



Assemblée générale

Distr.: Limitée
24 avril 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail VI (Sûretés)
Première session
New York, 20-24 mai 2002

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Note du Secrétariat*

1. À sa trente-quatrième session, la Commission a décidé de charger un groupe de travail d'élaborer "un régime juridique efficace pour les sûretés sur les marchandises faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks, et de recenser les questions à traiter, notamment: la forme de l'instrument, la gamme exacte des actifs qui peuvent servir de garanties ..."1. Soulignant l'importance de cette question et la nécessité de consulter des praticiens et des représentants du secteur concerné, la Commission a recommandé la tenue d'un colloque de deux ou trois jours2.

2. Pour faciliter les travaux du Groupe de travail, le secrétariat a établi un premier projet préliminaire de guide législatif sur les opérations garanties (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add. 1 à 12). En outre, un colloque international sur les opérations garanties a eu lieu à Vienne du 20 au 22 mars 2002 (le rapport sur le colloque a été publié sous la cote A/CN.9/WG.VI/WP.3). À la suite de ce colloque, le secrétariat a reçu de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) des observations sur le premier projet préliminaire de guide législatif. Ces observations sont reproduites en annexe.

* La présente note est soumise après la date normale, qui doit précéder de dix semaines le début de la réunion, étant donné qu'elle contient des observations présentées au secrétariat de la Commission quelques jours avant sa publication.

1 *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17*, (A/56/17), par. 358.

2 *Ibid.*, par. 359.



Annexe

Observations de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD)

1. Dans le cadre des travaux que la Banque européenne pour la reconstruction et le développement a consacrés à la réforme du droit au cours des 10 dernières années, elle a accordé une importance particulière aux opérations garanties. Lorsque la BERD a été fondée en 1991 pour participer aux efforts de reconstruction des anciens pays communistes d'Europe centrale et orientale, il est apparu immédiatement que les investissements effectués par la Banque et d'autres entités dans la région seraient gravement entravés si le cadre juridique nécessaire à la garantie de tels investissements n'était pas en place. À cette fin, il ne suffisait pas d'adopter une loi nouvelle, mais il fallait repenser entièrement les dispositions juridiques applicables aux sûretés sur les biens et mettre en œuvre efficacement une telle réforme. Ce processus a commencé lentement et s'est intensifié au cours des années. Depuis lors, chaque pays de la région a entrepris des réformes concernant cette question.

2. La BERD elle-même a contribué à ce processus de nombreuses façons. Par exemple, elle a mis au point un modèle susceptible d'être utilisé pour une réforme. La Loi type de la BERD sur les opérations garanties a été publiée en 1994 et les Dix Principes fondamentaux de la BERD relatifs à la législation sur les opérations garanties ont été publiés en 1998. De plus, la BERD a procédé à des évaluations des progrès accomplis dans la région: l'Enquête régionale de la BERD sur les législations relatives aux opérations garanties a été publiée pour la première fois en 1999 et a depuis lors été régulièrement actualisée. En outre, la BERD contribue directement à l'accomplissement de progrès en offrant à un certain nombre de pays une assistance technique concernant la réforme de la législation sur les opérations garanties et la mise en œuvre de celle-ci. En conséquence, elle tient beaucoup à suivre l'initiative prise par la CNUDCI dans ce domaine et à y participer. En effet, cette initiative permet d'élargir les travaux qui ont été accomplis dans ce domaine par la BERD, la Banque asiatique de développement, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale) et d'autres institutions qui œuvrent en faveur d'une réforme du droit au niveau international. Les travaux de la CNUDCI peuvent avoir des effets positifs considérables dans de nombreux pays du monde. En outre, malgré le caractère non contraignant d'un guide législatif, par opposition à une convention, nous sommes convaincus qu'il peut avoir une influence plus profonde sur les responsables de la réforme du droit dans le monde entier, étant donné qu'il constituerait certainement le document le plus évolué et le plus complet qui ait été élaboré jusqu'à présent sur les régimes relatifs aux opérations garanties.

3. La BERD souhaite jouer le rôle d'un observateur actif, en donnant des exemples illustrant les questions à résoudre dans le cadre d'une réforme juridique et la façon dont elles ont été résolues dans les différents pays d'Europe centrale et orientale. Elle tient également à mettre l'accent sur les avantages économiques qui découlent d'un marché du crédit garanti efficace et ne devraient pas être sacrifiés pour se conformer à des traditions et à des concepts théoriques. Étant donné que les opérations garanties posent des problèmes pratiques, qu'il serait difficile (voire

impossible) et économiquement inefficace de résoudre dans le cadre de la législation existante, les assemblées législatives devraient entreprendre une réforme dans ce domaine et il leur sera donc utile de consulter le futur guide législatif de la CNUDCI. Ce sont souvent les praticiens qui sont le mieux en mesure de présenter des arguments susceptibles de convaincre les législateurs de la nécessité de modifier les règles et pratiques traditionnelles afin de les adapter aux réalités de la vie économique d'aujourd'hui.

4. Ayant étudié le premier projet préliminaire de guide législatif, dont le Groupe de travail est maintenant saisi, et ayant participé au Colloque, nous souhaitons mettre l'accent sur certaines questions qui se sont posées dans le cadre de nos activités dans les pays en transition.

a) Le Guide devrait stimuler le changement

5. Lorsque le Guide législatif sera achevé, il faudra qu'il stimule le changement. Il serait décevant que le Guide soit lu et approuvé par les pays qui possèdent déjà un régime juridique efficace concernant les opérations garanties, mais soit superbement ignoré par les pays dans lesquels un changement est très souhaitable. Il est intéressant de relever que le Guide sera probablement aussi utile à de nombreux pays développés que cela sera le cas pour des pays en développement et des pays dont l'économie est en transition. Il serait aussi tout aussi décevant que la nécessité de parvenir à des compromis au sein du Groupe de travail n'affaiblisse les réformes proposées à un point tel que le message transmis par le Guide cesse d'être clair ou convaincant.

6. Il est inévitable que le Guide soit un document relativement long comportant de nombreux détails; cependant, il est crucial de mettre l'accent sur un ensemble de recommandations qui portent sur les résultats essentiels à obtenir, en indiquant (lorsque cela est approprié) des moyens différents (mais efficaces) d'obtenir ces résultats. Nous estimons par exemple qu'il faut indiquer très clairement les conditions fondamentales à remplir pour la constitution d'une sûreté et les éléments qui doivent être présents dans tout régime. Le Guide ne peut se limiter à présenter les diverses options offertes par les différents régimes pour permettre à chacun de choisir ce qui lui plaît. Il faut établir une distinction entre, d'une part, les concepts et les éléments du système qui sont essentiels pour l'ensemble du processus de réforme (par exemple, la possibilité de grever, sans formalités supplémentaires, des biens qui sont désignés en termes généraux ou seront acquis dans l'avenir) et, d'autre part, ceux qui ont moins d'importance et peuvent être adoptés ou affinés à un stade ultérieur, en fonction des besoins et des choix des différents pays. Inversement, il ne faut pas que le Guide impose des solutions, même pour des questions relatives à des détails pratiques, lorsque d'autres méthodes peuvent être adoptées (par exemple, l'élargissement des sûretés aux produits de la vente du bien grevé; les sûretés en garantie du prix d'achat; la façon de donner une date certaine à la convention constitutive de sûreté; le renouvellement de l'inscription ou du dépôt d'avis).

b) Le Guide ne doit pas créer un clivage entre les systèmes de *common law* et les systèmes de droit romano-germanique

7. Le Guide doit certes reconnaître la différence entre la tradition juridique romano-germanique et la tradition reposant sur la *common law*, mais il doit éviter d’"ostraciser" certains pays dans la pratique, en leur donnant l’impression qu’ils sont exclus des efforts de réforme en raison de leur tradition juridique apparemment "différente". Les travaux accomplis par la BERD dans ce domaine ont notamment été guidés par le principe selon lequel il faut avoir recours aux nombreuses solutions utiles mises au point dans le cadre des systèmes de *common law* pour intégrer les techniques modernes de financement d’une façon compatible avec les traditions de droit romano-germanique qui sont à la base des systèmes juridiques d’un grand nombre de pays d’Europe centrale et orientale. Notre expérience a confirmé que la tradition juridique n’est pas un obstacle à la réforme dans le domaine des opérations garanties en vue d’un régime économiquement efficace, pour autant que la volonté de mettre en œuvre des réformes existe et qu’il soit possible d’adopter des variantes et d’adapter les solutions retenues compte tenu des différences qui existent en ce qui concerne les institutions, les méthodes et les usages.

8. Le message du Guide doit rester simple (sans être simpliste), de façon à pouvoir être aisément compris par les responsables qui envisagent d’adopter une réforme. Si le Guide est trop complexe ou trop obscur dans sa présentation, ou semble être par trop inspiré d’un système déterminé, qui ne représente pas nécessairement un modèle intéressant pour tous les pays, alors il ne sera pas utilisé. Il faut également se rappeler qu’il sera probablement traduit et utilisé dans de nombreux contextes différents de réforme du droit, de sorte qu’il doit être exprimé dans des termes clairs, simples et objectifs.

c) Le Guide doit mettre l’accent sur la distinction entre une approche formelle et une approche fonctionnelle

9. La nécessité d’une analyse fonctionnelle des opérations garanties apparaît clairement, comme le Guide l’indique d’un bout à l’autre, en présentant à cet égard diverses justifications mais pas d’explications claires. Nous considérons qu’il s’agit là d’une des questions les plus difficiles et les plus controversées, et qu’il faut l’aborder sans détour. Certains ont des idées bien arrêtées pour ou contre l’adoption d’une approche fonctionnelle des sûretés (qui englobe toute opération dont la fonction est de donner à une partie la garantie d’un paiement au titre d’une obligation, quelles que soient la forme et la technique juridique adoptées par les parties). Une réforme axée sur une approche fonctionnelle nécessite un examen de grande ampleur des règles de droit concernant les obligations et les biens, et des modifications fondamentales de la façon d’envisager des questions juridiques et pratiques. En effet, une telle réforme ne se limiterait pas à l’adoption de la sûreté sans dépossession, qui représenterait une innovation d’ampleur relativement limitée et offrirait au marché un type nouveau de sûreté adapté à ses besoins. En fait, elle aurait un objectif beaucoup plus vaste et tant la réforme que sa mise en œuvre exigeraient une préparation et des ressources plus importantes. Il faut que les responsables des réformes comprennent parfaitement cette réalité et pèsent soigneusement les avantages et les inconvénients de l’adoption d’une approche entièrement fonctionnelle. À la lumière de notre expérience, nous suggérons qu’une

approche formelle (qui n'engloberait que les opérations conformes à la forme requise pour la constitution d'une sûreté) pourrait répondre aux objectifs économiques d'une réforme des opérations garanties, tout en offrant des perspectives considérables de convergence, par exemple grâce à l'adoption de règles similaires pour les opérations constitutives de quasi-sûretés en ce qui concerne la publicité, l'ordre de priorité et la réalisation.

10. Le Guide doit être très clair sur ce point, dans sa terminologie, dans la définition des objectifs principaux et dans l'approche fondamentale des questions relatives aux sûretés, et ne pas simplement laisser entendre qu'une approche fonctionnelle doit être adoptée, sans donner de véritables explications.

d) Le Guide doit rester ouvert à l'idée d'un régime d'opérations garanties incluant les biens tant meubles qu'immobiliers

11. Le Guide laisse également entendre qu'il doit exister une séparation stricte entre les biens meubles et les biens immobiliers. Cette séparation peut être parfaitement rationnelle dans certains régimes juridiques, mais il se peut qu'elle ne soit pas toujours appropriée. Au contraire, dans certains cas, il peut être très judicieux qu'un pays s'efforce d'adopter des réformes relatives à ces deux types de biens en même temps et de soumettre les sûretés sur les biens meubles et sur les biens immeubles à des règles analogues. Le Guide devrait laisser cette option ouverte et donner des indications générales sur la façon dont il serait possible de mener à bien une réforme portant sur les biens tant meubles qu'immobiliers.

e) La nécessité de la publicité de la sûreté doit être indiquée de façon parfaitement claire

12. Le Guide doit indiquer sans ambiguïté qu'un régime moderne d'opérations garanties a besoin d'un système de publicité, qui informe les tiers qu'une sûreté sur des biens déterminés a été constituée par le débiteur en faveur d'un créancier et qui résout également les questions de rang des sûretés. La nécessité de la publicité doit notamment apparaître dans les principes essentiels du Guide. Bien que l'absence de publicité n'ait pas empêché certains pays de créer un marché du crédit garanti, il est contradictoire, dans une économie de marché, d'encourager une utilisation plus importante des biens en tant que garanties tout en permettant que l'existence de cette garantie ne soit pas divulguée à d'autres personnes présentes sur le marché. Le principe de la publicité est adopté lentement mais sûrement dans l'ensemble de la région où la BERD a des activités. Pour la mise en œuvre de la publicité, il faut faire des choix difficiles, qui portent notamment sur les effets juridiques de l'inscription et sur le caractère non authentique des informations inscrites, et ces choix doivent être présentés clairement dans le Guide, ce qui est du reste reconnu dans la version actuelle.

f) Le Guide doit prendre clairement position sur la réalisation

13. Une sûreté n'a de sens que s'il est possible, le cas échéant, de la réaliser. Si la réalisation ne permet pas d'obtenir rapidement et efficacement la valeur des biens grevés et le paiement du créancier garanti, il en résulte un affaiblissement considérable de l'utilité de la sûreté comme moyen de réduire les risques du crédit.

Cependant, cet aspect est peut-être le plus difficile de la réforme, étant donné que le régime de réalisation est étroitement lié aux règles de procédure civile relatives à des questions telles que le recouvrement des dettes (exécution forcée des contrats) par action en justice, actions possessoires, mesures conservatoires relatives à des biens et mesures d'exécution relatives à des biens meubles et immobiliers. En outre, ici plus que dans tout autre domaine, le succès de la réforme passe par l'existence d'institutions et leur bon fonctionnement. Par exemple, le système judiciaire, ses capacités, son mode de fonctionnement et le risque de corruption, ainsi que l'existence et l'efficacité de professions qui peuvent jouer un rôle essentiel dans les procédures de réalisation (en particulier lorsqu'elles sont mises en œuvre dans la sphère privée, par exemple par l'intermédiaire d'agents d'exécution des décisions judiciaires, de notaires, d'autres juristes, de commissaires-priseurs et autres experts) seront des aspects cruciaux pour le succès de la réforme.

14. Eu égard à l'importance de la réalisation et aux difficultés inhérentes à l'adoption d'une approche prescriptive générale lorsque tant de facteurs extérieurs doivent être pris en compte, il est essentiel d'exprimer les objectifs du système en termes de chronologie et d'efficacité. À cet égard, il importe de tenir compte de ce que l'on peut raisonnablement espérer réaliser dans un pays et d'éviter d'imposer des solutions qui peuvent s'avérer efficaces dans certains pays mais non dans d'autres, en raison de différences concernant le droit procédural et le cadre institutionnel.

15. Il est fréquent que deux points de vue diamétralement opposés soient exprimés lorsque l'on aborde la question de la participation des tribunaux à la réalisation. La démarche qui consiste à reconnaître aux parties une grande latitude pour résoudre les problèmes elles-mêmes et à conférer aux tribunaux un rôle subsidiaire présente beaucoup d'avantages, mais il est fréquent qu'elle se heurte à des traditions solidement ancrées et à des idées bien arrêtées concernant le rôle des tribunaux. Dans de nombreux pays, l'intervention d'un tribunal est généralement la norme. Lorsque le fonctionnement du système judiciaire laisse à désirer, un processus de réalisation inefficace dominé par les tribunaux peut être considéré comme un moindre mal par rapport à la réalisation extrajudiciaire, dans la mesure où les tribunaux ne sont pas en mesure d'assurer une protection appropriée contre des actes abusifs ou illicites commis par le créancier. Pour parvenir à des solutions satisfaisantes dans la pratique, il faut souvent étudier de façon raisonnée les différentes méthodes de réalisation, les incidences économiques potentielles de chaque méthode (et les effets de ces dernières sur la façon dont les sûretés sont considérées) et les différents moyens qui permettent d'assurer un juste équilibre entre les intérêts légitimes du débiteur et du créancier.