



Assemblée générale

Distr.: Limitée
5 novembre 2002*

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail VI (Sûretés)

Deuxième session

Vienne, 17-20 décembre 2002

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Rapport du Secrétaire général

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-75	1
IV. Constitution	1-75	2
A. Remarques générales	1-70	2
1. Introduction	1-3	2
2. Éléments fondamentaux d'une sûreté	4-47	2
a. Obligations à garantir	4-15	2
b. Biens à grever	16-35	5
c. Produit	36-47	9
3. Convention constitutive de sûreté	48-60	11
a. Définition et fonctions	48-50	11
b. Parties	51	12
c. Contenu minimum	52-53	12
d. Formalités	54-58	12
e. Effets	59-60	13
4. Dispositions relatives à la propriété	61-70	13
a. Droit de propriété ou droit de disposition	61-65	13
b. Transfert de possession, contrôle, notification et publicité	66-70	14
B. Résumé et recommandations	71-75	15

* Le présent document est soumis quatre semaines après la date limite, fixée à 10 semaines avant le début de la session, car il a fallu achever les consultations et modifier le texte en conséquence.



IV. Constitution

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Le présent chapitre traite des questions relatives aux fondements contractuels de la constitution d'une sûreté (les sûretés légales ou judiciaires ne sont mentionnées que dans le contexte des conflits de priorité; voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, par. 33 à 39). La convention des parties ne suffisant généralement pas en soi pour créer une sûreté, il examine également les autres conditions nécessaires touchant le droit de propriété, telles que le transfert de possession, la notification, la publicité ou le contrôle. Avant d'aborder la convention constitutive de sûreté (voir sect. A.3) et les autres conditions requises pour la création d'une sûreté effective (voir sect. A.4), le présent Guide décrit les deux éléments fondamentaux d'une sûreté, à savoir les obligations à garantir (voir sect. A.2.a) et les biens à grever (voir sect. A.2.b).

2. Le moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou de l'accomplissement d'un acte supplémentaire est important pour le classement des sûretés grevant le même bien (pour les conditions et effets du classement, voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7). Contrairement au droit de propriété qui, en principe, ne permet pas le classement de plusieurs propriétaires, différentes sûretés portant sur un même bien peuvent être classées et donc coexister. Cette coexistence permet au débiteur ou à un autre constituant d'utiliser pleinement la valeur économique du bien.

3. Même si une sûreté a été valablement constituée, il se peut qu'elle ne remplisse pas sa fonction la plus importante, à savoir conférer au créancier garanti un droit de préférence en cas d'insolvabilité du débiteur, par exemple lorsqu'elle a été constituée en violation des dispositions de la législation sur l'insolvabilité interdisant les transferts préférentiels pendant la période suspecte précédant l'ouverture d'une procédure collective ou en contravention des lois applicables en matière de transferts frauduleux (pour les détails, voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5).

2. Éléments fondamentaux d'une sûreté

a. Obligations à garantir

i. Lien entre la sûreté et l'obligation garantie

4. La sûreté est un élément accessoire ou dépendant de l'obligation garantie. De ce fait, la validité et les clauses de la convention constitutive de sûreté dépendent de la validité et des clauses de l'accord donnant naissance à l'obligation garantie. En particulier, les conditions de la sûreté (par exemple, le montant de la créance garantie) ne peuvent excéder celles de l'obligation garantie (mais peuvent être réduites par convention des parties). Pour tenir compte des pratiques de financement modernes (par exemple, des mécanismes de crédit renouvelable), il n'est pas nécessaire de décrire précisément l'obligation garantie, laquelle peut être une obligation future ou fluctuante (voir par. 9 à 15). Dans les pays où la réserve de propriété n'est pas assimilée à une sûreté, le principe d'"accessoirité" ne s'applique pas aux sûretés reposant sur la propriété (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, par. 29 à 42). Dans ce cas, le créancier est avantagé puisqu'il n'a pas à prouver le montant de l'obligation garantie qui lui est

dû pour recouvrer sa créance. Toutefois, le débiteur peut lui demander de rembourser le trop-perçu.

ii. Restrictions

5. Dans certains pays, les sûretés sans dépossession ne peuvent concerner que certains types d'obligations énoncées dans la législation (par exemple, les prêts pour l'achat d'automobiles ou les prêts aux agriculteurs). Dans d'autres pays dotés d'un régime général applicable seulement aux sûretés avec dépossession ou bien aussi aux sûretés sans dépossession, de telles restrictions n'existent pas. Un tel régime peut permettre d'étendre les principaux avantages d'un financement garanti (à savoir une offre plus importante de crédit à un moindre coût) aux parties à une vaste gamme d'opérations. Dans la mesure où il ne prévoit pas de limites ou de distinctions quant aux obligations garanties, il peut également offrir plus de sécurité.

6. Dans un souci de cohérence et de sécurité, et pour assurer le même traitement à l'ensemble des débiteurs et des créanciers garantis, il faudrait éviter, si possible, de soumettre différents types d'obligations à des régimes spéciaux. Lorsque de tels régimes sont nécessaires pour des raisons socioéconomiques particulières, ils devraient être expressément établis par les législateurs nationaux et ne devraient pas viser un grand nombre d'obligations. Peut faire l'objet d'un régime spécial, par exemple, l'obligation de paiement du prix d'achat garantie par une réserve de propriété, qui bénéficie généralement d'un droit de préférence en raison de l'importance que le crédit fournisseur ou d'autres formes de crédit pour le financement du prix d'achat revêtent pour l'économie (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, par. 36, et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, par. 12).

iii. Diversité des obligations

a) Obligations monétaires et obligations non monétaires

7. À l'instar de la plupart des lois nationales, le régime envisagé dans le présent Guide part du principe que, dans la pratique, les obligations monétaires constituent la catégorie la plus importante d'obligations garanties. Le Guide tient également compte de la nécessité, largement reconnue, d'autoriser les sûretés garantissant l'exécution d'obligations non monétaires (par exemple, la livraison de biens meubles corporels). Toutefois, pour que de telles sûretés soient réalisables sur le bien grevé, les obligations non monétaires devraient être convertibles en obligations monétaires au moment de la réalisation.

b) Types d'obligations monétaires

8. Il n'est ni possible ni nécessaire de dresser, dans la législation, une liste des sources potentielles d'obligations monétaires pouvant être garanties. Celles-ci sont très diverses et, en tout état de cause, la source juridique importe peu, sauf si les sûretés garantissant l'exécution de certains types d'obligations sont soumises à un régime spécial (s'agissant, par exemple, des prêts consentis par des prêteurs sur gage). Une liste indicative comprendrait généralement les obligations découlant de prêts et de l'achat à crédit de biens meubles corporels, y compris de stocks et de matériel.

c) Obligations futures

9. Les systèmes juridiques peuvent définir de différentes manières les obligations “futures”, par opposition aux obligations “présentes”. Dans certains systèmes, une obligation est future si elle n’est pas encore exigible. Dans d’autres, elle est future si le contrat dont elle peut découler n’a pas encore été conclu au moment où elle est transférée ou garantie (voir art. 5 b) de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, dénommée ci-après la “Convention des Nations Unies sur la cession”). La première approche a pour but d’accroître la sécurité et de mieux protéger le débiteur, tandis que la seconde vise à valider ces opérations portant sur des obligations futures, dans l’intérêt de l’économie tout entière pour laquelle de telles opérations revêtent une grande importance (par exemple les opérations de crédit renouvelable; voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 21 à 23). Si chaque octroi ou augmentation de crédit devait donner lieu à une modification de la sûreté correspondante, voire à la constitution d’une nouvelle sûreté, le crédit risquerait de devenir moins accessible et plus cher.

10. C’est pourquoi les systèmes juridiques modernes reconnaissent les sûretés portant sur des obligations futures. L’incompatibilité potentielle avec le principe d’“accessoirité” de la sûreté (voir par. 4) est plus apparente que réelle puisque, même si la sûreté est constituée antérieurement, elle ne peut être réalisée avant la naissance effective de l’obligation garantie. Certains systèmes juridiques protègent les débiteurs du surendettement en limitant le montant pour lequel des obligations futures peuvent être garanties. Cette solution risque toutefois d’avoir un inconvénient en ce que le débiteur ne pourra peut-être pas bénéficier de certaines opérations, telles que l’octroi d’un crédit renouvelable (voir également par. 13).

11. Les obligations qui sont soumises à une condition résolutoire sont des obligations présentes et ne posent donc aucun problème particulier. Celles qui sont soumises à une condition suspensive sont normalement traitées comme des obligations futures (voir par. 9 et 10).

iv. Description

a) Généralités

12. Une description précise de chacune des obligations garanties est généralement inutile. Toutefois, ces obligations doivent être déterminées ou déterminables sur la base de la convention constitutive de sûreté chaque fois que cela est nécessaire, par exemple, en cas de réalisation par le créancier garanti ou de saisie-vente par un autre créancier du débiteur.

b) Montant maximum

13. Dans certains systèmes juridiques, les parties doivent décrire précisément l’obligation garantie dans leur convention ou lui fixer un plafond, ce qui est censé être dans l’intérêt du débiteur, lequel serait ainsi protégé contre le surendettement et aurait la possibilité d’obtenir de nouveaux crédits auprès d’une autre partie. Cette obligation peut toutefois avoir pour effet involontaire de limiter le montant du crédit disponible et, partant, d’en augmenter le coût. C’est la principale raison pour laquelle de nombreux systèmes juridiques n’exigent pas de description précise et autorisent des clauses faisant mention de “toutes sommes” ou, du moins, ne fixent aucun plafond pour les obligations garanties (voir également par. 10 et 14). Cette approche repose sur

l'idée que le créancier garanti ne peut réclamer plus que ce qui lui est dû et que, si l'obligation est totalement garantie, le débiteur bénéficiera probablement de conditions de crédit plus avantageuses (voir également A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, par. 35 à 37, et A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, par. 11 et 12).

c) Montants fluctuants

14. Comme il a déjà été indiqué (voir par. 9 et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 21 à 23), les opérations de financement modernes ne supposent généralement plus un paiement unique mais prévoient fréquemment le versement d'avances à différents moments, en fonction des besoins du débiteur. Ce type de financement peut se faire au moyen d'un compte courant dont le solde fluctue quotidiennement. Si le montant de l'obligation garantie devait se trouver réduit par chaque versement effectué (conformément au principe d'"accessoirité" de la sûreté), les prêteurs seraient découragés de faire d'autres avances sauf à recevoir une sûreté supplémentaire. La législation devrait donc valider les sûretés garantissant les avances futures.

d) Montants libellés en devises étrangères

15. Le montant de l'obligation garantie peut être exprimé dans n'importe quelle monnaie. La conversion dans la monnaie du lieu du paiement, de la saisie-vente ou de l'insolvabilité peut parfois poser des problèmes. On peut laisser aux parties le soin de régler cette question dans leur convention. Toutefois, dans un souci de sécurité, une législation sur les opérations garanties devrait prévoir qu'en l'absence de convention, le montant de l'obligation garantie devrait être converti dans la monnaie locale.

b. Biens à grever

i. Objet de la sûreté

16. La sûreté porte sur le droit de propriété du débiteur ou (lorsqu'elle est fournie par un tiers) du constituant, sur le bien grevé (y compris les biens futurs; voir par. 61). Lorsqu'une créance de somme d'argent est affectée en garantie, c'est le droit de propriété du constituant sur cette créance qui est grevé. On peut toutefois aussi grever des démembrements du droit de propriété, tels qu'un droit d'usage ou un bail. Dans ce cas, les droits du créancier garanti sont aussi limités que les droits ainsi grevés et sont subordonnés à tout droit supérieur du propriétaire.

ii. Restrictions

17. Comme dans le cas des régimes spéciaux applicables à certains types d'obligations garanties (voir par. 5), des lois spéciales régissant des types particuliers de sûretés sans dépossession restreignent les catégories de biens susceptibles d'être affectés en garantie. Les biens qui ne peuvent pas être grevés du tout ou qui peuvent l'être uniquement dans certaines limites (par exemple, au-delà d'un montant minimum) sont, par exemple, les salaires, les retraites et les biens d'équipement ménager essentiels (sauf s'ils servent à garantir le paiement de leur prix d'achat).

18. En l'absence de motif d'ordre public justifiant de tels régimes, il devrait être possible de constituer une sûreté sur tous les types de biens, corporels ou incorporels, tels que des créances de sommes d'argent et d'autres droits, y compris les contre-créances des débiteurs sur les créanciers garantis.

iii. Biens futurs

19. Il est très important, pour la pratique, de savoir si des biens futurs peuvent être grevés. L'adjectif "futur" qualifie non seulement des biens qui existent déjà au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté mais qui n'appartiennent pas au débiteur (ou dont le débiteur ne peut disposer), mais aussi des biens qui n'existent même pas à ce moment-là. On part du principe que ces deux catégories de biens peuvent être grevées.

20. Dans de nombreux pays, les parties peuvent convenir de constituer une sûreté sur un bien futur du débiteur, en vertu d'un accord présent mais qui ne produira ses effets que lorsque le débiteur deviendra propriétaire du bien ou acquerra d'une autre manière la faculté d'en disposer. La Convention des Nations Unies sur la cession adopte cette approche (voir art. 8-2 et art. 2 a)).

21. Il est important d'autoriser l'affectation de biens futurs en garantie d'un crédit, en particulier l'utilisation d'un ensemble renouvelable de biens pour garantir le paiement de créances nées d'opérations de crédit permanent (voir par. 9 et 10). Les biens généralement concernés sont les stocks, qui par nature doivent être vendus et remplacés, et les créances de sommes d'argent, qui après recouvrement sont remplacées par d'autres. Le principal avantage de cette approche est qu'elle permet de viser, dans une seule convention constitutive de sûreté, un ensemble fluctuant de biens correspondant à l'énoncé qui y figure. Si tel n'était pas le cas, il faudrait sans cesse créer de nouvelles sûretés, ce qui risquerait d'augmenter le coût de l'opération.

22. Dans certains pays, les biens futurs ne peuvent être affectés en garantie, en partie à cause de considérations techniques relevant du droit des biens (ce qui n'existe pas ne peut être transféré ou grevé). Une autre raison est la crainte que la faculté, pour le débiteur, de disposer de biens futurs d'une manière générale ne le conduise involontairement à se surendetter en se rendant excessivement dépendant d'un seul créancier, et ne l'empêche d'obtenir des crédits garantis supplémentaires auprès d'autres sources (voir par. 26). On peut enfin craindre que les chances, pour les créanciers chirographaires du débiteur, d'être désintéressés ne se trouvent considérablement réduites.

23. Les considérations techniques relevant du droit des biens ne devraient pas être invoquées à l'encontre de la nécessité pratique d'affecter des biens futurs en garantie pour l'obtention de crédits. En outre, les commerçants débiteurs peuvent sauvegarder leurs propres intérêts sans être nécessairement soumis à des dispositions légales restreignant la transférabilité des biens futurs. De plus, les créanciers chirographaires pourraient être protégés par des règles de priorité appropriées prévoyant, par exemple, en cas de conflit de priorité entre un créancier titulaire d'une sûreté sur l'ensemble des biens du débiteur et des créanciers chirographaires, la possibilité d'affecter une partie de ces biens au désintéressement de ces derniers (voir par. 26 et 32, et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, par. 26 à 28).

iv. Biens ne faisant pas l'objet d'une désignation précise

24. Certains types de biens, en particulier le matériel, sont stables et ne sont pas susceptibles d'être fréquemment cédés et remplacés. Ils peuvent donc être désignés et identifiés individuellement. Tel n'est pas le cas pour d'autres types de biens, en particulier les stocks et, dans une certaine mesure, les créances de sommes d'argent. Pour résoudre ce problème, de nombreux pays ont élaboré des règles permettant aux

parties de décrire simplement en termes généraux les biens à grever. La désignation précise, généralement requise, est transposée des éléments individuels à un ensemble, qui doit alors faire lui-même l'objet d'une telle désignation. Ainsi, dans le cas de créances de sommes d'argent, il peut suffire d'indiquer qu'elles se rapportent à "tous les débiteurs dont le nom commence par les lettres A à G". Dans le cas de stocks, il peut suffire de parler de "tous les biens entreposés dans la pièce A des locaux commerciaux du débiteur".

25. Dans certains systèmes juridiques, une désignation, visant tous les biens, présents et futurs peut même suffire (par exemple, "tous mes biens, présents et à acquérir"). Dans certains d'entre eux, ce type de sûreté portant sur l'ensemble des biens n'est pas autorisé pour les consommateurs, ni même pour de petits commerçants.

26. À la question de la sûreté portant sur l'ensemble des biens, se rattache celle, pourtant distincte, de la constitution d'une sûreté trop importante, lorsque la valeur de la sûreté dépasse considérablement le montant de l'obligation garantie. Même si le créancier garanti ne peut réclamer plus que sa créance garantie majorée des intérêts et des frais (et éventuellement de dommages-intérêts), la constitution d'une sûreté excessive risque de poser des problèmes. Les biens du débiteur peuvent être grevés au point qu'il lui sera difficile, voire impossible, d'accorder une sûreté de deuxième rang à un autre créancier. En outre, la saisie-vente par les créanciers chirographaires du débiteur pourrait être, sinon impossible, du moins plus difficile. Les sûretés reposant sur la réserve de propriété posent le même problème. Les tribunaux de certains pays ont adopté une solution qui consiste à déclarer nulle toute sûreté excessive ou à autoriser le débiteur à en demander la mainlevée (voir par. 23 et 32 ainsi que A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, par. 26 à 28). Cette solution pourrait être efficace dans la pratique, sous réserve qu'une marge commercialement suffisante soit accordée au créancier garanti.

v. Nantissement de fonds de commerce et charges flottantes

27. Dans certains pays, la sûreté portant sur tous les biens prend la forme d'un nantissement de fonds de commerce ou de charges flottantes. Un type de nantissement est essentiellement limité aux éléments incorporels tels que le nom commercial, la clientèle ou les droits de propriété intellectuelle (voir art. 69 de l'Acte uniforme de l'OHADA). Étant donné sa portée limitée, son importance est elle aussi limitée.

28. En revanche, le nantissement de l'ensemble du fonds de commerce à titre de sûreté joue un rôle de première importance dans certains pays. Il peut porter sur l'ensemble des biens meubles, corporels ou incorporels, bien qu'il puisse être limité aux parties individualisables du fonds. En règle générale, il ne porte pas sur les biens immeubles, lesquels font l'objet d'un régime distinct (pour les immeubles par destination, voir par. 34 et 35).

29. L'aspect le plus important du nantissement de fonds de commerce est que l'entreprise débitrice a la faculté de disposer de ses biens grevés dans le cours normal de ses activités et que la sûreté s'applique automatiquement au produit de la cession de ces biens. Dans la plupart des systèmes juridiques, la faculté de disposer de biens grevés est admise et ne porte pas atteinte à la sûreté. Dans d'autres cependant, la cession par le débiteur de biens grevés, même autorisée par le créancier, est considérée comme inconciliable avec la notion de sûreté. Dans certains de ces systèmes juridiques, les tribunaux ont inventé la notion de charge "flottante", qui vise simplement un droit

de propriété potentiel, l'entreprise débitrice étant autorisée à disposer des biens dans le cours normal de ses activités. Les cessions sont interdites dès lors que le débiteur est défaillant, la charge flottante se "cristallisant alors" pour devenir une charge "fixe" à part entière.

30. Le nantissement de l'ensemble du fonds de commerce présente notamment l'avantage de permettre la désignation d'un administrateur de l'entreprise en cas de réalisation par le créancier garanti et de saisie-vente par un autre créancier. La nomination d'un administrateur peut contribuer à éviter la liquidation et à faciliter le redressement de l'entreprise, ce qui a des effets bénéfiques pour les créanciers, le personnel et l'économie en général. En pratique, cependant, les administrateurs nommés par le créancier garanti risquent de favoriser celui-ci. Ce problème peut être en partie atténué si l'administrateur est désigné par un tribunal ou une autre autorité.

31. Dans la pratique, cependant, le nantissement de l'ensemble du fonds de commerce présente d'autres inconvénients. Ainsi, en général, le créancier garanti est ou devient le principal, voire le seul fournisseur de crédit de l'entreprise, ce qui n'est pas en principe souhaitable, même si la concurrence d'un autre fournisseur de crédit offrant des conditions plus avantageuses n'est pas nécessairement exclue. Un autre inconvénient est que, souvent, le bénéficiaire du nantissement ne surveille pas suffisamment les activités de l'entreprise et ne contribue donc pas activement à la procédure de redressement de l'entreprise, puisqu'il est pleinement garanti.

32. Pour rééquilibrer la situation lorsque le créancier nanti a une position trop dominante, l'entreprise débitrice peut être autorisée à demander la mainlevée d'une sûreté manifestement excessive (voir par. 26). On peut également, à l'exemple de certains pays, envisager d'attribuer au créancier nanti un rang de priorité moins élevé en cas d'insolvabilité de l'entreprise (voir par. 23 et 26 ainsi que A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, par. 26 à 28).

33. Dans un système moderne d'opérations garanties, qui autorise la constitution de sûretés sur tous les biens d'un débiteur commercial (qu'il s'agisse d'une société ou d'un particulier), il n'est pas indispensable de conserver les concepts ou les termes particuliers de "nantissement de fonds de commerce" ou de "charge flottante". Ce qui importe, c'est de préserver les caractéristiques fonctionnelles de ces dispositifs. En d'autres termes, une sûreté sans dépossession pourrait être constituée sur tous les biens d'un débiteur et celui-ci pourrait avoir le droit de disposer des biens grevés dans le cours normal des activités de son entreprise.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, en cas d'exécution d'une sûreté constituée sur tous les biens d'un débiteur, un administrateur pourrait être nommé par un tribunal ou par une autre autorité.]

vi. Immeubles par destination

34. Les immeubles par destination sont des biens mobiliers, en particulier du matériel, attachés à des biens immeubles, ce qui soulève la question de savoir si les immeubles par destination continuent de relever du régime juridique des biens meubles (auquel cas les sûretés constituées sur ces biens sont préservées) ou s'ils entrent dans le régime juridique des biens immeubles (auquel cas les sûretés constituées sur ces biens se trouvent éteintes). Dans de nombreux pays, les immeubles par destination ou les accessoires qui ne peuvent être aisément séparés du bien

immeuble relèvent du régime juridique des biens immeubles et toutes les sûretés constituées antérieurement sur ces immeubles par destination ou ces accessoires peuvent s'éteindre (le point de savoir si les détenteurs de ces sûretés ont droit à une indemnisation est une autre question). Des critères tels que la difficulté technique ou le coût (par rapport à la valeur de l'immeuble par destination) permettent de déterminer si un immeuble par destination est ou non aisément séparable.

35. Dans ces pays, les immeubles par destination qui peuvent être aisément séparés des biens immeubles auxquels ils sont attachés ne sont pas grevés des sûretés constituées sur ces biens si le propriétaire des immeubles par destination et celui des biens immeubles ne sont pas la même personne. Cette règle s'applique à un fournisseur bénéficiaire d'une réserve de propriété sur des immeubles par destination (en général du matériel) et devrait s'appliquer aux autres créanciers garantis qui fournissent des fonds pour l'achat des biens grevés ("créanciers garantis qui financent le prix d'achat"), faute de quoi les sûretés dont bénéficient ces créanciers garantis seraient éteintes et le propriétaire ou le créancier hypothécaire des biens immeubles s'enrichiraient de manière injustifiée. Une telle approche ne contrarierait pas les attentes légitimes des tiers si les arrangements comportant une réserve de propriété sur ces immeubles par destination pouvaient être inscrits au registre foncier, ce qui est déjà possible dans de nombreux pays.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être étendre aux bénéficiaires de sûretés garantissant le financement du prix d'achat d'immeubles par destination le droit de faire inscrire au registre foncier les sûretés constituées sur de tels biens. Cette approche permettrait d'empêcher tant "l'extinction" des sûretés du créancier sur des immeubles par destination que l'enrichissement injustifié du créancier hypothécaire du bien immeuble.]

c. Produit

i. Introduction

36. Lorsqu'il cède des biens grevés (ou qu'il les loue ou en autorise l'exploitation sous licence) au cours de la période pendant laquelle la dette qu'ils garantissent reste due, le débiteur reçoit généralement, en échange, des espèces, des biens corporels (par exemple des marchandises ou des instruments négociables) ou encore des biens incorporels (par exemple des créances de sommes d'argent ou d'autres droits), lesquels sont considérés dans de nombreux systèmes juridiques comme le "produit" des biens grevés en question. Dans certains cas, les biens initialement grevés peuvent générer un produit qui, lorsque le débiteur le vend, l'échange ou en dispose autrement en contrepartie d'un autre bien, génère à son tour un autre produit appelé alors "produit du produit".

37. Dans d'autres cas, le bien grevé peut générer d'autres biens pour le débiteur même en l'absence de toute opération. On parle alors, dans certains systèmes juridiques, de "fruits civils" ou "naturels". Il peut s'agir, par exemple, d'intérêts ou de dividendes sur des actifs financiers, du produit d'une assurance, d'animaux nouveaux et de fruits ou de récoltes.

38. Certains systèmes juridiques distinguent clairement les fruits civils ou naturels du produit et les soumettent à des règles différentes. On justifie souvent cette approche par la difficulté d'identifier le produit et par la nécessité de protéger les droits des tiers sur ce dernier. D'autres systèmes juridiques ne font pas cette distinction entre fruits et

produit et leur appliquent les mêmes règles. Les motifs invoqués dans ce cas sont notamment la difficulté d'établir une telle distinction et le fait que tant les fruits civils ou naturels que le produit proviennent des biens grevés, se substituent à eux ou peuvent en modifier la valeur.

39. Un système juridique régissant les sûretés doit, s'agissant du produit et des fruits civils ou naturels (désignés ci-après sous le terme commun de "produit", sauf indication contraire), envisager deux questions distinctes. La première est de savoir si le créancier garanti conserve la sûreté dans le cas où le débiteur transfère le bien grevé à un tiers dans le cadre de l'opération générant le produit (pour un examen de cette question, voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, par. 26 à 32).

40. La seconde concerne les droits du créancier sur le produit. Un système juridique régissant les sûretés devrait clarifier un certain nombre de points (voir par. 41 à 47).

ii. Existence de droits sur le produit

41. Il paraît justifié que le créancier garanti bénéficie d'un droit sur le produit, faute de quoi ses droits sur les biens grevés pourraient être anéantis ou réduits en cas de disposition desdits biens. Si la sûreté devait s'éteindre après le transfert des biens grevés à un tiers, elle ne protégerait pas suffisamment le créancier garanti contre la défaillance du débiteur et, partant, perdrait de son utilité en tant que moyen d'obtention d'un financement. Ce résultat, qui aurait un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût de celui-ci, serait identique même si la sûreté devait survivre à la disposition des biens initialement grevés. Cela tient au fait qu'un transfert des biens grevés risque de rendre plus difficile leur localisation et leur prise de possession, d'accroître le coût de réalisation et de réduire leur valeur.

iii. Circonstances dans lesquelles peuvent naître des droits sur le produit

42. Un droit sur le produit naît généralement lorsque le débiteur cède les biens grevés (ou qu'il les loue ou en autorise l'exploitation sous licence). Dans les systèmes qui considèrent les fruits civils ou naturels comme un produit, un droit sur celui-ci peut naître même si les biens grevés ne font l'objet d'aucune opération (dans le cas, par exemple, de dividendes provenant d'actions).

iv. Droit personnel ou droit de propriété sur le produit

43. Si le créancier garanti bénéficie d'un droit de propriété sur le produit, il ne subira pas de perte en raison d'une opération ou d'un autre événement, puisqu'un tel droit est opposable aux tiers. D'un autre côté, l'octroi au créancier garanti d'un droit de propriété sur le produit pourrait contrarier les attentes légitimes de parties ayant obtenu une sûreté sur ce produit en tant que bien initialement grevé. Cette question peut toutefois être plus facilement réglée dans les systèmes juridiques où les sûretés sont soumises à inscription. En effet, les prêteurs potentiels sont avertis de l'existence éventuelle d'une sûreté sur les biens de l'emprunteur potentiel (y compris sur le produit desdits biens) et peuvent prendre les mesures nécessaires pour identifier et localiser le produit.

v. Portée et moment de l'identification du produit

44. *[Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quelle mesure et à quel moment le produit doit être identifiable comme provenant des biens grevés.]*

vi. Localisation d'un produit confondu avec d'autres biens

45. [Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de la localisation d'un produit qui a été confondu avec d'autres biens.]

vii. Fondement des droits sur le produit

46. Dans certains systèmes juridiques, la loi prévoit des règles supplétives, applicables en l'absence de stipulation conventionnelle contraire, qui étendent la sûreté au produit des biens grevés et au produit du produit. Dans d'autres, un tel droit légal sur le produit n'existe pas (pour les raisons mentionnées au paragraphe 43), mais les parties peuvent constituer une sûreté sur tous types de biens: il leur est loisible, par exemple, de convenir de la création d'une sûreté sur des stocks, des créances, de sommes d'argent, des instruments négociables, des valeurs mobilières et des espèces, lesquels constituent de ce fait des biens initialement grevés et non un produit. Dans certains de ces systèmes, les parties peuvent étendre, par convention, certaines quasi-sûretés (par exemple une réserve de propriété) au produit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, par. 34 à 42, et A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, par. 51 à 59).

viii. Produit du produit

47. Si un droit est conféré sur le produit de biens grevés, il devrait l'être aussi sur le produit de ce produit. Si le créancier garanti perdait son droit sur le produit après la transformation de ce dernier, il serait exposé aux mêmes risques de crédit que s'il ne jouissait d'aucun droit sur le produit (voir par. 41).

3. Convention constitutive de sûreté**a. Définition et fonctions**

48. La convention instituant la sûreté conclue entre le créancier et le débiteur ou, lorsque la sûreté est fournie par un tiers, le constituant est l'un des éléments constitutifs de la sûreté. Un acte supplémentaire est exigé dans la plupart des pays mais pas tous (voir sect. A.4). Dans certains cas, la convention, accompagnée d'un acte supplémentaire, produit des effets, pour ce qui est de la propriété, à l'égard de toutes les parties (*erga omnes*). Les quasi-sûretés, telles que les clauses de réserve de propriété, produisent dans ce cas leurs effets *erga omnes* pour ce qui est de la propriété à compter de la date de conclusion de la convention, qui peut même être orale. Dans d'autres pays, la convention constitutive de sûreté ne produit d'effets, pour ce qui est de la propriété, qu'entre les parties (*inter partes*), l'opposabilité aux tiers étant subordonnée à un acte supplémentaire.

49. Il convient de distinguer la convention constitutive de sûreté d'une promesse de sûreté (par exemple, si un crédit est consenti au débiteur). Cette promesse crée une obligation de constituer une sûreté mais n'a pas de conséquences pour ce qui est de la propriété.

50. La convention constitutive de sûreté remplit plusieurs fonctions. Tout d'abord, dans les pays de droit romano-germanique, elle constitue le fondement juridique (*causa*) de l'octroi de la sûreté au créancier. Ensuite, elle établit le lien entre la sûreté et la créance garantie. Enfin, elle régleme généralement la relation entre le

débiteur (ou un tiers) en tant que constituant de la sûreté sur les biens grevés et le créancier garanti (pour les droits avant défaillance, voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8; pour les droits après défaillance, voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). Si elle peut revêtir la forme d'un accord séparé, la convention constitutive de sûreté est souvent contenue dans le contrat de financement sous-jacent ou autre contrat similaire (par exemple un contrat de vente de marchandises à crédit) conclu entre le débiteur et le créancier.

b. Parties

51. Dans la plupart des cas, la convention constitutive de sûreté est conclue entre le débiteur en tant que constituant et le créancier en tant que partie garantie. Lorsqu'un tiers accorde la sûreté pour le compte du débiteur, c'est lui qui devient partie à la convention à la place de ce dernier. Dans le cas de prêts importants consentis par plusieurs créanciers (en particulier dans le cas de prêts consortiaux), un tiers, agissant en qualité de mandataire ou de fiduciaire des créanciers, peut détenir des sûretés. Aucune de ces différentes possibilités n'a d'incidences sur le fond de la convention constitutive de sûreté.

c. Contenu minimum

52. La convention constitutive de sûreté devrait identifier les parties et décrire raisonnablement l'obligation devant être garantie par les biens grevés. Que la législation mentionne ou non expressément ces éléments d'information comme constituant le contenu minimum d'une convention constitutive de sûreté, leur omission dans la convention risque d'entraîner la nullité de la sûreté, sauf s'ils peuvent être établis par d'autres moyens.

53. Les parties peuvent préciser, dans la convention, d'autres points, tels que l'obligation de diligence incombant à la partie en possession du bien grevé. Dans le silence de la convention, des règles supplétives peuvent s'appliquer pour clarifier la relation entre les parties (pour les questions relatives aux droits et obligations des parties se posant avant la défaillance, voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8; pour les questions se posant après la défaillance, voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5).

d. Formalités

i. Forme écrite et autres conditions requises

54. Les conditions de forme requises et leur fonction varient d'un système juridique à l'autre. En ce qui concerne tout particulièrement la forme écrite, certains systèmes juridiques n'exigent aucun écrit, tandis que d'autres exigent un écrit simple, un écrit signé voire un acte notarié, judiciaire ou autre équivalent (comme dans le cas du nantissement d'un fonds de commerce). En règle générale, l'écrit a pour fonction d'avertir les parties des conséquences juridiques de la convention constitutive conclue par elles, de prouver l'existence de cette dernière et de protéger les tiers contre son antedatage frauduleux.

55. La forme écrite peut également être exigée comme condition de validité (ou d'efficacité pour ce qui est de la propriété) entre les parties, comme condition d'opposabilité aux tiers ou encore pour l'obtention d'un droit de préférence sur d'autres réclameurs concurrents. Elle peut également constituer une condition pour

obtenir la possession des biens grevés ou pour invoquer une convention constitutive de sûreté en cas de réalisation, de saisie-vente ou d'insolvabilité.

56. Dans certains systèmes juridiques, la certification de la date par une autorité publique est requise pour les gages avec dépossession, sauf pour les prêts de petites sommes, où la preuve même testimoniale est admise. Si une telle certification est un moyen de prévenir l'antidatage frauduleux, elle risque par contre d'accroître la durée et le coût des opérations.

57. Dans d'autres systèmes juridiques, une date certifiée ou l'authentification de la convention constitutive de sûreté est requise pour divers types de sûretés sans dépossession (voir, par exemple, les articles 65, 70, 94 et 101 de l'Acte de l'OHADA). Dans au moins un pays, cette certification est exigée en lieu et place de la publicité par inscription. Toutefois, lorsque l'inscription est nécessaire, il se peut que l'on n'exige pas, en outre, la certification de la date de la convention.

58. Pour des considérations de temps et de coût, les conditions de forme obligatoires doivent être limitées au minimum. La forme écrite ne semble pas indispensable pour que la convention soit valable (ou produise ses effets pour ce qui est du droit de propriété) entre les parties. En revanche, s'agissant des tiers, une convention écrite peut servir à des fins de preuve et pour empêcher l'antidatage frauduleux, du moins en ce qui concerne les sûretés sans dépossession. Un écrit simple (que les parties ne devraient pas nécessairement signer et qui supposerait également l'utilisation des moyens de communication modernes) devrait suffire. Pour le nantissement d'un fonds de commerce ou dans les cas où la convention constitutive de sûreté suffit pour la saisie-vente (voir par. 55), un document plus formel peut être nécessaire, mais il se peut également qu'aucun écrit ne soit exigé, auquel cas il incombera au créancier garanti d'établir le contenu et la date de la convention.

e. Effets

59. Dans certains pays, où seuls des droits réels peuvent être opposés à l'ensemble des parties (*erga omnes*), une sûreté ne prend pleinement effet qu'après conclusion de la convention constitutive et accomplissement d'une formalité supplémentaire (remise de la possession, notification, inscription ou contrôle; voir par. 61 à 70). Il existe deux exceptions. D'une part, dans certains pays, une clause de réserve de propriété produit effet à l'égard des tiers dès la conclusion du contrat de vente dans laquelle elle figure. D'autre part, dans plusieurs pays, une cession de créances de sommes d'argent à titre de garantie produit tous ses effets même sans notification au débiteur.

60. D'autres pays font une distinction entre les effets *inter partes* et les effets à l'égard des tiers pour ce qui est du droit de propriété. Dans ce cas, la sûreté produit ses effets dès la conclusion de la convention constitutive (par écrit) mais uniquement entre les parties contractantes (*inter partes*). Un acte supplémentaire est requis pour qu'elle devienne opposable aux tiers (voir par. 61 à 70).

4. Dispositions relatives à la propriété

a. Droit de propriété ou droit de disposition

61. Dans la plupart des systèmes juridiques, le constituant de la sûreté (normalement le débiteur, mais il peut aussi s'agir d'un tiers) doit être propriétaire des biens à grever (voir par. 16). Dans d'autres systèmes juridiques, il suffit qu'il ait la faculté d'en disposer (sans en être propriétaire). Pour les biens futurs, il suffit que le constituant en

devienne propriétaire ou obtienne la faculté d'en disposer à une date future (voir par. 19 à 23).

62. Lorsque le constituant n'est pas propriétaire des biens ou n'a pas la faculté d'en disposer, la question se pose de savoir si le créancier garanti peut néanmoins acquérir la sûreté de bonne foi. Certains systèmes juridiques admettent cette possibilité si la bonne foi subjective est étayée par des indices objectifs de propriété, notamment le fait que le créancier a consenti ou est sur le point de consentir un crédit au débiteur, ou que le constituant est inscrit comme propriétaire des biens à grever ou les détient et en transfère la possession au créancier.

63. La législation dans ce domaine traite souvent de la question connexe de la validité et de l'effet de restrictions contractuelles aux actes de disposition. Dans certains pays, il est donné effet à ces limites pour protéger les intérêts de l'une ou l'autre partie à la convention qui les institue. D'autres pays refusent de donner effet, ou ne donnent qu'un effet limité, aux restrictions contractuelles aux actes de disposition afin de préserver la liberté de disposition du débiteur, en particulier si l'acquéreur d'un bien n'a pas connaissance de la restriction contractuelle.

64. La Convention des Nations Unies sur la cession adopte une approche similaire pour appuyer la transférabilité d'une créance dans l'intérêt de l'économie dans son ensemble. En vertu de son article 9, la cession a effet malgré une limitation contractuelle convenue entre le cédant et le débiteur. La seule connaissance de l'existence de la limitation de la part du cessionnaire ne suffit pas pour annuler le contrat dont découle la créance cédée. L'effet de cette disposition est limité de deux façons. Premièrement, son application est circonscrite aux créances commerciales au sens large. Deuxièmement, la restriction contractuelle produit ses effets entre le cédant et le débiteur, et ce dernier est libre de demander des dommages-intérêts au cédant pour violation du contrat, si cela est possible en vertu du droit applicable en dehors de la convention. Toutefois, cette demande ne peut être formée contre le cessionnaire en invoquant un droit à compensation (voir art. 18, par. 3).

65. Cette approche encourage les opérations de financement par cession de créances, car elle dispense le cessionnaire (à savoir le créancier garanti) d'avoir à examiner le contrat qui est à l'origine de la créance cédée pour savoir si le transfert de cette dernière a été interdit ou subordonné à des conditions. Autrement, les prêteurs devraient théoriquement à procéder à la l'examen d'un grand nombre de contrats, ce qui pourrait être coûteux, voire impossible (par exemple dans le cas de créances futures).

b. Transfert de possession, contrôle, notification et publicité

66. S'agissant du droit de propriété les méthodes visant à produire des effets à l'égard de tiers et, dans les systèmes qui permettent d'établir un rang de priorité entre plusieurs sûretés constituées sur les mêmes biens, à déterminer la priorité entre des créanciers concurrents, diffèrent d'un pays à l'autre mais aussi à l'intérieur d'un même pays, selon le type de sûreté concernée. Il existe quatre principales méthodes pour constituer une sûreté opposable à tous (et qui a priorité sur les créanciers concurrents).

i. Transfert de possession

67. La sûreté sous forme de gage avec dépossession est créée par convention et transfert de possession du bien au créancier ou à un tiers convenu qui agit en qualité de mandataire du créancier. En cas de transfert de propriété à des fins de garantie, la possession peut être transférée de façon fictive au créancier par le biais d'une convention supplémentaire de dépôt ou constitutive de sûreté. Une telle convention surimpose la possession indirecte du créancier à la possession directe du débiteur (*constitutum possessorium*). Dans le cas d'instruments négociables, la possession peut également être transférée par la remise desdits instruments, avec endossement si nécessaire en vertu des règles qui régissent les instruments négociables.

ii. Contrôle

68. Les sûretés sur certains biens incorporels (par exemple les comptes bancaires) sont créées par convention et transfert de contrôle. Ce contrôle peut prendre la forme d'une possession fictive (par exemple si la banque détient une sûreté sur le compte que le débiteur possède chez elle). Il peut aussi s'exercer par le pouvoir de disposition (par exemple si le créancier garanti, en vertu d'une convention passée avec le débiteur, peut disposer du compte de ce dernier sans son consentement préalable).

iii. Notification

69. Les sûretés sur des créances peuvent être constituées par convention et notification au débiteur de ces créances. Une telle notification est considérée comme un acte de publicité. Toutefois, la notification n'est peut-être pas un moyen très efficace de rendre publique une cession car elle risque de ne pas être possible (par exemple dans le cas d'une cession de créances futures) ou d'être très coûteuse (par exemple dans le cas d'une cession d'un ensemble de créances mettant en jeu plusieurs débiteurs); il se peut aussi que les débiteurs ne puissent fournir aucune information, du moins aucune information précise, aux tiers intéressés.

iv. Publicité

70. Une certaine publicité peut être requise, en particulier pour créer des sûretés sans dépossession sur des biens corporels et incorporels. Elle peut consister dans l'enregistrement de la convention constitutive de sûreté et a alors des effets constitutifs. Elle peut aussi consister dans l'enregistrement d'un petit nombre de données, ce qui permet de signaler aux tiers l'existence potentielle d'une sûreté et servira de base pour établir l'ordre de priorité de créanciers concurrents (pour des détails sur les formes, fonctions et effets de la publicité, voir les documents A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5 et 6).

B. Résumé et recommandations

71. Dans une loi moderne sur le crédit garanti, il devrait être possible de garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures et les obligations dont le montant fluctue. Il devrait également être possible de constituer une sûreté sur tous les types de biens, y compris ceux dont le débiteur n'est peut-être pas propriétaire ou n'a pas la faculté de disposer ou qui n'existent pas au moment de la création de la sûreté.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait prévoir des exceptions à cette règle. Il souhaitera peut-être aussi examiner les avantages et les inconvénients comparés d'un régime permettant la constitution de sûretés sur tous les biens d'un débiteur.]

72. Le créancier garanti devrait avoir également un droit sur un produit facilement identifiable.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la nature et l'étendue du droit sur le produit (voir par. 36 à 47).]

73. En principe, une convention constitutive une sûreté sans dépossession devrait revêtir la forme écrite. La forme écrite ne devrait pas être requise pour les sûretés avec dépossession. L'acte écrit devrait mettre à profit les moyens modernes de communication, et ne devrait pas être nécessairement signé par les deux parties. Il devrait identifier les parties et désigner raisonnablement les biens grevés et l'obligation garantie. Lorsque aucune formalité n'est requise, il devrait incomber au créancier garanti d'apporter les preuves voulues concernant les conditions de la convention et la date de constitution de la sûreté.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner s'il faudrait introduire de nouvelles exceptions à la prescription de la forme écrite.]

74. Une convention entre le créancier garanti et le débiteur (ou un autre constituant) et le transfert de possession du bien grevé au créancier garanti ou à un tiers convenu sont nécessaires à la création d'une sûreté avec dépossession.

75. Une convention (sous forme écrite; voir par. 72) et un acte supplémentaire (contrôle, notification ou publicité) devraient suffire à la création d'une sûreté sans dépossession.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait introduire des exceptions à cette règle générale. Il voudra peut-être aussi envisager s'il convient d'établir une distinction entre une sûreté valide ou produisant ses effets entre les parties et une sûreté opposable à tous les tiers.]