIP-VI/INF.3/00 et OEA/Ser.K/XXI, REG/CIDIP-VI/INF.2/00 du 14 février 2000.

²²OEA/Ser.K/XXI, REG/CIDIP-VI/doc.6/00 du 18 février 2000, partie III (conclusions et recommandations).

5. Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

14. L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), une organisation internationale de 12 États francophones et de 2 États non francophones d'Afrique subsaharienne, a été récemment créée dans le but d'unifier le droit des affaires de ses États membres et de créer un environnement juridique et économique sûr et propice aux affaires en Afrique subsaharienne. En 1997, elle a adopté un acte uniforme portant organisation des sûretés qui est fondé essentiellement sur le droit français mais comporte certaines innovations. En particulier, les règles françaises relatives au gage sans dépossession ont été intégrées dans l'Acte, bien que les garanties constituées sur différents types de biens corporels et certains biens incorporels soient encore régies par des règles distinctes. L'Acte uniforme de l'OHADA crée un registre unique, mais il ne comporte pas de règles régissant les mouvements transfrontaliers, entre les États membres, de biens corporels constitués en garantie.

6. Banque européenne pour la reconstruction et le développement

15. Une Loi type sur les transactions garanties a été élaborée par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et publiée en 1994. Elle visait principalement à aider les pays anciennement socialistes d'Europe de l'Est à élaborer une législation moderne sur les sûretés mobilières. L'un des principes directeurs pour l'élaboration de la Loi type était la compatibilité avec la tradition de droit romain des pays d'Europe centrale et orientale auxquels elle était destinée. La Loi type crée une seule sûreté portant sur tous les types de biens susceptibles d'être constitués en garantie, y compris des biens futurs et un ensemble de biens susceptible d'évolution, comme les stocks. La sûreté peut être une garantie enregistrée, celle d'un vendeur impayé ou une sûreté possessoire. Sa constitution est subordonnée dans tous les cas à l'existence d'un document écrit. L'ordre de priorité est principalement déterminé en fonction de la date de constitution de la garantie (dans le cas d'une sûreté enregistrée, la date de l'enregistrement; dans le cas de la garantie du vendeur impayé, la date de transfert du titre; et dans le cas d'une sûreté possessoire, la date la plus tardive mentionnée dans le document écrit de la mise en possession). La Loi type a eu un impact considérable sur les législations récentes, tant en Europe de l'Est qu'en Asie centrale. D'aucuns estiment cependant qu'elle n'est ni suffisamment compatible avec les systèmes de droit romain ni suffisamment innovante s'agissant de l'institution d'une sûreté uniforme.

16. Après l'adoption de la Loi type, la BERD a été à même de définir un ensemble de 10 principes de base d'une législation sur les transactions garanties, qui sont essentiellement les suivants: la sûreté devrait réduire le risque lié à l'octroi de crédit, d'où une augmentation de l'offre de crédit à de meilleures conditions; la loi devrait permettre la constitution rapide, simple et peu onéreuse d'une sûreté réelle sans priver la partie qui l'a constituée de l'usage du bien grevé; et, si la créance assortie d'une sûreté n'est pas remboursée, le titulaire de la sûreté devrait être à même de faire réaliser la garantie et d'obtenir l'affectation des recettes au règlement de sa créance avant les autres créanciers.

7. Banque mondiale et Banque asiatique de développement

17. La Banque internationale pour la reconstruction et le développement ("la Banque mondiale") a manifesté, à l'occasion de nombre de ses récentes opérations de prêt, un intérêt croissant pour une réforme du droit des opérations assorties d'une sûreté. Des projets financés par la Banque mondiale en vue de réformer ce droit sont en cours ou prévus dans plusieurs pays. Certains de ces projets sont mis en œuvre en coopération avec d'autres institutions financières internationales comme la Banque interaméricaine de développement et la BERD, ou d'autres organismes comme le Center for the Economic Analysis of Law (CEAL).²³ La Banque mondiale élabore

²³Le CEAL a également participé à des projets de réforme de législations nationales financés par la Banque asiatique de développement. Des informations accessibles au public sur les travaux du CEAL peuvent être obtenues sur le site <<http://www.ceal.org>>.

également un ensemble de principes et de directives concernant le cadre juridique, institutionnel et réglementaire nécessaire au fonctionnement efficace d'un régime de l'insolvabilité. Dans le cadre de cette initiative relative à l'insolvabilité, la Banque mondiale a reconnu l'intérêt d'une part de la disponibilité de crédit à des taux supportables pour une économie moderne et, d'autre part, d'une législation sur les sûretés efficace pour la disponibilité de ce crédit à faible coût. Les résultats provisoires de cette initiative indiquent la nécessité d'un régime juridique qui, en principe, reconnaîtrait la constitution d'une sûreté sur tous les types de biens, meubles et immeubles, corporels et incorporels, y compris les stocks, créances, valeurs mobilières et recettes. Les autres principes que doit respecter tout régime juridique efficace régissant les opérations assorties d'une sûreté sont notamment les suivants: souplesse pour définir le bien grevé, possibilité de constituer une sûreté sur des biens acquis après la conclusion de l'accord de constitution de sûreté et sur tous les biens d'une personne, possibilité de constituer des sûretés sans dépossession; facilité et productivité de la constitution, de la perfection (effets à l'égard des tiers) et de la réalisation d'une sûreté; et transparence nécessaire à cet égard.

18. La Banque asiatique de développement (BAsD) a effectué une étude sur la législation relative aux opérations assorties d'une sûreté et à l'insolvabilité dans plusieurs de ses États membres.²⁴ Les résultats de l'étude figurent dans un rapport sur la réforme de la législation et des politiques qui doit être divulgué par la BAsD lors de sa réunion annuelle en mai 2000 (projets d'assistance technique TA-5795-REG: Réformes de la législation sur l'insolvabilité et TA-5773: Réformes de la législation sur les opérations assorties d'une sûreté). Une partie du rapport intitulée "The need for an integrated approach to secured transactions and insolvency law reforms" met en évidence le lien étroit existant entre la législation applicable aux opérations assorties d'une sûreté et celle applicable à l'insolvabilité, et leurs objectifs respectifs, ainsi que la nécessité de veiller à la compatibilité de ces législations entre elles. Il y est relevé que, s'agissant de la constitution, de l'enregistrement et de la réalisation de sûretés, la plupart des objectifs d'un régime efficace d'opérations garanties seraient avantageux pour un régime juridique de l'insolvabilité, avec lequel ils seraient compatibles. Pour ce qui est des effets initiaux d'une procédure formelle d'insolvabilité sur les sûretés, le rapport fait ressortir le degré élevé de compatibilité entre la législation applicable aux opérations assorties d'une sûreté et celle relative à l'insolvabilité quant à la reconnaissance des sûretés, l'atténuation ou la suppression de toute incidence des droits des créanciers chirographaires sur les sûretés et la non-ingérence dans les droits des créanciers munis d'une sûreté de réaliser celle-ci, au moins en cas de liquidation. Selon le rapport, il y a peut-être un moindre degré de compatibilité pour ce qui est du traitement des droits des créanciers munis d'une sûreté de réaliser celle-ci dans le cas d'une réorganisation, mais ce problème peut être résolu si les restrictions aux droits d'exécution sont limitées dans le temps, sont soumises à des conditions raisonnables et peuvent être levées par le tribunal à la demande du créancier muni d'une sûreté. Selon les termes du rapport, "il faudrait adopter une approche commune pour la réforme de la législation relative à l'insolvabilité et de celle relative aux opérations assorties d'une sûreté".²⁵ Il est également proposé que "les questions envisagées dans le présent rapport soient prises en considération pour l'élaboration de principes directeurs de bonne pratique en vue de mettre sur pied tant le régime juridique des transactions garanties que celui de l'insolvabilité".

²⁴Des projets de plusieurs documents pertinents ont été examinés dans le cadre d'un symposium organisé par la BAsD à Manille du 25 au 28 octobre 1999. La législation de cinq pays d'Asie pour ce qui est des opérations assorties d'une sûreté et de dix d'entre eux pour ce qui est de l'insolvabilité a été étudiée. L'étude a été menée par le bureau du General Counsel de la BAsD en collaboration avec plusieurs experts et avec le CEAL.

²⁵La nécessité de veiller à la compatibilité des législations relatives respectivement aux transactions garanties et à l'insolvabilité est également reconnue dans un rapport du Groupe de travail sur les crises financières internationales du Groupe des 22, publié en octobre 1998.

B. Niveau non gouvernemental

1. Chambre de commerce internationale

19. La Chambre de commerce internationale (CCI) a élaboré un guide destiné à fournir des informations sur la réserve de propriété dans 19 systèmes de droit (publication n° 467 de la CCI). Le champ d'application du guide est limité aux contrats de vente entre commerçants portant sur des biens mobiliers. En conséquence, les dispositifs de réserve de propriété portant sur des biens immobiliers ou sur des droits de propriété intellectuelle, ou visant les ventes à la consommation assorties de conditions de paiement différé ainsi que les contrats de location-vente ne sont pas couverts. Le guide examine la validité et la force exécutoire des clauses de réserve de propriété, en particulier dans le cas de l'insolvabilité de l'acheteur, et décrit différents types de clauses. Il envisage également des questions de droit international privé, en soulignant l'absence de règles uniformes régissant les clauses de réserve de propriété et en faisant une distinction entre les aspects contractuels et les aspects réels des clauses de réserve de propriété, les premiers relevant normalement de la loi propre du contrat, tandis que les seconds sont régis par la loi du pays où se trouve l'objet de la clause de réserve de propriété (*lex situs*). Le guide examine en outre le problème que fait naître l'application de la *lex situs* si les marchandises sont transportées dans un autre pays.

2. Association internationale du barreau

20. L'Association internationale du barreau a créé en 1999 un sous-comité de la réforme du droit financier international (sous-comité E8) chargé de formuler des propositions visant à simplifier et à améliorer les lois et la pratique régissant le crédit assorti d'une sûreté. Le sous-comité a pris comme point de départ les principes de base appliqués par la BERD dans les économies en transition des pays d'Europe centrale et orientale. Il effectue actuellement une étude sur 10 systèmes juridiques en vue de déterminer dans quelle mesure, dans ces systèmes juridiques, les lois correspondent aux principes fondamentaux. Les premières conclusions de l'étude doivent être examinées lors d'une conférence portant sur le droit financier international qui doit se tenir à Lisbonne du 24 au 26 mai 2000.

3. American Law Institute

21. En 1998, l'American Law Institute (ALI)²⁶ a institué un projet sur les transactions internationales garanties dont l'objet est de favoriser la mise sur pied de régimes juridiques efficaces et rationnels applicables aux transactions garanties dans le cadre du droit international, du droit interne des États-Unis et du droit interne d'autres pays, et de fournir une aide à cet effet.²⁷ Cet objectif doit être atteint par une participation au processus législatif des États-Unis et une contribution à la mise au point de régimes de transactions garanties dans d'autres pays, ainsi que par l'élaboration de projets de fond pour appuyer ces processus. Ces projets pourraient notamment porter sur: un énoncé des objectifs économiquement bénéfiques d'une législation sur les transactions garanties dans une économie fondée sur le crédit, une sorte de "restatement" des principes du droit des États-Unis en matière de transactions garanties, l'énoncé de critères caractérisant un régime juridique efficace, rationnel et adapté régissant les transactions garanties; une analyse et un énoncé de la nécessité d'instituer des systèmes

²⁶L'American Law Institute (ALI) a joué un rôle fondamental dans l'élaboration de la législation relative aux transactions garanties aux États-Unis. Le Livre 9 de l'UCC a été élaboré conjointement par l'American Law Institute et par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL). L'American Law Institute a contribué à l'unification et l'harmonisation de la législation des États aux États-Unis en participant à la préparation et à la promulgation des Restatements of Law.

²⁷Les législations adoptées avec l'aide de CEELI ou d'IRIS sont examinées dans la partie III. Pour donner un aperçu des projets en cours, un exposé de leurs travaux est présenté en termes généraux dans cette partie du présent rapport.

d'enregistrement et des questions opérationnelles s'y rapportant; l'élaboration d'un code type des transactions garanties susceptible d'être adopté en tant que législation interne d'un pays; et l'élaboration d'une loi type relative aux transactions internationales garanties visant à régir lesdites transactions de matière intégrée et complète. L'American Law Institute a prévu d'organiser une réunion le 18 juillet 2000 à Londres en vue d'examiner les prochaines étapes de ce projet.

4. Central and Eastern European Law Initiative et Institutional Reform and the Informal Sector

22. L'American Bar Association, par l'intermédiaire de son Central and Eastern European Law Initiative (CEELI) a entrepris d'aider les pays d'Europe centrale et orientale, ainsi que ceux d'Asie centrale, en menant notamment des actions pédagogiques dans des domaines particuliers du droit et en prêtant son concours pour l'élaboration de lois. Dans de nombreux cas, son assistance a porté sur les transactions garanties. Les pays destinataires de l'aide sont notamment les suivants: Albanie, Arménie, Azerbaïdjan, Bélarus, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Géorgie, Hongrie, Kazakhstan, Kirghizistan, Lettonie, Lituanie, Moldova, Ouzbékistan, Pologne, République tchèque, Roumanie, Serbie, Slovaquie, Tadjikistan, Turkménistan et Ukraine. Parmi les projets spécifiques figurent les suivants: un cadre conceptuel sur les transactions garanties (destiné à être utilisé par les législateurs, le document propose des options, en comparant le Livre 9 de l'UCC avec la Loi type élaborée par la BERD); une assistance permanente concernant l'élaboration d'une législation sur les transactions garanties (Lettonie, Lituanie et Roumanie) et une formation au concept de législation générale sur les transactions garanties (Croatie, Fédération de Russie, Roumanie et Slovaquie).

23. L'Université du Maryland, par l'intermédiaire de son département d'économie, parraine l'IRIS – Institutional Reform and the Informal Sector. L'IRIS prête son concours à la conception et la mise en œuvre de réformes qui favorisent la croissance économique et renforcent les procédures démocratiques dans les pays qui effectuent leur passage d'une économie dirigée à une économie tournée vers le marché. Dans cette perspective, l'IRIS a apporté une contribution de fond et une assistance technique à des États désireux d'améliorer leurs systèmes de transactions garanties, notamment dans le domaine des mécanismes d'enregistrement. Les projets spécifiques sont notamment les suivants: développement d'une initiative législative sur les transactions garanties et d'un registre informatisé des gages et nantissements (Albanie); élaboration d'une loi sur les garanties mobilières et préparation d'un système d'enregistrement informatisé (IRIS – ex-République yougoslave de Macédoine); réexamen du projet de loi sur les transactions garanties, formation au fonctionnement du registre public des gages et nantissements et assistance technique pour la mise au point de logiciels (Ukraine – Collateral Law Extension and Regulatory Reform Initiative); élaboration et application d'une législation et d'un système de constitution de garanties mobilières (IRIS – Lituanie); organisation de la Conférence internationale sur les prêts commerciaux garantis dans la Communauté d'États indépendants, (Moscou, novembre 1994); et étude comparée de l'état de la législation sur les garanties mobilières dans 14 pays (Albanie, Bulgarie, Croatie, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République tchèque, Roumanie, Slovaquie et Slovénie).

III. LES DIFFÉRENTES APPROCHES DES LÉGISLATIONS NATIONALES

A. Systèmes intégrés créant un concept unifié de sûreté

24. Le premier modèle de sûreté unifiée et générale a été institué par le Livre 9 de l'UCC, lequel a été adopté par la totalité des 50 États des États-Unis y compris, avec quelque retard, par le système juridique de tradition romaine de la Louisiane. Le livre 9 de l'UCC a été profondément remanié en 1999, notamment par une extension de son champ d'application, une modernisation des mécanismes d'enregistrement dans le cadre des États, et une

meilleure prise en considération des situations dans lesquelles les débiteurs accordant une sûreté se trouvent hors des États-Unis.

25. Des lois sur les sûretés mobilières reprenant nombre de concepts et méthodes du livre 9 de l'UCC ont désormais été adoptées par la totalité des provinces du Canada ayant un système de *common law* et prévoient l'enregistrement de toutes les sûretés mobilières sans dépossession (biens mobiliers et biens incorporels). La première a été la loi de l'Ontario, qui est entrée en vigueur en 1976. En 1992, la province de Québec dont le système juridique est de tradition romaine a adopté un nouveau code civil qui est entré en vigueur en 1994 et qui institue un nouveau régime de sûretés mobilières. Bien qu'il soit fondé sur des concepts de droit romain, ce régime fonctionne comme celui du livre 9 de l'UCC et comporte des obligations uniformes d'enregistrement pour tous les mécanismes de garantie qui constitueraient des "sûretés" au regard d'une loi calquée sur le livre 9 de l'UCC. La Nouvelle-Zélande s'est également dotée d'une loi générale sur les sûretés mobilières (1999), et une initiative est également en cours en Australie. En Europe, la Norvège (1980) et la Roumanie (1999) se sont dotées de lois générales couvrant, à l'instar du livre 9 de l'UCC, un vaste éventail de biens et de sûretés et prévoyant l'enregistrement de la plupart des sûretés sans dépossession.

B. Lois régissant la constitution de gages avec ou sans dépossession

26. De nombreux pays qui se sont dotés de nouveaux codes civils ou de législations d'ensemble sur les biens traitent de deux types de gage, le gage traditionnel avec dépossession et le gage moderne sans dépossession. Cette conception se retrouve dans les codes civils de la Géorgie (1997), des Pays-Bas (Livre 3 de 1992), du Québec (1992) (la sûreté unifiée est qualifiée d'hypothèque), de la Fédération de Russie (première partie de 1994) et de la Hongrie (1959, art. 251 à 269 révisés en 1996), ainsi que dans la loi estonienne sur les biens de 1993 et la loi ukrainienne sur le gage de 1992.

27. La loi chinoise sur les garanties (1995) relève également de cette catégorie dès lors qu'elle ne vise ni la cession, ni le nantissement de créances ni la réserve de propriété, les cessions étant traitées dans le cadre de la loi sur les contrats de 1999 (art. 79 à 83). L'enregistrement en vertu de la loi de 1995 n'est obligatoire que pour les biens importants constitués en garantie; pour les autres, il est facultatif.

28. En novembre 1999, le Gouvernement vietnamien a adopté un décret sur les transactions garanties qui complète les règles énoncées dans ce domaine par le code civil de 1994. Par l'effet combiné des règles sur les transactions garanties énoncées dans le code civil et dans le décret, un gage ou une hypothèque peut viser des biens, qu'ils soient déjà dans le patrimoine du débiteur ou qu'ils soient acquis après la conclusion d'un accord constitutif de sûreté, pour garantir l'exécution d'obligations présentes et futures. Le décret autorise également la constitution d'un gage ou d'une hypothèque sans dépossession, mais cette garantie ne devient opposable aux tiers, y compris à des créanciers ultérieurs munis d'une sûreté, qu'après enregistrement de la sûreté auprès de l'organisme habilité à cet effet au Viet Nam. En outre, le décret fixe les conditions d'exécution d'opérations assorties d'une sûreté, y compris, le cas échéant, sans recours aux tribunaux. Le Gouvernement vietnamien a annoncé qu'il adopterait d'ici à la fin de l'an 2000 un décret sur l'enregistrement des transactions garanties, lequel devrait énoncer les règles régissant l'institution d'un mécanisme informatisé de "dépôt de notice" (c'est-à-dire un mécanisme d'enregistrement d'une notice comportant des données limitées sur une transaction garantie).

C. Lois régissant uniquement les sûretés importantes sans dépossession

29. Plusieurs pays se sont dotés de lois visant les sûretés sans dépossession. Sont exclus les réserves de propriété et les baux qui fonctionnent économiquement comme une garantie du prix d'achat des marchandises plutôt que comme un échange de capitaux en contrepartie de la possession temporaire des marchandises. Dans certains pays, une garantie de financement comme le transfert de propriété à titre de sûreté non enregistrée, peut même éventuellement coexister avec la nouvelle sûreté sans dépossession qui doit être enregistrée. Sous l'angle de

l'approche théorique de ces lois, deux méthodes différentes sont employées, l'une fondée sur l'idée de gage, l'autre sur l'idée de la propriété-sûreté (ou transfert fiduciaire), à savoir le transfert intégral de la propriété du bien grevé au créancier titulaire de la sûreté.

1. L'approche fondée sur le gage

30. L'approche fondée sur le gage a été largement employée, notamment dans les nouvelles lois sur le gage sans dépossession adoptées respectivement en Bulgarie (1996), au Chili (1982), en Lettonie (1998) en Lituanie (1997) et en Pologne (1996). La plupart de ces pays prévoient l'enregistrement de la sûreté du créancier. Par contraste, en vertu de la loi chilienne, l'opposabilité aux tiers dépend de la publication d'un extrait de l'accord constitutif de sûreté au journal officiel.

31. Le même effet est pratiquement obtenu en Italie par l'article 46 de la loi sur les activités bancaires (1993) qui vise à garantir les crédits bancaires à moyen et à long terme consentis aux entreprises si le bien grevé n'est pas susceptible d'enregistrement. Cette sûreté, qualifiée de privilège, confère à la banque le droit d'être désintéressée en priorité sur la garantie. Le privilège doit être inscrit au registre des entreprises et être aussi publié au Journal officiel. L'approche fondée sur le gage convient en particulier aux pays qui ont une législation nouvelle, plus complète, couvrant aussi le gage traditionnel avec dépossession.

2. Transfert fiduciaire de propriété

32. La méthode du transfert fiduciaire au créateur de la propriété sur le bien grevé a été employée par des lois particulières adoptées au Brésil (1965), en Indonésie (1999) et au Monténégro (1996). De manière générale, le créancier, en tant que propriétaire fiduciaire, est assujéti à des règles qui, foncièrement, diffèrent peu des règles correspondantes applicables aux créanciers titulaires d'une sûreté dans le cadre de l'approche fondée sur le gage. En cas de défaillance du débiteur en particulier, le propriétaire fiduciaire n'a pas le droit de s'approprier purement et simplement le bien grevé pour en devenir propriétaire à part entière, mais il doit suivre des règles correspondant à celles régissant la réalisation d'un gage sans dépossession.

D. Lois relatives à des dispositifs plus universels de sûreté, notamment d'hypothèques sur entreprise

33. Une particularité essentielle de la législation moderne sur les sûretés est de permettre la constitution d'une sûreté sur un fonds de contenu variable, notamment les stocks du débiteur. Cet objectif peut être atteint par un assouplissement des règles relatives à la description d'une sûreté ou une institutionnalisation de l'"entreprise" en tant que type propre de garantie. Par contraste avec les modèles restrictifs traditionnels, la Suède et la Finlande en 1984, et l'Estonie en 1996, se sont dotées de législations particulières relatives aux hypothèques sur entreprise qui, à l'instar du privilège flottant anglais, permettent de couvrir pratiquement tous les biens mobiliers d'une entreprise.

E. Lois relatives aux dispositifs de garantie de paiement du prix d'achat

34. Il n'y a, sous l'angle économique, guère de différence entre le fait de consentir un prêt à un débiteur (par le vendeur de marchandises ou un prêteur distinct) pour permettre à celui-ci d'acheter des marchandises qui sont, contractuellement, constituées en garantie du prêt, et la vente à crédit de ces marchandises par le vendeur, dans des conditions prévoyant que le vendeur conserve des droits sur les marchandises jusqu'au paiement du prix. Il n'en reste pas moins que la plupart des systèmes juridiques ont traité différemment ces deux modèles. Traditionnellement, le vendeur qui fait crédit du prix d'achat à son acheteur jouit d'une forme ou une autre de protection particulière. Dans le cadre de la plupart des codes civils, le vendeur est protégé par une réserve de propriété ou bénéficie d'un privilège pour le paiement du prix d'achat. Les codes civils du XX^e siècle autorisent souvent le vendeur à conserver la propriété des marchandises vendues jusqu'au paiement du prix d'achat (par

exemple, codes civils des Pays-Bas, livre 3 (1992); du Pérou (1984); du Portugal (1967); du Québec (1992); de la Fédération de Russie (deuxième partie, 1996); et loi chinoise sur les contrats (1999)). Par contre, le Paraguay autorise les commerçants à garantir le paiement du prix d'achat par la constitution d'un gage sans dépossession enregistré (code civil de 1985). Si les marchandises vendues sont susceptibles d'enregistrement, la réserve de propriété doit être enregistrée; dans les autres cas, la clause de réserve de propriété peut être soumise à une forme particulière.

35. Dans la plupart des pays européens, le vendeur, en tant que propriétaire, a le droit de demander la restitution des marchandises vendues si l'acheteur, en s'abstenant de payer le prix d'achat, rompt le contrat de vente. Cela est habituellement possible également en cas d'insolvabilité de l'acheteur. Certains pays ont expressément consacré ce droit, ou en ont réglementé l'exercice, en cas d'insolvabilité de l'acheteur (par exemple France (1985) et Belgique (1999)). Dans des pays qui ont adopté une sûreté unifiée (voir par. 24 et 25), une disposition contractuelle prévoyant une réserve de propriété au bénéfice du vendeur non payé se ramène en réalité à la sûreté unifiée. Toutefois, dans l'ensemble de ces pays, ce type de sûreté servant à garantir le paiement du prix d'achat bénéficie d'un privilège par rapport à d'autres sûretés venant en concurrence.

F. Lois régissant la cession de créances

36. Certains pays européens ont modifié leur législation ou en ont adopté une nouvelle en vue d'adapter leur réglementation relative aux cessions de créances aux besoins modernes de financement des entreprises. En particulier, l'obligation d'aviser le débiteur comme condition de l'opposabilité de la cession aux tiers a été, soit presque totalement supprimée (Belgique 1998), soit remplacée par un dispositif moins contraignant, au moins pour ce qui est de l'utilisation de créances nées d'opérations commerciales comme garantie de crédits bancaires (France 1981).

IV. TENDANCES

A. Au niveau national

37. Il y a incontestablement une tendance à souligner l'intérêt d'un régime juridique de sûretés sans dépossession bien que, à ce jour, relativement peu de systèmes juridiques envisagent la généralisation de ce type de sûretés, c'est-à-dire autorisent le recours à ces mécanismes, non seulement par des groupes particuliers de créanciers ou de débiteurs ou pour certains biens constitués en garantie, mais par tous les créanciers et pour tous les biens grevés. Cela dit, une évolution dans cette direction est perceptible. Les législations modernes sur les sûretés sans dépossession visent également à rendre ce type de sûreté possible pour les crédits à moyen et à long terme destinés à financer non seulement l'acquisition d'un matériel particulier, mais également l'activité courante du débiteur. Une sûreté de caractère plus permanent constituée sur un ensemble variable de biens (comme les stocks, les matières premières, les produits semi-finis ou les créances) ne peut être sauvegardée que si l'idée d'un fonds constitué d'éléments en évolution (comme les stocks) est admise. L'expression la plus claire, bien qu'elle puisse sembler extrême, de ce principe est le concept de sûreté sur l'ensemble d'une entreprise ou certaines parties de celle-ci, avec, comme variante (ou accessoire) l'idée que la sûreté peut être étendue aux recettes ou produits des biens initialement grevés.

38. La plupart des nouvelles législations admettent, à un niveau quelconque, l'idée d'un enregistrement des sûretés sans dépossession en tant que mesure de publicité. Toutefois, la forme et, plus encore, le contenu des données devant être enregistrées varient considérablement. Dans certains cas, d'autres formes de publicité ont été retenues, comme la publication dans un journal officiel. La question de savoir s'il convient de protéger le vendeur non payé en lui accordant une réserve de propriété ou en le renvoyant à un gage sans dépossession est encore résolue très différemment suivant les pays. Cela étant, il est en général reconnu que ce vendeur doit bénéficier

d'une protection particulière en cas de conflit de priorité, même si sa réserve de propriété est limitée, de fait, à un gage.

B. Aux niveaux international et régional

39. Le problème de la conservation de sûretés sur des biens utilisés dans le cadre d'une activité transfrontalière n'a jusqu'à présent été envisagé que pour des biens particuliers. Il faut noter que, dans les pays ayant des systèmes juridiques de tradition romaine, la question ne se pose guère pour les créances qui sont habituellement réputées fixes. Pour des matériels d'équipement mobiles très coûteux, l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT devrait régler le problème, vu qu'il vise spécifiquement le franchissement des frontières nationales par ces biens. Par contre, les sûretés constituées sur d'autres marchandises et biens ne sont pas expressément protégées de la perte qui peut résulter de leur déplacement dans un autres pays. Les vendeurs de marchandises à l'exportation et leurs bailleurs de fonds sont particulièrement exposés à ce risque.

V. NÉCESSITÉ DE POURSUIVRE LES TRAVAUX

40. Si, comme le montre l'analyse qui précède, la législation relative au crédit assorti d'une sûreté a connu une évolution importante au cours des 25 dernières années, il serait inexact d'en conclure que la situation juridique internationale est propice à un développement efficace et rationnel de ce crédit. Il y a au contraire des problèmes importants qui empêchent ce mécanisme de rendre le crédit plus facilement accessible à moindre coût.

A. Les problèmes actuels

1. Inadaptation des lois internes

41. Dans de nombreux cas, les obstacles les plus importants à des transactions internationales garanties résultent, non des différences entre les législations respectives des États concernés sur le crédit assorti d'une sûreté mais, au contraire, du fait que les systèmes juridiques internes régissant ledit crédit sont simplement impropres à favoriser la distribution de crédit à moindre coût. Ces systèmes sont peut-être justifiables pour d'autres motifs que l'efficacité à cet égard, mais on ne peut sous-estimer leurs conséquences sur une économie fondée sur le crédit. Les problèmes que posent de tels systèmes peuvent résulter de multiples causes:

a) Les cas dans lesquels il peut être recouru à des sûretés sans dépossession peuvent être restreints, les restrictions pouvant tenir à l'identité du débiteur ou du créancier, ou à la nature du bien servant de garantie;

b) Il peut y avoir une incertitude, faute d'une réglementation d'ensemble régissant, de manière prévisible, les questions qui risquent de surgir dans le cadre de transactions garanties. Tandis que certains systèmes juridiques ont amplement développé leur législation dans ce domaine, d'autres systèmes ne disposent que d'une réglementation-cadre qui, en dépit de certains avantages, présente aussi l'inconvénient de l'insécurité;

c) Certains problèmes peuvent découler des règles qui restreignent la faculté concrète du créancier d'utiliser la valeur du bien grevé pour obtenir le règlement de sa créance après la défaillance du créancier. Ainsi:

- i) Certaines réglementations peuvent rendre par trop difficile au créancier d'obtenir la remise par le débiteur du bien grevé dans un délai raisonnable, ce qui augmente ses frais et aggrave le risque de dépréciation de ce bien;
- ii) Certaines règles peuvent rendre par trop difficile au créancier de tirer le meilleur prix possible de la vente du bien grevé;

d) L'absence de règles permettant aux créanciers de déterminer le rang de leurs droits par rapport à d'autres ayants droit éventuels sur le bien grevé (privilège) avant d'accorder un crédit.

2. "Frictions" résultant de l'applicabilité éventuelle de la législation de plusieurs pays

42. La législation interne régissant le crédit assorti d'une sûreté varie considérablement d'un pays à l'autre, ce qui a pour résultat d'accroître le coût ou de diminuer la disponibilité de ce type de crédit dans un contexte transfrontalier. Ce renchérissement des coûts (qui peut entraîner une réduction de l'offre de crédit, les coûts rendant l'octroi de celui-ci non rentable pour la partie qui les supporte) prend plusieurs formes:

a) *Le coût lié à la compréhension de la législation sur le crédit assorti d'une sûreté de plusieurs systèmes juridiques.* Pour toute opération dans laquelle pourrait s'appliquer la législation de plus d'un État, il est prudent de se renseigner sur la législation de tous les États concernés. Il se peut que la partie concernée connaisse bien le système juridique de l'État ou des États où elle effectue ses principales opérations, mais il est peu probable qu'elle ait une aussi bonne connaissance des lois d'autres États;

b) *Le coût lié à la détermination de la loi vraisemblablement applicable.* Si plus d'un système juridique est en cause et si la loi des systèmes juridiques respectifs diffère sur d'importantes questions relatives aux droits des parties dans le cadre de la transaction, le règlement de ce conflit de loi est essentiel pour la définition de ces droits. Dans la plupart des cas, cette question doit être tranchée à l'avance, faute de quoi le créancier ne sera pas disposé à consentir le crédit;

c) *Le coût lié à l'impossibilité de déterminer avec certitude quelle loi sera applicable aux différents aspects de la transaction.* Malgré l'importance de la détermination de la loi applicable, dans de nombreux cas, cette détermination ne peut être faite par avance avec certitude. Malheureusement, les règles applicables au choix de la loi diffèrent notablement d'un système juridique à l'autre, si bien que le principe de détermination de la loi applicable à une transaction particulière peut dépendre du lieu du for. En outre, dans certains systèmes juridiques, il peut être difficile de déterminer par avance la règle de rattachement susceptible d'être appliquée.

3. Perte de la sûreté en cas de franchissement des frontières nationales par le bien grevé

43. Dans de nombreux cas, en raison des divergences entre les régimes nationaux régissant le crédit garanti, le maintien d'une sûreté, valablement créée dans un pays, est dénié dans un autre pays si le bien grevé est déplacé du premier pays dans le second. Ce problème suscite des difficultés particulières dans le cas de biens servant de garantie qui, par leur nature même, franchissent les frontières nationales, comme les marchandises destinées à l'exportation ou les camions.

B. La justification de la poursuite des travaux

44. Lors de ses travaux relatifs au projet de Convention sur la cession de créances (voir par. 6), la CNUDCI a reconnu l'intérêt de favoriser le développement de régimes juridiques propres à accroître l'offre de crédit à moindre coût. De plus, dans le cadre de l'élaboration de ce projet de Convention, elle a plus précisément reconnu le rôle joué par les garanties mobilières pour accroître cette offre. Dès lors, la CNUDCI peut logiquement prolonger ses travaux par une réflexion plus globale dans le domaine des sûretés mobilières.

45. Les avantages de la poursuite des travaux dans ce domaine peuvent être de deux ordres. Tout d'abord, en atténuant les "frictions" entre systèmes juridiques nationaux et en contribuant à améliorer les législations internes, la CNUDCI peut aider à surmonter les difficultés exposées plus haut qui restreignent la possibilité de consentir des montants plus élevés de crédit à moindre coût à l'échelon tant interne qu'international. Deuxièmement, ainsi qu'il ressort des études de la Banque mondiale (voir par. 17), la modernisation et l'optimisation de la législation

relative au crédit assorti d'une sûreté peuvent amplifier le développement économique et, partant, favoriser le bien-être général.

VI. ACTIONS FUTURES POSSIBLES DE LA CNUDCI

A. Une convention visant à unifier les règles de fond régissant les sûretés

46. L'unification totale des règles de fond régissant les sûretés dans les différentes nations du monde ne pourrait résulter que d'une convention liant tous les États contractants. Une telle convention, instituant une norme uniforme élevée, comblerait les insuffisances de nombreux systèmes juridiques nationaux mentionnées au paragraphe 41 et faciliterait l'octroi de crédit assorti d'une sûreté dans un contexte transfrontalier, permettant dès lors de surmonter les obstacles visés aux paragraphes 42 et 43. Actuellement cependant, les systèmes juridiques nationaux restent trop différents, sous l'angle tant des moyens juridiques employés que des solutions de fond, pour qu'il existe réellement une chance que de nombreux pays adoptent une telle convention. Par ailleurs, une convention ne serait pas suffisamment souple pour tenir compte de toutes les particularités nationales résultant des systèmes de droit matériel et procédural.

B. Une convention instituant des règles uniformes de conflit

47. Un projet, beaucoup moins ambitieux toutefois que celui visant à une unification du droit de fond relatif aux sûretés, viserait à élaborer une convention limitée à l'établissement de certaines règles de conflit uniformes applicables aux sûretés. Une telle convention pourrait viser à remédier aux insuffisances actuelles constatées au paragraphe 42. Des règles de conflit peuvent être plus acceptables pour les États dès lors qu'elles ne portent pas atteinte, en principe, aux régimes juridiques nationaux. De plus, il existe déjà une base commune pour entreprendre de tels travaux, le principe de la *lex situs* étant reconnu dans la plupart des systèmes juridiques comme applicable à de nombreux droits portant sur des biens mobiliers. Il y a cependant des variations quant au champ d'action de ce principe. De plus, il est parfois nécessaire de s'en écarter, en particulier pour les moyens de transport et autres biens mobiles, et les règles applicables aux biens incorporels peuvent suivre d'autres principes d'organisation (voir art. 24 à 26 et 28 à 31 du projet de Convention de la CNUDCI sur la cession de créances). Cela étant, les principales difficultés qui se présentent dans le contexte de la circulation transfrontalière de biens servant de garantie ne sauraient être réglées uniquement par des règles de conflit appropriées. Les régimes nationaux étant très différents (voir par. 41), lorsque le bien grevé est déplacé dans un autre pays et risque, dès lors, de relever de la nouvelle *lex situs*, il peut être nécessaire de requalifier la sûreté étrangère importée pour l'adapter au nouveau régime national. Cela sera difficile si les deux pays concernés recourent à des moyens très différents, ou si, même en présence de moyens analogues, le pays où se trouve désormais le bien grevé pose des conditions plus strictes que celles du pays d'origine, par exemple s'il exige une "date certaine" en ce qui concerne l'accord sous-jacent ou un enregistrement. Dans une certaine mesure, on peut surmonter ces difficultés en prévoyant des délais de grâce en vue d'une adaptation, ou en demandant aux parties contractantes de modifier leur contrat et/ou la sûreté pour les adapter aux exigences de la nouvelle *lex situs*.

C. Une convention ou une loi type visant à créer une sûreté internationale

48. Plutôt que de créer une loi applicable aux opérations internes, peut-être serait-il possible de créer des "sûretés internationales" portant sur certains types de biens (voir par. 9), l'avantage étant que la sûreté ainsi créée aurait son propre corpus de droit matériel. Une telle approche aurait néanmoins aussi des inconvénients. Ainsi, un corpus de droit qui ne serait applicable qu'à une sûreté constituée dans le cadre d'une opération internationale devrait, par nature, inévitablement coexister tant bien que mal avec la loi interne régissant des opérations analogues sans composante internationale. Par exemple, dans le cadre d'un conflit de priorité entre deux créanciers, l'un ayant une sûreté internationale et l'autre une sûreté exclusivement interne, des choix délicats

devraient être opérés quant au régime juridique applicable. Si, en dépit de tels obstacles, la création d'une ou plusieurs sûretés internationales devait être entreprise, il faudrait déterminer l'opportunité de procéder par voie de convention ou de loi type. Une convention à laquelle des États acceptant le concept de sûreté internationale deviendraient parties contractantes semble réalisable, mais une loi type pourrait remplir le même objet entre les États qui l'auraient adoptée.

D. Une déclaration de principes accompagnée d'une loi type

49. Une solution plus réaliste pourrait consister à élaborer une loi type qui, par nature, ne devrait pas être acceptée ou rejetée en bloc par les pays. Cette restriction étant posée, le mieux serait d'envisager une loi d'ensemble, se décomposant en deux parties. La première partie serait une déclaration de principes relative aux systèmes de crédit assorti d'une sûreté, exposant l'économie des relations entre le débiteur et le créancier titulaire d'une sûreté, et entre celui-ci et les autres ayants droit éventuels sur le bien grevé, et indiquant pourquoi certaines structures particulières peuvent favoriser le crédit tout en protégeant les droits des débiteurs en cas de défaillance. La seconde partie serait une loi type consacrant ces principes et les appliquant aux sûretés sur tous les types de biens mobiliers, quelle que soit la forme de la transaction²⁸. Tant les principes envisagés que la loi type pourraient également aborder les problèmes de la circulation transfrontalière des biens grevés visés au paragraphe 43.

50. Une loi type générale, par opposition à des lois types visant des catégories particulières d'opérations ou de biens grevés, serait la meilleure solution. Elle créerait les conditions d'une économie interne fondée sur le crédit dans les pays qui l'adopteraient et, dans la mesure où de nombreux pays l'adopteraient, l'harmonisation qui en résulterait réduirait les coûts de "friction" et les obstacles de fond découlant de l'interaction de régimes juridiques différents dans des opérations internationales. Toutefois, dès lors qu'une telle loi type devrait refléter certains principes directeurs fondamentaux qui ne seraient pas communs à tous les systèmes juridiques, elle représenterait dans de nombreux pays un bouleversement de la législation en vigueur et risquerait donc de ne pas être acceptable. Peut-être serait-il nécessaire, en conséquence, d'envisager une loi type comportant des variantes.

E. Solutions plus restreintes

1. Lois types de fond de portée plus étroite

a. Catégories particulières de biens grevés

51. Au lieu d'élaborer une loi type générale régissant tous les aspects du crédit assorti d'une sûreté, une autre solution pourrait consister à publier des lois types distinctes applicables à des transactions ou à des catégories spécifiques de biens grevés. On pourrait parvenir à ce résultat soit en élaborant des lois types séparées, soit en reprenant les extraits pertinents d'une loi type générale. Parmi les catégories de biens grevés qui seraient ainsi traitées séparément, pourraient figurer, par exemple, les valeurs mobilières ou les marchandises (voire même une sous-catégorie de marchandises comme les stocks ou les équipements commerciaux).

52. L'élaboration de lois types de portée plus étroite au lieu (ou comme variante) d'une loi type générale peut présenter des avantages considérables sous l'angle de l'acceptabilité. Un pays auquel seraient proposées des lois types de portée limitée à une catégorie particulière de biens grevés ou de transaction pourrait plus facilement adopter une ou plusieurs de ces lois. Par exemple, s'agissant du cas particulier de sûretés sur des valeurs mobilières, la législation pertinente est relativement peu développée dans la plupart des pays. Ainsi, une loi type restreinte à cette catégorie de sûreté pourrait contribuer à améliorer l'accès au crédit dans ce domaine. Les travaux

²⁸L'expérience acquise dans le cadre de l'élaboration de la Loi type et des principes de base par la BERD (voir par. 16) pourrait fournir des orientations utiles.

de l'Union européenne constituent des précédents utiles d'une telle approche (voir par. 11 et 12). En revanche, en publiant des lois types de portée limitée à une catégorie particulière de biens grevés, on peut améliorer les chances de faire adopter certains textes de loi mais manquer l'occasion d'accomplir une réforme de fond plus générale.

b. Modèles de règles régissant des aspects particuliers du crédit assorti d'une sûreté

i. Modèles de règles concernant des systèmes de priorité fondés sur le dépôt/l'enregistrement

53. De nombreux pays fondent l'ensemble ou une partie de leurs systèmes de priorité en matière de crédit assorti d'une sûreté sur l'ordre dans lequel sont déposés ou enregistrés des renseignements relatifs à une sûreté, ou envisagent d'établir de tels systèmes. Cependant les règles applicables varient sensiblement d'un pays à l'autre, tout comme leurs particularités de fonctionnement. À cet égard, des modèles de règles pourraient aider les pays à concevoir et gérer les meilleurs systèmes possibles de priorité de ce type et conduire à une uniformisation de part et d'autre des frontières, ainsi qu'à une réduction du coût des opérations.

ii. Modèles de règles concernant la reprise et l'aliénation des biens grevés

54. Garantir une créance par une sûreté sur un bien ne permet d'abaisser le coût du crédit que si, en cas de défaillance du débiteur, ce bien peut être efficacement repris et aliéné en vue de générer les fonds nécessaires au règlement de la créance. Après tout, l'objet d'une garantie est de créer une source potentielle d'exécution des obligations du débiteur vers laquelle, en cas de défaillance de celui-ci, le créancier pourra se retourner. S'il est vrai que les débiteurs doivent être protégés contre des pratiques abusives en matière de saisie et contre des dispositions collusoires, une protection qui rend par trop difficile la réalisation de la garantie pour désintéresser le créancier concerné risque d'être illusoire car peu propice au crédit. Cela se produira si, du fait de cette protection, il est peu probable que les fonds produits par la garantie puissent substantiellement contribuer à l'exécution des obligations du débiteur. Un loi type comportant des règles de reprise et d'aliénation de la garantie pourrait jouer un rôle important pour les pays qui souhaitent réformer leurs procédures en cas de défaillance du débiteur.

2. Solutions fondées sur des règles de conflit

55. S'agissant de transactions internationales garanties, l'incertitude quant à la loi nationale applicable augmente souvent le coût d'une opération. Au minimum, le coût relatif à la détermination de la loi la plus vraisemblablement applicable sera souvent non négligeable et s'imputera donc sur l'opération. De plus, aux dires d'agences chargées d'évaluer des transactions importantes, les incertitudes quant à la loi nationale applicable les conduiraient, plutôt que de s'interroger sur la loi applicable, à poser en principe que la transaction sera régie par la loi la moins avantageuse pour elle. À défaut d'une harmonisation sur le fond, des solutions fondées sur des règles de conflit pourraient, si elles sont réalisables, réduire certains de ces coûts. Une loi type serait peut-être envisageable dans ce domaine, mais il semble que des solutions fondées sur des règles de conflit devraient prendre la forme de conventions.

a. Biens corporels

56. À quelques exceptions près qui sont envisagées plus loin, des solutions fondées sur des règles de conflits applicables aux biens corporels ne semblent guère ouvrir de perspectives pour des travaux futurs. Après tout, le principe de la *lex situs* est si bien établi, au moins pour les questions de priorité, qu'il ne laisse pas une grande marge. Même la révision récente du Livre 9 de l'UCC aux États-Unis, qui s'écarte de la *lex situs* dans le contexte de la "perfection" (des effets à l'égard des tiers), revient à ce principe dans le contexte plus important du rang des sûretés.

i. Reconnaissance de sûretés constituées

57. Un domaine restreint dans lequel une solution fondée sur des règles de conflit pourrait avoir quelque valeur concerne les cas dans lesquels une sûreté sur des biens mobiliers en garantie d'une créance est valablement constituée entre un débiteur et un créancier dans un pays, à la suite de quoi le débiteur déplace les biens grevés dans un autre pays qui ne reconnaît pas la sûreté constituée dans le premier pays. On peut citer à titre d'exemple un privilège flottant constitué sur des biens en Angleterre qui sont ensuite transportés en France, pays qui ne reconnaît pas les droits afférents à un privilège flottant anglais. Une solution fondée sur des règles de conflit pourrait prévoir que, entre les parties (et, peut-être, dans une certaine mesure à l'égard des ayants droit du débiteur sur le bien), la sûreté constituée dans le premier pays sera reconnue dans le second.

ii. Reconnaissance de rangs de priorité établis

58. Dans la ligne de l'observation faite au paragraphe 57, on peut soutenir que la stabilité internationale des sûretés serait améliorée s'il était prévu que, dans le cas où deux créanciers du pays initial sont l'un et l'autre titulaires de sûretés sur le même élément d'actif grevé, leur rang de priorité ne devrait pas être modifié du seul fait que celui-ci est transporté dans un autre pays. Ainsi, une solution fondée sur des règles de conflit pourrait prévoir que, entre des parties titulaires de sûretés qui viennent en concurrence (et, peut-être, dans une certaine mesure à l'égard des ayants droit de l'une de ces parties sur le bien grevé), l'ordre de priorité établi dans le pays initial sera respecté dans le second pays.

b. Biens incorporels

59. La catégorie de biens incorporels qui sert le plus souvent de garantie est celle des créances. Ce type de biens fait l'objet du projet de Convention dont la CNUDCI achève actuellement la rédaction (voir par. 6), qui comporte tant des dispositions de fond que des règles de conflit (voir A/CN.9/470). Il y a toutefois deux autres types de biens incorporels qui méritent réflexion dans la perspective d'une solution fondée sur des règles de conflit.

i. Valeurs mobilières

60. Il y a eu ces dernières années dans de nombreux pays une transformation des valeurs mobilières qui ont cessé d'être des biens quasi corporels matérialisés par un certificat pour devenir des biens incorporels, c'est-à-dire une créance à l'encontre d'un courtier. Dans la mesure où la loi applicable aux sûretés sur des valeurs mobilières varie sensiblement d'un pays à l'autre, une solution fondée sur des règles de conflit pourrait offrir ici une certaine sécurité en déterminant quelle loi nationale régirait des sûretés internationales sur ces valeurs.²⁹

ii. Propriété intellectuelle

61. Dès lors que la propriété intellectuelle constitue une catégorie nouvelle de biens incorporels qui pourrait probablement profiter d'une plus grande sécurité quant à la loi nationale applicable, une solution fondée sur des règles de conflit semble à première vue séduisante. Toutefois, cette catégorie de biens se développant et évoluant rapidement par réaction aux nouvelles technologies de l'information, toute initiative entreprise serait probablement prématurée actuellement, ce qui plaide contre l'engagement d'un tel projet pour l'instant.

²⁹Voir article 9-2 de la directive de l'Union européenne concernant le caractère définitif du règlement, visé au paragraphe 12.

3. Une déclaration de principes accompagnée d'un guide juridique

62. Cette approche est une variante de celle envisagée aux paragraphes 49 et 50, avec laquelle elle pourrait être combinée. Une loi type serait plus souhaitable dans une perspective d'exhaustivité et d'uniformité. Toutefois, si l'élaboration d'une telle loi type se révèle impossible, la préparation d'un ensemble d'objectifs clefs et de principes de base pour la mise sur pied d'un régime juridique efficace régissant le crédit assorti d'une sûreté, accompagné d'un guide législatif (proposant des approches souples pour la mise en œuvre de ces objectifs et principes et envisageant d'autres approches possibles avec l'indication de leurs avantages et inconvénients apparents) serait encore suffisamment utile pour justifier des travaux futurs.

VII. CONCLUSIONS

63. Avec ses travaux sur le droit des cessions de créances (voir par. 6), la Commission a fait un premier pas pour faciliter l'offre de crédit à des prix plus abordables et pour mettre à armes égales les différents partenaires intervenant dans le commerce international, au moins pour ce qui est de l'accès à un crédit moins onéreux. De plus, au cours des 25 dernières années, une évolution importante s'est produite dans cette direction, à l'échelon tant national qu'international. Il reste que la législation relative au crédit assorti d'une sûreté, dans une grande partie du monde, reste peu propice à une distribution efficace et rationnelle de ce type de crédit. Une législation interne inadaptée, les désaccords résultant de l'applicabilité éventuelle de plus d'une législation nationale et la perte de la sûreté si le bien grevé franchit les frontières nationales restent autant de facteurs qui entravent le commerce international (voir par. 41 à 43), tout en créant un désavantage concurrentiel pour les partenaires commerciaux qui n'ont pas suffisamment accès à un crédit peu onéreux. La Commission pourra dès lors en conclure que la poursuite des travaux dans le domaine du droit du crédit assorti d'une sûreté serait éminemment souhaitable.

64. S'il est vrai que de nombreux domaines pourraient bénéficier d'une meilleure harmonisation de la législation sur le crédit assorti d'une sûreté, la décision de retenir tel ou tel domaine doit reposer sur des considérations pratiques. Pour déterminer l'opportunité de traiter certains projets dans un proche avenir, la Commission pourra souhaiter examiner, entre autres, si le sujet proposé se prête déjà à la formulation d'une loi, s'il est possible d'élaborer le texte dans un délai raisonnable, et quelles sont les chances d'acceptation du résultat obtenu, par les États et les participants au commerce international. Eu égard à ces considérations, à l'expérience acquise par la Commission lors de ses travaux sur le droit des cessions de créances (voir par. 6, 44 et 45) et aux différentes solutions possibles envisagées dans le présent rapport (voir par. 46 à 62), la Commission pourra souhaiter, sous réserve d'un nouvel examen, tirer les conclusions provisoires suivantes:

a) À l'heure actuelle, l'élaboration d'une convention visant à unifier les règles de fond régissant les sûretés serait, selon toute vraisemblance, irréalisable, compte tenu en particulier des écarts importants entre systèmes juridiques et de la complexité des problèmes en cause dans la législation sur le crédit assorti d'une sûreté (voir par. 46);

b) Une convention acceptable établissant des règles de conflit uniformes pourrait probablement être préparée (par. 47). Toutefois, l'intérêt d'une telle convention pourrait être limité si elle n'est pas complétée par des règles de droit matériel, dès lors que les problèmes identifiés dans le présent rapport (voir par. 41 à 43) ne sauraient être réglés uniquement par des règles de conflit;

c) Une loi type ou une convention instituant une nouvelle sûreté internationale qui coexisterait avec des sûretés internes pourrait utilement être élaborée, à condition que son champ d'application soit limité à certains types de biens grevés (voir par. 48);

d) Une déclaration de principes accompagnée d'une loi type générale serait souhaitable et réalisable, en particulier si la loi type propose des variantes dans la mesure nécessaire (voir par. 49 et 50);

e) Contrairement à une loi type générale applicable à toutes les catégories de biens, des lois types distinctes régissant certaines catégories de biens ou des aspects particuliers du droit applicable au crédit assorti d'une sûreté sont peut-être moins souhaitables mais plus réalisables, en particulier pour ce qui est de certaines catégories de biens grevés, comme les valeurs mobilières (voir par. 51 à 61 et 66);

f) Le texte le plus facilement réalisable à l'heure actuelle serait probablement une déclaration de principes accompagnée d'un guide (voir par. 62 et 65). Un tel projet serait aussi suffisamment utile. La question de savoir s'il serait possible d'élaborer, outre les principes, une loi type générale, pourrait être examinée dans le cadre de l'élaboration des principes.

65. S'agissant en particulier de l'élaboration d'une série de principes assortie d'un guide législatif, la Commission souhaitera peut-être noter que les travaux à entreprendre pourraient faire fond sur ceux effectués par la Commission sur la cession de créances et par d'autres organisations comme la BERD, la Banque mondiale, la BASD, l'OEA et l'Association internationale du barreau, dans d'autres domaines pertinents (voir par. 15 à 18 et 20), ainsi que sur les travaux que la Commission pourra souhaiter entreprendre dans le domaine du droit de l'insolvabilité (voir A/CN.9/469, par. 140). De fait, comme le montrent les travaux entrepris par la Banque mondiale et la BASD (voir par. 17 et 18), tous les principes que la Commission pourra souhaiter formuler sur le droit de l'insolvabilité devront nécessairement aborder le traitement des sûretés en cas d'insolvabilité et formuler des hypothèses quant aux principes essentiels d'une législation efficace sur les transactions garanties qui seraient compatibles avec lesdits principes du droit de l'insolvabilité. Par voie de conséquence, les considérations du groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité seraient pertinentes et pourraient contribuer à déterminer si l'élaboration par la Commission d'un ensemble de principes relatifs à une législation efficace sur les transactions garanties est réalisable. Lorsqu'elle examinera la question, la Commission pourra considérer que le fait de mener parallèlement des travaux dans le domaine des transactions garanties et dans celui du droit de l'insolvabilité pourrait assurer la compatibilité entre les principes du droit de l'insolvabilité et du droit relatif aux transactions garanties et, partant, un équilibre satisfaisant entre les intérêts des créanciers privilégiés, ceux des créanciers titulaires d'une sûreté et les créanciers chirographaires.

66. De plus, s'agissant des travaux visant à l'élaboration de règles uniformes applicables à des opérations spécifiques ou à des catégories spécifiques de biens grevés, comme les valeurs mobilières, la Commission pourra souhaiter noter l'intérêt de faire fond, le cas échéant, sur les travaux d'autres organisations, en particulier l'Union européenne avec l'aide d'organisations comme l'ISDA (voir par. 11 et 12 et note 20), ainsi que sur les travaux éventuellement entrepris par la Commission sur le droit de l'insolvabilité. Un texte relatif à la constitution de sûretés sur des valeurs mobilières pourrait instituer une nouvelle sûreté internationale (voir par. 48) et traiter, entre autres, de problèmes de conflit de loi (voir par. 60).

67. En vue d'étayer la faisabilité des travaux mentionnés aux paragraphes 65 et 66 et de définir plus précisément les problèmes pertinents et les solutions possibles, la Commission souhaitera peut-être prier le Secrétariat d'élaborer une étude qui serait soumise à la trente-quatrième session de la Commission afin d'examiner, en particulier, si les tendances actuelles établissent un terrain d'entente suffisant entre les différents systèmes juridiques et les économies à différents niveaux de développement pour justifier la poursuite des travaux de la Commission. L'étude pourrait aussi aborder les avantages et les désavantages d'une loi type générale sur les sûretés, d'une loi type sur des catégories particulières de biens grevés, comme les valeurs mobilières, et d'un

ensemble de principes, assorti éventuellement d'un guide et de recommandations législatives générales. L'étude pourrait aussi faire fond sur les travaux déjà achevés, entrepris ou annoncés par d'autres organisations, dont UNIDROIT, l'Union européenne, l'OEA, la BERD, la Banque mondiale, la BASD, l'Association internationale du barreau, la CCI et l'American Law Institute. En se fondant sur cette étude, la Commission pourra souhaiter décider, à sa trente-quatrième session, s'il y a lieu d'entreprendre de nouveaux travaux dans le domaine du droit du crédit assorti d'une sûreté.

* * * * *