



Assemblée générale

Distr.: Limitée
1^{er} décembre 2004*

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Septième session
New York, 24-28 janvier 2005

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Rapport du Secrétaire général

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
XVI. Sûretés sur des comptes bancaires	1-60	2
A. Remarques générales	1-60	2
1. Introduction	1-3	2
2. Contexte commercial	4-5	2
3. Signification du terme "compte bancaire"	6-16	4
4. Constitution de la sûreté entre les parties	17-30	6
5. Opposabilité de la sûreté aux tiers	31-35	9
6. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents	36-45	10
7. Réalisation de la sûreté contre le constituant	46-52	12
8. Droits et obligations de la banque dépositaire	53-60	14

* Le présent document est soumis deux 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.



XVI. Sûretés sur des comptes bancaires

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les sûretés grevant les droits d'un déposant sur un compte bancaire jouent un rôle important dans un certain nombre d'opérations de crédit. Un régime des opérations garanties qui admet les sûretés sur des comptes bancaires et énonce des règles claires pour leur constitution, leur opposabilité, leur priorité et leur réalisation favorisera l'octroi de crédit à des taux plus faibles dans les opérations où ce type de sûreté est un élément indispensable ou déterminant de la décision du créancier d'octroyer un crédit.

2. Le présent chapitre traite des sûretés grevant des espèces déposées sur un compte bancaire (défini ici comme une créance que le titulaire du compte détient sur la banque dépositaire pour l'argent qu'il y a placé). Il n'aborde pas les sûretés sur des comptes de titres.

3. La partie A du présent document examine différentes questions relatives aux sûretés sur des comptes bancaires. Elle fournit tout d'abord des informations générales sur les types d'opérations de crédit dans lesquelles une sûreté sur un compte bancaire pourrait être un élément important et qui seraient facilitées si le droit des opérations garanties reconnaissait ce type de sûretés (partie A.2). Elle examine ensuite la signification du terme "compte bancaire" (partie A.3) avant d'étudier la constitution d'une sûreté sur un compte bancaire (partie A.4); l'opposabilité de cette sûreté (partie A.5); sa priorité sur les droits des réclamants concurrents (partie A.6); sa réalisation (partie A.7); les droits et obligations de la banque dépositaire (partie A.8); le droit de l'insolvabilité (partie A.9) et les questions de conflit de lois (partie A.10). Elle présente enfin plusieurs conclusions (partie A.11). La partie B du document contient des propositions de recommandations.

2. Contexte commercial

4. Le solde créditeur d'un compte bancaire détenu par un emprunteur potentiel peut constituer un actif important et, comme d'autres biens, devrait pouvoir être grevé d'une sûreté pour faciliter l'obtention d'un crédit. Dans les États qui autorisent la création de sûretés sur des comptes bancaires, celles-ci jouent en fait un rôle majeur dans un certain nombre d'opérations de crédit courantes. Ces opérations – à savoir entre autres, le financement d'échanges commerciaux, les prêts reposant sur des éléments d'actif, les prêts immobiliers, le financement de projets, la titrisation et les prêts de produits dérivés et de titres – seraient facilitées si le droit des opérations garanties admettait ce type de sûretés.

5. On trouvera ci-après quelques exemples d'opérations dans lesquelles les sûretés sur comptes bancaires constituent l'élément essentiel sur lequel repose la décision d'octroyer un crédit:

a) Un constituant peut demander à une banque ou à un autre créancier d'émettre ou de faire émettre une lettre de crédit stand-by, une garantie bancaire autonome ou un cautionnement en faveur d'une partie avec laquelle il a une relation

contractuelle, que ce soit pour l'achat national ou international de biens meubles corporels, l'exécution d'un contrat de construction voire le simple paiement d'un billet à ordre ou d'une autre obligation monétaire. Le constituant sera alors tenu de rembourser au créancier tout montant que ce dernier sera amené à payer en cas de mise en jeu de la lettre de crédit stand-by, de la garantie bancaire autonome ou du cautionnement. Afin de réduire le risque de perte en cas d'inexécution de l'obligation de remboursement par le constituant, le créancier peut aussi exiger de ce dernier qu'il garantisse cette obligation en lui octroyant une sûreté sur son compte bancaire, lequel doit contenir des fonds suffisants pour couvrir le montant maximal de l'obligation dans l'hypothèse où le créancier serait tenu de payer le montant non tiré de la lettre de crédit, de la garantie ou du cautionnement;

b) Une sûreté sur un compte bancaire est souvent un élément clef dans la structure d'une opération de prêt de produits dérivés ou de titres. Par exemple, un détenteur de titres peut "prêter" ceux-ci à un contrepartiste emprunteur, qui s'engage à lui restituer ces titres, ou d'autres titres de même nature et en même quantité, à une date déterminée. Le contrepartiste emprunteur garantira généralement son obligation de restitution en créant une sûreté sur son compte bancaire pour un montant au moins égal à la valeur des titres devant être restitués;

c) Dans certaines opérations de crédit, un constituant est autorisé à vendre un bien grevé, par exemple du matériel ou un autre actif immobilisé, contre des espèces qu'il dépose sur un compte bancaire. Pendant une période convenue (par exemple 12 mois) suivant cette vente, le constituant peut décider s'il souhaite utiliser les fonds ainsi déposés pour acheter un nouveau bien qui sera alors grevé en faveur du créancier garanti. Si, à la fin de la période en question, les fonds n'ont pas été utilisés pour acheter un nouveau bien, le constituant doit les utiliser pour réduire l'obligation garantie. Le créancier garanti bénéficie habituellement d'une sûreté sur le compte bancaire pendant la période comprise entre la vente du bien initialement grevé et l'utilisation des fonds soit pour acheter un nouveau bien, soit pour réduire l'obligation garantie;

d) Un créancier peut consentir un crédit à une entreprise qui utilise ses recettes pour payer d'abord ses dépenses courantes à intervalles réguliers puis les obligations dont elle lui est redevable. Il peut s'agir d'une entreprise immobilière, par exemple un bâtiment commercial qui loue des espaces à des preneurs à bail, ou d'une entreprise énergétique, telle qu'une centrale électrique qui fournit du courant à des clients. Le créancier peut exiger, pour octroyer le crédit, que le constituant lui consente une sûreté sur son compte bancaire où sont créditées les recettes de l'entreprise. Les documents relatifs au financement du bâtiment commercial ou de la centrale électrique contiennent généralement une clause qui répartit "en cascade" les recettes de l'entreprise déposées sur le compte bancaire. Dans ce type de clause, applicable sauf en cas de défaillance du constituant, certains montants sont débloqués du compte pour payer les dépenses prévues au budget, le solde étant ensuite affecté au remboursement des intérêts et du principal des prêts consentis et à la constitution de réserves en vue des besoins futurs de l'entreprise. Les réserves elles-mêmes sont souvent déposées sur un compte bancaire séparé, sur lequel le créancier détient une sûreté;

e) Dans une opération de financement structuré, un tiers mandataire ou fiduciaire peut être tenu de recevoir des sommes provenant de créances achetées au créancier par une société ad hoc et d'utiliser ces sommes pour régler des obligations

dues à des investisseurs après paiement de certaines dépenses. Les documents concernant l'opération de financement structuré peuvent contenir une clause stipulant une répartition "en cascade", qui ressemble beaucoup à celle décrite plus haut pour le financement d'un bâtiment commercial ou d'une centrale électrique, mais qui est habituellement plus simple puisque la société ad hoc n'exerce pas elle-même d'activités commerciales. En tout état de cause, le mandataire ou le fiduciaire bénéficiera généralement d'une sûreté sur tous les comptes bancaires de la société ad hoc;

f) Une sûreté sur un compte bancaire peut jouer un rôle important dans une opération de financement reposant sur des éléments d'actif, à savoir une opération de crédit dans laquelle le créancier garanti compte essentiellement sur les biens grevés en sa faveur pour se faire rembourser, ce qui est le cas en particulier lorsque les biens grevés sont des actifs circulants, autrement dit des actifs qui "tournent" et sont transformés en espèces dans le cours normal des affaires du constituant. Ainsi, des stocks peuvent être vendus dans le cours normal des affaires du constituant, générant des créances de sommes d'argent qui deviennent ensuite des fonds déposés sur un compte bancaire. Afin d'obtenir une sûreté sur la valeur des biens grevés pour lesquels il a négocié avec le constituant, le créancier garanti souhaitera soit être payé immédiatement sur le compte bancaire soit obtenir une sûreté sur ce compte en remplacement de sa sûreté sur les stocks vendus ou les créances recouvrées;

g) Dans les États qui admettent le report d'une sûreté sur le produit d'autres biens grevés, et lorsque ce produit se présente sous la forme d'espèces déposées sur un compte bancaire, la sûreté du créancier garanti sur le produit, qui remplace sa sûreté sur les biens initialement grevés, se transportera généralement sur le compte bancaire lui-même dans la mesure où le produit peut être identifié dans le solde créditeur du compte. Dans les États qui ne reconnaissent pas le report de la sûreté sur le produit d'autres biens grevés, le créancier garanti, s'il souhaite obtenir une telle sûreté sur le produit qui a remplacé les biens initialement grevés, devra obtenir une sûreté séparée sur le compte bancaire où le produit a été déposé.

3. Signification du terme "compte bancaire"

6. Dans le présent document, le terme "compte bancaire" désigne un compte tenu par une banque sur lequel des fonds sont déposés par un client. Il peut s'agir d'un compte chèques, d'un dépôt à terme ou d'un compte d'épargne. Dans ce dernier cas, le compte peut ou non être attesté par un livret d'épargne.

Compte bancaire en tant que créance sur la banque

7. Un compte bancaire est en fait un type particulier de créance de somme d'argent, à savoir une créance que le client a sur la banque dépositaire pour l'argent qu'il y a placé. Dans ce sens, le client est le créancier de la banque, la banque le débiteur du client et le solde créditeur le montant de la créance. La définition du compte bancaire comme une simple créance du client sur la banque dépositaire ne correspond peut-être pas à la conception ordinaire du compte bancaire, à savoir une somme d'argent déterminée que la banque met de côté en espèces ou sous une autre forme en faveur du client. Cependant, du fait que les banques utilisent l'ensemble des fonds déposés par leurs clients en octroyant des prêts et en procédant à d'autres investissements, il est impossible à un client d'identifier les fonds qu'il a déposés

dans la masse des espèces placées à la banque et encore moins dans la masse des prêts ou investissements qu'elle réalise. Par conséquent, il est plus juste de parler de simple créance pour qualifier un compte bancaire.

Propriété de la créance

8. En règle générale, le client est à la fois propriétaire en droit et bénéficiaire du compte bancaire, autrement dit de la créance monétaire qu'il a sur la banque pour l'argent qu'il a déposé sur le compte. Dans certains cas, toutefois, le client peut être seulement propriétaire en droit s'il agit en qualité de fiduciaire, de dépositaire ou autre administrateur pour un ou plusieurs tiers bénéficiaires.

Définition du terme "banque"

9. Le type de personne morale pouvant constituer une "banque" varie d'un État à l'autre. Il peut aussi varier, dans un même État, selon les lois ou règles de droit en fonction de leur champ d'application et de leur objet. Quoi qu'il en soit, le terme désignerait normalement toute institution de prêt qui accepte des dépôts en espèces de ses clients.

Relation entre la banque et son client

10. La relation entre un client et sa banque pour ce qui est d'un compte bancaire est habituellement régie par le droit commun (bien que certains États aient des lois spéciales). Ces lois ne font généralement pas partie du droit de l'État gouvernant les opérations garanties.

Distinction entre un compte bancaire et un instrument négociable

11. Un compte bancaire doit être distingué d'un instrument négociable émis par une banque et représentant l'obligation monétaire de cette dernière envers son client. Certaines banques émettent des effets ou des "certificats de dépôt" qui remplissent les conditions requises dans la loi applicable pour les instruments négociables.

12. Les sûretés constituées sur ces effets et certificats de dépôt sont régies par la branche du droit des opérations garanties qui traite des sûretés sur les instruments négociables et non des sûretés sur les comptes bancaires. Il n'y a aucune raison d'établir une distinction, dans le droit des opérations garanties, entre les instruments négociables émis par les banques et ceux émis par d'autres personnes. En outre, le fait de traiter les effets et certificats de dépôt négociables émis par les banques comme des instruments négociables dans le droit des opérations garanties sera conforme aux attentes commerciales. Les parties qui effectuent des opérations sur des effets et certificats de dépôt négociables traitent habituellement ceux-ci comme des instruments négociables et non comme des comptes bancaires.

Distinction entre un compte bancaire et un compte de titres

13. Un compte bancaire devrait également être distingué d'un compte de titres. Un compte bancaire est une créance du client sur la banque dépositaire pour une somme d'argent qui est déposée sur le compte et que la banque crédite à ce client. Un compte de titres, quant à lui, est un crédit dû au client par une banque, un courtier ou autre intermédiaire pour certains titres et autres actifs financiers que cet

intermédiaire a inscrits en compte dans ses livres pour ce client. [*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être adopter la même approche fonctionnelle que le projet de convention d'Unidroit, qui définit le "compte de titres" comme "un compte tenu par un intermédiaire sur lequel des titres peuvent être crédités ou duquel des titres peuvent être débités" et les "titres" comme "toutes actions, obligations ou autres instruments financiers ou actifs financiers (autres que des espèces) transférables, ou tout droit sur ces titres".*] Le client titulaire d'un compte de titres a généralement une créance sur cet intermédiaire pour la valeur des titres et autres actifs financiers crédités sur ledit compte. Dans la législation de certains États, il a aussi un droit de propriété proportionnel sur les titres et autres actifs financiers détenus par l'intermédiaire pour tous ses clients.

14. Lorsqu'une banque tient à la fois des comptes bancaires et des comptes de titres, elle sépare normalement les deux et utilise des numéros ou des symboles différents. Cependant, il est parfois difficile de savoir si la banque joue le rôle de dépositaire, en ce qui concerne un compte bancaire, ou celui d'intermédiaire en ce qui concerne un compte de titres. Si la banque investit les espèces déposées sur le compte en titres et autres actifs financiers et crédite lesdits titres et actifs sur ce même compte, celui-ci sera probablement un compte de titres et non un compte bancaire. Toutefois, même dans ce cas, le compte peut à tout moment faire apparaître un solde en espèces uniquement et peut donc, d'une certaine façon, être considéré alors comme un compte bancaire et non comme un compte de titres.

15. Attendu qu'il est parfois difficile de savoir si une banque tient un compte bancaire ou un compte de titres, il importera probablement que le droit des opérations garanties établisse une distinction claire entre espèces et titres, de sorte que les acteurs du marché puissent déterminer à l'avance les conditions qu'ils doivent remplir pour obtenir une sûreté. [Il serait en outre utile que les règles relatives aux comptes bancaires et aux comptes de titres soient presque identiques ou du moins coordonnées de sorte que le créancier garanti puisse généralement satisfaire à un ensemble global de règles pour s'assurer que sa sûreté a été valablement constituée, qu'elle est opposable aux tiers, qu'elle a la priorité requise et qu'elle peut être réalisée, indépendamment du fait que le compte soit considéré comme un compte bancaire ou un compte de titres.]

16. Pour les règles de fond s'appliquant aux sûretés créées sur des comptes de titres, on se reportera aux propositions faites dans l'étude de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) concernant les opérations sur les marchés financiers interconnectés et transnationaux (Étude LXXVIII – Titres détenus auprès d'un intermédiaire). Pour les règles de conflit s'appliquant aux sûretés créées sur des titres, on se reportera à la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, élaborée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

4. Constitution de la sûreté entre les parties

17. Un régime des opérations garanties qui s'applique aux sûretés sur des comptes bancaires devrait prévoir des règles de constitution pour ces sûretés. Ce type de régime fixe généralement plusieurs conditions de constitution.

Obligation garantie

18. Comme les autres sûretés, une sûreté sur un compte bancaire doit garantir une obligation. Par exemple, le créancier peut octroyer un crédit au constituant, la sûreté consentie par ce dernier sur son compte bancaire servant alors à garantir son obligation de remboursement.

Droits sur le compte bancaire

19. Une autre condition, qui découle du principe général selon lequel le constituant doit jouir d'un droit réel sur le bien grevé, est que celui-ci doit avoir son nom sur le compte bancaire ou détenir suffisamment de droits sur le compte susceptibles d'être transmis par le biais d'une sûreté. Dans certains cas, même si le constituant est client de la banque, il n'aura peut-être pas suffisamment de droits sur le compte pour le grever sans le consentement d'un autre client. Par exemple, dans le cas d'un compte joint, il se peut que la loi applicable interdise à un client de créer une sûreté sur le compte bancaire sans le consentement des autres cotitulaires.

Clauses d'incessibilité

20. Si la convention d'ouverture du compte bancaire conclue entre la banque et le client contient une clause interdisant à ce dernier de créer une sûreté ou de céder de toute autre manière ses droits sur le compte sans le consentement de la banque dépositaire, l'accord de cette dernière sera probablement nécessaire pour que le client puisse grever le compte en faveur du créancier. Même dans les États où la législation prive d'effet les clauses d'incessibilité concernant les créances commerciales, cette législation ne va probablement pas jusqu'à annuler une clause d'incessibilité figurant dans une convention conclue entre le client et la banque dépositaire à propos du compte bancaire (voir art. 4-2 f) et 9-3 de la Convention des Nations Unies sur la cession).

21. Il est peut-être souhaitable, cependant, de ne donner effet à la clause d'incessibilité que dans le but recherché, qui est généralement d'éviter à la banque dépositaire d'avoir à traiter avec un inconnu ou un cessionnaire comme s'il s'agissait de son client. Compte tenu de cet objectif, il ne semble guère justifié d'appliquer la clause d'incessibilité pour empêcher la constitution de la sûreté, à condition que la loi prévoie que cette constitution n'oblige pas la banque dépositaire à reconnaître le créancier garanti ou ne lui impose par ailleurs aucune obligation envers ce dernier, sans son consentement.

Comptes bancaires de consommateurs

22. La loi d'un État peut également interdire, ou appliquer des règles spéciales pour limiter, la constitution, par un particulier, d'une sûreté sur un compte bancaire lorsque celui-ci contient des fonds utilisés par le constituant à des fins personnelles, familiales ou domestiques ou sert à garantir un crédit octroyé au constituant à de telles fins.

23. Un État adoptant une législation sur les opérations garanties devrait examiner si et dans quelle mesure un particulier peut créer une sûreté sur un compte bancaire lorsque les fonds déposés sur ce compte ou le crédit obtenu sont destinés aux besoins personnels, familiaux ou domestiques du constituant. L'État devrait examiner si sa politique visant à favoriser l'offre de crédit à des taux abordables

doit primer ou être subordonnée à sa politique visant à protéger le particulier contre les emprunts inconsidérés et le risque de perdre les fonds nécessaires pour subvenir à ses propres besoins et à ceux de sa famille. Des solutions possibles seraient d'interdire la constitution d'une telle sûreté, de limiter cette constitution à certains types d'opérations ou d'exiger que le compte bancaire soit décrit plus précisément dans la convention constitutive de sûreté. L'exigence d'une telle description vise à mieux informer le constituant particulier que la sûreté a été consentie et à indiquer que le créancier garanti table en fait sur la possibilité de se rembourser sur le compte bancaire ainsi grevé, pour décider d'octroyer un crédit au constituant.

Formalités requises

24. La législation d'un État peut exiger l'accomplissement de certaines formalités pour prouver que le constituant avait l'intention de créer une sûreté sur le compte bancaire. Dans certains États, il suffira au constituant de rapporter cette preuve au moyen d'un écrit signé par lui et remis au créancier garanti. D'autres États peuvent exiger soit que la banque dépositaire reçoive notification de la sûreté ou reconnaisse cette dernière, soit qu'elle accepte de suivre les instructions du créancier garanti concernant le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement, ou encore les deux. Les formalités requises peuvent également être remplies par le créancier garanti qui se substitue au constituant en tant que client de la banque pour ce qui est du compte bancaire.

25. Certains États exigent que le compte bancaire soit décrit précisément dans l'écrit donnant naissance à la sûreté. D'autres autorisent une description plus générale. Dans les États qui exigent soit que la banque dépositaire reçoive notification de la sûreté ou reconnaisse celle-ci, soit qu'elle accepte de suivre les instructions du créancier garanti concernant le compte bancaire sans avoir à demander le consentement du constituant, soit que le créancier garanti remplace le constituant en tant que client de la banque pour ce qui est du compte, ou encore les trois à la fois, l'obligation de décrire le compte avec précision est inhérente à ces différentes exigences.

26. Un créancier peut, dans certains cas, obtenir automatiquement une sûreté (de plein droit ou en vertu de conditions générales) sur un compte bancaire. Ainsi, dans certains États, une banque dépositaire qui consent un crédit à un client obtient automatiquement une sûreté sur le compte de ce client tenu par elle. De même, dans les États qui admettent le report de la sûreté sur le produit d'autres biens grevés, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur un bien peut obtenir automatiquement une sûreté sur un compte bancaire qui est crédité du produit obtenu de la vente, d'un autre acte de disposition ou du recouvrement de ce bien.

27. Toutefois, certains États peuvent considérer une sûreté prise par la banque dépositaire sur un compte tenu chez elle comme un simple droit à compensation et, par conséquent, ne pas la reconnaître en tant que telle.

28. Il ne semble guère justifié qu'un État impose, dans son droit des opérations garanties, des formalités différentes pour les comptes bancaires, les créances de sommes d'argent ou d'autres biens grevés en général.

Comptes bancaires d'opérations

29. Les exemples ci-dessus n'opèrent pas de distinction entre les opérations dans lesquelles le constituant conserve le droit de retirer des fonds du compte bancaire en émettant des chèques ou autrement, et celles dans lesquelles ce droit est restreint. Dans certains États, le fait que le constituant puisse retirer des fonds risque d'être considéré comme incompatible avec la conception traditionnelle du gage qui confère au créancier garanti l'équivalent de la possession du bien grevé. De même, un compte bancaire d'où le constituant peut retirer des fonds pourrait être considéré comme n'étant pas suffisamment en possession du créancier garanti pour pouvoir être grevé.

30. Dans d'autres États, la sûreté peut être créée même si le constituant a le droit de retirer des fonds du compte bancaire. Dans ces États, le créancier garanti a la possibilité d'empêcher le constituant de retirer des fonds, en cas de défaut de paiement ou d'exécution de l'obligation garantie. Cependant, l'utilisation tardive de cette possibilité ne compromet pas la constitution de la sûreté.

5. Opposabilité de la sûreté aux tiers

31. Comme pour les sûretés grevant d'autres types de biens, la question de la constitution d'une sûreté sur un compte bancaire entre le constituant et le créancier garanti se distingue de celle de l'opposabilité aux tiers. Ainsi, une loi sur les opérations garanties qui reconnaît les sûretés sur des comptes bancaires devrait indiquer les mesures supplémentaires qu'il faudrait éventuellement prendre pour que la sûreté, une fois constituée, soit opposable aux tiers.

32. Dans certains États, une sûreté sur un compte bancaire peut devenir opposable si le créancier garanti inscrit un avis relatif à ce compte dans un registre des sûretés. Dans d'autres États, il peut être exigé que le compte bancaire soit cédé au créancier garanti; dans ce cas, la banque soit reçoit notification de la cession, ou en prend acte, soit convient de suivre les instructions du créancier garanti concernant le compte sans que le constituant ait à donner son consentement. Une sûreté sur un compte bancaire peut aussi devenir opposable aux tiers si le créancier garanti remplace le constituant comme client de la banque pour ce qui est du compte.

33. En outre, dans la législation de certains États, si le créancier garanti n'est autre que la banque dépositaire et si la sûreté n'est pas considérée comme un simple droit à compensation de ladite banque, la sûreté peut être automatiquement opposable aux tiers. Même dans les États où l'opposabilité peut être assurée par inscription dans un registre, il est généralement prévu que la sûreté constituée en faveur de la banque dépositaire sur un compte tenu chez elle devient automatiquement opposable sans avoir à être inscrite. La raison en est que la plupart des tiers créanciers envisageant de se faire octroyer une sûreté sur le compte bancaire supposeront, dans tous les cas, que la banque a des droits à compensation qui sont dans une large mesure l'équivalent économique d'une sûreté et primeront probablement une sûreté concurrente ou une sûreté judiciaire. Ces droits à compensation ne font pas, bien entendu, l'objet d'une inscription sur des registres publics. Dans ces conditions, obliger la banque dépositaire à inscrire sa sûreté pour la rendre opposable aux tiers n'aurait qu'une utilité au mieux limitée s'agissant d'informer les tiers que la banque dépositaire a peut-être un droit supérieur sur le compte bancaire. Une telle

obligation pourrait en revanche avoir un coût important en fonction du nombre de clients qui constitueraient des sûretés sur leurs comptes tenus dans cette banque.

34. Lorsqu'un créancier garanti est autorisé par la loi à donner des instructions à la banque dépositaire à propos de la disposition des fonds présents sur le compte sans demander le consentement du constituant, il est considéré comme ayant le "contrôle" du compte (voir définition dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, par. 17 bb)). D'après cette définition, le créancier garanti a le "contrôle": i) lorsqu'il n'est autre que la banque dépositaire; ii) lorsque la banque dépositaire a convenu de suivre ses instructions concernant le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement (l'accord par lequel la banque convient de suivre les instructions est appelé, dans le présent chapitre, "accord de contrôle"); ou iii) lorsque le créancier garanti est client de la banque pour ce qui est du compte bancaire.

35. Dans la législation de certains États, une sûreté sur un compte bancaire est opposable aux tiers lorsque le créancier garanti obtient le contrôle de ce compte. Même si, dans un État, une sûreté peut devenir opposable par inscription dans un registre, elle pourra aussi généralement le devenir si le créancier garanti prend le contrôle du compte bancaire, action qui se justifie tout particulièrement lorsque les règles de priorité de l'État prévoient qu'une sûreté rendue opposable par prise de contrôle prime les autres sûretés. La priorité obtenue par contrôle est examinée ci-après.

6. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents

36. Outre des règles régissant la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur un compte bancaire, la loi devrait énoncer des règles de priorité, c'est-à-dire des règles de classement des droits dont le créancier garanti et les réclamants concurrents sont titulaires sur le compte.

Règles générales de priorité fondées sur le classement chronologique

37. Dans les États où le créancier garanti peut rendre sa sûreté opposable aux tiers en inscrivant un avis relatif au compte bancaire dans un registre, cette sûreté, une fois inscrite, aura généralement priorité sur les droits d'un créancier garanti concurrent qui inscrit sa sûreté sur le compte en second, d'un créancier du constituant qui obtient par la suite une sûreté judiciaire sur le compte ou d'un administrateur de l'insolvabilité du constituant lorsqu'une procédure d'insolvabilité est engagée ultérieurement par ou contre ce dernier.

38. De même, dans les États qui exigent, pour l'opposabilité de la sûreté, la cession du compte bancaire au créancier garanti et d'autres actions – que la banque soit reçue notification ou prenne acte de la cession, soit convienne de suivre les instructions du créancier garanti concernant le compte sans que le constituant ait à donner son consentement, ou encore que le créancier garanti remplace le constituant comme client de la banque pour ce qui est du compte –, la sûreté, une fois ces différentes exigences remplies, aura généralement priorité sur les droits d'un créancier garanti concurrent qui accomplit en second les formalités d'opposabilité – en notifiant la cession à la banque ou en obtenant de celle-ci qu'elle en prenne acte ou qu'elle convienne de suivre ses instructions –, d'un créancier du constituant qui obtient par la suite une sûreté judiciaire sur le compte, ou d'un administrateur de

l'insolvabilité du constituant lorsqu'une procédure d'insolvabilité est engagée ultérieurement par ou contre ce dernier (si le premier créancier garanti a obtenu la priorité en devenant client de la banque pour ce qui est du compte, cette méthode d'obtention de la priorité ne pourra probablement pas être utilisée par un créancier garanti subséquent).

39. La législation de nombreux États prévoit que, dans certains cas, une sûreté sur un compte bancaire, qui naît automatiquement, a aussi automatiquement priorité. Dans les États où une banque dépositaire obtient automatiquement une sûreté sur un compte bancaire tenu chez elle, cette sûreté peut avoir automatiquement priorité sur d'autres droits concurrents. Dans les États qui reconnaissent le report d'une sûreté sur le produit d'autres biens grevés, la sûreté d'un créancier garanti sur un compte bancaire en tant que produit peut avoir automatiquement priorité sur certains droits concurrents, tels qu'une sûreté judiciaire ou une sûreté de rang inférieur sur le bien initialement grevé.

Exceptions aux règles générales de priorité fondées sur le classement chronologique

40. Si la règle "*prior tempore*" est généralement appliquée pour résoudre les conflits de priorité entre sûretés, elle ne convient peut-être pas toujours à une sûreté grevant un compte bancaire, en particulier lorsqu'une telle sûreté peut être rendue opposable aux tiers par une méthode telle que l'inscription d'un avis dans un registre des sûretés, sans le consentement ou autre intervention de la banque dépositaire.

41. De nombreuses parties peuvent effectuer des opérations avec le compte bancaire ou les fonds qui y sont crédités. Dans un certain nombre d'opérations, notamment celles qui reposent sur des conventions de rachat, des prêts de titres et des produits dérivés, les parties agissent rapidement, parfois quotidiennement. Il n'est ni habituel, ni efficace d'exiger de ces parties qu'elles inscrivent un avis dans un registre des sûretés avant de conclure ces opérations. Elles ne devraient pas non plus avoir à effectuer des recherches dans un registre des sûretés ou s'enquérir de l'existence d'éventuels créanciers garantis avant de réaliser une opération quelconque en rapport avec le compte bancaire.

42. En fait, dans certains États, une sûreté qui est devenue opposable aux tiers par inscription d'un avis dans un registre des sûretés peut avoir un rang de priorité inférieur par rapport à une sûreté dont la banque a reçu notification, à laquelle elle a consenti, pour laquelle elle a convenu de suivre les instructions du créancier garanti sans que le constituant ait à donner son consentement ou pour laquelle le créancier garanti a remplacé le constituant comme client de la banque. De même, dans les États qui reconnaissent la priorité d'une sûreté grevant un compte bancaire en tant que produit, la sûreté sur ce produit peut avoir un rang de priorité inférieur par rapport à une sûreté dont la banque a reçu notification, à laquelle elle a consenti, pour laquelle elle a convenu de suivre les instructions du créancier garanti sans que le constituant ait à donner son consentement ou pour laquelle le créancier garanti est devenu client de la banque. Dans ces cas, la règle "*prior tempore*" ne peut pas s'appliquer. Une sûreté qui devient opposable la première chronologiquement peut se voir primer par une sûreté ultérieure si la banque a reçu notification de cette dernière ou y a consenti, ou a convenu de suivre les instructions du créancier garanti concernant le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son

consentement, ou si le créancier garanti est devenu client de la banque pour ce qui est du compte, après que la première sûreté est devenue opposable aux tiers.

43. En fait, dans les États où une banque dépositaire devient automatiquement titulaire d'une sûreté sur un compte bancaire tenu chez elle, cette sûreté peut avoir priorité sur toutes les autres, que ces dernières soient ou non devenues opposables les premières, à moins que la banque dépositaire en convienne autrement.

44. Le fait d'accorder, dans ce cas, la priorité à la banque dépositaire semble justifié dans la pratique. La priorité donnée à un créancier garanti qui est aussi la banque dépositaire est conforme aux droits à compensation de rang supérieur dont jouit habituellement cette dernière. Si le créancier garanti n'est pas la banque dépositaire et espère se rembourser sur le compte bancaire, il voudra, dans la pratique, soit devenir client de la banque pour ce qui est du compte, soit conclure avec elle un accord de contrôle ou autre accord similaire pour réaliser sa sûreté de sorte qu'en cas de défaillance du constituant, la banque sera tenue de lui remettre les fonds présents sur le compte. Il voudra aussi que l'accord contienne une clause de cession de rang aux termes de laquelle, si la banque dépositaire revendique une sûreté sur le compte bancaire ou jouit d'un droit à compensation, cette sûreté ou ce droit auront, dans la plupart des cas, un rang inférieur à celui de la sûreté du créancier garanti tiers. Si ce dernier est devenu client de la banque pour ce qui est du compte, celle-ci n'aura ensuite probablement pas le droit d'effectuer une compensation entre les fonds présents sur le compte et les obligations dont le constituant lui est redevable, du fait qu'il n'y a plus réciprocité des obligations entre les parties (constituant et banque dépositaire) se devant de l'argent l'une à l'autre, élément que la loi applicable exige généralement pour que la compensation soit possible.

Bénéficiaires des fonds provenant du compte bancaire

45. Bien entendu, la règle "*prior tempore*" se justifie encore moins en ce qui concerne les bénéficiaires de fonds provenant du compte bancaire – bénéficiaires de chèques tirés sur le compte et de virements de fonds. Dans les États où le constituant peut retirer des fonds du compte sur lequel le créancier garanti possède une sûreté, les bénéficiaires de ces fonds prennent ceux-ci généralement libres de toute sûreté grevant le compte et, dans les États qui reconnaissent le concept de produit, libres de toute sûreté sur les fonds en tant que produit. Dans le cas contraire, la loi de l'État régissant les opérations garanties empiéterait indûment sur celle régissant les instruments négociables ou compromettrait la négociabilité de l'argent, des chèques et des virements entre banques et autres personnes.

7. Réalisation de la sûreté contre le constituant

46. Une loi sur les opérations garanties qui reconnaît une sûreté sur un compte bancaire devrait contenir des règles juridiques claires pour une réalisation efficace de la sûreté.

Réalisation en général

47. Lorsqu'un créancier garanti détient une sûreté sur un compte bancaire, il a le droit, en cas de manquement du constituant, de réaliser sa sûreté. En règle générale, la réalisation consiste ici pour le créancier à obtenir de la banque dépositaire les

fonds crédités sur le compte, puis à les affecter au paiement de l'obligation garantie. Lorsque le créancier garanti est la banque dépositaire ou est client de la banque dépositaire pour ce qui est du compte, il peut simplement affecter le solde créditeur de ce compte au paiement de l'obligation garantie.

Nécessité de recourir à une procédure judiciaire ou de se soumettre au contrôle d'un tribunal

48. Comme pour d'autres types de biens susceptibles d'être grevés, la loi sur les opérations garanties doit déterminer dans quelle mesure un créancier garanti peut réaliser sa sûreté sans recourir à une procédure judiciaire ni même se soumettre au contrôle d'un tribunal. Le contraindre à utiliser la voie judiciaire augmente les frais de réalisation et retarde cette dernière, ce qui rend le crédit plus cher pour les débiteurs, que ceux-ci manquent ou non à leurs obligations de remboursement. D'un autre côté, lui imposer un encadrement judiciaire peut être nécessaire si son droit de réaliser sa sûreté est contesté de bonne foi, si l'ordre public est menacé ou s'il y a un risque élevé d'abus de sa part.

49. Il ne semble guère justifié pour un État d'exiger qu'un créancier garanti ait recours à une procédure judiciaire ou se soumette au contrôle d'un tribunal pour réaliser sa sûreté sur un compte bancaire, en particulier dans trois cas. Le premier est celui où le créancier garanti n'est autre que la banque dépositaire. On voit difficilement quel intérêt il y aurait alors à lui imposer un encadrement judiciaire pour effectuer une compensation entre une créance due à son client et une créance que lui doit ce dernier. Cela est vrai en particulier lorsque la loi de l'État donne aussi au créancier garanti, en sa qualité de banque dépositaire, un droit à compensation qu'il pourrait exercer sans recourir à une procédure judiciaire ou se soumettre au contrôle d'un tribunal. L'exercice du droit à compensation aboutit pour l'essentiel au même résultat économique que la réalisation d'une sûreté. Il semblerait peu logique d'exiger une procédure judiciaire ou le contrôle d'un tribunal dans un cas mais pas dans l'autre.

50. Le deuxième cas est celui où la banque dépositaire a déjà convenu par contrat avec le créancier garanti et le constituant de transférer les fonds qui sont sur le compte bancaire au créancier garanti sur instructions de ce dernier, sans que le constituant ait à donner son consentement. Le contrat ayant été expressément négocié avec le constituant et la banque dépositaire, un encadrement judiciaire paraît là aussi superflu dans la mesure où l'accord du constituant est un accord contractuel contraignant.

51. Le troisième cas est celui où le créancier garanti a remplacé le constituant comme client de la banque dépositaire pour ce qui est du compte bancaire. Il semblerait que là non plus un encadrement judiciaire ne soit nécessaire, puisque le créancier garanti a déjà le droit de faire des opérations sur ce compte en tant que client de la banque.

52. Il semblerait peut-être plus justifié d'exiger qu'un créancier garanti, dans certaines circonstances, ait recours à une procédure judiciaire ou soit soumis au contrôle d'un tribunal pour la réalisation de sa sûreté sur un compte bancaire lorsque le crédit consenti ou le compte bancaire lui-même est utilisé par un constituant particulier à des fins personnelles, familiales ou domestiques. Même dans ce cas, cependant, il ne semble guère utile d'exiger une procédure judiciaire ou

le contrôle d'un tribunal lorsque la banque dépositaire est le créancier garanti et aurait de toute manière un droit à compensation.

8. Droits et obligations de la banque dépositaire

53. Toute méthode de réalisation d'une sûreté sur un compte bancaire par un créancier garanti qui n'est pas la banque dépositaire conduit à s'interroger sur les droits et obligations de ladite banque lorsque ce créancier n'a pas recours à une procédure judiciaire ou ne se soumet pas au contrôle d'un tribunal et qu'aucune décision de justice n'est rendue à propos de ces droits et obligations. Une loi sur les opérations garanties qui reconnaît une sûreté sur un compte bancaire devrait comporter des règles juridiques claires énonçant les droits et les obligations de la banque dépositaire à l'égard de la sûreté.

54. À l'argument selon lequel la question des droits et des obligations de la banque dépositaire est essentiellement une question de priorité, on peut répondre qu'il n'est peut-être pas inutile de l'examiner de façon plus approfondie pour montrer qu'il importe de l'aborder du point de vue de la constitution, de l'opposabilité aux tiers, de la priorité et de la réalisation de la sûreté, même si ces aspects ont déjà été traités précédemment. C'est que la banque dépositaire joue un rôle unique en tant que débiteur de son client, lequel détient sur elle une créance – le compte bancaire.

Différence avec les droits et obligations du débiteur d'une créance commerciale

55. En fait, pour traiter des droits et obligations de la banque dépositaire en ce qui concerne un compte bancaire en l'absence de décision de justice les définissant, il importe de distinguer ceux-ci des droits et obligations du débiteur d'une créance commerciale. Dans ce dernier cas, une sûreté sur une créance commerciale pourrait rester opposable au débiteur même si le contrat initial en vertu duquel est née ladite créance comportait une clause d'incessibilité (voir art. 9 de la Convention sur la cession). De plus, le créancier garanti a généralement le droit d'envoyer au débiteur instruction de le payer (voir art. 13-1 de la Convention sur la cession), le débiteur ne pouvant alors effectuer de paiement libératoire qu'à ce créancier (voir art. 17 de la Convention sur la cession).

56. Lorsque le débiteur est une banque dépositaire, en revanche, celle-ci n'est pas nécessairement soumise aux mêmes règles dans la législation d'un État (voir art. 4-2 f) de la Convention sur la cession). Elle peut au contraire avoir certains droits, sans avoir d'obligations, ou seulement quelques-unes, concernant l'acceptation ou le refus de la constitution, du rang de priorité ou de la réalisation d'une sûreté sur le compte bancaire, dans certaines circonstances.

Consentement de la banque dépositaire à la constitution de la sûreté entre les parties, à son opposabilité aux tiers et à sa priorité

57. Comme il a été expliqué plus haut, la législation de certains États peut exiger le consentement ou autre manifestation de volonté de la banque dépositaire pour que le constituant crée une sûreté sur un compte bancaire, pour que cette sûreté soit opposable aux tiers ou pour qu'elle soit prioritaire.

a) Le consentement de la banque dépositaire peut être requis pour la constitution d'une sûreté sur un compte bancaire. Cela peut être le cas si l'accord

d'ouverture du compte conclu entre le constituant et la banque dépositaire comporte une clause limitant le droit du constituant de créer une sûreté sans le consentement de la banque. Il peut aussi arriver que les lois de certains États exigent le consentement de la banque dépositaire, sous forme de reconnaissance de la sûreté ou d'accord avec le créancier garanti, pour que le constituant crée une sûreté même si l'accord d'ouverture du compte conclu entre le constituant et la banque ne comporte pas de clause limitant le droit du constituant de créer une sûreté;

b) La législation de certains États peut également exiger que la banque dépositaire manifeste sa volonté, en reconnaissant la sûreté ou en se mettant d'accord avec le créancier garanti, pour que la sûreté du créancier garanti soit opposable aux tiers;

c) La manifestation de volonté de la banque dépositaire, sous forme de reconnaissance de la sûreté ou d'accord avec le créancier garanti, peut également être requise pour que la sûreté du créancier garanti ait priorité sur toute sûreté grevant le compte bancaire en faveur de la banque dépositaire elle-même.

Réalisation de la sûreté contre la banque dépositaire

58. De plus, dans certaines circonstances, le consentement de la banque dépositaire peut être requis pour que le créancier garanti réalise une sûreté sur le compte bancaire.

59. Dans les États où la sûreté sur un compte bancaire est opposable aux tiers par dépôt d'un avis ou autre forme d'inscription dans un registre des sûretés ou du fait d'une notification de la cession à la banque dépositaire ou de la reconnaissance de cette cession par cette dernière, l'inscription, la notification ou la reconnaissance peut ou non imposer à la banque dépositaire l'obligation de suivre les instructions du créancier garanti concernant les fonds qui sont sur le compte bancaire lorsqu'il souhaite réaliser la sûreté. Si une banque dépositaire n'est pas tenue par les lois applicables d'un État particulier à une telle obligation, le créancier garanti aura généralement le droit, lors de la réalisation de la sûreté, d'obtenir les fonds qui sont sur le compte bancaire si le client a donné ordre à la banque dépositaire de suivre les instructions du créancier concernant les fonds ou si la banque dépositaire a convenu avec ce dernier de le faire.

60. En l'absence de telles instructions ou d'un tel accord, le créancier garanti peut être contraint de réaliser la sûreté sur le compte bancaire en recourant à une procédure judiciaire pour obtenir une décision du tribunal enjoignant à la banque dépositaire de lui remettre les fonds qui sont sur le compte.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le reste de la section 8 et les sections 9 à 11 de la Partie A. Remarques générales, ainsi que la Partie B. Recommandations, figurent dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.18/Add.1.]