



Assemblée générale

Distr.: Limitée
17 juillet 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Onzième session
Vienne, 4-8 décembre 2006

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties: terminologie et recommandations

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Terminologie et règles d'interprétation	1-3	3
Recommandations	1-227	13
I. Principaux objectifs d'une loi efficace sur les opérations garanties.	1	13
II. Champ d'application	2-7	14
III. Approches fondamentales en matière de sûretés et autres règles générales.	8-11	18
IV. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties).	12-29	19
A. Recommandations générales	12-21	19
B. Recommandations sur des biens particuliers	22-29	22
V. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière.	30-54	30
A. Recommandations générales	30-44	30
B. Recommandations sur des biens particuliers	45-54	36
VI. Le système de registre	55-71	40



VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents	72-105	46
A. Recommandations générales	72-88	47
B. Recommandations sur des biens particuliers	89-105	55
VIII. Droits et obligations des parties	106-111	63
A. Recommandations générales	106-107	63
B. Recommandations sur des biens particuliers	108-111	64
IX. Droits et obligations des tiers débiteurs	112-125	65
A. Droits et obligations du débiteur de la créance	112-118	65
B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable	119	69
C. Droits et obligations de la banque dépositaire	120-121	69
D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant.	122-124	70
E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable.	125	71
X. Défaillance et réalisation	126-170	71
A. Recommandations générales	126-159	71
B. Recommandations sur des biens particuliers	160-170	80
XI. Insolvabilité	171-181	83
A. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: définitions et recommandations.		83
B. Recommandations supplémentaires du Guide sur les opérations garanties concernant l'insolvabilité	171-181	92
XII. Mécanismes de financement d'acquisitions	182-194	96
A. Approche unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions	182-194	96
B. Approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions	182-194	101
XIII. Conflit de lois	195-217	108
A. Recommandations générales	195-206	109
B. Recommandations sur des biens particuliers	207-213	114
C. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités.	214-217	119
XIV. Transition	218-227	120

Terminologie et règles d'interprétation¹

1. Le Guide adopte une certaine terminologie pour exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Cette terminologie n'est empruntée à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se trouve être identique à celui employé dans une loi nationale, il peut ici revêtir un autre sens. L'objectif est de donner au lecteur un vocabulaire et un cadre conceptuel communs et d'encourager l'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières.

2. "Ou" n'est pas exclusif; le singulier inclut le pluriel et vice-versa; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe "peut" exprime la permission et le verbe "devrait" une instruction; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" et autres formules du même type doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents. [Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l'État du for et les créanciers étrangers, sauf indication contraire.] Le terme "personne" devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire. Dans l'ensemble du Guide, les termes "loi" ou "droit" désignent aussi bien le droit législatif que le droit non législatif. L'expression "loi régissant les instruments négociables" ou toute expression similaire désigne toute loi s'appliquant aux instruments négociables, à savoir non seulement le droit des instruments négociables proprement dit, mais aussi le droit des contrats et d'autres branches du droit éventuellement applicables. Les mêmes règles s'appliquent à l'expression "loi régissant les documents négociables".

3. On trouvera donc ci-après la liste des principaux termes qui sont employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le Guide. Ce sens est précisé dans les chapitres suivants où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d'autres termes (comme c'est le cas notamment du chapitre sur l'insolvabilité). Les définitions doivent être lues conjointement avec les recommandations où figurent les termes.

a) Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne un droit réel conventionnel sur un bien meuble ou un bien rattaché qui garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, que les parties aient ou non appelé ce droit "sûreté réelle mobilière". Il désigne également les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition et les sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'une acquisition. En ce qui concerne les créances, ce terme désigne aussi un transfert pur et simple d'une créance, ainsi qu'un transfert à titre de garantie. Il désigne en outre le "droit d'un cessionnaire";

b) Le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" désigne [, dans le contexte d'une approche unitaire,] une sûreté réelle mobilière sur un bien qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ce bien ou une obligation contractée pour permettre au constituant d'acquiescer ce bien. Il englobe les droits appelés sûretés réelles

¹ Les définitions et les règles d'interprétation font partie du commentaire et non des recommandations du Guide. Elles ont été placées dans le présent document pour la commodité du Groupe de travail. Elles se fondent sur les définitions et règles d'interprétation figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1, sauf indication contraire.

mobilières, ainsi que les droits acquis dans le cadre de ventes avec réserve de propriété, d'opérations de location-vente, de crédits-bails et d'opérations de prêt pour le financement du prix d'achat. Le terme "constituant" d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition désigne un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant dans une opération de prêt finançant le prix d'achat. Le terme "partie finançant l'acquisition" désigne le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition et inclut un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un prêteur du financement du prix d'achat;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être donner une définition des "mécanismes de financement d'acquisitions", qui pourrait par exemple être libellée comme suit:

"Le terme "mécanismes de financement d'acquisitions" désigne [, dans le contexte d'une approche unitaire,] des arrangements qui, appelés ou non sûretés réelles mobilières, permettent à une personne d'acquérir la possession ou l'utilisation de biens sous réserve d'une obligation d'en payer le prix à une personne qui conserve une sûreté sur eux jusqu'à ce que le prix soit payé."

Cette définition pourrait être placée immédiatement avant la définition de "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition".

Le Groupe de travail considérera peut-être aussi que des définitions supplémentaires sont nécessaires pour l'approche non unitaire, par exemple:

a) Le terme "mécanismes de réserve de propriété" désigne [, dans le contexte d'une approche non unitaire,] des arrangements qui permettent à une personne d'acquérir la possession ou l'utilisation de biens sous réserve d'une obligation d'en payer le prix à une personne qui en reste propriétaire jusqu'à ce que le prix soit payé. Ces mécanismes [, dans le contexte d'une approche non unitaire,] comprennent les ventes avec réserve de propriété, les accords de location-vente, les crédits-bails et les opérations de prêt pour le financement du prix d'achat; et

b) Le terme "droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété" désigne [, dans le contexte d'une approche non unitaire,] la propriété d'un bien qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ce bien ou une autre obligation contractée pour permettre à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant d'acquérir ce bien." (Pour cette note, voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, note sur les définitions).]

c) Le terme "obligation garantie" désigne l'obligation garantie par une sûreté réelle mobilière;

d) Le terme "créancier garanti" désigne un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière. Il désigne également dans le Guide le "cessionnaire";

e) Le terme "débiteur" désigne une personne qui doit exécuter l'obligation garantie [et inclut les débiteurs subsidiaires, tels que les garants de l'obligation]. Le débiteur peut être ou non la personne qui consent la sûreté réelle mobilière à un créancier garanti (voir "constituant");

f) Le terme “constituant” désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d’un créancier garanti pour garantir sa propre obligation ou celle d’une autre personne (voir “débitéur de la créance”). Il désigne également dans le Guide le “cédant”;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la deuxième phrase dans les définitions des termes “sûreté réelle mobilière”, “créancier garanti” et “constituant” est destinée à faire en sorte que les recommandations générales s’appliquent aux sûretés sur des créances et aux transferts purs et simples de créances, sauf indication contraire.]

g) Le terme “convention constitutive de sûreté” désigne une convention entre un constituant et un créancier, quelle qu’en soit la forme ou l’appellation, qui crée une sûreté réelle mobilière;

h) Le terme “bien grevé” désigne un bien meuble corporel ou incorporel sur lequel porte une sûreté réelle mobilière;

i) Le terme “biens meubles corporels” désigne notamment les stocks, le matériel, les biens rattachés, ainsi que les instruments et documents négociables;

j) Le terme “stocks” désigne un ensemble de biens meubles corporels destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires, mais aussi les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication) ;

k) Le terme “matériel” désigne des biens meubles corporels utilisés par une personne dans l’exploitation de son entreprise;

l) Le terme “biens rattachés à des biens immeubles” désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à des biens immeubles au point d’être traités comme des immeubles sans toutefois perdre leur identité de meubles en vertu de la loi de l’État où se trouvent ces biens immeubles;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire donnera des exemples de biens rattachés à des immeubles, par exemple du matériel de climatisation ou une chaudière, mais pas les briques ni le ciment (pour cette note, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, définitions).]

m) Le terme “biens rattachés à des biens meubles” désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à d’autres biens meubles [au point d’être traités comme faisant partie de ces biens meubles] sans toutefois perdre leur identité en vertu d’une loi autre que la présente loi;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire donnera des exemples de biens rattachés à des biens meubles, tels que des pneus et des moteurs d’avion (pour cette note, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, définitions).]

n) Les termes “masse ou produit fini” désignent des biens meubles corporels autres que de l’argent qui sont physiquement associés ou unis entre eux au point de perdre leur identité distincte en vertu d’une loi autre que la présente loi;

o) Le terme “biens meubles incorporels” désigne notamment les créances et d’autres droits à l’exécution d’obligations non monétaires;

p) Le terme “créance” désigne un droit au paiement d’une obligation monétaire et un droit contractuel à l’exécution d’une obligation non monétaire, à l’exclusion des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l’obligation de payer en vertu d’un engagement de garantie indépendant et de l’obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que la définition du terme “créance” a été modifiée pour tenir compte du fait qu’il est convenu d’appliquer les recommandations générales, complétées par les recommandations sur les créances: a) aux créances contractuelles non monétaires (voir A/CN.9/603, par. 35); et b) aux créances non contractuelles (voir A/CN.9/603, par. 36). La définition du terme “contrat initial” (ci-dessous w)) a en outre été complétée pour que ce terme englobe aussi toute autre source non contractuelle d’une créance. Des ajouts ont également été faits entre crochets: a) à la recommandation 22 (Efficacité d’une cession globale et d’une cession de créances futures, de fractions de créances ou d’un droit indivis sur des créances) afin de préserver les dispositions légales limitant la cessibilité des créances non contractuelles; et b) à la recommandation 109 (Garanties dues par le cédant) de sorte que les recommandations sur les garanties dues par le cédant ne s’appliquent pas à la cession d’une créance non contractuelle (voir A/CN.9/603, par. 36; voir aussi notes sur les recommandations 2 a), 22 et 109)].

q) Le terme “cession” désigne la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance ainsi que le transfert pur et simple d’une créance;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la constitution d’une sûreté sur une créance comprend aussi le transfert pur et simple de créances en garantie, transfert qui est traité dans le Guide comme une sûreté réelle mobilière.]

r) Le terme “cédant” désigne la personne qui cède une créance;

s) Le terme “cessionnaire” désigne la personne à laquelle une créance est cédée;

t) Le terme “cession subséquente” désigne une cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire. Dans une cession subséquente, la personne qui effectue la cession est le cédant et la personne à qui la cession est effectuée est le cessionnaire;

u) Le terme “débiteur de la créance” désigne une personne tenue de payer une créance. Il inclut un garant étant donné qu’une garantie accessoire est une créance;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu’à sa dixième session, il est convenu de supprimer les mots “en compte” du terme “débiteur en compte”. Ce dernier terme a été remplacé par “débiteur de la créance”. Ainsi, le terme “débiteur”, employé seul, désigne toujours le débiteur de l’obligation garantie, ce qui évite toute confusion. De plus, cette solution est compatible avec la Convention des Nations Unies sur la cession, qui fait référence au “débiteur” pour parler du “débiteur de la créance”. Cette légère différence terminologique tient au fait que la Convention emploie le terme “cédant” pour désigner le débiteur de l’obligation garantie.]

v) Les termes “notification” et “avis” désignent une communication par écrit [, sauf indication contraire dans le Guide]. Le terme “notification de la cession” désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment la créance cédée et le cessionnaire. Une communication électronique satisfait à l’exigence d’un écrit si l’information qu’elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement (voir article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et article 9-2 de la Convention sur les contrats électroniques);

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le Guide fait référence à différents types d’avis ou de notifications (à savoir, l’avis inscrit sur le registre général des sûretés, l’avis de défaillance, la notification de l’intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire, la notification de la cession et la notification aux parties inscrites finançant les stocks). Il voudra peut-être examiner si l’un de ces avis ou notifications ne devrait pas être sous forme écrite et s’il faudrait employer le même terme (en anglais) pour tous les avis ou notifications ou un terme différent pour certains d’entre eux (par exemple “notice” ou “registered notice” s’agissant de l’avis inscrit sur le registre général des sûretés et “notification” pour les autres cas).

Le Groupe de travail notera peut-être que la règle selon laquelle l’“écrit” comprend les communications électroniques figure dans la recommandation 10. Selon que la référence à un “écrit signé” sera conservée ou non dans les recommandations 13 (Constitution) et 116 c) (Engagement de ne pas opposer d’exceptions), le Groupe de travail pourrait examiner si la règle figurant dans la recommandation 11, selon laquelle la “signature” comprend la signature électronique, devrait aussi figurer dans les définitions.]

w) Le terme “contrat initial” désigne, dans le contexte d’une cession, le contrat entre le cédant et le débiteur de la créance d’où naît la créance. Dans le cas d’une créance non contractuelle, il désigne la source non contractuelle de la créance;

x) Le terme “instrument négociable” désigne un instrument représentatif d’un droit à paiement, tel qu’un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les instruments négociables;

y) Le terme “document négociable” désigne un document représentatif d’un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu’un récépissé d’entrepôt ou un connaissement, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les documents négociables;

z) Le terme “engagement de garantie indépendant” désigne une lettre de crédit (commerciale ou stand-by), une confirmation de lettre de crédit, une garantie indépendante (garantie sur demande, à première demande, bancaire ou contre-garantie bancaire) ou tout autre engagement de garantie considéré comme indépendant par la loi ou les règles de pratique, telles que la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (“Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by”), les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande;

aa) Le terme “produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé souscrit ou un autre article de valeur, que doit dans chaque cas remettre le garant/émetteur honorant le tirage d’un engagement de garantie indépendant ou une personne désignée fournissant une prestation au titre de ce tirage. Il ne désigne pas:

- i) Le droit de tirer un engagement de garantie indépendant (c’est-à-dire de demander paiement); ni
- ii) Ce qui est reçu au titre d’un engagement de garantie indépendant ou après disposition du produit d’un engagement de garantie indépendant (à savoir le produit lui-même);

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la définition parle de “produit d’un engagement de garantie indépendant”, suivant ainsi la terminologie généralement utilisée dans le droit et la pratique des engagements de garantie indépendants. Tel qu’employé dans le Guide, ce terme désigne le droit du constituant, en tant que bénéficiaire d’un engagement de garantie indépendant, de recevoir tout paiement effectué ou autre prestation donnée au titre de l’engagement à condition de se conformer aux conditions dudit engagement. Il ne désigne pas le produit lui-même, autrement dit ce qui est effectivement reçu après que le tirage a été honoré par le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée (la réception par le bénéficiaire d’une prestation d’une banque négociatrice ne devrait pas être assimilée à l’acte d’honorer ou de disposer) ou après disposition du droit au produit d’un engagement de garantie indépendant.]

Le terme “produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne un droit de recevoir même si le mot “produit”, tel qu’employé dans le droit et la pratique des engagements indépendants, peut renvoyer soit au droit de recevoir soit à tout ce qui est reçu au titre de l’engagement et même si le “produit” désigne, dans d’autres parties du Guide, tout ce qui est reçu. Le commentaire mettra en évidence la distinction entre une sûreté sur le produit d’un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) et le “produit” (concept clef du Guide) de biens visés par le Guide.]

bb) Le terme “garant/émetteur” désigne une banque ou une autre personne qui émet un engagement de garantie indépendant;

cc) Le terme “confirmateur” désigne une banque ou une autre personne qui ajoute son propre engagement de garantie indépendant à celui du garant/émetteur;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que, comme à l’alinéa e) de l’article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by, une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, conformément aux conditions de l’engagement confirmé.]

dd) Le terme “personne désignée” désigne une banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple, “toute banque dans un pays X”) comme étant la personne désignée pour fournir une prestation au titre de l’engagement et qui agit conformément à cette désignation;

ee) Un créancier garanti a le “contrôle” [par rapport à un garant/émetteur, à un confirmateur ou à une personne désignée] du produit d’un engagement de garantie indépendant:

- i) Automatiquement dès la constitution de la sûreté réelle mobilière s’il est le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée; ou
- ii) Si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée a émis une acceptation en sa faveur;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être se reporter, en ce qui concerne le texte entre crochets, à la note sur la recommandation 96 (Priorité d’une sûreté grevant le produit d’un engagement de garantie indépendant).]

ff) Le terme “acceptation” en ce qui concerne le produit d’un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une autre prestation suite au tirage de l’engagement de garantie indépendant, unilatéralement ou conventionnellement:

- i) A accepté la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur ce produit (que cette sûreté soit appelée “cession” ou autrement) en faveur du créancier garanti, ou y a consenti (quelle que soit la façon dont cette acceptation ou ce consentement sont constatés); ou
- ii) S’est engagé à payer le créancier garanti ou à lui fournir une prestation suite au tirage de l’engagement;

gg) Le terme “compte bancaire” désigne un compte tenu par une banque sur lequel des fonds peuvent être déposés ou crédités. Il inclut les comptes chèques ou autres comptes courants, les comptes d’épargne ou les dépôts à terme. Il n’inclut pas une créance contre la banque née en vertu de la loi régissant les instruments négociables;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comprend le droit au paiement de fonds transférés sur un compte interne de la banque qui ne sont pas affectés au règlement d’obligations dues à la banque. Le commentaire expliquera en outre que les fonds transférés à la banque à titre de remboursement anticipé d’une obligation de paiement futur que la banque a acceptée dans le cours normal de ses activités sont également visés dans la mesure où la personne ayant donné des instructions à la banque a droit à ces fonds si la banque n’effectue pas ce paiement futur.]

hh) Un créancier garanti a le “contrôle” d’un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire:

- i) Automatiquement dès la constitution d’une sûreté réelle mobilière s’il est la banque dépositaire;
- ii) Si la banque dépositaire a conclu avec le constituant et avec lui un accord de contrôle dans lequel elle est convenue de suivre les instructions du créancier concernant le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement; ou

iii) S'il est titulaire du compte.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera: a) qu'une banque dépositaire n'est pas obligée de conclure un accord de contrôle; b) que les droits d'un créancier garanti seront soumis aux droits et obligations que la loi et la pratique régissant les comptes bancaires confèrent à la banque dépositaire; et c) qu'un accord de contrôle ne peut être conclu sans le consentement du constituant (et de la banque dépositaire) et que le constituant conserve le droit de disposer des fonds se trouvant sur le compte bancaire jusqu'à ce que le créancier garanti donne à la banque dépositaire d'autres instructions (bien que, dans certains accords de contrôle, les fonds soient bloqués dès la conclusion de l'accord). Le commentaire expliquera aussi que le point c) vise les situations où: a) un compte existant est transféré au créancier garanti; b) le créancier garanti convient avec le constituant que les fonds seront déposés sur un compte qui sera ouvert ultérieurement; et c) le créancier garanti est seul titulaire du compte (autrement dit il n'est pas un simple cotitulaire).]

ii) Le terme "droit de propriété intellectuelle" désigne les brevets, les marques de fabrique, de commerce ou de service, les secrets de fabrique, le droit d'auteur et les droits voisins ainsi que les dessins et modèles. Il désigne aussi les droits découlant de licences de droits de propriété intellectuelle;

jj) Le terme "produit" désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés. Par exemple, on entend par produit ce qui est reçu d'une vente ou d'un autre acte de disposition ou d'administration, d'un recouvrement, d'une location ou d'une mise sous licence d'un bien grevé, le produit du produit, les fruits civils et naturels, les dividendes, les répartitions, les indemnités d'assurance et les créances nées de vices, d'un dommage ou d'une perte;

kk) Le terme "priorité" désigne le droit d'une personne d'obtenir l'avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent;

ll) Le terme "réclamant concurrent" désigne:

i) Un autre créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le même bien grevé (qu'il s'agisse d'un bien initialement grevé ou du produit);

ii) Dans le contexte d'un système fondé sur une approche non unitaire en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition, le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat du même bien grevé qui en est resté propriétaire;

iii) Un autre créancier du constituant faisant valoir un droit sur le même bien grevé (par exemple, de plein droit, par saisie conservatoire, saisie exécutoire ou par une procédure similaire);

iv) Le représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant²; ou

v) Tout acheteur ou autre bénéficiaire du transfert (y compris un preneur à bail ou un preneur de licence) du bien grevé;

mm) Le terme "sûreté réelle mobilière avec dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui sont en possession effective du créancier garanti ou d'une autre personne (qui n'est ni le débiteur ni un autre constituant) qui les détient pour le créancier garanti;

nn) Le terme "sûreté réelle mobilière sans dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur: i) des biens meubles corporels qui ne sont pas en possession effective du créancier garanti ou d'une autre personne qui les détiendrait pour lui; ou ii) des biens meubles incorporels;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les alinéas mm) et nn) sont nécessaires compte tenu de la décision de ne pas faire de distinction entre les sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession. Ces termes sont uniquement utilisés dans les recommandations 1 e) (Principaux objectifs) et 2 d) (Biens, parties, obligations garanties et sûretés réelles mobilières).]

oo) Le terme "possession", sauf tel qu'il est employé dans les recommandations 27 et 48 à 50 en ce qui concerne l'émetteur d'un document négociable, désigne la possession effective de biens meubles corporels par une personne, ou un mandataire ou un employé de cette personne, ou encore une autre personne détenant ces biens au nom de cette personne, ou une personne indépendante qui accepte de les détenir pour cette personne. Ce terme n'inclut pas la possession virtuelle, fictive ou symbolique;

pp) Le terme "émetteur" d'un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément à la loi régissant les documents négociables;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, dans le cas d'un connaissance "multimodal" (s'il est considéré comme un document négociable par la loi applicable), l'"émetteur" peut être une personne qui sous-traite plusieurs parties du transport à d'autres personnes mais qui assume la responsabilité du transport et de tout dommage qui pourrait survenir pendant celui-ci.]

qq) Le terme "tribunal de l'insolvabilité" désigne une autorité judiciaire ou autre compétente pour contrôler ou superviser une procédure d'insolvabilité;

rr) Le terme "masse de l'insolvabilité" désigne les biens et les droits du débiteur qui sont soumis au contrôle ou à la surveillance du représentant de l'insolvabilité et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité;

² Dans le chapitre sur l'insolvabilité, il est fait référence à "l'insolvabilité du débiteur" afin de suivre la terminologie employée dans le *Guide de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (voir note 55).

ss) Le terme “procédure d’insolvabilité” désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, menée conformément à la loi sur l’insolvabilité en vue du redressement ou de la liquidation de l’entreprise du débiteur;

tt) Le terme “représentant de l’insolvabilité” désigne une personne ou un organe chargé d’administrer la masse de l’insolvabilité;

uu) Le terme “acheteur dans le cours normal des affaires” désigne une personne qui achète dans des conditions commerciales normales des stocks à un professionnel vendant des biens meubles corporels du même genre sans savoir que cette vente viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d’autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

vv) Le terme “preneur à bail dans le cours normal des affaires” désigne une personne qui prend à bail dans des conditions commerciales normales des stocks à un professionnel louant des biens meubles corporels du même genre sans savoir que cette location viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d’autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

ww) Le terme “titulaire de licence dans le cours normal des affaires” désigne une personne qui prend sous licence dans des conditions commerciales normales des biens meubles incorporels à un professionnel mettant sous licence des biens du même genre sans savoir que cette licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d’autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les termes “acheteur dans le cours normal des affaires”, “preneur à bail dans le cours normal des affaires” et “titulaire de licence dans le cours normal des affaires” sont mentionnés dans la recommandation 83 (Droit des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés). Le commentaire précisera qu’il est possible pour un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de connaître l’existence d’une sûreté sans pour autant savoir que le transfert se fait en violation des clauses de la convention constitutive de sûreté. Il expliquera aussi que, dans les rares cas où l’acheteur des stocks a connaissance non seulement de la sûreté mais aussi du fait que la vente se fait en violation de la convention constitutive, il ne sera pas considéré comme acheteur dans le cours normal des affaires et par conséquent ne prendra pas les stocks libres de sûretés, comme le prévoit la recommandation 83 a). Il précisera en outre que le critère établi dans la recommandation 83 est le même que dans les recommandations 94 (Priorité d’une sûreté sur un droit au paiement des fonds crédités sur un compte bancaire) et 95 (Priorité d’une sûreté sur de l’argent).]

xx) Le terme “biens de consommation” désigne des biens meubles corporels destinés à être utilisés à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

Recommandations³

I. Principaux objectifs d'une loi efficace sur les opérations garanties⁴

Objet

La recommandation relative aux principaux objectifs a pour objet de fournir un cadre général pour la mise en place et le développement d'une loi sur les opérations garanties efficace. Cette recommandation pourrait être insérée sous forme de préambule dans la loi sur les opérations garanties (ci-après "la loi") en tant que guide des principes législatifs fondamentaux à prendre en considération pour interpréter et appliquer celle-ci.

Principaux objectifs

1. La loi devrait avoir pour but:
 - a) De promouvoir le crédit garanti;
 - b) De permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale d'un large éventail de biens afin de garantir des crédits dans le plus large éventail possible d'opérations de crédit;
 - c) De permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace;
 - d) D'assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit et de diverses formes d'opérations garanties;
 - e) De valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession;
 - f) D'encourager un comportement responsable de la part de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence;
 - g) D'établir des règles de priorité claires et prévisibles;
 - h) De faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace;
 - i) D'établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées;
 - j) De reconnaître l'autonomie des parties; et
 - k) D'harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois.

³ Les recommandations du présent document se fondent sur les recommandations contenues dans le document indiqué dans la note de bas de page se rapportant au titre du chapitre, sauf indication contraire dans une note de bas de page se rapportant au titre d'une recommandation particulière ou note.

⁴ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

II. Champ d'application⁵

Objet

Les dispositions de la loi relatives au champ d'application ont pour objet d'établir un régime unique global pour les opérations garanties. Ces dispositions devraient spécifier les biens, les parties, les obligations garanties et les sûretés réelles mobilières auxquels la loi s'applique.

Biens, parties, obligations garanties et sûretés réelles mobilières

2. La loi devrait s'appliquer:

a) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les obligations non monétaires contractuelles, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que les recommandations générales, complétées par les recommandations sur les créances, s'appliquent: a) aux créances contractuelles et non contractuelles (cependant, les recommandations 22 et 109 ne s'appliquent pas aux créances non contractuelles); et b) aux obligations contractuelles non monétaires. Le commentaire expliquera aussi qu'une loi autre que celle recommandée dans le Guide s'applique aux droits des débiteurs d'obligations contractuelles non monétaires (voir aussi notes sur la définition p), "créance", et recommandations 22 et 109).]

b) À toutes les personnes morales et physiques, y compris les consommateurs, sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs;

c) À tous les types d'obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables, y compris les obligations dont le montant fluctue et les obligations décrites en termes génériques;

d) À tous les types de sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession sur des biens meubles;

e) À tous les types de sûretés réelles créées contractuellement pour garantir le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, quelle que soit la forme de l'opération, y compris les différentes formes de réserve de propriété, de crédits-bails et d'accords de location-vente, ainsi que les transferts de propriété à titre de garantie.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire précisera que, si le Guide s'applique aux sûretés réelles mobilières (définies comme des sûretés contractuelles), le chapitre sur la priorité

⁵ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

s'applique aux conflits de priorité entre des sûretés contractuelles et non contractuelles.]

Transferts purs et simples de créances⁶

3. La loi devrait s'appliquer aux transferts purs et simples de créances, sous réserve de la recommandation 160 (Application du chapitre sur la réalisation aux transferts purs et simples de créances).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, la définition p), "créance", excluant les droits à paiement en vertu d'un instrument négociable, l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire, la recommandation 3 ne s'applique pas au transfert pur et simple d'un instrument négociable, du produit d'un engagement de garantie indépendant ou d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. En revanche, les recommandations du Guide s'appliquent au transfert de ces biens à titre de garantie car ils sont traités comme des opérations garanties.]

Le commentaire expliquera que les transferts purs et simples d'instruments négociables, du produit d'un engagement de garantie indépendant et de fonds crédités sur un compte bancaire ont été exclus car: a) ils soulèvent des questions différentes et nécessiteraient des règles spéciales; et b) à la différence des créances où un conflit de priorité entre un transfert à titre de garantie et un transfert pur et simple se réglerait en fonction de l'ordre d'inscription, dans le cas des instruments négociables, un créancier garanti pourrait toujours obtenir un rang supérieur en prenant possession de l'instrument. De même, dans le cas du produit d'un engagement de garantie indépendant et de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, il pourrait obtenir un rang supérieur en prenant le contrôle. Le commentaire examinera aussi les questions soulevées par les transferts purs et simples d'instruments négociables autres que les chèques à l'intention des États qui souhaiteraient les traiter dans la loi (pour cette note, voir A/CN.9/611, note sur la recommandation 3 f)).

À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, si les principes de la loi sur les opérations garanties peuvent facilement s'appliquer au transfert pur et simple de billets à ordre et, éventuellement, de lettres de change à peu près de la même manière qu'au transfert pur et simple de créances dans le Guide, ils ne s'appliquent en revanche pas de manière satisfaisante au transfert pur et simple de chèques. Cette dernière question est suffisamment traitée par le droit des instruments négociables et celui du recouvrement bancaire.

Le commentaire expliquera aussi qu'un État adoptant qui souhaite étendre l'application de son droit des opérations garanties aux transferts purs et simples d'instruments négociables qui sont soit des billets à ordre soit des lettres de change (et élargir sa définition de "sûreté réelle mobilière" pour englober le droit du bénéficiaire de ce type de transferts), pourrait envisager de prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sous forme de transfert pur et simple d'un instrument négociable

⁶ Voir A/CN.9/611, recommandation 3 f).

devient automatiquement opposable lors du transfert. Une telle règle éviterait de perturber les pratiques financières existantes.

En outre, le commentaire expliquera que la priorité d'une telle sûreté serait régie par les principes généraux de la priorité et plus particulièrement par le principe général énoncé dans la recommandation 76, sous réserve des recommandations 89 et 90. Comme dans le cas du transfert pur et simple d'une créance, le bénéficiaire du transfert pur et simple d'un instrument négociable devrait pouvoir en obtenir l'exécution sans que le cédant ait à donner son accord, sous réserve des droits des débiteurs dans le cadre de l'instrument tels que décrits dans le chapitre sur la réalisation (pour les trois précédents paragraphes, voir A/CN.9/611/Add.1, note sur la recommandation 3 f).]

Aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires et propriété intellectuelle

4. Nonobstant la recommandation 2 a), la loi ne devrait pas s'appliquer:

a) Aux aéronefs, au matériel roulant ferroviaire, aux objets spatiaux, aux navires et aux biens qui y sont rattachés dans la mesure où les recommandations de la présente loi sont incompatibles avec des lois spéciales existantes ou des obligations internationales de l'État concernant ces types de biens. En cas d'incompatibilité directe, la loi devrait confirmer expressément que ces lois spéciales et obligations internationales régissent les biens en question là où il y a incompatibilité;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les mots "aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux et navires" devraient être interprétés selon le sens qui leur est donné par la législation nationale ou les conventions internationales les régissant.]

b) Aux droits de propriété intellectuelle dans la mesure où les recommandations de la présente loi sont incompatibles avec des lois existantes ou des obligations internationales de l'État concernant ces biens.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'un État qui adopte une législation sur les opérations garanties conformément au Guide devrait examiner s'il conviendrait d'adapter certaines des recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. À cet égard, l'État devrait examiner ses lois existantes sur la propriété intellectuelle ainsi que ses obligations découlant de traités, de conventions et d'autres accords internationaux en la matière et, dans les cas où les recommandations du Guide seraient directement incompatibles avec une de ces lois ou obligations, la loi sur les opérations garanties de l'État devrait confirmer expressément que ces lois et obligations régissent la question là où il y a incompatibilité.]

Lorsqu'il examine s'il convient d'adapter d'une quelconque manière les recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, l'État devrait analyser chaque situation sous tous les aspects et tenir dûment compte à la fois de la nécessité de mettre en place un régime efficace en matière d'opérations garanties et de celle d'assurer la protection et

l'exercice des droits de propriété intellectuelle conformément aux conventions internationales et à la législation interne.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter qu'à sa trente-neuvième session, la Commission a prié le secrétariat de préparer une note sur le financement garanti par la propriété intellectuelle pour examen à sa quarantième session afin de donner aux États des orientations plus détaillées sur ce type de financement.]

Valeurs mobilières et biens immeubles

5. La loi devrait prévoir qu'elle ne s'applique pas aux valeurs mobilières [détenues indirectement] et aux biens immeubles, bien qu'elle puisse avoir un effet sur ces biens, comme le prévoient les recommandations 24 et 45.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les valeurs mobilières et les biens immeubles sont exclus du champ d'application du Guide en tant que biens initialement grevés. Ils peuvent toutefois être affectés par les recommandations du Guide.

Si une sûreté réelle mobilière portant sur des valeurs mobilières ou une hypothèque garantit une créance, un instrument négociable ou une autre obligation et que la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation soit cédée, la sûreté sur les valeurs mobilières ou l'hypothèque suit. Cette règle n'a aucune incidence sur les droits des tiers ou les prescriptions en matière de priorité et de réalisation prévus dans la loi sur les valeurs mobilières ou les biens immeubles. Par exemple, une sûreté réelle mobilière sur des valeurs mobilières intermédies qui a été rendue opposable par une inscription en compte ou par prise de contrôle en vertu de la loi sur les valeurs mobilières aura la priorité.

Le Groupe de travail pourrait examiner si, dans le cas où les valeurs mobilières ou le bien immeuble sont le produit d'un bien visé par le Guide, la sûreté s'étend aussi à ce produit. Dans l'affirmative, il faudra peut-être faire un ajout de sorte que les droits des tiers, la priorité et la réalisation de la sûreté grevant les valeurs mobilières ou le bien immeuble en tant que produit soit soumise à la loi régissant les valeurs mobilières ou les immeubles, selon le cas.

Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le texte entre crochets dans la recommandation 5 vise à éviter que les valeurs mobilières détenues directement soient exclues du champ d'application du Guide dans la mesure où elles ne sont pas soumises à une législation spéciale (même le projet de convention d'UNIDROIT sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédies ne s'applique pas aux valeurs détenues directement). Seraient ainsi couvertes, par exemple, les sûretés sur les actions d'une filiale entièrement détenues par la société mère, puisque ces sûretés sont utilisées dans d'importantes opérations de prêts commerciaux.]

Paiements reçus dans le cadre du travail

6. La loi devrait prévoir qu'elle ne s'applique pas aux créances sous la forme de rémunérations, prestations de retraite, avantages sociaux et autres paiements reçus dans le cadre de contrats ou de relations de travail, ainsi que d'autres paiements similaires (par exemple, prestations familiales) dans la mesure où une loi autre que la présente loi limite la constitution de sûretés réelles mobilières sur ces créances ou le transfert de ces créances.

Autres exceptions

7. La loi devrait limiter toutes autres exceptions à son champ d'application et, si d'autres exceptions sont néanmoins prévues, elles devraient être énoncées dans la loi de manière claire et précise.

III. Approches fondamentales en matière de sûretés et autres règles générales⁷

Objet

Les recommandations relatives aux approches fondamentales en matière de sûretés ont pour objet de faire en sorte que la loi s'applique de manière intégrée et cohérente à tous les types de droits sur des biens meubles qui remplissent une fonction de garantie.

Approche intégrée et fonctionnelle

8. La loi devrait établir un ensemble intégré et cohérent de dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières sur les biens meubles corporels et incorporels. Ses règles devraient s'appliquer à toutes les sûretés créées par voie contractuelle (quelle qu'en soit la forme) sur des biens meubles garantissant une obligation, y compris les droits découlant d'un transfert de la propriété de biens meubles corporels ou une cession de créances à titre de garantie, une vente assortie d'une réserve de propriété, un crédit-bail ou un accord de location-vente [, sauf dans la mesure où les recommandations 171 (Approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions, variante B) et 193 (Réalisation des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété, approche non unitaire, variante B) en disposent autrement].

Autonomie des parties

9. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire de [spécifier les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé ou qui ne peuvent être modifiées par convention, par exemple la règle de conduite dans le contexte de la réalisation], le créancier garanti et le constituant ou le débiteur peuvent déroger à ses dispositions relatives à leurs droits et obligations respectifs ou modifier ces dispositions par convention. Une telle convention n'a pas d'incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

Communications électroniques

10. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la présente recommandation reprend le texte de l'article 9-2 de

⁷ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques, qui est conforme à l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.]

11. [La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une personne, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne et pour indiquer la volonté de cette personne concernant l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la méthode utilisée est:

i) Soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou transmise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière;

ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle-même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa a) ci-dessus.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la présente recommandation reprend le texte de l'article 9-3 de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques, qui est conforme à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il voudra peut-être aussi noter que, d'après la recommandation 116 c) (Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation), un écrit signé est exigé pour que le débiteur d'une créance puisse renoncer à son droit d'opposer des exceptions.]

IV. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)⁸

Objet

Les dispositions de la loi relatives à la constitution ont pour objet de spécifier de quelle manière une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble est constituée (c'est-à-dire prend effet entre les parties).

A. Recommandations générales

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

12. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière est constituée par une convention entre le constituant et le créancier garanti qui identifie le créancier garanti et le constituant et qui décrit suffisamment l'obligation garantie et les biens devant être grevés. Une description générique des biens grevés est suffisante (par exemple "tous les biens" ou "tous les stocks").

⁸ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

13. La loi devrait prévoir que la convention peut être verbale si elle s'accompagne d'un transfert de la possession du bien grevé. Dans le cas contraire, la convention doit revêtir la forme d'un écrit [signé par le constituant conformément à la recommandation 11] [qui atteste la volonté du constituant d'octroyer une sûreté].

Moment de la constitution

14. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière est constituée lorsque les conditions prévues dans les recommandations 12 et 13 (Constitution d'une sûreté réelle mobilière) pour la convention constitutive de sûreté sont remplies et que le constituant a des droits sur les biens ou le droit de grever les biens, à moins que les parties ne conviennent d'une date ultérieure.

Obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté⁹

15. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut garantir tout type d'obligation, présente ou future, déterminée ou déterminable, ainsi que des obligations conditionnelles et des obligations dont le montant fluctue.

Biens pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

16. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut être octroyée sur tout type de bien, y compris des fractions de biens et des droits indivis sur des biens. Une convention constitutive de sûreté peut porter sur des biens qui, au moment de sa conclusion, n'existent pas encore ou dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou qu'il n'a pas encore le pouvoir de grever. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et décrites dans la loi de manière claire et précise.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une sûreté sur des biens futurs ou sur des biens appartenant à des tiers n'est pas constituée tant que le constituant n'a pas acquis de droits sur ces biens. Une autre loi (par exemple, la loi sur les ventes ou sur les biens) peut permettre à une personne de constituer une sûreté sur des biens dont elle n'est pas propriétaire ou d'en disposer d'une autre manière (par exemple, une règle qui protège le bénéficiaire d'un transfert de bonne foi qui acquiert un droit d'un constituant qui se trouve en possession de biens dont il n'est pas propriétaire).]

17. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut être consentie sur l'ensemble des biens d'un constituant.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire traite d'une approche adoptée dans certains systèmes juridiques, qui consiste à réserver, en cas d'insolvabilité d'une personne ayant consenti une sûreté réelle mobilière sur l'ensemble de ses biens (pour un examen des sûretés assises sur la totalité des biens, voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 20 à 25), un certain pourcentage de la valeur des biens grevés aux créanciers chirographaires (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 33 à 35). Toutefois, pour les raisons exposées dans le commentaire, le Guide ne recommande pas cette approche (voir recommandation 85 (Priorité des créances privilégiées)).]

⁹ Voir A/CN.9/611.

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit¹⁰

18. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties à la convention constitutive de sûreté, la sûreté réelle mobilière sur le bien grevé s'étend à son produit identifiable.

19. [La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 18, la sûreté ne s'étend au produit sous la forme de fruits civils et naturels des biens grevés que si les parties le prévoient dans la convention constitutive de sûreté.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 19 adopte pour les fruits civils et naturels de biens grevés une approche différente de celle suivie par la recommandation 18 en ce qui concerne d'autres types de produit. Or, la notion de "produit", telle que définie dans la section "terminologie", inclut les fruits civils et naturels et on peut naturellement s'attendre à ce que la sûreté s'étende automatiquement aux fruits civils et naturels. Le Groupe de travail voudra donc peut-être envisager de supprimer la recommandation 19.]

Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant le produit (à savoir définition jj) et recommandations 18 à 21, 43 et 44, 80, 173 et 174, 191 et 192 et 198). Il voudra peut-être également noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Produit mélangé

20. La loi devrait prévoir que, lorsque le produit sous forme d'argent a été mélangé avec d'autres biens de sorte qu'il n'est pas identifiable, le montant du produit immédiatement avant qu'il ait été mélangé avec les autres biens doit être traité comme un produit identifiable, à condition qu'à tout moment après que le produit a été mélangé, le montant total des biens soit supérieur au montant du produit. Si, à tout moment après que le produit a été mélangé, le montant total des biens est inférieur au montant du produit, le montant total des biens au moment où son montant était le plus faible, plus le montant de tout produit ultérieurement mélangé aux biens doit être traité comme un produit identifiable.

21. La loi devrait prévoir que, si le produit sous une forme autre que de l'argent a été mélangé à d'autres biens du même type de sorte qu'il n'est pas identifiable, la part de la valeur du produit dans la valeur totale des biens doit être traitée comme un produit identifiable.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 20 vise uniquement l'argent car: a) un produit mélangé autre que l'argent est relativement rare; et b) les règles d'identification pour ces situations sont également rares. La recommandation 21, en revanche, pourrait être appliquée dans le cas d'un produit sous la forme de biens fongibles qui seraient mélangés à d'autres biens du même type (par exemple lorsque le produit d'une opération de troc prend la forme de céréales stockées dans un élevateur à grains commun).]

¹⁰ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 29, 29 bis et 30.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances¹¹

22. La loi devrait prévoir que:

a) La cession de créances [contractuelles] non identifiées précisément, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance à condition que celles-ci soient identifiables, à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date où elles naissent, comme étant celles qui font l'objet de la cession; et

b) Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le texte entre crochets à l'alinéa a) de la présente recommandation vise à éviter tout empiètement sur les dispositions légales limitant la cessibilité des créances non contractuelles (voir A/CN.9/603, par. 36 et notes sur la définition p), "créance", et recommandations 2 a) et 109). Il voudra peut-être examiner ensemble toutes les définitions et recommandations concernant les sûretés sur des créances (à savoir définitions a), p) à w) et recommandations 18 à 20, 22 à 24, 45, 108 à 118, 160 à 162, 172, 192, 197, 207 et 213). Il voudra peut-être également noter que le commentaire précisera que ces recommandations ainsi que toutes les autres recommandations sur des biens particuliers doivent être lues conjointement.]

Efficacité d'une cession faite en dépit d'une clause d'incessibilité

23. La loi devrait prévoir que:

a) Une cession a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur de la créance ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que l'alinéa a) de la présente recommandation prive d'effet uniquement une convention entre un débiteur et un créancier qui limite le droit du second de céder une créance qu'il détient sur le premier. Si la créance est cédée, le débiteur est appelé "débiteur de la créance" et le créancier "cédant".

Par exemple, si une convention pour la location de biens meubles corporels limite le droit du bailleur de céder les loyers qui lui sont dus en vertu du bail, l'alinéa a) prive d'effet cette restriction car la convention est passée entre le débiteur (le preneur) et le créancier (le bailleur) de la créance (le loyer dû en vertu du bail). À l'inverse, si la convention de location entre le bailleur et le preneur

¹¹ Pour les recommandations 22 à 24, voir A/CN.9/611, recommandations 14 à 16.

limite le droit de ce dernier de céder une créance prenant la forme de loyers qui lui sont dus par le sous-locataire en vertu d'un contrat de sous-location, l'alinéa a) ne s'applique pas et aucune disposition du Guide ne prive d'effet la restriction. Il en est ainsi parce que la convention limitant le droit du preneur de céder les loyers qui lui sont dus par le sous-locataire dans le cadre de la sous-location n'est pas une convention entre le preneur (bailleur et créancier dans la sous-location) et le sous-locataire (débiteur dans la sous-location). La question de savoir si la restriction dans le contrat de location peut être opposée au preneur serait tranchée par une loi autre que celle recommandée dans le Guide.

La même analyse serait valable si la restriction était contenue dans une licence de propriété intellectuelle. L'alinéa a) priverait d'effet une clause du contrat de licence qui empêcherait le donneur de licence de céder les redevances dues par le titulaire de la licence. En revanche, elle ne priverait pas d'effet une clause du contrat de licence empêchant ce dernier de céder les redevances d'une sous-licence. L'efficacité ou non de cette dernière clause serait déterminée par une loi autre que celle recommandée dans le Guide.

Le commentaire expliquera aussi que les États qui ne peuvent se protéger en limitant la cession dans leur loi pourraient envisager une exception à cette recommandation qui s'inspirerait de l'article 40 de la Convention des Nations Unies sur la cession.]

b) Aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une telle convention, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

c) La présente recommandation s'applique uniquement aux cessions de créances:

- i) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;
- ii) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;
- iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit;
- iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la "résolution" du contrat mentionnée à l'alinéa b) désigne le fait de mettre fin au contrat en général.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance, un instrument négociable ou toute autre obligation

24. La loi devrait prévoir que:

a) Un créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou toute autre obligation considérée comme un bien grevé par la présente loi bénéficie automatiquement, sans que le constituant ni lui-même aient à accomplir d'autres formalités, de toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation;

b) Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, la sûreté réelle mobilière s'étend automatiquement au produit de l'engagement, mais non au droit de tirer l'engagement;

c) La présente recommandation ne s'applique pas à une sûreté sur un bien immeuble qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation qu'elle garantit;

d) Un créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou toute autre obligation bénéficie de toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation nonobstant toute convention entre le constituant et le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument ou le débiteur de l'obligation limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de constituer une sûreté réelle mobilière sur cette créance, cet instrument ou cette obligation, ou sur toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, cet instrument ou cette obligation;

e) Aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du constituant découlant de la violation de la convention mentionnée à l'alinéa d) de la présente recommandation, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation, ou la convention constitutive de sûreté créant la sûreté personnelle ou réelle. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

f) Les alinéas d) et e) de la présente recommandation s'appliquent uniquement aux sûretés réelles mobilières sur des créances, des instruments négociables ou d'autres obligations:

i) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

ii) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit;

iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

g) La règle énoncée à l'alinéa a) de la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les obligations que le constituant a envers le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou le débiteur de toute autre obligation;

h) À condition que les effets automatiques découlant de l'alinéa a) de la présente recommandation et l'opposabilité automatique, prévue dans la recommandation 45, d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation ne soient pas compromis, la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les exigences d'une loi autre que la présente loi relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution de sûretés réelles mobilières sur des biens quelconques, garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, qui sortent du champ d'application de la présente loi.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation a pour objet de faciliter les opérations de financement, telles que les titrisations de portefeuilles de prêts garantis par des sûretés réelles mobilières ou immobilières. Dans de tels cas, l'acheteur des prêts voudra pouvoir se prévaloir des sûretés garantissant les prêts mais sans avoir à supporter, dès l'achat, la dépense supplémentaire d'un acte de transfert séparé (si une loi autre que celle recommandée dans le Guide exige un tel acte) pour chaque prêt du portefeuille, qui pourrait en contenir des centaines ou des milliers. Des actes de transfert séparés seraient éventuellement nécessaires (si l'autre loi l'exige) uniquement pour le recouvrement des prêts non remboursés par la suite, lesquels représentent généralement une petite partie des prêts du portefeuille. L'acheteur pourrait décider d'accepter le coût de ces actes de transfert lors du recouvrement, qu'il soit effectué volontairement par le vendeur ou avec l'assistance d'une juridiction. Cependant, pour décider de l'achat ou non des prêts et de leur prix, l'acheteur tiendrait compte du coût des actes de transfert séparés uniquement pour la petite partie des prêts dont il prévoit qu'ils ne seront pas remboursés mais non pour l'ensemble des prêts du portefeuille. L'acheteur réduisant ainsi ses dépenses, le vendeur devrait être en mesure d'obtenir un prix de vente plus élevé, ce qui augmenterait les fonds à sa disposition.

Le commentaire précisera également que la recommandation s'applique aux transferts purs et simples de créances (mais non d'instruments négociables ou d'autres obligations) puisque le Guide ne s'applique, d'une manière générale, qu'aux transferts purs et simples de créances.

Le commentaire précisera aussi que les alinéas a) à c) suivent le libellé du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession auquel les modifications appropriées ont été apportées compte tenu du caractère national de la loi recommandée dans le Guide, alors que les alinéas e) et f) suivent le libellé de la recommandation 23 b) et c) et des paragraphes 3 et 4 de l'article 10 de la Convention.

En outre, le commentaire précisera que l'alinéa g) suit le libellé du paragraphe 5 de l'article 10 de la Convention, selon lequel, si la sûreté implique la remise de la possession d'un bien et si cette remise cause un dommage au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou au débiteur de toute autre obligation, la responsabilité pouvant être encourue en vertu de la loi applicable en dehors de celle recommandée dans le Guide reste la même. Une telle responsabilité peut naître, par exemple, dans le cas où, lors de la remise de la possession d'un bien meuble corporel de valeur, le créancier garanti ou le bénéficiaire du transfert endommage ou perd ce bien.

Le commentaire expliquera enfin que l'alinéa h), qui suit le libellé du paragraphe 6 de l'article 10 de la Convention, indique clairement que la forme du transfert d'une sûreté sur un bien n'entrant pas dans le champ d'application de la présente loi (par exemple, un immeuble) relève d'une autre loi, du moins à condition que la constitution et l'opposabilité automatiques de la sûreté ne soient pas compromises. Ainsi, un document authentique et une inscription peuvent être nécessaires pour que la personne à laquelle est transférée une hypothèque obtienne différents droits en vertu de la loi régissant les immeubles, comme celui de réaliser l'hypothèque. Le commentaire expliquera aussi que la forme du transfert d'une sûreté sur un bien entrant dans le champ d'application de la présente loi relèvera de cette dernière.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable¹²

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément aux recommandations 12 et 13, une sûreté sur un instrument négociable peut être constituée par une convention écrite, éventuellement signée, entre le constituant et le créancier garanti, ou par une convention verbale et le transfert de la possession de l'instrument négociable. Le commentaire expliquera aussi que la constitution d'une sûreté conformément à ces recommandations n'aura pas d'incidences sur les droits obtenus par endossement de l'instrument négociable en vertu de la loi régissant ces instruments.]

Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant des instruments négociables (à savoir la définition x), et les recommandations 45, 89 et 90, 119, 163 et 164, 195, 209 et 213). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire¹³

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément aux recommandations 12 et 13, une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être constituée par une convention entre le constituant et le créancier garanti. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 25 a pour objet de valider entre le constituant et le créancier garanti (mais non à l'égard

¹² Voir A/CN.9/611/Add.1.

¹³ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 26.

de la banque dépositaire) une sûreté constituée sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire en dépit d'une convention d'incessibilité conclue entre la banque et le constituant (titulaire du compte).]

25. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a effet nonobstant toute convention entre le constituant et la banque dépositaire limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de constituer une sûreté sur son droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire. Toutefois, la banque dépositaire n'a aucune obligation de reconnaître le créancier garanti et aucune autre obligation concernant la sûreté ne lui est imposée sans son consentement.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire sur la recommandation 2 b) précisera que les États adoptants pourront tenir compte, s'ils le souhaitent, des éventuelles incidences que les recommandations du Guide pourraient avoir sur la législation relative à la protection des consommateurs.]

Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (à savoir les définitions gg) et hh), ainsi que les recommandations 25, 46, 92 à 94, 120 et 121, 165 à 167, 208 et 209 et 213). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant¹⁴

26. La loi devrait prévoir qu'un bénéficiaire peut accorder une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, même si le droit de tirage de l'engagement n'est pas lui-même transférable en vertu de la loi et de la pratique qui régissent les engagements de garantie indépendants. L'octroi d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant ne constitue pas un transfert du droit de tirage de l'engagement. [La question de savoir si le droit de tirage de l'engagement peut être transféré relève de la loi et de la pratique qui régissent les engagements de garantie indépendants.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la deuxième partie de la première phrase précise un point important, à savoir que la transférabilité d'un engagement de garantie indépendant (à savoir du droit de tirage) n'a pas d'incidence sur la faculté de constituer une sûreté sur le produit de l'engagement. Le commentaire expliquera aussi que la deuxième phrase fait la distinction entre le droit de demander paiement au titre d'un engagement et le droit de recevoir le produit d'un engagement.]

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la troisième phrase entre crochets devrait figurer dans la recommandation ou dans le commentaire, puisqu'elle fait référence aux dispositions d'une autre loi et non à ce que la loi sur les opérations garanties devrait prévoir. Il souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant le

¹⁴ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 25.

produit d'un engagement de garantie indépendant (à savoir les définitions z) et aa) à ff), ainsi que les recommandations 26, 47, 96, 122 à 124, 168 et 210 à 212). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable¹⁵

27. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable fait également naître une sûreté réelle mobilière sur les biens meubles corporels représentés par ce document, à condition que l'émetteur soit, directement ou indirectement, en possession des biens au moment où la sûreté sur le document est constituée.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera qu'une sûreté sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable peut être créée directement sur les biens conformément aux recommandations 12 et 13 (par une convention écrite, éventuellement signée, entre le constituant et le créancier garanti, voire par une convention verbale et le transfert de la possession du document) ou par constitution d'une sûreté sur le document négociable représentant ces biens conformément à la recommandation 27. Le commentaire précisera en outre que la recommandation 27 a pour objet d'éviter la nécessité de créer une sûreté distincte sur les biens représentés par un document négociable lorsqu'une sûreté sur un tel document existe déjà. Il expliquera aussi que ni les recommandations 12 et 13 ni la recommandation 27 ni aucune autre recommandation n'ont d'incidence sur les droits acquis sur des documents négociables en vertu de la loi régissant ces documents.]

Le commentaire expliquera aussi, à l'intention des États adoptants qui envisageraient de traiter des documents de transport multimodal, que le Guide renvoyant, pour la définition des documents négociables, à la loi régissant ces documents, la négociabilité des documents de transport multimodal relève également de cette loi. Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant des documents négociables (à savoir les définitions y), oo) et pp), ainsi que les recommandations 27, 48 à 50, 97 et 98, 169, 125, 195 et 213). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés¹⁶

28. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur des biens meubles corporels qui sont des biens rattachés au moment de sa constitution ou qu'elle peut se maintenir sur des biens meubles corporels qui deviennent ensuite des biens rattachés. Des sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles peuvent être constituées en vertu de la présente loi ou du droit immobilier.

¹⁵ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 28.

¹⁶ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 31.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, si la sûreté sur des biens rattachés à des biens immeubles est constituée en vertu du droit immobilier, elle peut aussi être opposable. Il sera également expliqué dans le commentaire que, si une telle sûreté est constituée en vertu de la loi sur les opérations garanties, les droits acquis en vertu de la législation immobilière ne pourront pas être modifiés. Par exemple, une sûreté constituée en vertu de la législation relative aux opérations garanties ne peut être réalisée que si aucun droit concurrent n'a été créé en vertu du droit immobilier ou n'a pas priorité sur des droits concurrents acquis en vertu du droit immobilier (voir recommandation 99).]

Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant des biens rattachés (à savoir les définitions l) et m), ainsi que les recommandations 28, 51 à 53, 99 à 102, 170, 189, 195, 200 et 201). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini¹⁷

29. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ne peut pas être constituée sur des biens meubles corporels qui sont mélangés pour former une masse ou un produit fini. Toutefois, une sûreté constituée sur des biens meubles corporels avant qu'ils ne soient mélangés pour former une masse ou un produit fini se maintient sur la masse ou le produit fini. La sûreté se limite à la valeur des biens meubles corporels immédiatement avant qu'ils ne soient incorporés dans la masse ou le produit fini.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera qu'une sûreté ne peut être constituée sur des biens meubles corporels qui sont mélangés pour former une masse ou un produit fini car, au moment de la constitution de la sûreté, ils n'existent pas en tant que biens meubles corporels distincts (voir définition n), "Masse ou produit fini"). Le commentaire expliquera aussi qu'une sûreté grevant des biens meubles corporels avant qu'ils ne soient mélangés pour former une masse ou un produit fini se reporte sur cette masse ou ce produit selon la formule contenue dans la troisième phrase de la recommandation. D'après cette formule, si la valeur de la farine est 5 et la valeur du sucre 5, alors que la valeur du gâteau est 20 et qu'il y ait deux créanciers garantis, chacun d'eux obtiendra 5, et la valeur restante, à savoir 10, sera conservée pour le constituant et ses créanciers chirographaires. Si la valeur du gâteau est inférieure à la valeur des ingrédients, les créanciers garantis partageront la perte proportionnellement (ainsi, si la valeur du gâteau est 8, chaque créancier garanti obtiendra 4). Cela signifie que: a) le créancier garanti ne peut obtenir plus que ce qui lui est dû; et b) si la valeur de la masse ou du produit fini est inférieure, le créancier garanti subira une réduction proportionnelle (question de priorité).]

Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant une masse ou un produit fini (à savoir la définition n), ainsi que les recommandations 29, 54, 103 à 105 et 195). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

¹⁷ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 32.

V. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière¹⁸

Objet

Les conditions prévues par la loi pour qu'une sûreté réelle mobilière soit opposable ont pour objet d'établir une base pour le classement prévisible, équitable et efficace des rangs de priorité:

a) En exigeant l'inscription comme condition préalable à l'opposabilité d'une sûreté, sauf lorsque des exceptions et des alternatives à l'inscription se justifient par des considérations de politique commerciale; et

b) En établissant un cadre juridique pour créer et maintenir un système de registre public simple, économique et efficace pour l'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières.

A. Recommandations générales

Sens de l'opposabilité

30. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière n'est opposable que si elle a été constituée conformément à la présente loi et si l'une des méthodes mentionnées dans les recommandations 33, 35 ou 36 a été suivie.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation 30 a pour but de préciser le sens de l'opposabilité en raison de son importance tant pour le chapitre sur l'opposabilité que pour celui sur la priorité et du fait que la notion d'opposabilité qui se distingue de celle d'efficacité entre les parties est nouvelle pour de nombreux systèmes juridiques. La recommandation 30 est complétée par les recommandations 31 et 32 qui précisent encore ce sens.]

Efficacité d'une sûreté réelle mobilière qui n'est pas opposable

31. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière constituée conformément à ses dispositions relatives à la constitution a effet à l'égard du constituant, même si elle n'est pas opposable.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera qu'une sûreté inopposable est sans effet à l'égard des créanciers chirographaires ou des créanciers garantis dont les sûretés ne sont pas opposables. Cette approche est conforme au sens de l'"opposabilité" adopté dans le Guide. Son résultat concret est qu'aucun problème de priorité ne se pose dans le cas des sûretés non opposables et que celles-ci seraient donc égales entre elles et égales aux droits des créanciers chirographaires (sauf s'ils deviennent des créanciers judiciaires, voir recommandation 86).]

¹⁸ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5.

Opposabilité continue d'une sûreté réelle mobilière après transfert du bien grevé

32. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 82 à 84, après transfert d'un droit sur un bien grevé, une sûreté réelle mobilière qui est opposable au moment du transfert continue de grever le bien et reste opposable.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation s'inspire de la règle selon laquelle le simple transfert d'un bien grevé ne rend pas la sûreté inopposable (droit de suite). Cette règle est également posée, quoique en des termes un peu différents, dans la recommandation 81. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette règle devrait figurer dans le présent chapitre ou dans le chapitre sur la priorité.]

Méthode générale pour rendre une sûreté réelle mobilière opposable

33. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière constituée conformément à ses dispositions relatives à la constitution est opposable si un avis la concernant est inscrit dans le registre général des sûretés mentionné dans les recommandations 55 à 71.

34. [La loi devrait prévoir que l'inscription d'un tel avis n'emporte pas constitution d'une sûreté et n'est pas nécessaire pour constituer une sûreté.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que l'inscription d'un avis de sûreté est une condition préalable à l'opposabilité, mais ne fait pas naître la sûreté, et qu'elle n'est pas non plus nécessaire pour créer une sûreté. La constitution exige principalement un accord entre les parties, comme le prévoient les recommandations du chapitre relatif à la constitution.]

Autres méthodes d'opposabilité

35. La loi devrait prévoir qu'il est également possible de rendre une sûreté opposable par l'une des méthodes autres que l'inscription mentionnées ci-dessous:

a) S'agissant de biens meubles corporels, par transfert de la possession d'un bien grevé, comme le prévoient les recommandations 40 et 48 à 50;

b) [S'agissant de biens de consommation d'une valeur inférieure à [spécifier la valeur] au moment de la constitution de la sûreté, automatiquement dès la constitution de la sûreté non liée au paiement de leur acquisition (pour les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition, voir recommandation 185), comme le prévoit la recommandation 41];

c) S'agissant de biens meubles soumis à inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété, par cette inscription ou annotation, comme le prévoit la recommandation 42;

d) S'agissant du produit, automatiquement en rendant opposable la sûreté en ce qui concerne le produit, comme le prévoient les recommandations 43 et 44;

e) S'agissant d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une

autre obligation, en rendant opposable la sûreté réelle mobilière sur la créance, l'instrument ou l'obligation, comme le prévoit la recommandation 45;

f) S'agissant d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, par prise de contrôle, comme le prévoit la recommandation 46;

g) S'agissant de biens rattachés, par inscription comme le prévoient les recommandations 51 à 53; et

h) S'agissant d'une masse ou d'un produit fini, en rendant opposable [la sûreté sur un bien meuble corporel avant qu'il ne soit incorporé dans la masse ou le produit fini] [la sûreté sur la masse ou le produit fini dans un certain délai après que le bien meuble corporel a été incorporé dans la masse ou le produit fini], comme le prévoit la recommandation 54.

Méthode exclusive d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

36. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 45, une sûreté réelle mobilière sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable uniquement par prise de contrôle, comme le prévoit la recommandation 47.

Différentes méthodes d'opposabilité pour différents types de biens

37. La loi devrait prévoir que différentes méthodes d'opposabilité peuvent être utilisées pour différents biens individualisés ou types de biens, qu'ils soient ou non grevés en vertu de la même convention constitutive de sûreté.

Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

38. La loi devrait prévoir que l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière est continue nonobstant un changement de méthode pour la rendre opposable, à condition que la sûreté ne soit inopposable à aucun moment.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que la présente recommandation ne se réfère pas spécifiquement à l'inscription (c'est-à-dire l'inscription anticipée avant la constitution), car, si le créancier garanti change de méthode d'opposabilité avant que l'inscription ne devienne caduque, la sûreté aura été constituée et donc rendue opposable.]

Caducité de l'inscription anticipée ou perte de l'opposabilité

39. La loi devrait prévoir que, si un avis de sûreté a été inscrit ou une sûreté a été rendue opposable et si, par la suite, la sûreté, à un certain moment, n'est plus ni inscrite ni opposable, l'inscription ou l'opposabilité peut être rétablie. Dans ce cas, l'inscription ou l'opposabilité remonte à la première date à laquelle la sûreté est ensuite soit inscrite soit rendue opposable.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que la présente recommandation fait référence à l'inscription séparément de l'opposabilité car l'inscription peut avoir lieu avant la constitution de la sûreté (voir recommandation 64), alors que

l'opposabilité exige que la sûreté soit créée et que les formalités d'opposabilité aient été accomplies suivant une des méthodes prévues (voir recommandation 31).

Le Groupe de travail notera peut-être que le libellé de la recommandation est semblable à celui des recommandations 77 et 78, selon lesquelles la priorité remonte au moment où l'opposabilité est rétablie ou à celui où un avis relatif à la sûreté est inscrit. Il souhaitera peut-être examiner si la première phrase de la recommandation 39 devrait être conservée dans le présent chapitre puisqu'elle traite de la caducité de l'inscription ou de la perte de l'opposabilité, et si la deuxième phrase devrait figurer uniquement dans le chapitre sur la priorité, puisqu'elle traite essentiellement de ce sujet.

Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le commentaire expliquera que la sûreté peut devenir inopposable si, par exemple, le créancier garanti ne renouvelle pas son inscription avant l'expiration de sa durée de validité initiale ou s'il a obtenu l'opposabilité en prenant possession des biens grevés mais qu'il les restitue par la suite au constituant. Le commentaire expliquera également que la sûreté conserve son opposabilité dans ces cas si elle est inscrite ou rendue opposable avant caducité de la méthode d'opposabilité considérée.

Le commentaire inclura les exemples suivants de situations dans lesquelles l'opposabilité est maintenue malgré la caducité de la méthode d'opposabilité considérée:

a) Le premier jour, le constituant crée une sûreté en faveur du créancier garanti qui, le même jour, prend possession des biens grevés. Le deuxième jour, le créancier garanti inscrit un avis relatif à sa sûreté puis restitue les biens. L'opposabilité est continue à partir du premier jour;

b) Le premier jour, le constituant crée une sûreté en faveur du créancier garanti qui, le même jour, inscrit un avis relatif à sa sûreté. Le deuxième jour, le créancier garanti prend possession des biens grevés. L'inscription devient caduque le troisième jour. L'opposabilité est continue à partir du premier jour. Le résultat est identique si le créancier garanti inscrit à nouveau un avis le quatrième jour et remet la possession des biens grevés au constituant le cinquième jour.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels par prise de possession

40. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels peut aussi être rendue opposable par prise de possession.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que, le terme "biens meubles corporels" désignant les instruments et documents négociables (voir définition i)), la présente recommandation s'applique à l'opposabilité des sûretés sur des instruments et documents négociables. Ces sûretés peuvent donc être rendues opposables par inscription ou par prise de possession. Les recommandations 48 à 50 ajoutent des règles spéciales pour l'opposabilité des sûretés sur des documents négociables et des biens meubles corporels représentés par des documents négociables.]

[Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens de consommation de faible valeur non liée au paiement de leur acquisition]

41. Une sûreté réelle mobilière sur des biens de consommation d'une valeur inférieure à [spécifier la valeur] au moment de sa constitution et non liée au paiement de leur acquisition (pour les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition, voir recommandation 185) qui n'est pas soumise à un système d'inscription sur des registres spécialisés ou à un système de certificat de propriété est opposable automatiquement dès sa constitution.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que, les opérations de financement dans lesquelles des biens de consommation sont grevés de sûretés non liées au paiement de leur acquisition étant peu importantes, la Commission s'est dite largement favorable à sa trente-neuvième session à la suppression de la recommandation 41 (et, partant, de la recommandation 35 b); voir A/61/17, par. 25). Si cette recommandation est maintenue, il souhaitera peut-être tenir compte du fait que, comme une valeur faible dans un pays peut être considérée comme élevée dans un autre, la détermination de cette valeur devrait se fonder sur une analyse coût-avantages comparant la valeur de réalisation potentielle d'un bien au coût de l'inscription.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles pour lesquels il existe un système d'inscription sur un registre spécialisé ou un système de certificat de propriété

42. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété conformément à une autre loi peut aussi être rendue opposable par:

- a) Inscription sur le registre spécialisé; ou
- b) Annotation sur le certificat de propriété.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que l'inscription sur un registre spécialisé peut avoir davantage une valeur constitutive qu'un effet d'opposabilité et consister en l'inscription de documents en lieu et place d'un simple avis. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 42 est libellée de manière à ne pas aborder la question qui relève d'une autre loi. Il expliquera en outre que l'inscription au registre général des sûretés et l'inscription au registre spécialisé sont les seules méthodes possibles pour rendre opposable une sûreté sur un bien meuble du type mentionné dans la présente recommandation (autrement dit cette dernière ne peut être rendue opposable par prise de possession), si la législation spéciale applicable en l'espèce en dispose ainsi (pour les biens rattachés soumis à inscription sur un registre spécialisé, voir recommandation 53).

Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 42 est complétée par la recommandation 79, dans laquelle une sûreté qui a été inscrite sur le registre spécialisé ou qui a été consignée sur un certificat de propriété a priorité sur une sûreté inscrite sur le registre général des sûretés. Par conséquent, pour obtenir une priorité maximum sur toutes les classes de créanciers concurrents, la sûreté devrait être rendue opposable par inscription conformément à la recommandation 42 plutôt qu'à la recommandation 33. Cette approche se justifie par la nécessité de préserver

la fiabilité du système de registre spécialisé ou du système de certificat de propriété pour les acheteurs de biens grevés ou les créanciers garantis qui se fient à ces systèmes pour protéger leurs droits.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit¹⁹

Variante A

43. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien est opposable quand naît le produit, à condition que:

a) La sûreté sur le bien grevé ait été rendue opposable par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés, inscription sur un registre spécialisé, ou annotation sur un certificat de propriété, et reste opposable à ce moment-là; ou

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'alinéa a) ne s'appliquerait pas, par exemple, à une sûreté rendue opposable par prise de possession. La disposition supplétive formulée dans la recommandation 44 s'appliquerait alors. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter qu'à sa trente-neuvième session, la Commission lui a renvoyé les deux variantes pour qu'il essaie, dans la mesure du possible, de parvenir à un accord sur l'une des deux (voir A/61/17, par. 26).]

b) Le produit prenne la forme d'argent, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

44. Si la recommandation 43 ne s'applique pas, la sûreté réelle mobilière sur le produit est opposable pendant [...] jours après que naît le produit et de manière permanente par la suite, si elle a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35 avant l'expiration de ce délai.

Variante B

43. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien est opposable quand naît le produit, à condition que le produit prenne la forme d'argent, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

44. Si la recommandation 43 ne s'applique pas, la sûreté réelle mobilière sur le produit est opposable pendant [...] jours après que naît le produit et de manière permanente par la suite, si elle a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35 avant l'expiration de ce délai.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, compte tenu de la divergence d'opinions entre ses membres sur le point de savoir si la sûreté sur le produit devrait être automatiquement opposable ou si une formalité distincte d'opposabilité devrait intervenir lorsque naît le produit (voir A/CN.9/593, par. 26 à 32), la recommandation 43 prévoit deux variantes.]

¹⁹ Pour les recommandations 43 et 44, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 41 et 41 bis.

Selon la variante A, une sûreté sur le produit est automatiquement opposable, si la sûreté sur les biens initialement grevés a été rendue opposable par inscription ou si le produit se présentait sous forme d'argent ou d'un bien analogue. Si la sûreté a été rendue opposable par prise de possession, conformément à la recommandation 44, la sûreté sur le produit serait opposable pendant une brève période et par la suite uniquement sous réserve de l'accomplissement d'une formalité distincte d'opposabilité.

Selon la variante B, l'opposabilité automatique serait limitée au produit sous forme d'argent ou d'un bien analogue, et la recommandation 44 s'appliquerait à tous les autres cas. De ce fait, une sûreté sur le produit resterait opposable pendant quelques jours après la naissance du produit et, par la suite, uniquement par inscription d'un avis concernant la sûreté sur le produit ou par prise de possession. Il sera précisé dans le commentaire que les fruits civils et naturels sont automatiquement couverts puisqu'ils entrent dans la définition du "produit" (voir définition jj)).

Le Groupe de travail voudra peut-être également considérer que, pour établir un équilibre entre le besoin de protéger un créancier garanti et celui de protéger des tiers, le délai mentionné dans la recommandation 44 devrait être aussi court que le délai de grâce prévu dans la recommandation sur l'opposabilité applicable aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions (à savoir entre 20 et 30 jours, voir recommandation 184).]

B. Recommandations sur des biens particuliers

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance, un instrument négociable ou toute autre obligation²⁰

45. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur une créance, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé par la présente loi est opposable, elle est automatiquement opposable en ce qui concerne toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou l'exécution de la créance, de l'instrument négociable ou de l'autre obligation, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités. Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un tel engagement est automatiquement opposable (mais, comme le prévoit la recommandation 24 b), la sûreté ne s'étend pas au droit de tirer l'engagement). La présente recommandation ne s'applique pas à une sûreté sur un bien immeuble qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation qu'elle garantit.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales sur l'opposabilité s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur des créances ainsi qu'aux transferts purs et simples de créances. Il expliquera aussi que le passage entre parenthèses dans la deuxième phrase explique que la sûreté ne s'étend pas au droit de tirage (en d'autres termes le droit de demander paiement) d'un engagement

²⁰ Voir A/CN.9/611, recommandation 37.

de garantie indépendant. Comme aucune sûreté sur le droit de tirage n'est constituée, la question de l'opposabilité ne se pose pas à cet égard.]

**Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds
crédités sur un compte bancaire²¹**

46. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut également être rendue opposable si le créancier garanti obtient le contrôle du droit au paiement de ces fonds.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 33, une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut également devenir opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés.]

**Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de
garantie indépendant²²**

47. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 45, une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant ne peut être rendue opposable que si le créancier garanti obtient le contrôle du produit.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que ni la prise de possession d'un engagement de garantie indépendant, ni l'inscription d'un avis ne devraient être des méthodes d'opposabilité d'une sûreté sur un droit au produit d'un tel engagement. La possession d'un engagement (même sous forme matérielle) n'a qu'un rôle restreint dans l'usage moderne des engagements de garantie indépendants. En outre, si la possession figurait dans le Guide parmi les méthodes d'opposabilité, il faudrait prévoir des règles complexes pour la priorité et le conflit de lois. Il convient toutefois de noter que, si la possession ne constitue pas une méthode d'opposabilité, dans la pratique, elle offrirait une protection à un créancier garanti lorsque les clauses de l'engagement subordonnent le tirage à la présentation matérielle de ce dernier. En pareil cas, le bénéficiaire ne pourrait effectuer un tirage valable sans la coopération du créancier garanti, qui pourrait prendre des mesures pour s'assurer d'être payé (par exemple, le créancier garanti pourrait exiger du bénéficiaire qu'il obtienne une acceptation lui donnant le contrôle avant qu'il remette l'engagement et autorise sa présentation au garant/émetteur ou à la personne désignée ayant donné cette acceptation).]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable²³

48. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable peut aussi être rendue opposable si le créancier garanti obtient possession du document.

²¹ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 43.

²² Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 49.

²³ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 44 à 44 *ter*.

49. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un document négociable est opposable, la sûreté correspondante sur les biens meubles corporels représentés par ce document l'est également. Aussi longtemps qu'un document négociable représente des biens meubles corporels, il est possible de rendre une sûreté sur ces biens opposable si le créancier garanti obtient possession du document.

50. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable qui a été rendue opposable du fait de l'obtention par le créancier garanti de la possession du document reste opposable pendant une courte durée de [à spécifier] jours après que le document négociable a été restitué au constituant ou à une autre personne, afin que les biens meubles corporels représentés par le document soient définitivement vendus ou échangés, chargés ou déchargés, ou encore que d'autres mesures soient prises à leur égard.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés²⁴

51. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien devient un bien rattaché, la sûreté reste opposable par la suite.

52. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien immeuble peut aussi être rendue opposable par inscription dans le registre immobilier.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 33, une sûreté sur un bien meuble corporel qui est rattaché à un autre bien lorsque la sûreté est rendue opposable ou qui est rattaché par la suite peut être rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 51 vise à préciser qu'aucune formalité supplémentaire n'est nécessaire pour rendre opposable une sûreté sur un bien rattaché qui était opposable avant que ce bien ne soit rattaché. Il expliquera en outre que la recommandation 52 indique clairement qu'une sûreté sur un bien rattaché à un immeuble peut être rendue opposable par inscription au registre général des sûretés ou au registre immobilier.]

La présente recommandation vise à protéger l'intégrité et la fiabilité du registre immobilier. Elle est complétée par la recommandation 99, selon laquelle une sûreté sur des biens rattachés à un immeuble rendue opposable conformément au droit immobilier a priorité sur une sûreté grevant les mêmes biens rendue opposable conformément à la présente loi. La recommandation 52 est également complétée par la recommandation 100, selon laquelle une sûreté sur des biens rattachés à un immeuble rendue opposable par inscription au registre immobilier conformément à la recommandation 52 a priorité sur une sûreté grevant l'immeuble concerné inscrite ultérieurement. Il sera également expliqué dans le commentaire que, si une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble est rendue opposable en vertu de la présente recommandation, ce qui est inscrit ressortit en principe au droit immobilier. Toutefois, il conviendrait peut-être d'appeler l'attention du législateur sur la nécessité de modifier le droit immobilier de manière à autoriser l'inscription

²⁴ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 45 et 46.

d'un avis de sûreté plutôt que des seuls actes notariés. Une difficulté pour les tiers recherchant cet avis est que l'inscription dans le registre immobilier concerne le bien et non le constituant.

Il sera en outre expliqué dans le commentaire que la sûreté grèvera le bien immeuble dans son ensemble, mais que l'avis devrait décrire le bien rattaché et la priorité devrait être limitée à la valeur de ce dernier, s'il est détaché. La question de savoir si le bien rattaché pourrait être détaché et comment le créancier garanti serait payé devrait aussi être abordée sous l'angle de la réalisation (voir recommandation 170). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si un créancier titulaire d'un droit acquis en vertu du droit immobilier devrait avoir le droit de rembourser la dette due au créancier garanti détenant une sûreté acquise en vertu du droit mobilier. Cette question pourrait être réglée dans des accords intercréanciers.

Le commentaire examinera également les solutions adoptées dans la législation récente, dans lesquelles une sûreté sur un bien rattaché est inscrite uniquement au registre général des sûretés et où le registre transmet un avis d'inscription au registre immobilier.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ou d'un autre droit sur des biens rattachés à des biens meubles soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété²⁵

53. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien meuble soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété conformément à une autre loi peut aussi être rendue opposable par:

- a) Inscription sur le registre spécialisé; ou
- b) Annotation sur le certificat de propriété.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la présente recommandation reprend le libellé de la recommandation 42.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini²⁶

Variante A

54. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien est incorporé dans une masse ou un produit fini, la sûreté sur la masse ou sur le produit fini constituée conformément à la présente loi, comme il est prévu dans la recommandation 29, est opposable par la suite sans qu'un acte supplémentaire soit nécessaire.

Variante B

54. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien est incorporé dans une masse ou un

²⁵ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 46 bis.

²⁶ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 47.

produit fini, la sûreté sur la masse ou sur le produit fini constituée conformément à la présente loi, comme il est prévu dans la recommandation 29, est opposable par la suite pendant [...] jours après la création de la masse ou du produit fini. La sûreté reste opposable par la suite si elle est rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35 avant l'expiration de ce délai.

VI. Le système de registre²⁷

Objet

Les dispositions de la loi relatives au système de registre ont pour objet d'établir un registre général des sûretés et de régler son fonctionnement. Le système de registre a pour objet de fournir:

- a) Une méthode par laquelle une sûreté réelle mobilière existante ou future sur des biens existants ou futurs du constituant peut être rendue opposable;
- b) Une base pour les règles de priorité qui sont fonction de la date à laquelle une sûreté réelle mobilière a été rendue opposable; et
- c) Une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant (comme des créanciers garantis ou des acheteurs éventuels, des créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant) de savoir si les biens sont grevés d'une sûreté réelle mobilière.

Le système de registre devrait être conçu de sorte que l'inscription et la recherche soient simples, rapides, économiques, commodes et accessibles au public.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire établira un lien entre la section "objet" du présent chapitre et les recommandations 12 et 13 (Constitution), 30 (qui distingue la constitution de l'opposabilité), 34 (qui souligne que l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté), 42 (inscription sur un registre spécialisé) et 64 (qui souligne que l'inscription peut avoir lieu avant la constitution de la sûreté).

Le commentaire expliquera également que les systèmes de registre: a) qui exigent le dépôt de documents (plutôt que l'inscription d'un avis comme le prévoient les recommandations 55 b) et 58); b) qui exigent une vérification ou un examen approfondi des documents (par opposition à ceux qui n'exigent aucune vérification ni aucun examen approfondi par quiconque excepté la personne procédant à l'inscription, comme le prévoit la recommandation 55 c)); c) qui ont des effets constitutifs (et non les effets décrits dans la recommandation 33 ou 35); et d) qui imposent des frais d'inscription élevés (par exemple ad valorem) (plutôt que des tarifs modiques à prix coûtant, comme le prévoit la recommandation 55 h)) ne se prêtent pas à une inscription rapide, efficace, peu coûteuse et commode, qui est cruciale pour une loi sur les sûretés réelles mobilières qui favorise l'accès à un crédit meilleur marché.]

²⁷ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5.

Cadre de fonctionnement de l'inscription et de la recherche

55. La loi devrait prévoir un cadre administratif pour que l'inscription et la recherche fonctionnent comme suit:

a) Des guides clairs et concis sur les procédures d'inscription et de recherche sont accessibles à un large public et des informations relatives à l'existence et au rôle du registre sont largement diffusées;

b) L'inscription est effectuée par enregistrement d'un avis, contenant les informations spécifiées dans la recommandation 58, et non d'une copie de la convention constitutive de sûreté sous-jacente ou d'un autre document;

c) Un avis peut être enregistré sans vérification ni examen approfondi de la part de quiconque excepté la personne procédant à l'inscription;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que des avis faux ou trompeurs peuvent être annulés conformément à la recommandation 68, tandis que la question de savoir s'il faut sanctionner une personne ayant sciemment enregistré un avis faux ou trompeur est laissée au droit de la responsabilité délictuelle, au droit pénal ou à un autre droit. Le commentaire apportera également des orientations sur les types de sanctions possibles.]

d) L'utilisateur peut effectuer une recherche sans avoir à justifier celle-ci;

e) Le fichier du registre est centralisé et contient tous les avis de sûretés enregistrés en vertu de la présente loi;

f) Les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou de quelque autre élément fiable permettant d'identifier celui-ci, comme le numéro d'identification ou d'immatriculation au registre du commerce attribué par l'État;

g) Le registre est ouvert au public;

h) Les tarifs d'inscription et de recherche ne sont pas plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts;

i) Les personnes procédant à l'inscription ont le choix entre plusieurs modes et points d'accès au registre;

j) Le registre pratique des horaires de service fiables et réguliers qui sont compatibles avec les besoins des utilisateurs potentiels; et

k) Dans la mesure où les infrastructures de l'État le permettent, le système d'inscription est informatisé. En particulier,

i) Les avis sont conservés sous forme électronique dans une base de données informatique;

ii) Les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche ont un accès immédiat au fichier du registre par des moyens électroniques ou similaires, y compris Internet et l'échange de données informatisées;

- iii) Le système est programmé pour réduire au maximum le risque de saisie d'informations incomplètes ou inutiles (par exemple, en exigeant que les champs concernant les données essentielles soient remplis); et
- iv) Le système est programmé pour faciliter une extraction rapide et complète des informations et pour réduire au maximum les conséquences pratiques des erreurs humaines.

Sécurité et intégrité du registre

56. Afin d'assurer la sécurité et l'intégrité du fichier du registre, le cadre de fonctionnement et le cadre juridique du registre devraient présenter les caractéristiques suivantes:

- a) Une personne procédant à l'inscription peut obtenir une copie de cette inscription aussitôt après la saisie des informations dans le fichier du registre;
- b) L'identité de la personne procédant à l'inscription est demandée et saisie dans le fichier du registre;
- c) [Le registre] [Le créancier garanti] est tenu de transmettre une copie de l'avis au constituant désigné sur celui-ci;
- d) Le registre est tenu d'envoyer une copie de toute modification apportée à un avis au créancier garanti désigné sur celui-ci;
- e) Bien que l'exploitation courante du registre puisse être déléguée à un organisme privé, l'État reste chargé de s'assurer que le registre est exploité conformément au cadre juridique qui s'applique à lui; et
- f) Le fichier du registre peut être reconstitué.

Responsabilité en cas de perte ou de dommage

57. La loi devrait prévoir des dispositions pour l'attribution de la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche. Si le système est conçu pour permettre aux utilisateurs d'inscrire et de rechercher directement des avis sans intervention du personnel du registre, la responsabilité du registre se limite aux défaillances du système.

Teneur exigée de l'avis

58. La loi devrait prévoir que l'avis doit contenir seulement les éléments suivants:

- a) L'identité du constituant, conformément aux recommandations 59 à 61, et celle du créancier garanti, ou de son représentant, ainsi que leur adresse;
- b) Une description du bien visé par l'avis conformément à la recommandation 63;
- c) La durée de l'inscription conformément à la recommandation 64; et
- [d) Une déclaration du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée [si l'État estime que cette information est utile pour faciliter des prêts subordonnés.]]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que la définition du terme "représentant" peut relever d'une autre loi, mais que ce terme inclut un mandataire, un fiduciaire ou une autre personne agissant au nom ou en faveur du créancier garanti.]

Caractère suffisant de l'élément identifiant le constituant

59. La loi devrait prévoir qu'un avis n'a effet que s'il indique l'élément permettant d'identifier correctement le constituant ou, en cas d'indication incorrecte, s'il est possible de retrouver cet avis en effectuant une recherche dans le fichier du registre à partir de l'élément d'identification correct.

60. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne physique, l'élément permettant de l'identifier aux fins d'une inscription efficace est son nom, tel qu'il figure sur un document officiel spécifié, tel qu'un acte de naissance, une carte d'identité ou un passeport. Lorsque cela est nécessaire, des informations supplémentaires, comme la date de naissance ou le numéro de carte d'identité, devraient être exigées pour bien identifier le constituant.

61. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne morale, l'élément permettant de l'identifier aux fins d'une inscription efficace est le nom qui figure dans ses documents constitutifs.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire précisera que lorsque le nom du constituant figure dans un fichier distinct tenu par l'État, par exemple, un registre du commerce ou des sociétés, l'État peut, s'il le souhaite, créer des liens entre les deux registres pour faciliter la saisie de données exactes. Le commentaire expliquera aussi qu'un identifiant autre que le nom (par exemple la date de naissance) est exigé pour les personnes physiques afin de distinguer deux personnes qui porteraient le même nom. Un tel identifiant n'est pas exigé pour les sociétés car leur nom doit être unique pour pouvoir être accepté par le registre des sociétés.]

Changement de l'élément identifiant le constituant

62. La loi devrait prévoir que, si l'élément utilisé dans l'avis pour identifier le constituant change après que l'avis a été enregistré:

- a) Une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé sur lequel le constituant a des droits à la date du changement reste opposable;
- b) Une sûreté réelle mobilière sur un bien acquis par le constituant ou créé dans les [...] jours qui suivent la date du changement est opposable; et
- c) Une sûreté réelle mobilière sur un bien acquis par le constituant ou créé plus de [...] jours après la date du changement n'est pas opposable sauf si l'avis est modifié de manière à indiquer le nouvel élément identifiant le constituant.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les variantes suivantes pour la recommandation 62:

"Variante A

La loi devrait prévoir que, si l'élément identifiant le constituant change après qu'un avis a été enregistré, la sûreté reste opposable jusqu'à ce que le constituant notifie

le changement de nom au créancier garanti. Ce dernier dispose ensuite de [...] jours pour modifier l'avis. S'il ne le modifie pas, la sûreté est inopposable aux créanciers garantis qui inscrivent et aux acheteurs qui acquièrent un droit sur le bien grevé après l'expiration de ce délai, sauf si le créancier garanti modifie l'avis avant que la sûreté concurrente soit inscrite ou que l'acheteur acquière un droit sur le bien.

Variante B

La loi devrait prévoir que, si l'élément identifiant le constituant change après qu'un avis a été enregistré, le créancier garanti dispose de [...] jours pour modifier l'avis. S'il ne le modifie pas, la sûreté est inopposable aux créanciers garantis qui inscrivent et aux acheteurs qui acquièrent un droit sur le bien grevé après l'expiration d'un délai de [...] jours à compter de ce changement, sauf si le créancier garanti modifie l'avis avant que la sûreté concurrente soit inscrite ou que l'acheteur acquière un droit sur le bien."

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que le commentaire apportera des orientations sur la durée du délai mentionné dans la recommandation 62 (par exemple 60, 90 ou 120 jours). Le commentaire examinera également les différents cas dans lesquels une personne morale peut changer de nom (par exemple, fusion ou acquisition).]

Caractère suffisant de la description des biens visés par un avis

63. La loi devrait prévoir qu'une description des biens visés par un avis est suffisante si elle identifie ces biens d'une façon qui permette de les distinguer des autres biens du constituant. Une description générique des biens grevés est suffisante.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que des descriptions comme "tous les stocks" ou "tous les biens présents et futurs" seraient suffisantes.]

Date de l'inscription

64. La loi devrait prévoir qu'un avis relatif à une sûreté peut être inscrit avant ou après la constitution de la sûreté.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que l'objet de la présente recommandation est de confirmer que l'inscription peut avoir lieu avant la constitution de la sûreté. Le commentaire expliquera qu'en autorisant l'inscription anticipée, le Guide cherche à permettre aux créanciers garantis d'assurer leur position prioritaire en procédant à l'inscription – surtout face à d'éventuels réclamants concurrents – le plus tôt possible, de manière à faciliter l'octroi de crédits dès la conclusion de la convention constitutive de sûreté officielle (voir aussi recommandation 76, selon laquelle la priorité remonte à la date de l'inscription (c'est-à-dire avant la constitution de la sûreté, si l'on part du principe qu'une sûreté voit le jour par la suite) ou au moment de l'opposabilité (c'est-à-dire la constitution plus l'inscription ou la prise de possession). Le commentaire expliquera aussi que les avis inexacts ou faux sont sans conséquence pour le constituant car ils n'ont aucune incidence juridique et, en tout état de cause, le débiteur peut toujours demander l'annulation de l'avis

conformément à la recommandation 68 ou exercer d'autres moyens en se fondant sur le droit de la responsabilité délictuelle, le droit pénal ou autre.]

Avis unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties

65. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un seul avis suffit pour assurer l'opposabilité des sûretés réelles mobilières qui ont été ou qui seront constituées par l'ensemble des conventions conclues entre les mêmes parties dans la mesure où elles couvrent des biens meubles individualisés ou des types de biens meubles qui entrent dans la description figurant dans l'avis.

Durée et prorogation de l'avis

66. La loi devrait spécifier la durée d'un avis ou autoriser la personne procédant à l'inscription à choisir cette durée lors de l'inscription et à la prolonger à tout moment avant son expiration.

Moment où prend effet l'avis ou la modification

67. La loi devrait prévoir qu'un avis ou sa modification prend effet lorsque les informations qui y sont contenues sont saisies dans le fichier du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche dans le fichier.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que, si le système d'inscription autorise le dépôt d'avis sur papier auprès du registre (et non la saisie directe des données par la personne procédant à l'inscription), un certain laps de temps s'écoulera entre la réception de l'avis par le conservateur du registre et le moment où les informations contenues dans cet avis seront saisies dans le fichier par le personnel du registre pour devenir accessibles aux personnes effectuant une recherche. La question ici est de savoir quand l'inscription devrait prendre effet, à savoir au moment de la réception de l'avis par le conservateur ou au moment où celui-ci est intégré dans le fichier et devient accessible aux utilisateurs. Dans le premier cas, une recherche ne fera pas apparaître toutes les inscriptions ayant effet juridiquement. Pour répondre au besoin d'information des tiers, la présente recommandation fait donc correspondre le moment de l'inscription et celui où l'information est consultable. Bien que, dans cette solution, le risque associé à tout retard soit supporté par le créancier garanti, ce dernier est mieux à même de se protéger que les tiers. En outre, les recommandations précédentes sur la conception et le fonctionnement du registre devraient garantir des procédures d'inscription rapides et efficaces. Dans un système entièrement électronique qui n'exige pas d'intervention de la part du personnel du registre, la saisie de l'avis dans le fichier et sa mise à disposition des utilisateurs sont presque simultanées et ce problème est considérablement réduit.]

Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le commentaire expliquera qu'une modification peut prendre plusieurs formes telles que: a) ajout ou suppression de biens individualisés ou de types de biens grevés, b) ajout ou suppression de l'élément d'identification du constituant; c) enregistrement d'un changement de l'élément d'identification du constituant ou du créancier garanti; d) déclaration d'une cession de la sûreté par le créancier garanti désigné dans

l'inscription initiale à un nouveau créancier garanti; ou e) déclaration d'un accord de cession de rang ou d'un engagement qui a une incidence sur une sûreté inscrite.]

Annulation ou modification d'un avis

68. La loi devrait prévoir que, si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue, si la sûreté est éteinte [du fait du paiement intégral ou autre] ou si l'avis contient une information qui n'est pas autorisée par le constituant:

a) Le créancier garanti doit annuler ou modifier l'avis dans un délai de [...] jours suivant la demande écrite du constituant;

b) Le constituant est en droit de faire annuler ou modifier l'avis par une procédure simplifiée;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que le constituant peut demander l'annulation de l'avis conformément à l'alinéa b) même avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa a). Dans ce cas, toutefois, il aura peut-être à supporter lui-même tous les frais en découlant (voir A/CN.9/593, par. 54). Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le commentaire fournira des orientations aux États quant à la durée du délai mentionné dans la présente recommandation (par exemple 20 à 30 jours).]

69. La loi devrait prévoir que le créancier garanti est en droit d'annuler ou de modifier un avis à tout moment.

70. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un avis a été annulé, il devrait être supprimé des fichiers consultables du registre dans un bref délai après son annulation. Toutefois, les informations figurant sur l'avis annulé et l'acte d'annulation devraient être conservés pour pouvoir être retrouvés si nécessaire.

71. [La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une cession de l'obligation garantie, [l'avis peut être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti, mais l'avis non modifié continue à produire effet] [pour continuer à produire effet, l'avis doit être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti].]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner laquelle des variantes présentées entre crochets dans la recommandation ci-dessus est préférable (voir A/CN.9/593, par. 56).]

VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents²⁸

Objet

Les dispositions de la loi relatives à la priorité ont pour objet:

a) D'établir un régime efficace et prévisible pour déterminer le rang de priorité d'une sûreté réelle mobilière par rapport aux droits de tous les réclamants concurrents possibles; et

²⁸ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6.

b) De faciliter les opérations par lesquelles un constituant peut créer plus d'une sûreté réelle mobilière sur le même bien et tirer ainsi parti de toute la valeur de ses biens pour obtenir des crédits.

A. Recommandations générales

Portée de la priorité

72. La loi devrait prévoir que la priorité accordée à une sûreté réelle mobilière s'applique à l'ensemble des obligations garanties dans la convention constitutive de sûreté [à concurrence d'un montant monétaire maximum indiqué dans l'avis].

Caractère indifférent de la connaissance de l'existence de la sûreté

73. La loi devrait prévoir que la connaissance de l'existence de la sûreté réelle mobilière de la part d'un réclamant concurrent n'a aucune incidence sur ses droits découlant des dispositions de la loi relatives à la priorité.

Priorité des sûretés réelles mobilières garantissant des obligations futures

74. [Sous réserve de la recommandation 86,] la priorité d'une sûreté réelle mobilière ne dépend pas de la date à laquelle l'obligation garantie a été souscrite.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera qu'au cas où une sécurité garantissant un crédit est rendue opposable le jour 1 et que le crédit est octroyé le jour 2 puis les jours 3 et 4, la priorité compte à partir du moment où la sûreté a été rendue opposable (c'est-à-dire à partir du jour 1). Le commentaire expliquera aussi qu'une exception à cette règle est énoncée dans la recommandation 86 qui prévoit que, si l'obligation garantie a été souscrite après qu'un créancier judiciaire a acquis des droits sur le bien grevé, la sûreté est subordonnée aux droits du créancier judiciaire. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si d'autres exceptions devraient être introduites (par exemple la superpriorité d'une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition devrait être limitée aux obligations garanties souscrites jusqu'au moment de l'acquisition des biens concernés par le bénéficiaire du transfert).]

Accords de cession de rang

75. La loi devrait prévoir qu'un réclamant concurrent prioritaire peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout autre réclamant concurrent existant ou futur.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que, dans la présente recommandation, un accord de cession de rang serait possible non seulement entre des réclamants concurrents n'ayant pas le même rang de priorité mais aussi entre des réclamants concurrents ayant le même rang de priorité (voir A/CN.9/593, par. 61). Il souhaitera peut-être aussi noter que les accords de cession de rang en cas d'insolvabilité du constituant sont traités dans la recommandation 179.]

Priorité entre des sûretés réelles mobilières grevant les mêmes biens

76. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations [...], une sûreté sur des biens meubles inscrite ou rendue opposable, selon ce qui intervient en premier, a priorité sur une sûreté grevant les mêmes biens qui a été inscrite ou rendue opposable par la suite. La date de l'inscription détermine la priorité d'une sûreté réelle mobilière pour tous les biens grevés, que ceux-ci soient acquis par le constituant ou soient créés à cette date ou encore avant ou après cette date.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que l'inscription ici fait référence à l'inscription avant la constitution de la sûreté, conformément à la recommandation 64, tandis que l'opposabilité renvoie à la constitution de la sûreté complétée par les formalités d'opposabilité, conformément aux recommandations 33, 35 ou 36. Le commentaire expliquera aussi que les questions de priorité se posent lorsqu'il y a des droits concurrents sur les mêmes biens, lorsque le débiteur n'exécute pas l'obligation garantie et lorsque la valeur des biens grevés n'est pas suffisante pour satisfaire l'ensemble des obligations garanties. Le commentaire précisera également que:

a) *Entre deux sûretés inscrites dans le registre général des sûretés, la première sûreté inscrite l'emporte;*

b) *Entre deux sûretés inscrites dans un registre spécialisé ou annotées sur un certificat de propriété, la première sûreté inscrite l'emporte;*

c) *Entre une sûreté inscrite dans le registre général des sûretés et une sûreté inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété, la seconde l'emporte (du fait de la recommandation 79); et*

d) *Entre une sûreté inscrite (avant sa constitution) dans le registre général des sûretés ou dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété et une sûreté (constituée et) rendue opposable, la première sûreté inscrite ou rendue opposable l'emporte.*

De plus, le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera aussi que lorsqu'une sûreté n'est pas opposable, aucune question de priorité ne se pose et les sûretés ont donc le même rang. Le commentaire expliquera en outre que la recommandation 76 s'applique à un conflit entre deux sûretés sur les mêmes biens grevés (pour savoir si elle devrait s'appliquer aux conflits avec un acheteur et un créancier judiciaire, voir la note sur la recommandation 82).

Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera également que la priorité est donnée dès son inscription à une sûreté inscrite avant sa constitution afin d'encourager l'inscription anticipée (qui informe les tiers) et de sécuriser les créanciers garantis en leur permettant de déterminer la priorité de leurs sûretés avant d'accorder un crédit. Ce motif ne s'applique pas à la possession anticipée. Une telle règle serait en outre inutile en ce qui concerne les instruments et documents négociables, car leur possession donne un droit supérieur à celui accordé par l'inscription (voir recommandations 89, 90, 97 et 98). Pour les autres biens meubles corporels, on part du principe que la possession anticipée n'est pas pratiquée (la remise de la possession reposera toujours sur un accord concernant la sûreté). En conséquence, aucune règle générale s'inspirant de la

recommandation 76 n'est introduite en ce qui concerne la possession anticipée. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il existe des pratiques de financement importantes dans lesquelles le créancier garanti peut prendre possession des biens grevés avant un tel accord et, dans l'affirmative, si le créancier garanti qui a pris possession de manière anticipée devrait avoir la priorité à partir de ce moment (voir A/CN.9/593, par. 68).]

Maintien de la priorité

77. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière n'est pas affectée par une modification de la méthode par laquelle la sûreté est rendue opposable, à condition que la sûreté ne soit inopposable à aucun moment.

78. La loi devrait prévoir que, si une sûreté a été inscrite ou rendue opposable et si, par la suite, à un certain moment elle n'est ni inscrite ni opposable, sa priorité remonte à la première date à laquelle elle est ensuite soit inscrite soit rendue opposable.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, dans la recommandation 39, l'opposabilité est continue. Si elle s'interrompt, elle remonte au moment où elle a été rétablie (voir aussi les exemples donnés dans la note relative à la recommandation 39).]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière ou d'un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété

79. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou un autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur des biens meubles autres que des biens rattachés qui a été rendue opposable conformément à la recommandation 42 a la priorité sur:

- a) Une sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés ou qui a été rendue opposable par toute autre méthode indépendamment de l'ordre; et
- b) Une sûreté réelle mobilière qui a par la suite été inscrite dans le registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit²⁹

80. Sous réserve des dispositions des recommandations [...], la loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien grevé qui est opposable a le même rang de priorité que la sûreté sur le bien grevé lui-même.

Droit des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés

81. La loi devrait prévoir que, lorsqu'une sûreté réelle mobilière est opposable, elle est maintenue sur les biens grevés aux mains d'un tiers sous réserve des dispositions des recommandations 82, 83 et 84.

²⁹ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 67.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la présente recommandation est destinée à énoncer la règle selon laquelle le créancier garanti peut suivre le bien entre les mains d'une personne à qui le bien a été transféré (droit de suite, énoncé quelque peu différemment dans la recommandation³²).]

82. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière cesse lorsque le constituant vend le bien grevé ou en dispose autrement si [:

i)] Le créancier garanti autorise cette vente ou cet autre acte de disposition du bien libre de la sûreté [; ou

ii) Dans le cas d'une sûreté inscrite avant sa constitution, le créancier garanti a connaissance de la vente]; et

b) Une sûreté réelle mobilière est sans incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence du bien grevé si [:

i)] Le créancier garanti autorise le constituant à louer ou à mettre sous licence le bien [sur lequel la sûreté n'a aucune incidence] [;ou

ii) Dans le cas d'une sûreté inscrite avant sa constitution, le créancier garanti a connaissance du bail ou de la licence.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le libellé de l'alinéa b) de la présente recommandation a été modifié pour répondre à une préoccupation exprimée à la trente-neuvième session de la Commission (voir A/61/17, par. 37); pour la même raison, des modifications analogues ont été apportées aux recommandations 83 b) et c) et 84 (deuxième phrase) et la question a été traitée dans les paragraphes suivants.

Conformément à la recommandation 76, l'inscription d'un avis sur un registre avant la constitution d'une sûreté donne la priorité sur une autre sûreté (constituée et) rendue opposable plus tard. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette recommandation devrait s'appliquer aux conflits de priorité entre un créancier garanti et un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de biens grevés acquérant un droit sur les biens après l'inscription d'un avis mais avant la constitution effective d'une sûreté sur ces biens. On peut considérer que l'acheteur, le preneur à bail ou le titulaire de licence devrait alors prendre le bien libre de toute sûreté, car au moment où la sûreté est constituée, les biens grevés ne sont plus la propriété du vendeur ou sont détenus ou utilisés par le preneur à bail ou le titulaire de la licence. L'inconvénient d'une telle approche serait que le créancier garanti pourrait alors invoquer l'inscription anticipée pour préserver la priorité uniquement par rapport à d'autres créanciers garantis. Par rapport à ceux auxquels le bien a été transféré entre-temps, il devrait mener d'autres recherches avant de pouvoir accorder en toute sécurité un crédit une fois que la sûreté voit le jour.

Un problème analogue se pose lorsqu'un créancier judiciaire acquiert des droits sur les biens grevés après l'inscription anticipée d'un avis relatif à une sûreté mais avant la constitution effective de la sûreté. La situation est alors quelque peu différente, car un créancier garanti n'est pas subordonné aux droits du créancier judiciaire, conformément aux recommandations du présent chapitre, tant qu'il n'a pas véritablement connaissance des droits de ce dernier; il a alors un rang inférieur

pour ce qui est des avances faites après avoir eu connaissance de ces droits. Par conséquent, si la sûreté n'a pas encore été constituée lorsque le créancier judiciaire informe le créancier garanti des droits qu'il a acquis entre-temps, celui-ci peut se protéger soit en demandant au constituant de s'acquitter du jugement, soit en réduisant le crédit qu'il envisage d'accorder. Une règle analogue pourrait être adoptée pour les personnes ayant acheté les biens entre-temps. Conformément à cette approche, un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence prendrait les biens libres d'une sûreté préalablement enregistrée qui n'est pas encore constituée à condition que le créancier garanti ait connaissance de la vente, du bail ou de la licence. Les acheteurs, les preneurs à bail et les titulaires de licence pourraient alors se protéger en notifiant leur opération plutôt qu'en obtenant du créancier garanti qu'il renonce concrètement à sa priorité. Le créancier garanti serait aussi protégé car il aurait en fait connaissance de l'opération effectuée entre-temps avant de conclure la convention constitutive de la sûreté. Le texte entre crochets, aux alinéas a) ii) et b) ii) aborde ce point.

Le Groupe de travail voudra peut-être noter aussi que l'application de la règle figurant dans la recommandation 82 exige une comparaison de la date à laquelle une sûreté a été rendue opposable et de la date de la vente, du bail ou de la licence du bien grevé (une sûreté non opposable ne produisant aucun effet à l'égard des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence). Si la date à laquelle la sûreté a été rendue opposable est en général évidente (dans la mesure où le registre indiquera la date à laquelle l'avis a été inscrit), il n'en va pas nécessairement de même pour la date à laquelle une vente a eu lieu. Par exemple, un contrat concernant la vente de biens meubles corporels qui sont des biens grevés peut avoir été conclu entre le constituant/vendeur et l'acheteur à la date 1, ces biens peuvent avoir été expédiés à l'acheteur à la date 2 (soit parce que le contrat prévoyait l'expédition à cette date, soit pour une autre raison), ils peuvent avoir été reçus par l'acheteur à la date 3 et celui-ci peut les avoir payés à la date 4; en vertu de la loi applicable, la vente par le constituant/vendeur à l'acheteur peut avoir eu lieu à l'une quelconque de ces dates ou à une autre date encore. L'application de la règle énoncée dans la recommandation 82 exige de connaître la date à laquelle la vente a eu lieu, car la date à laquelle la sûreté a été rendue opposable pourrait être antérieure à certaines de ces dates mais pas à toutes. Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner si la recommandation 82 (ou le commentaire qui l'accompagne) devrait donner des indications supplémentaires sur le moment auquel une vente devrait être considérée comme ayant eu lieu afin de déterminer les droits de l'acheteur sur les biens par rapport au créancier garanti. Le commentaire précisera aussi que, si le constituant d'un bien le vend avec une réserve de propriété, l'acheteur prend ce bien libre de cette réserve lorsqu'il s'acquitte du prix. Avant cela, le vendeur réservataire a les droits d'un propriétaire (ou d'un créancier garanti selon qu'une approche unitaire ou non unitaire est suivie).]

83. La loi devrait aussi prévoir que:

- a) Un acheteur dans le cours normal des affaires [et un acheteur de biens de consommation] prend les biens libres de toute sûreté réelle mobilière;
- b) Une sûreté réelle mobilière est sans incidence sur les droits d'un preneur à bail dans le cours normal des affaires; et

c) Une sûreté réelle mobilière est sans incidence sur les droits d'un titulaire de licence dans le cours normal des affaires dans le cadre d'une licence non exclusive.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, d'après la définition uu), l'"acheteur dans le cours normal des affaires" est un acheteur de stocks dans le cours normal des affaires qui ne sait pas que la vente se fait en violation d'une sûreté ou d'un autre droit. Il voudra peut-être recommander que les acheteurs de biens de consommation [de faible valeur] qui ne savent pas qu'une sûreté grève ces biens acquièrent ces derniers libres de la sûreté. À cet égard, il souhaitera peut-être tenir compte du fait que l'acheteur n'aurait aucun moyen de connaître l'existence d'une sûreté sur les biens car, conformément aux recommandations 41 et 185, les sûretés sur des biens de consommation de faible valeur non liées à leur acquisition et les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition ne sont pas soumises à inscription (voir A/CN.9/593, par. 77). En ce qui concerne les alinéas b) et c), le commentaire expliquera que la sûreté ne cesse pas d'exister, mais que pendant la durée du bail ou de la licence, le droit du créancier garanti est limité à celui du bailleur ou du donneur de licence.]

84. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un acheteur ou un bénéficiaire d'un transfert acquiert un bien grevé libre d'une sûreté réelle mobilière, toute personne qui acquiert auprès de lui par la suite un droit sur ce bien l'acquiert aussi libre de la sûreté. Lorsqu'une sûreté réelle mobilière n'a aucune incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence, elle n'a aucune incidence non plus sur les droits d'un sous-locataire ou d'un titulaire d'une sous-licence.

Priorité des créances privilégiées

85. La loi devrait limiter tant le nombre que le montant des créances privilégiées naissant par l'effet de la loi qui ont priorité sur des sûretés réelles mobilières et, dans la mesure où des créances privilégiées existent, elles devraient être décrites dans la loi de manière claire et précise.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les acheteurs, les preneurs à bail et les titulaires de licence devraient prendre le bien libre de toutes créances privilégiées. Comme cette question ne concerne pas un conflit de priorité avec une sûreté réelle mobilière, elle pourra être traitée dans le commentaire.]

Priorité des droits des créanciers judiciaires

86. La loi devrait prévoir que [, sous réserve des dispositions de la recommandation 188,] une sûreté réelle mobilière a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire à condition qu'elle ait été rendue opposable avant que celui-ci ait obtenu [, en vertu d'une loi autre que la présente loi,] un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur des biens du constituant sur le fondement de ce jugement ou de cette décision. La priorité de la sûreté s'applique au crédit accordé par le créancier garanti dans un nombre de jours spécifié après que le créancier chirographaire a notifié à celui-ci l'existence de ses droits sur les biens mais non au crédit accordé après l'expiration de ce délai.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner: a) s'il est possible qu'une sûreté sur un bien particulier devienne opposable au moment où un créancier chirographaire acquiert, sur le fondement d'un jugement ou d'une décision judiciaire provisoire, un droit sur ce bien; et b) dans l'affirmative, lequel de ces droits a priorité sur l'autre.

Le problème est extrêmement important dans le cas d'une sûreté sur des biens futurs d'un constituant. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'exemple ci-après. Un créancier garanti prend une sûreté sur l'ensemble des biens présents et futurs du constituant et octroie un crédit à ce dernier. Il inscrit un avis qui couvre les biens actuels et futurs. Par la suite, en vertu d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties, un créancier chirographaire du constituant obtient un jugement ou une décision judiciaire provisoire lui conférant un droit sur les biens actuels et futurs du constituant. Plus tard encore, le constituant achète des biens nouveaux dont il prend livraison. À ce moment, il acquiert des droits sur ces biens et la sûreté sur eux est constituée et, du fait de l'inscription antérieure de l'avis, elle est immédiatement opposable. Parallèlement, le créancier chirographaire obtient un droit sur ces biens en raison du jugement ou de la décision judiciaire provisoire précédemment prononcé qui prévoit un tel droit. Le libellé actuel de la recommandation 86 dispose que le droit du créancier chirographaire a priorité sur la sûreté du créancier garanti.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, en pareil cas, c'est le créancier garanti qui devrait avoir la priorité au lieu du créancier judiciaire. Ce résultat semblerait aller dans le sens des objectifs du Guide, à savoir créer une plus grande sécurité pour le créancier garanti en vue d'augmenter l'offre de crédit meilleur marché. Il serait facile d'obtenir ce résultat, sans grande modification du texte, en ajoutant dans la première phrase de la recommandation 86 les mots "au moment où celui-ci a obtenu" immédiatement avant les mots "ou avant que celui-ci ait obtenu".

Le Groupe de travail voudra peut-être examiner aussi si une exception à cette recommandation devrait être introduite pour les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions rendues opposables pendant le délai de grâce applicable (voir recommandation 184). Ces sûretés ne devraient pas être primées par un créancier judiciaire mentionné dans la présente recommandation dont le droit sur le bien grevé est né après la constitution de la sûreté mais avant qu'elle soit rendue opposable. S'il en était autrement, l'utilisation du délai de grâce serait trop risquée pour les parties finançant l'acquisition.

Le Groupe de travail voudra peut-être noter en outre que le commentaire expliquera que la priorité énoncée dans la recommandation 84 ne s'applique pas au crédit promis mais non octroyé avant que le créancier judiciaire ait pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens grevés. Cette approche repose sur l'hypothèse que le jugement sera un cas de défaillance dans le cadre du mécanisme de crédit permettant au créancier garanti de cesser d'accorder tout crédit.

Le commentaire expliquera aussi les incidences de la présente recommandation sur certaines pratiques dans lesquelles le mécanisme de crédit ne prévoit pas de cas de défaillance, comme un engagement de garantie indépendant que l'émetteur ne peut révoquer s'il n'autorise pas la révocation du fait d'un

jugement contre les biens garantissant l'obligation du constituant de le rembourser de la somme versée en vertu de l'engagement.

Le commentaire expliquera en outre que, si la priorité devait se limiter à un montant indiqué dans l'avis inscrit, le problème pourrait être résolu car les biens restants du constituant garanti permettraient de régler les créances des créanciers chirographaires (voir A/CN.9/593, par. 80 à 82). Il donnera aussi des indications sur le délai évoqué dans la présente recommandation.]

Priorité des droits des personnes ayant augmenté ou préservé la valeur des biens grevés

87. Si une loi autre que la présente loi confère des droits équivalents à des sûretés réelles mobilières à un créancier qui a valorisé des biens meubles corporels (par exemple en les réparant) ou en a préservé la valeur (par exemple en les stockant ou en les transportant), ces droits sont limités aux biens en possession dudit créancier, dont la valeur a été augmentée ou préservée, à concurrence de la valeur ainsi ajoutée ou préservée, et ont priorité sur les sûretés réelles mobilières antérieures sur les mêmes biens.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que limiter la priorité accordée aux droits acquis au titre du stockage et de la réparation sur des sûretés par référence à la mesure dans laquelle les biens grevés ont été valorisés ou leur valeur préservée risque de rendre la charge de la preuve difficile et onéreuse pour les personnes qui réparent, stockent ou transportent les biens. Il souhaitera peut-être envisager de faire référence à la place à la valeur (ou à la valeur raisonnable) des services de réparation, de transport ou de stockage rendus concernant les biens grevés. Il serait également possible de faire référence aux dépenses raisonnables encourues par la personne qui a réparé, stocké ou transporté les biens. Ces formulations garantiraient aussi que la priorité de la personne qui a réparé, stocké ou transporté les biens est limitée aux services rendus concernant les biens grevés et éviteraient en même temps les questions délicates de preuve quant à la valeur relative des biens grevés avant et après que les services ont été rendus.]

Priorité des droits de revendication d'un fournisseur

88. Si une loi autre que la présente loi prévoit que les fournisseurs de biens meubles corporels ont le droit de revendiquer ces biens, la loi devrait prévoir que le droit de revendiquer les biens a un rang inférieur aux sûretés réelles mobilières sur ces biens.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation crée une règle de droit commercial destinée à faire primer les créanciers garantis sur les droits de revendication. Ces droits peuvent naître par application de la loi en cas de défaillance ou d'insolvabilité financière du constituant. Si une procédure d'insolvabilité est ouverte, la loi sur l'insolvabilité applicable déterminera la mesure dans laquelle les créanciers garantis et les titulaires de droits de revendication devront arrêter leurs poursuites ou verront, d'une autre manière, leurs droits restreints (voir les recommandations 39 à 51 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité). Toutefois, la règle de priorité établie par la présente

recommandation ne serait pas affectée par la procédure d'insolvabilité, comme le prévoit la recommandation 179. Le commentaire expliquera aussi, dans l'intérêt des États qui adoptent une approche non unitaire, que le droit de revendication n'inclut pas la réserve de propriété.]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

[Note à l'intention du Groupe de travail: Voir la recommandation 178 dans le chapitre sur l'insolvabilité.]

B. Recommandations sur des biens particuliers

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une créance³⁰

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales sur la priorité s'appliquent aux sûretés sur des créances ainsi qu'aux transferts purs et simples de créances.]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un instrument négociable³¹

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales sur la priorité s'appliquent à la priorité des sûretés sur des instruments négociables, tandis que les recommandations 89 et 90 portent sur d'autres conflits de priorité.]

89. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par prise de possession de l'instrument a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant l'instrument qui est rendue opposable par n'importe quelle autre méthode.

90. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par une méthode autre que la prise de possession de l'instrument a un rang inférieur aux droits d'un créancier garanti, d'un acheteur ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré (dans une opération contractuelle) qui:

- a) Est considérée comme un porteur protégé par la loi régissant les instruments négociables; ou
- b) Prend possession de l'instrument négociable et fournit une prestation de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, pour préserver la négociabilité des instruments dans tous les cas, la connaissance de l'existence d'une sûreté de la part de la personne à qui l'instrument a été transféré ne signifie pas en soi que cette personne n'a pas agi de bonne foi.]

³⁰ Voir A/CN.9/611.

³¹ Pour les recommandations 90 et 91, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 74 et 74 bis.

91.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire³²

92. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui est rendue opposable par prise de contrôle a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par n'importe quelle autre méthode. Si une banque dépositaire conclut des accords de contrôle avec plusieurs créanciers garantis, l'ordre de priorité de ces créanciers garantis est établi en fonction de l'ordre dans lequel ces accords ont été conclus. Si la banque dépositaire est le créancier garanti, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté (y compris une sûreté rendue opposable par un accord de contrôle passé avec elle, même si sa sûreté est postérieure) à l'exception de celle d'un créancier garanti qui a acquis le contrôle en devenant titulaire du compte.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être rendue opposable soit par inscription soit par prise de contrôle. Si une sûreté est opposable aux tiers, elle l'est aussi à un réclamant concurrent (par exemple, un représentant de l'insolvabilité ou un créancier garanti ultérieur) et a priorité sur lui. Le commentaire expliquera aussi que le contrôle renforce la priorité car il rend la sûreté non seulement opposable mais lui donne aussi la priorité sur un créancier garanti antérieur dont la sûreté a été rendue opposable par une autre méthode.]

Le commentaire expliquera en outre qu'une sûreté de la banque dépositaire est toujours prioritaire, même par rapport à une sûreté pour laquelle la banque a conclu antérieurement un accord de contrôle, et ce pour les raisons suivantes: a) une sûreté de la banque dépositaire devrait avoir le même rang de priorité que son droit à compensation, qui lui est toujours prioritaire; b) si la sûreté de la banque dépositaire n'était pas prioritaire, la banque ne conclurait aucun accord de contrôle; et c) un créancier garanti pourrait toujours tenter d'obtenir de la banque dépositaire un accord de cession de rang. Le commentaire expliquera aussi que, selon les termes de l'accord de contrôle, la banque dépositaire pourrait avoir une obligation contractuelle envers un créancier garanti signataire de l'accord, même s'il se peut que ce dernier ne soit pas prioritaire.

Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'à sa dixième session, il était convenu d'examiner l'identification des fonds crédités sur un compte bancaire en même temps que la question de l'identification du produit (voir A/CN.9/603, par. 67). Il voudra peut-être aborder cette question sous l'angle de la priorité. Le commentaire de la recommandation précisera que, si un créancier garanti a le contrôle d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa sûreté a priorité sur une sûreté grevant le produit en espèces, crédité sur le même compte bancaire, d'un bien grevé affecté à un autre créancier garanti, même si ce dernier est en mesure d'identifier le produit sur le compte. Il en est ainsi même si la sûreté concurrente est devenue opposable avant celle détenue par le créancier garanti qui a le contrôle.]

³² Pour les recommandations 93 à 95, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 76 à 78.

93. La loi devrait prévoir que tout droit de la banque dépositaire d'effectuer une compensation entre les obligations dont le constituant lui est redevable et le droit du constituant au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a priorité sur la sûreté réelle mobilière de tout créancier garanti autre qu'un créancier garanti ayant acquis le contrôle en devenant titulaire du compte.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations 92 et 93 signifient que les tiers sont censés savoir qu'ils ne peuvent s'en remettre à un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comme source principale de sûreté pour octroyer un crédit ou qu'ils ne peuvent le faire qu'en obtenant un accord de cession de rang de la banque dépositaire ou en faisant inscrire le compte à leur nom. L'absence de publicité de la sûreté n'est donc pas jugée problématique. Le commentaire expliquera également que, à la différence de la recommandation 120 b), la recommandation 93 traite des conflits de priorité entre les droits à compensation de la banque dépositaire et les sûretés d'autres personnes, et qu'elle ne crée aucun droit à compensation, question qui reste régie par d'autres lois. De plus, le commentaire précisera que l'exception prévue dans la recommandation 93 concerne un créancier garanti qui a pris le contrôle en devenant l'unique titulaire du compte. Si le créancier garanti n'était que cotitulaire du compte, il n'aurait pas le contrôle car le constituant serait toujours en mesure de disposer des fonds crédités sur le compte (voir définition hh), "contrôle".]

94. Lorsque le constituant transfère des fonds d'un compte bancaire, la loi devrait prévoir que le bénéficiaire de ce transfert prend ces fonds libres de toute sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte, sauf s'il sait que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits conférés par une loi autre que la présente loi aux bénéficiaires de transferts de fonds provenant de comptes bancaires.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales relatives aux questions de priorité s'appliquent aux sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sous réserve des recommandations 120 et 121. Le commentaire expliquera aussi que le critère établi dans la recommandation 83 a) (voir définition uu), "acheteur dans le cours normal des affaires") et dans les recommandations 93 et 94 est le même pour l'essentiel (à savoir si l'acheteur ou le bénéficiaire du transfert savait que cette vente ou ce transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté). Il expliquera également que le terme "transfert de fonds" recouvre divers transferts, y compris par chèque et par voie électronique (voir A/61/17, par. 38).]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant de l'argent

95. La loi devrait prévoir qu'une personne qui entre en possession d'argent grevé d'une sûreté réelle mobilière prend cet argent libre de la sûreté, que l'argent représente un bien initialement grevé ou un produit, à moins que cette personne sache que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits des détenteurs d'argent découlant d'une loi autre que la présente loi.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation est destinée à promouvoir l'objectif important de maximisation de la négociabilité de l'argent en limitant cette négociabilité uniquement lorsque cela est nécessaire pour protéger le détenteur d'une sûreté sur l'argent contre la collusion du bénéficiaire et de l'auteur d'un transfert de cet argent. Cette recommandation est censée faire pendant à la recommandation 94 relative aux sûretés sur des fonds transférés depuis un compte bancaire.]

Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi noter que le commentaire précisera que le mot "argent" dans le Guide désigne uniquement la monnaie ayant cours légal, c'est-à-dire la monnaie actuellement utilisée comme moyen d'échange autorisé par un État. Le terme "argent" est employé dans la langue courante pour désigner d'autres formes de biens, mais il ne s'agit pas d'argent aux fins du Guide. Par exemple, si une personne dépose de l'argent sur son compte bancaire, elle parle souvent de l'argent (ou des liquidités) qu'elle a en banque, alors qu'en réalité il s'agit, dans le Guide, "de fonds crédités sur un compte bancaire" et la créance du déposant sur la banque est désignée dans le Guide comme le "droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire". De même, à la suite du dépôt d'un chèque, le bien du déposant n'est plus un instrument négociable mais des fonds crédités sur un compte bancaire. En outre, l'argent détenu par un marchand de pièces de monnaie dans le cadre d'une collection n'est pas de l'"argent" au sens du Guide.

Le Guide traite des sûretés sur l'argent à la fois en tant que bien initialement grevé et en tant que produit d'une autre forme de bien grevé. Un exemple de ce dernier cas serait la réception, par un vendeur qui a accordé une sûreté sur ses créances, du paiement de ses factures non acquittées en argent (et non par chèque ou par transfert électronique de fonds). Conformément au Guide, l'argent entre les mains du vendeur serait le produit de sa créance et le créancier garanti aurait une sûreté sur l'argent en tant que produit. De même, si une personne ayant accordé une sûreté sur un matériel vend ce dernier à une personne qui le règle en espèces, l'argent entre les mains du vendeur constitue un produit du matériel et est grevé de la sûreté.

Comme l'argent, les fonds crédités sur un compte bancaire peuvent faire l'objet de sûretés, soit en tant que biens initialement grevés, soit en tant que produit. Si l'argent et les chèques faisaient l'objet d'une sûreté en faveur du créancier du déposant, les fonds crédités sur le compte bancaire seraient dans les deux cas le produit du bien grevé préexistant (l'argent ou l'instrument négociable). Si le crédit sur le compte bancaire du déposant résulte d'un transfert électronique de fonds par un tiers en paiement d'une créance due par l'émetteur au déposant, les fonds crédités sur le compte bancaire seraient le produit du bien grevé préexistant (la créance).

Chaque disposition du Guide (par exemple les règles applicables à la constitution, l'opposabilité, la priorité, etc.) s'applique à tous les biens grevés, sauf dans la mesure où une règle spéciale est prévue pour un type particulier de bien. Il faut donc toujours vérifier s'il existe une règle spéciale concernant l'argent ou le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

Un exemple important de règle spéciale est celle qui régit les droits du bénéficiaire d'un transfert a) d'argent qui, entre les mains de l'auteur du transfert, faisait l'objet d'une sûreté; et b) de fonds qui ont été transférés d'un compte bancaire sur lequel ils faisaient l'objet d'une sûreté alors qu'ils étaient la propriété de l'auteur du transfert et crédités sur ce compte bancaire. Compte tenu de la nécessité de préserver la négociabilité de l'argent et des fonds transférés de comptes bancaires, le Guide prévoit des règles spéciales pour protéger les bénéficiaires de transferts de tels biens.

En ce qui concerne l'argent et les fonds crédités sur un compte bancaire, il est important de déterminer avant tout si le point examiné concerne: a) ces deux biens en tant que biens du constituant; ou b) les droits de tiers bénéficiaires d'argent ou de fonds transférés du compte bancaire du constituant. Le paragraphe précédent, qui porte sur la règle régissant les droits des bénéficiaires de transferts (la deuxième catégorie) illustre cette distinction. Elle est distincte de la règle (première catégorie) qui régit un conflit de priorité entre une sûreté sur de l'argent ou sur des fonds crédités sur un compte bancaire et le droit d'un réclamant concurrent lorsque le constituant est encore propriétaire du bien grevé (c'est-à-dire ne l'a pas transféré).]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant³³

96. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant qui a été rendue opposable par prise de contrôle, à l'égard d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée ayant fourni une prestation au titre de l'engagement, a priorité sur les droits de tous les autres créanciers garantis qui ont, à l'égard de cette personne, rendu leur sûreté opposable par une méthode autre que la prise de contrôle. Si le contrôle a été obtenu par acceptation et si des acceptations contradictoires ont été données par une personne à plusieurs créanciers garantis, l'ordre de priorité de ces derniers est établi en fonction de l'ordre dans lequel les acceptations ont été données.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, la méthode classique de prise de contrôle étant l'obtention d'une acceptation, dans le cas où il y a plusieurs payeurs potentiels (par exemple le garant/émetteur, le confirmateur et plusieurs personnes désignées), le contrôle est obtenu uniquement à l'égard du (ou des) garant(s)/émetteur(s), du (ou des) confirmateur(s) ou de la (ou des) personne(s) désignée(s) qui ont donné la (ou les) acceptation(s). La règle de priorité doit donc se concentrer sur la personne qui est le payeur. La règle de priorité fondamentale précise qu'un créancier garanti qui a le contrôle du droit au produit d'un engagement de garantie indépendant a priorité sur un créancier garanti dont la sûreté est devenue opposable automatiquement. Le commentaire expliquera également que le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée peut, indépendamment de toute question de priorité, avoir un droit contractuel ou une obligation contractuelle de payer un créancier garanti accepté.]

³³ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 62.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable³⁴

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales relatives à la priorité s'appliquent aux sûretés sur des documents négociables, tandis que les recommandations 97 et 98 traitent d'autres conflits de priorité.]

97. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable qui est devenue opposable du fait que la sûreté sur le document négociable a été rendue opposable a priorité sur une sûreté grevant les biens en question rendue opposable par une autre méthode alors que les biens étaient représentés par le document.

98. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable et sur les biens meubles corporels qu'il représente a un rang inférieur aux droits conférés par la loi régissant les documents négociables à une personne à laquelle ce document a été dûment transmis.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens rattachés à un bien immeuble³⁵

99. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur des biens rattachés à un bien immeuble qui est constitué et rendu opposable conformément au droit immobilier a priorité sur une sûreté grevant ces biens rattachés rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35.

100. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle est rendue opposable par inscription sur le registre immobilier conformément à la recommandation 52, une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui sont rattachés à un bien immeuble au moment où elle est rendue opposable ou qui le sont par la suite a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou sur tout autre droit inscrit ultérieurement (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur le bien immeuble.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les recommandations 99 et 100 avec la recommandation correspondante du chapitre sur les mécanismes de financement d'acquisitions (voir recommandation 189). Il sera expliqué dans le commentaire que les mots "tout autre droit" désignent tout droit susceptible d'être enregistré en vertu du droit immobilier.]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens rattachés à un bien meuble soumis à un système d'inscription sur des registres spécialisés ou à un système de certificat de propriété³⁶

101. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou un autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur des biens rattachés à un bien meuble, qui est rendu opposable en vertu d'une autre loi par inscription sur un registre spécialisé

³⁴ Pour les recommandations 97 et 98, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 80 et 81.

³⁵ Pour les recommandations 99 et 100, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 82 et 83.

³⁶ Pour les recommandations 101 et 102, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 84 et 84 bis.

[ou annotation sur un certificat de propriété] a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant ces biens rattachés rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la présente recommandation vise à déterminer l'ordre de priorité entre une sûreté grevant un bien rattaché inscrite sur le registre général des sûretés et une sûreté ou un autre droit sur le même bien inscrit sur le registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété. Comme la recommandation 79 pourrait suffire pour régler ce conflit de priorité, la recommandation 101 ne sera peut-être pas nécessaire.]

102. Une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur des biens rattachés à un bien meuble qui est rendu opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété conformément à la recommandation 53 a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou sur un autre droit sur le bien meuble concerné inscrit ultérieurement.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la présente recommandation vise à déterminer l'ordre de priorité entre une sûreté ou un autre droit grevant un bien rattaché inscrit sur un registre spécialisé et une sûreté ou un autre droit sur le meuble concerné inscrit par la suite dans le même registre. Il souhaitera peut-être examiner si cette recommandation est utile dans la pratique car aucun système de registre spécialisé ne prévoit l'inscription séparée des sûretés sur des biens rattachés. Si les registres concernant les aéronefs prévoient généralement l'inscription séparée des moteurs, ils ne sont pas considérés comme faisant partie automatiquement de la cellule d'aéronef et sont financés et inscrits séparément.]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une masse ou un produit fini³⁷

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'ordre de priorité entre les créanciers titulaires de sûretés sur un bien qui est mélangé et intégré à une masse ou à un produit fini et les créanciers chirographaires n'exigent pas de traitement spécial puisque les règles de priorité ordinaires s'appliquent dès lors qu'il est établi que la sûreté se maintient sur la masse ou le produit fini. Toutefois, trois types de conflits de priorité peuvent surgir entre créanciers lorsque chacun est titulaire d'une sûreté sur la masse ou le produit fini: a) les conflits entre sûretés constituées sur les mêmes biens meubles corporels qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et du sucre); b) les conflits entre sûretés sur différents biens meubles corporels qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et de la farine); et c) les conflits entre une sûreté initialement constituée sur les biens meubles corporels distincts et une sûreté sur la masse ou sur le produit fini (par exemple, sucre et gâteau). Pour tenir compte de toutes ces situations, la recommandation a été reformulée en trois parties.]

³⁷ Pour les recommandations 103 à 105, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 85, 85 bis et 85 ter.

103. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur les mêmes biens meubles corporels distincts qui se maintient sur une masse ou sur un produit fini et qui est opposable à la même priorité par rapport à d'autres sûretés réelles mobilières accordées sur les biens meubles corporels distincts qu'elle avait immédiatement avant que ces biens aient été intégrés au produit fini ou à la masse.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que cette recommandation a pour conséquence que toutes les sûretés sur des biens meubles corporels qui sont mélangés ont les unes à l'égard des autres le même rang de priorité qu'elles avaient sur les biens distincts. La raison de cette règle proposée est que l'incorporation de biens dans une masse ou un produit fini ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits respectifs des créanciers titulaires de sûretés concurrentes sur les biens distincts. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la règle est formulée de manière à respecter les règles générales de priorité et à prendre en compte la superpriorité accordée aux créanciers qui peuvent faire valoir des "sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions". La recommandation se fonde sur le principe, énoncé dans la recommandation 29 (Constitution) qu'un créancier garanti ne peut recevoir un montant supérieur à celui des biens meubles corporels immédiatement avant leur intégration dans la masse ou le produit fini.]

104. La loi devrait prévoir que, si plusieurs sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels distincts se maintiennent sur la même masse ou le même produit fini et si chaque sûreté est opposable, les créanciers garantis ont droit à une part de la valeur totale de leurs sûretés sur la masse ou le produit fini en proportion de la valeur des biens meubles corporels distincts immédiatement avant qu'ils aient été intégrés à la masse ou au produit fini. S'il y a plusieurs autres sûretés, les titulaires de ces sûretés ont droit à une part du reste de la valeur totale de leurs sûretés sur la masse ou le produit fini dans la proportion indiquée. S'il n'y a qu'une autre sûreté, le titulaire de cette sûreté a droit au reste de la valeur de sa sûreté sur la masse ou le produit fini.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, conformément à la recommandation 104, si la valeur du sucre est 2 et celle de la farine 5, alors que la valeur du gâteau est 6 et le montant de l'obligation garantie 7, les créanciers se verront attribuer 2/7 et 5/7 de 6. En tout état de cause, si la valeur de la masse ou du produit fini est inférieure au montant des obligations garanties, il ne restera rien pour les créanciers chirographaires. Les créanciers garantis ont le même rang et la règle a pour objet de déterminer la valeur relative de leurs droits.]

105. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels distincts qui se maintient sur une masse ou sur un produit fini et qui est opposable à priorité sur une sûreté réelle mobilière accordée par le même débiteur sur la masse ou le produit fini, s'il s'agit d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que cette recommandation a pour conséquence l'application des règles générales de priorité. Les sûretés sur le bien initial ont la priorité sur toutes les sûretés sur la masse ou le produit fini qui ont été prises afin de couvrir le futur

bien, uniquement si elles sont des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.]

VIII. Droits et obligations des parties³⁸

Objet

Les dispositions de la loi relatives aux droits et obligations des parties ont pour objet de renforcer l'efficacité des opérations garanties et de réduire le coût de ces opérations et les risques de litiges:

- a) En énonçant des règles sur les clauses supplémentaires à insérer dans la convention constitutive de sûreté;
- b) En évitant aux parties d'avoir à négocier et à rédiger des clauses à insérer dans la convention constitutive de sûreté lorsque ces règles constituent une base acceptable sur laquelle s'entendre;
- c) En fournissant un outil d'aide à la rédaction ou une liste récapitulative de questions que les parties souhaiteront peut-être aborder lorsqu'elles négocieront et concluront la convention constitutive de sûreté; et
- d) En encourageant l'autonomie des parties.

A. Recommandations générales

Règles supplétives concernant les droits du créancier garanti

106. La loi devrait prévoir que, sauf convention contraire:

- a) Le créancier garanti a le droit de se faire rembourser les frais raisonnables engagés pour préserver les biens grevés en sa possession;
- b) Le créancier garanti a le droit de faire un usage raisonnable des biens grevés en sa possession et d'inspecter les biens grevés en possession du constituant.

Règles impératives concernant les obligations de la partie en possession des biens grevés

107. La loi devrait prévoir que:

- a) Le créancier garanti ou le constituant en possession des biens grevés a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver ces biens;
- b) Le créancier garanti a l'obligation de restituer les biens grevés en sa possession ou de faire radier l'avis inscrit dès le complet paiement de l'obligation garantie et la fin de tous les engagements de crédit.

³⁸ Voir A/CN.9/611/Add.2, objet et recommandations 86 et 87.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire³⁹

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations 108 à 111 sont fondées sur les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Le commentaire expliquera qu'elles traitent des droits et obligations du cédant et du cessionnaire dans leurs relations entre eux.*]

108. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant d'une convention entre eux sont déterminés par les termes et conditions de cette convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées;

b) Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.

Garanties dues par le cédant

109. [En ce qui concerne une cession d'une créance contractuelle,] la loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que:

i) Il a le droit de céder la créance;

ii) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

iii) Le débiteur de la créance ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation;

b) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur de la créance peut ou pourra payer.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le texte entre crochets, dans le chapeau de la recommandation, traduit la décision du Groupe de travail de ne pas appliquer cette recommandation à une cession de créance non contractuelle (A/CN.9/603, par. 36; voir aussi notes concernant la définition p), "créance", et les recommandations 2 a) et 22).*]

Droit de notifier la cession au débiteur de la créance

110. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur de la créance une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions; et

³⁹ Pour les recommandations 108 à 111, voir A/CN.9/611, recommandations 16 bis à 16 quinquies.

b) Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée à l'alinéa a) de la présente recommandation, ne sont pas invalidées aux fins de la recommandation 114 en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

111. La loi devrait prévoir que:

a) Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée:

i) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance;

ii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et

iii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée.

b) Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

IX. Droits et obligations des tiers débiteurs

A. Droits et obligations du débiteur de la créance⁴⁰

Protection du débiteur de la créance

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations 112 à 118 se fondent sur les articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Le commentaire expliquera que ces recommandations traitent des droits et obligations du débiteur de la créance et que si ce débiteur paie conformément aux dispositions des recommandations de cette partie il pourra être valablement libéré de son obligation, qu'il ait ou non payé un réclamat concurrent prioritaire. La question de savoir lequel des réclamants concurrents recevra finalement le produit du paiement effectué par le débiteur de la créance sera tranchée dans les recommandations du Guide relatives à la priorité (voir, par exemple, recommandation 152).]

⁴⁰ Pour les recommandations 112 à 118, voir A/CN.9/611, recommandations 17 à 23.

112. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur de la créance n'y consente, une cession de créances n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial;

b) Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

ii) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur de la créance est situé.

Notification de la cession au débiteur de la créance

113. La loi devrait prévoir que:

a) Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur de la créance, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial; et

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification; et

c) La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Paiement libératoire du débiteur de la créance

114. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur de la créance est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas c) à h) de la présente recommandation, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

c) S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur de la créance est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu;

h) La présente recommandation n'a d'incidence sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur de la créance à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur de la créance

115. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur de la créance une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

b) Le débiteur de la créance peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession; et

c) Nonobstant les dispositions des alinéas a) et b) de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur de la créance peut, en vertu de la recommandation 23 ou 24, invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur de la créance contre le cessionnaire.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 2 b), le Guide s'applique aux consommateurs sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation régissant leur protection.]

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

116. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur de la créance peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 115. Une telle convention empêche le débiteur de la créance d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur de la créance ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité; et

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur de la créance. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa b) de la recommandation 117.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la présente recommandation se fonde sur l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur la cession, qui mentionne un écrit signé uniquement pour l'acte de renonciation au droit d'opposer des exceptions ou sa modification. Si le Groupe de travail décide de ne pas mentionner la signature dans la recommandation 13 mais plutôt la preuve que le constituant avait l'intention de constituer une sûreté, il souhaitera peut-être reconsidérer la mention de la signature dans la recommandation 116. Si la référence à la signature est conservée dans la recommandation 13, une signature électronique devrait être suffisante (voir note concernant la définition v), "notification de la cession", et recommandation 11).]

Modification du contrat initial

117. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat; et

c) Les alinéas a) et b) de la présente recommandation sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

118. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur de la créance à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la présente recommandation n'a pas d'incidence sur la responsabilité du cédant envers le débiteur de la créance pour violation de contrat.]

B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable⁴¹

119. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti sur un instrument négociable par rapport à une personne débitrice dans le cadre de l'instrument négociable ou toute autre personne revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables sont régis par cette dernière.

C. Droits et obligations de la banque dépositaire⁴²

120. La loi devrait prévoir que:

a) La constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire n'a aucune incidence sur les droits et obligations de la banque dépositaire sans son consentement; et

b) Les droits à compensation de la banque dépositaire ne sont pas affectés en raison d'une sûreté réelle mobilière qu'elle pourrait détenir sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations 120 et 121 sont complétées par les recommandations 92 et 93 (dans la mesure où il y a conflit de priorité entre une sûreté ou un droit à compensation de la banque dépositaire et la sûreté d'une autre personne) ainsi que les recommandations 165 à 167 (Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire).

Le commentaire expliquera également que la recommandation 120 b) ne traite pas d'un conflit de priorité, mais de la situation où la banque dépositaire elle-même a à la fois un droit à compensation et une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Dans ce cas, selon cette recommandation, les droits à compensation de la banque ne sont ni affectés ni confondus avec sa sûreté (ils en restent distincts).]

121. La loi devrait prévoir qu'aucune disposition des présentes recommandations n'oblige une banque dépositaire:

⁴¹ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation X.

⁴² Pour les recommandations 123 et 124, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations V et W.

a) À payer une personne autre que celle qui a le contrôle des fonds crédités sur un compte bancaire; ou

b) À répondre aux demandes d'information de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle ou une sûreté réelle mobilière existe en sa faveur et si le constituant conserve le droit de disposer des fonds crédités sur le compte.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation n'a aucune incidence sur la relation entre la banque et son client ni sur les droits et obligations découlant d'autres lois régissant les comptes bancaires (par exemple en ce qui concerne le blanchiment d'argent et le secret bancaire).]

D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant⁴³

122. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits d'un créancier garanti sur le produit d'un engagement de garantie indépendant sont soumis aux droits que la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants confèrent au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée et à tout autre bénéficiaire qui est désigné dans l'engagement ou à qui les droits de tirage ont été transmis;

b) Les droits d'un bénéficiaire du transfert d'un engagement de garantie indépendant [ne sont pas affectés par] [priment] une sûreté réelle mobilière sur le droit au produit de l'engagement consentie par l'auteur du transfert [ou par tout auteur d'un transfert antérieur]; et

c) Les droits indépendants d'un garant/émetteur, d'un confirmateur, d'une personne désignée ou d'un bénéficiaire du transfert découlant d'un engagement de garantie indépendant ne sont pas affectés en raison d'une sûreté réelle mobilière qu'ils pourraient détenir sur des droits au produit de l'engagement, y compris tout droit sur le produit résultant d'un transfert des droits de tirage à un bénéficiaire du transfert.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera que le commentaire précisera que cette recommandation vise à donner la priorité aux titulaires de droits indépendants au paiement, notamment les personnes désignées qui ont fourni une prestation et les bénéficiaires du transfert, sur les simples cessionnaires du droit au produit du tirage effectué par le bénéficiaire initial. Le commentaire expliquera aussi que les droits indépendants de ces personnes sont distincts et ne sont pas affectés en raison de leurs droits en tant que créanciers garantis du bénéficiaire initial (en d'autres termes, il ne faut pas confondre leur statut de titulaires protégés de droits indépendants et leur statut de créanciers garantis.) Lorsqu'une personne désignée fournit une prestation et obtient remboursement du garant/émetteur, elle le fait en qualité de titulaire de droits indépendants au remboursement et non en tant qu'acquéreur des droits du bénéficiaire.]

⁴³ Pour les recommandations 120 à 122, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 25 bis, ter et quater.

123. La loi devrait prévoir qu'un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée ne sont pas tenus de payer une personne autre qu'un confirmateur, une personne désignée, un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert de l'engagement de garantie indépendant ou un cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant.

124. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti obtient le contrôle en devenant cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant, il est fondé à opposer cette acceptation au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée qui l'a donnée.

E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable⁴⁴

125. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti sur un document négociable par rapport à l'émetteur du document négociable ou toute autre personne débitrice dans le cadre de ce document sont soumis à la loi régissant les documents négociables.

X. Défaillance et réalisation⁴⁵

Objet

Les dispositions de la loi relatives à la défaillance et à la réalisation ont pour objet de prévoir:

a) Des procédures claires et simples permettant de réaliser les sûretés réelles mobilières de façon prévisible et efficace après défaillance du débiteur;

b) Des procédures permettant de maximiser la valeur de réalisation des biens grevés au profit du constituant, du débiteur ou de toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie, du créancier garanti et d'autres créanciers ayant un droit sur les biens grevés;

c) Des méthodes rapides de réalisation judiciaire et, sous réserve des mesures de protection appropriées, de réalisation extrajudiciaire afin que le créancier garanti réalise la valeur des biens grevés.

A. Recommandations générales

Règle générale de conduite dans le contexte de la réalisation

126. La loi devrait prévoir qu'une personne doit exercer ses droits et exécuter ses obligations conformément aux dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation de bonne foi et de manière commercialement raisonnable.

⁴⁴ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation Z.

⁴⁵ Voir A/CN.9/611/Add.2, recommandations 89 à 124.

Limites de l'autonomie des parties

127. La loi devrait prévoir que les droits et obligations visés à la recommandation 126 ne peuvent à aucun moment faire l'objet d'une renonciation unilatérale ni d'une modification par convention.

128. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 127, le constituant et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière peuvent renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits et voies de droit qui s'offrent à eux dans les dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation ou le modifier par convention, mais uniquement après défaillance.

129. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 127, le créancier garanti peut, à tout moment, renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits et voies de droit qui s'offrent à lui dans les dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation ou le modifier par convention.

130. La loi devrait prévoir qu'une modification par convention des droits et voies de droit est sans incidence sur les droits de quiconque n'est pas partie à cette convention. Il incombe à une personne contestant une convention de montrer que celle-ci a été conclue avant la défaillance ou est contraire à la recommandation 127.

Responsabilité

131. La loi devrait prévoir qu'une personne est responsable des dommages causés par un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la possibilité d'écarter ou de modifier la responsabilité qui découle de la recommandation 131 devrait être abordée dans cette même recommandation ou si elle devrait être laissée à une autre loi.]

Droits et voies de droit après défaillance

132. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant et le créancier garanti bénéficient des droits et voies de droit décrits dans les dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation, dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires aux dispositions de la présente loi) et dans toute autre loi.

Droits et voies de droit du créancier garanti

133. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti est fondé à exercer une ou plusieurs des voies de droit suivantes à l'égard d'un bien grevé:

a) Obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé, comme le prévoient les recommandations 141 et 142;

b) Vendre un bien grevé ou en disposer d'une autre manière, le louer ou le mettre sous licence, comme le prévoit la recommandation 143;

c) Proposer au constituant de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoient les recommandations 147 à 150;

d) Obtenir paiement ou réaliser d'une autre manière une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé qui revêt la forme d'une créance, d'un instrument négociable, d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou du produit d'un engagement de garantie indépendant, comme le prévoient les recommandations 160 à 168;

e) Exercer ses droits en vertu d'un document négociable, comme le prévoit la recommandation 169;

f) Réaliser sa sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un immeuble, comme le prévoit la recommandation 170; et

g) Exercer tout autre droit ou toute autre voie de droit prévus dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires aux dispositions de la présente loi) ou dans toute autre loi.

Réalisation judiciaire et extrajudiciaire

134. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut exercer ses droits et voies de droit prévus dans la recommandation 133 en saisissant un tribunal ou une autre autorité. Sous réserve de la règle générale de conduite prévue dans la recommandation 126 et des exigences prévues dans les recommandations 141 à 146 en ce qui concerne la possession et la disposition extrajudiciaires, le créancier garanti peut choisir d'exercer ses droits et voies de droit prévus dans la recommandation 133 sans avoir à saisir un tribunal ou une autre autorité.

Droits et voies de droit du constituant

135. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant est fondé à exercer une ou plusieurs des voies de droit suivantes:

a) Régler intégralement l'obligation garantie et obtenir la libération de tous les biens grevés, comme le prévoit la recommandation 139;

b) Saisir un tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation en ce qui concerne la réalisation extrajudiciaire, comme le prévoit la recommandation 140;

c) Proposer au créancier garanti, ou rejeter la proposition du créancier garanti, de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoient les recommandations 147 à 150; et

d) Exercer tout autre droit ou toute autre voie de droit prévus dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires aux dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation) ou dans toute autre loi.

Procédure judiciaire simplifiée

136. La loi devrait prévoir une procédure judiciaire simplifiée pour l'exercice des droits et voies de droit du créancier garanti, du constituant et de toute autre personne qui doit exécuter l'obligation garantie ou qui revendique un droit sur un bien grevé.

Cumul des droits et voies de droit

137. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit ou d'une voie de droit n'empêche pas l'exercice d'un autre droit ou d'une autre voie de droit, sauf si l'exercice d'un droit ou d'une voie de droit a rendu impossible l'exercice d'un autre droit ou d'une autre voie de droit.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que l'exercice d'une voie de droit (par exemple, la prise de possession et la disposition d'un bien grevé) peut rendre impossible l'exercice d'une autre voie de droit (par exemple l'attribution du bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie).]

Droits et voies de droit en ce qui concerne l'obligation garantie

138. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit ou d'une voie de droit en ce qui concerne un bien grevé n'empêche pas l'exercice d'un droit ou d'une voie de droit en ce qui concerne l'obligation garantie par ce bien et vice-versa.

Libération des biens grevés après complet paiement

139. La loi devrait prévoir qu'après défaillance et avant que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, se le fasse attribuer ou reçoive paiement sur ce bien, le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple, un créancier garanti dont la sûreté a un rang inférieur à celle du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) a le droit de payer l'obligation garantie dans son intégralité, y compris les intérêts et frais de réalisation comptés jusqu'à complet paiement. Si tous les engagements de crédit ont pris fin, ce paiement éteint la sûreté sur tous les biens grevés et, dans la mesure prévue dans une autre loi, subroge la personne effectuant le paiement dans les droits du créancier garanti.

Recours judiciaires

140. La loi devrait prévoir que le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple un créancier garanti de rang inférieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) sont fondés à saisir un tribunal ou une autre autorité à tout moment en cas de manquement de la part du créancier garanti aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation. Il faudrait décourager et éviter les demandes dépourvues de fondement et les manœuvres destinées à empêcher ou retarder abusivement le processus de réalisation.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le principe donnant au débiteur, au constituant ou à d'autres tiers intéressés le droit de saisir le tribunal pour sanctionner les manquements du créancier garanti devrait s'appliquer de façon générale à l'exercice de tous les droits et voies de droit prévus par les recommandations du présent chapitre et pas uniquement à la réalisation extrajudiciaire. Il pourrait envisager de préciser les mesures nécessaires pour décourager les demandes infondées et les manœuvres visant à empêcher la réalisation.]

Droit du créancier garanti de prendre possession d'un bien grevé

141. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a droit à la possession d'un bien meuble corporel grevé.

Variante A

142. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut choisir de prendre possession du bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité uniquement si:

- a) Le constituant a consenti dans la convention constitutive de sûreté à ce que le créancier garanti obtienne la possession sans saisir de tribunal ou d'autre autorité;
- b) Le créancier garanti a adressé au constituant et à toute personne en possession du bien grevé un avis de défaillance; et
- c) Le créancier garanti peut prendre possession du bien sans recourir ou menacer de recourir à la force.

Variante B

142. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut choisir de prendre possession du bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité uniquement si:

- a) Le constituant a consenti dans la convention constitutive de sûreté à ce que le créancier garanti obtienne la possession sans saisir de tribunal ou d'autre autorité;
- b) Le créancier garanti a adressé au constituant et à toute personne en possession du bien grevé un avis de défaillance dans lequel il fait part de son intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire en précisant la date et les modalités de la réalisation; et
- c) [Le créancier garanti peut prendre possession du bien sans recourir ou menacer de recourir à la force ou à tout autre acte illégal.] [Au moment de la réalisation extrajudiciaire, le constituant ne s'oppose pas.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, si les deux variantes prévoient que le constituant doit donner son consentement dans la convention constitutive de sûreté, elles diffèrent en ce qui concerne les notifications et les mesures de protection du constituant.]

Disposition des biens grevés

143. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti a le droit de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence. Sous réserve de la recommandation 126, un créancier garanti qui choisit d'exercer cette voie de droit sans saisir de tribunal ou d'autre autorité peut choisir la méthode, les modalités, la date, le lieu et d'autres aspects de la disposition, de la location ou de la mise sous licence.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que cette recommandation a pour but et pour effet d'établir un équilibre entre les intérêts du constituant (et de ses autres créanciers) et ceux du créancier garanti en laissant une certaine latitude dans le

choix de la méthode de disposition utilisée de façon à permettre une réalisation économiquement efficace tout en protégeant le constituant contre des mesures prises par le créancier garanti qui, dans le contexte commercial, ne seraient pas raisonnables. Le commentaire expliquera aussi que le créancier garanti n'a pas besoin d'être en possession des biens grevés pour exercer ses droits et voies de droit conformément au présent chapitre.]

Notification préalable de la disposition extrajudiciaire

144. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti doit notifier son intention de disposer du bien grevé, de le louer ou de le mettre sous licence par voie extrajudiciaire.

145. La loi devrait:

- a) Prévoir que la notification doit être adressée:
 - i) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie;
 - ii) A toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, avant l'envoi de la notification au constituant par le créancier garanti, a avisé ce dernier par écrit de ces droits; et
 - iii) A tout autre créancier garanti qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la notification au constituant, inscrit un avis de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant ou qui est en possession du bien grevé au moment où celui-ci est saisi par le créancier garanti;
- b) Indiquer la manière dont cette notification doit être donnée, le moment où elle doit l'être et quel doit être son contenu minimal et préciser si la notification [au constituant] doit contenir un décompte du montant dû et une référence au droit du débiteur ou du constituant d'obtenir la libération des biens grevés, comme le prévoit la recommandation 139;
- c) Prévoir que la notification doit être rédigée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une notification adressée au constituant est suffisante si elle est formulée dans la langue de la convention constitutive de sûreté et, lorsque la sûreté a été rendue opposable par inscription, une notification adressée conformément à la présente recommandation est suffisante si elle est formulée dans la langue du registre.]

d) Déterminer les conséquences juridiques du non-respect des recommandations régissant la notification; et

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'alinéa d) est nécessaire. La recommandation 131 traite de la responsabilité du créancier garanti en cas de manquement de sa part aux obligations que lui impose la présente loi. La recommandation 140 autorise en outre le constituant à saisir le tribunal si le créancier garanti procédant à la réalisation extrajudiciaire ne respecte pas ses obligations. Enfin, la note accompagnant la recommandation 158 propose l'insertion d'une nouvelle

recommandation sur les conséquences du non-respect par le créancier garanti de ses obligations en ce qui concerne les droits acquis par un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de bonne foi.]

e) Énumérer les cas dans lesquels la notification n'est pas nécessaire soit parce que le délai associé à l'obligation de notification préalable pourrait avoir un effet négatif sur la valeur de réalisation des biens grevés (comme dans le cas de biens meubles corporels périssables ou d'autres biens dont la valeur pourrait diminuer rapidement), soit parce que les biens grevés sont d'un type vendu sur un marché reconnu dont le prix est par conséquent fixé par ce marché.

146. La loi devrait énoncer des règles pour que la notification visée à la recommandation 144 puisse être donnée de manière efficace, rapide et fiable afin de protéger le constituant ou d'autres parties intéressées, tout en évitant d'avoir un effet négatif sur les voies de droit du créancier garanti et sur la valeur de réalisation potentielle des biens grevés.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la recommandation 146 devrait être plus précise ou devrait figurer dans le commentaire. Il souhaitera peut-être aussi noter que le commentaire expliquera que ces règles devraient assurer l'équilibre entre l'intérêt du créancier garanti à avoir une certaine flexibilité pour disposer rapidement du bien grevé afin de tirer parti de conditions favorables sur le marché (intérêt qui profite également au constituant et à d'autres parties intéressées) et celui du constituant et de ces autres parties à être avisés suffisamment tôt d'une disposition extrajudiciaire pour qu'ils puissent prendre des mesures afin de mieux protéger leurs intérêts (telles qu'identifier des acheteurs potentiels du bien grevé ou assister à une disposition publique du bien grevé afin de s'assurer que le créancier garanti se conforme aux obligations que lui imposent les dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation). Le commentaire expliquera également que la recommandation n'impose pas l'inscription de la notification parce que la notification remplit les mêmes objectifs généraux que l'inscription.]

Attribution des biens grevés au créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie

147. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut proposer par écrit de se faire attribuer un ou plusieurs des biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

148. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui propose de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie doit notifier cette proposition, en spécifiant le montant dû à la date d'envoi de la proposition ainsi que le montant de l'obligation dont il propose l'exécution par la prise en paiement du bien grevé:

a) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie (par exemple, un garant);

b) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits; et

c) À tout autre créancier garanti qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la proposition au constituant, a inscrit un avis de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant [plus de [...] jours avant l'envoi de la proposition au constituant] ou qui était en possession du bien grevé au moment où celui-ci a été saisi par le créancier garanti.

149. La loi devrait prévoir que, si un destinataire quelconque d'une proposition notifiée conformément à la recommandation 148 s'oppose par écrit dans un bref délai, par exemple de 20 jours, à compter de cet envoi, le créancier garanti ne peut mettre à exécution sa proposition.

150. La loi devrait prévoir que, si le constituant fait la proposition mentionnée à la recommandation 147 et que le créancier garanti l'accepte, ce dernier doit procéder comme prévu dans les recommandations 148 et 149.

Répartition du produit de la réalisation

151. La loi devrait prévoir qu'en cas de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé ou de recouvrement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement de l'obligation garantie. Sous réserve des dispositions de la recommandation 152, il doit verser tout excédent restant à un réclamant concurrent de rang inférieur qui, avant toute répartition de cet excédent, l'a avisé de ses droits, à hauteur de ces droits. Tout solde restant doit être remis au constituant.

152. La loi devrait aussi prévoir qu'en cas de réalisation extrajudiciaire, qu'il y ait ou non litige concernant le montant auquel a droit un réclamant concurrent quelconque ou l'ordre de priorité des paiements, le créancier garanti qui procède à la réalisation peut, conformément aux règles de procédure généralement applicables, verser l'excédent à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation pour répartition. L'excédent devrait être réparti conformément aux règles de priorité prévues par la présente loi.

153. La loi devrait prévoir que le produit obtenu par disposition judiciaire ou par une autre procédure de réalisation administrée par une autorité officielle doit être réparti conformément aux règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution, sous réserve toutefois des règles de priorité prévues par la présente loi.

154. La loi devrait prévoir que, sauf convention contraire, le débiteur et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie doivent régler tout solde restant dû après affectation du produit net de la réalisation au paiement de l'obligation garantie.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation prévoit que le créancier garanti détient une créance chirographaire pour tout solde restant dû après paiement de l'obligation garantie. Le commentaire expliquera aussi que le créancier garanti et le constituant peuvent convenir, dans le cadre d'opérations sans recours ou à recours limité, que le créancier ne peut pas réclamer le solde restant dû.]

Droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation

155. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un créancier garanti ou un créancier judiciaire a commencé la réalisation, un créancier garanti dont la sûreté réelle mobilière a priorité sur celle du créancier garanti ou créancier judiciaire procédant à la réalisation, a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation à tout moment avant la disposition d'un bien grevé, son attribution ou le paiement définitifs. Ce droit comprend celui de réaliser la sûreté par l'une des méthodes prévues dans la présente loi.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le créancier garanti de rang prioritaire a le droit de substituer sa propre procédure de réalisation menée conformément à la présente loi à la procédure de réalisation judiciaire engagée par un créancier judiciaire de rang inférieur conformément à une autre loi, mais non de poursuivre le processus de réalisation engagé par ce créancier judiciaire conformément à cette autre loi.]

Droits acquis par disposition judiciaire

156. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé par une procédure judiciaire ou autre procédure administrée par une autorité officielle, les droits acquis par la personne à qui le bien est transféré sont déterminés par les règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution.

Droits acquis par disposition extrajudiciaire

157. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, un acquéreur de bonne foi acquiert le droit du constituant sur le bien sous réserve des droits qui ont priorité sur la sûreté réelle mobilière du créancier garanti procédant à la réalisation mais prend le bien libre des droits du créancier garanti procédant à la réalisation et de tout réclamant concurrent de rang inférieur à celui dudit créancier. La même règle s'applique aux droits sur un bien grevé acquis par un créancier garanti qui se l'est fait attribuer à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

158. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti loue ou met sous licence un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, un preneur à bail ou un titulaire de licence de bonne foi peut se prévaloir du bail ou de la licence pendant sa durée, sauf à l'encontre des droits qui ont priorité sur la sûreté réelle mobilière du créancier garanti procédant à la réalisation.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une nouvelle recommandation, libellée à peu près comme suit, devrait être insérée dans le présent chapitre: "La loi devrait prévoir que tout manquement de la part du créancier garanti à l'une quelconque des obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la loi relatives à la défaillance et à la réalisation est sans incidence sur les droits d'une personne ayant acheté, pris à bail ou pris sous licence de bonne foi le bien grevé."]

Articulation entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des sûretés immobilières

159. La loi devrait prévoir que:

- a) Le créancier garanti peut choisir de réaliser une sûreté réelle mobilière grevant des biens rattachés à des biens immeubles conformément à la présente loi ou à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; et
- b) Si une obligation est garantie à la fois par des biens meubles et des biens immeubles du constituant, le créancier garanti peut choisir de réaliser:
 - i) La sûreté réelle mobilière sur les biens meubles conformément à la présente loi et les droits réels sur les biens immeubles conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; ou
 - ii) Les deux droits conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la loi devrait être coordonnée avec les règles de procédure civile générale de façon à donner aux créanciers garantis le droit d'intervenir dans les procédures judiciaires engagées par d'autres créanciers du constituant afin de protéger leurs sûretés et d'obtenir le même rang de priorité que celui que leur confère la loi.]

B. Recommandations sur des biens particuliers

Application du chapitre sur la réalisation aux transferts purs et simples de créances⁴⁶

160. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur la défaillance et la réalisation ne s'appliquent pas à un transfert pur et simple de créances, à l'exception:

- a) De la recommandation 126 en cas de transfert pur et simple avec recours; et
- b) Des recommandations 161 et 162.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une créance⁴⁷

161. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'un transfert pur et simple d'une créance, le cessionnaire est en droit de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière cette créance. En cas de transfert d'une créance à titre de garantie, le cessionnaire est en droit, sous réserve des recommandations 112 à 118, de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière cette créance après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du cédant.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le créancier garanti a aussi la possibilité, au lieu de procéder au recouvrement, de choisir de vendre une créance conformément aux recommandations 133 d) et 143. Le commentaire expliquera

⁴⁶ Voir A/CN.9/611, recommandation 88.

⁴⁷ Pour les recommandations 161 et 162, voir A/CN.9/611, recommandations 102 et 103.

aussi qu'une notification et des instructions de paiement envoyées en violation d'une convention entre le cessionnaire et le cédant de ne pas notifier la cession au débiteur de la créance oblige le débiteur à payer le cessionnaire étant entendu cependant que ce dernier peut être tenu envers le cédant pour violation du contrat (voir recommandation 110 b)).]

162. La loi devrait prévoir que le droit du cessionnaire de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle (telle qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement de la créance ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire discutera de la manière dont d'autres recommandations du chapitre sur la réalisation sont susceptibles de s'appliquer à la réalisation d'une sûreté garantissant le paiement d'une créance cédée.]

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable⁴⁸

163. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est en droit, sous réserve de la recommandation 119, d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable grevé auprès d'une personne débitrice dans le cadre de cet instrument.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, dans les relations entre le créancier garanti et la personne débitrice dans le cadre de l'instrument négociable ou d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits de réalisation du créancier garanti sont soumis à cette dernière. Le commentaire donnera également les exemples suivants:

a) La personne débitrice dans le cadre de l'instrument négociable peut être tenue de ne payer qu'à un porteur ou à une autre personne fondée à demander paiement conformément à la loi régissant les instruments négociables; et

b) Le droit de la personne débitrice d'opposer des exceptions est déterminé par la loi régissant les instruments négociables.]

164. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle (telle qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement de l'instrument ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire⁴⁹

165. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un

⁴⁸ Pour les recommandations 163 et 164, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 104 et 105.

⁴⁹ Pour les recommandations 165 à 167, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 106 bis, 107 et 108.

droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est fondé, sous réserve des recommandations 119 et 120, à obtenir paiement ou à exercer son droit au paiement des fonds d'une autre manière.

166. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti qui a le contrôle est fondé, sous réserve des recommandations 120 et 121, à réaliser sa sûreté réelle mobilière sans avoir à saisir un tribunal ou une autre autorité.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, à la différence d'un créancier garanti qui devra recouvrer les fonds pour les affecter au paiement de l'obligation garantie conformément à la recommandation 151, une banque dépositaire ayant qualité de créancier garanti peut affecter les fonds directement à l'obligation garantie. Le commentaire expliquera également que la réalisation des droits à compensation de la banque reste assujettie à d'autres lois.]

167. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui n'a pas le contrôle n'est fondé, sous réserve des recommandations 120 et 121, à obtenir paiement ou à réaliser la sûreté réelle mobilière d'une autre manière contre la banque dépositaire que sur décision d'un tribunal, à moins que la banque dépositaire en convienne autrement.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant⁵⁰

168. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est fondé, sous réserve des recommandations 122 à 124, à obtenir paiement ou à réaliser la sûreté d'une autre manière sur ce produit.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera qu'aucun acte de transfert distinct de la part du constituant n'est nécessaire pour que le créancier garanti réalise une sûreté sur un droit au produit d'un engagement de garantie indépendant lorsque la sûreté est créée automatiquement conformément à la recommandation 24. Le commentaire expliquera aussi que toutes les obligations du garant/émetteur ou de la personne désignée envers le créancier garanti sont régies par les recommandations 122 à 124. Il précisera en outre que la recommandation 168 n'est pas censée avoir d'incidence sur un quelconque arrangement conclu avant défaillance entre le constituant et le créancier garanti, en vertu duquel, avant défaillance du constituant, le créancier garanti pourrait recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant.]

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable⁵¹

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera aussi que les recommandations

⁵⁰ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 106.

⁵¹ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 109.

générales sur la réalisation des sûretés réelles mobilières s'appliquent également en l'espèce. La recommandation 169 traite d'une question particulière.]

169. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est fondé, sous réserve de la recommandation 125, à réaliser une sûreté réelle mobilière sur un document négociable à l'encontre de l'émetteur ou de toute autre personne débitrice dans le cadre de ce document.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera qu'en vertu de la loi régissant les documents négociables, l'émetteur peut être tenu de remettre les biens meubles corporels uniquement à un porteur du document négociable les représentant.]

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés à un bien immeuble⁵²

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que les recommandations générales s'appliquent à la réalisation d'une sûreté sur des biens rattachés à un bien meuble. S'agissant de la réalisation de sûretés sur des biens rattachés à un bien immeuble, le Groupe de travail voudra peut-être envisager une recommandation supplémentaire qui serait libellée à peu près comme la recommandation 170.]

170. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien immeuble n'est fondé à réaliser sa sûreté que si celle-ci a priorité sur des droits concurrents sur le bien immeuble. En cas de réalisation, un créancier titulaire d'un droit concurrent de rang inférieur sur le bien immeuble est fondé à rembourser l'obligation garantie par une sûreté réelle mobilière grevant le bien rattaché. Le créancier garanti procédant à la réalisation est responsable de tout dommage causé au bien immeuble par le fait de retirer le bien rattaché mais non par la diminution de sa valeur due uniquement à l'absence du bien rattaché.

XI. Insolvabilité⁵³

A. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: définitions et recommandations

Définitions⁵⁴

12. b) "Actifs du débiteur"⁵⁵: biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou

⁵² Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, note sur la réalisation d'une sûreté sur des biens rattachés.

⁵³ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3.

⁵⁴ Ces définitions sont tirées du glossaire du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* ("*Guide sur l'insolvabilité*") (Introduction, par. 12).

⁵⁵ Aux fins du présent chapitre, le terme "débiteur" tel qu'employé dans les recommandations extraites du *Guide sur l'insolvabilité* devrait être interprété comme désignant une personne qui remplit les conditions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir *Guide sur*

immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

12. ii) “Partie intéressée”: toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d’insolvabilité ou des aspects particuliers d’une procédure d’insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l’insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d’insolvabilité aurait des incidences;

12. ss) “Sûreté réelle”: droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d’une ou de plusieurs obligations.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le chapitre sur l’insolvabilité devra probablement traiter d’autres termes employés dans le Guide sur l’insolvabilité et dans le Guide sur les opérations garanties.*]

Recommandations⁵⁶

Principaux objectifs d’une loi sur l’insolvabilité efficace et effective

1) Pour élaborer et développer une loi sur l’insolvabilité efficace, il faudrait prendre en compte les principaux objectifs suivants:

- a) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques;
- b) Maximiser la valeur des actifs;
- c) Établir un équilibre entre liquidation et redressement;
- d) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation;
- e) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l’insolvabilité;
- f) Préserver la masse de l’insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers;

l’insolvabilité, deuxième partie, chap. I, sect. A, par. 1 à 11 et recommandation 8). Lorsque la sûreté en question (qui garantit l’obligation du débiteur) est constituée par ce dernier, le terme “débiteur” désigne aussi le constituant. En revanche, lorsque la sûreté est constituée non pas par le débiteur mais par un tiers (sur la base d’un arrangement contractuel avec le débiteur), le terme “débiteur” désigne le tiers constituant, puisque ce n’est qu’en cas d’insolvabilité de ce tiers que le créancier est un créancier garanti titulaire d’un droit réel sur les biens grevés. En cas d’insolvabilité du débiteur non constituant, le créancier est un créancier chirographaire titulaire d’une créance non garantie contre ce débiteur.

⁵⁶ Il est à noter que le présent chapitre ne comprend que les recommandations ou certaines parties des recommandations du *Guide sur l’insolvabilité* qui ont trait spécifiquement aux sûretés réelles mobilières, avec la numérotation initiale utilisée dans le *Guide* (pour les recommandations non reproduites ici, voir *Guide sur l’insolvabilité* accessible à l’adresse <http://www.uncitral.org>). On notera également que le texte final des recommandations inclura les notes de bas de page nécessaires figurant dans le *Guide sur l’insolvabilité*.

g) Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations; et

h) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires.

4) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que si une sûreté réelle est opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, elle sera reconnue comme telle dans la procédure d'insolvabilité.

7) Pour concevoir une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, il faudrait prendre en considération les éléments communs suivants:

a) à d) ...

e) Protection de la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité et, lorsque les mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

f) à r) ...

Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances

30) La loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure.

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: lex fori concursus

31) La loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la conclusion de cette procédure et à ses effets, à savoir notamment:

a) à i) ...

j) Le traitement des créanciers garantis;

k) à n) ...

o) Le classement des créances;

p) à s) ...

Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

35) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse devrait comprendre notamment:

a) Les actifs du débiteur, y compris ses droits sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers;

b) Les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) ...

Mesures provisoires

39) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et la réalisation de sûretés réelles;

b) à d) ...

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure

46) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité:

a) L'engagement d'actions ou de procédures individuelles visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur est interdit et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) Les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et à réaliser des sûretés réelles sont interdites ou suspendues;

c) Les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse sont interdites ou suspendues;

d) Le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur est suspendu; et

e) Le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement est suspendu.

Durée des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure

49) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute cette procédure:

a) Jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal;

b) Dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement; ou

c) S'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi, à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que:

i) Une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et

ii) Les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé sur lequel ils détiennent une sûreté réelle.

Protection contre la dépréciation des actifs grevés

50) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sur demande faite au tribunal, un créancier garanti devrait avoir droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées, qui peuvent notamment prendre la forme:

- a) De versements en espèces effectués par la masse;
- b) De la constitution de sûretés réelles supplémentaires; ou
- c) D'autres moyens déterminés par le tribunal.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure

51) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour certains motifs, dont notamment les suivants:

- a) L'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice;
- b) La valeur de l'actif grevé diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et
- c) Dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable.

Pouvoir d'utiliser les actifs de la masse et d'en disposer

52) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser:

- a) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) dans le cours normal des affaires, à l'exception du produit en espèces; et
- b) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 55 et 58.

Constitution d'une nouvelle sûreté réelle sur des actifs grevés

53) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les actifs grevés peuvent être grevés d'une nouvelle sûreté réelle, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 65 à 67.

Utilisation d'actifs appartenant à des tiers

54) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

- a) Que les droits des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs; et

b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier et à l'utilisation des actifs soient assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes sûretés et autres droits réels

58) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs qui sont grevés de sûretés ou soumis à d'autres droits réels libres de ces sûretés et autres droits en dehors du cours normal des affaires, à condition:

- a) Qu'il notifie la vente proposée aux titulaires des sûretés ou autres droits réels;
- b) Que les titulaires aient la possibilité d'être entendus par le tribunal s'ils s'opposent à la vente proposée;
- c) Qu'aucun aménagement de l'arrêt des poursuites n'ait été prononcé; et
- d) Que la priorité des droits sur le produit de la vente des actifs soit préservée.

Utilisation du produit en espèces

59) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser le produit en espèces et à en disposer si:

- a) Le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle sur ce produit en espèces consent à cette utilisation ou disposition; ou
- b) Le créancier garanti a été avisé de l'utilisation ou de la disposition proposées et eu la possibilité d'être entendu par le tribunal; et
- c) Les droits du créancier garanti seront protégés contre la diminution de la valeur du produit en espèces.

Actifs constituant une charge

62) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider du traitement des actifs constituant une charge pour la masse. En particulier, elle peut l'autoriser à renoncer à de tels actifs après que les créanciers en ont été avisés et ont eu la possibilité de s'opposer à l'action proposée, sauf lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, auquel cas la loi sur l'insolvabilité peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

65) La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés.

66) La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 67.

67) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

- a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;
- b) Que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par aucun autre moyen; et
- c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés.

Effet de la conversion de la procédure sur le financement postérieur à son ouverture

68) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, toute priorité accordée, dans le cadre du redressement, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation.

Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

70) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

- a) Demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;
- b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité.

71) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les contrats qui sortent du champ d'application de la recommandation 70, comme les contrats financiers, ou sont soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail.

72) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre l'exécution d'un contrat dont il a connaissance lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité. Elle devrait spécifier que:

- a) Le droit de continuation s'applique au contrat dans son intégralité; et
- b) La continuation a pour effet de rendre toutes les clauses du contrat exécutoires.

Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat

80) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut accepter ou exiger du cocontractant qu'il exécute le contrat avant sa continuation ou son rejet. Les créances du cocontractant découlant de cette

exécution devraient être assimilées à une dépense afférente à l'administration de la procédure:

a) Si le cocontractant a exécuté le contrat, le montant de cette dépense devrait correspondre au prix contractuel de l'exécution; ou

b) Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre la dépréciation de ces actifs et avoir une créance afférente à l'administration de la procédure conformément à l'alinéa a).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le rejet d'un accord de crédit ne met pas fin à la convention constitutive de sûreté ni n'éteint la sûreté.]

Annulation de sûretés réelles

88) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, bien qu'elle soit opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, une sûreté réelle peut être soumise aux dispositions d'annulation qu'elle prévoit pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Contrats financiers

103) Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés réelles garantissant les obligations découlant de ces contrats. Les contrats financiers ne devraient pas être soumis à un éventuel arrêt des poursuites appliqué à la réalisation des sûretés par la loi sur l'insolvabilité.

Participation des créanciers

126) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers, tant garantis que chirographaires, ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et indiquer quelles fonctions ils peuvent remplir dans le cadre de cette participation.

Droit d'être entendu et de former un recours

137) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sur toute question qui porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts. Par exemple, une partie intéressée devrait être fondée:

a) À contester tout acte soumis à l'approbation du tribunal;

b) À demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou requise; et

c) À demander toute mesure dont elle peut se prévaloir dans la procédure d'insolvabilité.

Droit de faire appel

138) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal prise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si cette décision porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts.

*Plan de redressement**Approbation par classe*

150) Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par classe, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque classe. Différentes solutions sont possibles: par exemple, exiger l'approbation par toutes les classes ou l'approbation par une majorité spécifiée de classes, à condition toutefois qu'au moins une classe de créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés approuve le plan.

151) Lorsque la loi sur l'insolvabilité n'exige pas l'approbation du plan par toutes les classes, elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui ne votent pas en faveur du plan qui par ailleurs est approuvé par les classes requises. Ce traitement devrait être conforme aux conditions énoncées dans la recommandation 152.

Homologation d'un plan approuvé

152) Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, elle devrait exiger que celui-ci homologue ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

- a) Les approbations requises ont été obtenues et le processus d'approbation a été régulier;
- b) Les créanciers recevront au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;
- c) Le plan ne comporte pas de dispositions contraires à la loi;
- d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le créancier concerné accepte un traitement différent; et
- e) Sauf dans la mesure où les classes concernées en sont convenues autrement, si une classe de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang.

Contestation de l'approbation (lorsque aucune homologation n'est exigée)

153) Lorsqu'un plan devient contraignant après son approbation par les créanciers, sans qu'il doive être homologué par le tribunal, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées, notamment au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier les critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

- a) Le respect des conditions énoncées dans la recommandation 152; et
- b) La fraude, auquel cas les dispositions de la recommandation 154 devraient s'appliquer.

Créances garanties

172) La loi sur l'insolvabilité devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances.

Évaluation des créances garanties

179) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.

Priorité des créances

Créances garanties

188) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur les actifs grevés dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement un rang de priorité supérieur. Les créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la valeur de l'actif grevé est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire.

B. Recommandations supplémentaires du Guide sur les opérations garanties concernant l'insolvabilité

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

171. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité, sa priorité et sa réalisation sont régies par la loi qui serait applicable en l'absence de procédure d'insolvabilité. La présente recommandation n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle relative à l'insolvabilité, y compris celles relatives à l'annulation, à la priorité ou à la réalisation des sûretés.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera la relation entre la présente recommandation et les recommandations 30 et 31 du Guide sur l'insolvabilité. Le commentaire expliquera aussi que la présente recommandation vise les règles relatives à l'insolvabilité qu'elles aient trait, à quelque fin que ce soit, à la procédure, au fond, à la compétence ou à d'autres aspects.]

Biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition (approche unitaire)

172. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, les biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition sont traités de la même manière que les biens grevés de sûretés réelles mobilières en général.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la

recommandation 178, la loi sur l'insolvabilité reconnaîtrait toute priorité spéciale accordée à des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sur d'autres sûretés en vertu de la loi sur les opérations garanties (par exemple, priorité prévue aux recommandations 185 et 186).]

Biens soumis à un droit de propriété dans le cadre d'une clause de réserve de propriété (approche non unitaire)

Variante A

172. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant, les biens soumis à des droits dans le cadre d'une clause de réserve de propriété sont traités comme des biens grevés d'une sûreté réelle mobilière.

Variante B

172. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant, les biens soumis à des droits dans le cadre d'une clause de réserve de propriété sont traités comme des biens appartenant à des tiers conformément au *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*.

Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure

173. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le débiteur effectue un transfert pur et simple d'une créance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dont il fait l'objet, la créance est traitée de la même manière que la loi sur l'insolvabilité traiterait un bien ayant été purement et simplement transféré par le débiteur avant l'ouverture de la procédure. Tout comme le transfert d'un autre bien par le débiteur avant l'ouverture de la procédure, le transfert pur et simple de la créance serait soumis aux règles d'annulation applicables de la loi sur l'insolvabilité.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que le Guide fait entrer un transfert pur et simple d'une créance (en d'autres termes un transfert qui n'est pas effectué à des fins de garantie) dans le champ d'application du Guide et qu'il définit une "sûreté réelle mobilière" comme englobant également un tel transfert. Lorsqu'il mentionne le transfert pur et simple, le Guide est sans incidence sur l'application des règles énoncées dans une loi autre que celle sur l'insolvabilité qui permettraient de requalifier une opération de transfert à des fins de garantie même si les parties l'ont désignée comme étant un transfert pur et simple. En cas de requalification, le transfert ne serait pas considéré comme pur et simple aux fins du Guide.]

Si une sûreté consentie par le débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dont il fera l'objet prend la forme, conformément à une loi autre que celle sur l'insolvabilité, d'un transfert pur et simple de créance, la loi sur l'insolvabilité devrait traiter ce transfert de la même manière que le transfert de tout autre bien du débiteur avant l'ouverture de la procédure s'il est considéré comme un transfert pur et simple par cette autre loi. La créance transférée, comme tout autre bien transféré purement et simplement par le débiteur avant que ne commence la procédure d'insolvabilité, ne devrait pas entrer dans la masse de

l'insolvabilité du débiteur (voir généralement le Guide sur l'insolvabilité, recommandation 35 a)).

Toutefois, comme tout transfert pur et simple d'un autre bien effectué par le débiteur avant l'ouverture de la procédure et, de fait, comme toute autre opération réalisée avant la procédure, le transfert pur et simple de la créance est soumis aux règles d'annulation prévues dans la loi sur l'insolvabilité (voir Guide sur l'insolvabilité, recommandation 88). Par exemple, le transfert peut être annulé et la créance être incluse dans la masse de l'insolvabilité si: a) le transfert n'était pas opposable au moment de l'ouverture de la procédure; b) il peut être annulé conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité concernant les opérations à un prix sous-évalué; ou c) le transfert a eu lieu à une certaine date mais n'a été rendu opposable qu'après expiration du délai de grâce et pendant la période suspecte, conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité concernant les transferts suspects.

Si la créance n'est pas dans la masse de l'insolvabilité et n'y entre pas conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité, alors, du fait que le bénéficiaire du transfert est le véritable propriétaire de la créance, tout arrêt des poursuites découlant de la loi sur l'insolvabilité ne devrait généralement pas s'appliquer au recouvrement de la créance par le bénéficiaire et la loi sur l'insolvabilité ne devrait pas d'une manière générale s'appliquer à la créance ni à son recouvrement par le bénéficiaire. Cependant, si, dans un contrat ayant effet au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le débiteur a été chargé par le bénéficiaire du transfert de recouvrer la créance pour lui, tout arrêt des poursuites applicable en ce qui concerne les contrats conclus avec le débiteur (et donc applicable à ce contrat en particulier) empêcherait, du fait et en dépit du droit de propriété du bénéficiaire sur la créance, le bénéficiaire de recouvrer la créance ou d'intervenir dans ce contrat d'une autre manière jusqu'à la mainlevée de l'arrêt des poursuites concernant ce contrat ou le rejet de ce contrat par le débiteur.]

Biens acquis après l'ouverture de la procédure

174. Sous réserve des dispositions de la recommandation 175, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un bien de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'entre pas dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par le débiteur avant l'ouverture de la procédure.

175. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un bien de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur entre dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par ce dernier avant l'ouverture de la procédure si ce bien est le produit (en espèces ou sous une autre forme) d'un bien grevé qui lui appartenait avant l'ouverture de la procédure.

Clauses de résiliation automatique dans une procédure d'insolvabilité

176. Si la loi sur l'insolvabilité prévoit l'inopposabilité au représentant de l'insolvabilité ou au débiteur d'une clause contractuelle qui, à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou lors d'un autre événement lié à l'insolvabilité, met automatiquement fin à toute obligation découlant d'un contrat ou en accélère l'échéance, elle devrait prévoir aussi qu'une telle disposition ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une

obligation de consentir un prêt ou d'octroyer un crédit ou d'autres facilités financières au profit du débiteur.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière dans la procédure d'insolvabilité

177. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est opposable au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, des dispositions peuvent être prises après l'ouverture de la procédure pour conserver, préserver ou maintenir cette opposabilité dans la mesure et de la manière autorisées par la loi sur les opérations garanties⁵⁷.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

178. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est prioritaire en vertu d'une autre loi, cette priorité reste intacte dans une procédure d'insolvabilité sauf si, conformément à la loi sur l'insolvabilité, une autre créance se voit accorder la priorité. De telles exceptions devraient être limitées au minimum et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité. La présente recommandation est soumise à la recommandation 188 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire fournira des exemples d'exceptions, tels que les financements prioritaires postérieurs à l'ouverture de la procédure et les créances privilégiées.]

Effet d'un accord de cession de rang dans une procédure d'insolvabilité

179. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien entrant dans la masse de l'insolvabilité renonce unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur, cette renonciation a force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité visant le débiteur.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 75 énonce la règle générale concernant la cession de rang applicable en l'absence de procédure d'insolvabilité. Il voudra peut-être noter ce qui suit: "Le principe général de la reconnaissance des priorités antérieures à l'ouverture de la procédure devrait être interprété comme s'appliquant également aux priorités découlant d'un accord de cession de rang, à condition que l'accord n'octroie pas un rang supérieur à celui qui serait normalement accordé à un créancier par la loi applicable." (voir Guide sur l'insolvabilité, V, B, 1, par. 59, page 292.)]

⁵⁷ Voir note concernant la recommandation 46 b) du *Guide sur l'insolvabilité*, libellée comme suit: "Si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise l'accomplissement des formalités d'opposabilité dans un certain délai, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse ce délai et autorise l'accomplissement des formalités en question si la procédure d'insolvabilité est ouverte avant l'expiration desdits délais. Lorsque la loi autre que la loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas de tel délai, l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture aurait pour effet d'empêcher l'accomplissement des formalités d'opposabilité."

Frais et dépenses liés au maintien de la valeur du bien grevé dans une procédure d'insolvabilité

180. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité est en droit de recouvrer de manière prioritaire sur la valeur d'un bien grevé les frais et les dépenses (y compris, le cas échéant, les frais indirects) qu'il a raisonnablement engagés en vue de maintenir, de préserver ou d'accroître la valeur du bien grevé au profit du créancier garanti.

Évaluation des biens grevés dans une procédure de redressement

181. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, pour déterminer la valeur de liquidation de biens grevés dans une procédure de redressement, il faudrait tenir compte de l'utilisation de ces biens et des objectifs de l'évaluation. La valeur de liquidation de ces biens peut être fondée sur leur valeur d'exploitation.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire indiquera que le commentaire du Guide sur l'insolvabilité prévoit la même règle pour tous les biens (voir par. 66, deuxième partie, chap. II, sect. B). Le commentaire sur le présent chapitre précisera que, dans la recommandation 152 b) du Guide sur l'insolvabilité, les créanciers dans une procédure de redressement recevront au moins autant que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable.]

XII. Mécanismes de financement d'acquisitions⁵⁸

A. Approche unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions

Objet

Les dispositions de la loi relatives aux mécanismes de financement d'acquisitions ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions, en leur appliquant le régime général régissant les sûretés réelles mobilières; et

c) De faciliter les opérations garanties en général en instaurant la transparence dans les mécanismes de financement d'acquisitions.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que l'alinéa c) a été ajouté dans la section "objet" de ce chapitre, car le manque de transparence en ce qui concerne le financement des acquisitions dans les pays où les mécanismes de financement d'acquisitions ne sont pas soumis à une obligation d'inscription constitue souvent un obstacle sérieux au nantissement de stocks et de matériel dans un autre but que

⁵⁸ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5.

leur acquisition (ainsi que le financement par cession de créances dans les pays qui admettent les clauses de réserve de propriété étendues). L'instauration de la transparence encouragerait fortement ces types de financement.]

Équivalence entre une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition et une sûreté réelle mobilière

182. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est une sûreté réelle mobilière. Par conséquent, les dispositions de la loi régissant une sûreté réelle mobilière en général, complétées par ses dispositions portant spécifiquement sur les mécanismes de financement d'acquisitions, devraient s'appliquer également à toutes les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que le fait d'assimiler une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition à une sûreté réelle mobilière, de manière que le créancier garanti finançant l'acquisition soit le créancier garanti et le constituant le propriétaire des biens grevés, vaut uniquement pour l'aspect financement garanti de l'opération. Bien que la sûreté en garantie du paiement d'une acquisition garantisse l'obligation du constituant de payer le solde du prix d'achat, l'opération sous-jacente n'en demeure pas moins une vente ou un crédit-bail. C'est pourquoi la loi sur les ventes ou sur les baux continue de s'appliquer aux autres aspects de l'opération (tels que garanties de propriété et de qualité, droit de revendre ou de sous-louer, imposition, assurance et comptabilité). Le commentaire expliquera aussi que si, par exemple, un créancier garanti dans le cadre d'un mécanisme de financement d'acquisitions a vendu à un acheteur du matériel qui était défectueux, l'acheteur pourrait invoquer les termes du contrat et toute autre loi applicable pour exercer les voies de droit dont peut disposer un acheteur en vertu de cette autre loi, telles que le refus des biens meubles corporels et la dénonciation du contrat.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

183. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est constituée [de la même manière qu'une sûreté réelle mobilière en vertu de la recommandation 13] [par une convention entre le constituant et le créancier garanti qui n'a pas à être conclue ni constatée par écrit et n'est soumise à aucune autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins].

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 183 (approche unitaire) comprend les mêmes variantes que la recommandation 183 (approche non unitaire), de manière à appliquer le principe de l'équivalence. Toutefois, si le Groupe de travail décide de garder les conditions de constitution applicables en vertu de la recommandation générale 13, il se pourrait que la recommandation 183 ne soit pas nécessaire car elle répéterait la règle générale.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

184. Sauf disposition contraire dans la recommandation 185, la loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition devient opposable par inscription d'un avis la concernant dans le registre général des sûretés de la même manière que le prévoient les dispositions de la présente loi régissant l'opposabilité des sûretés réelles mobilières sur le même type de biens grevés. Si l'avis est inscrit dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] à compter de la remise des biens meubles corporels au constituant, la sûreté est opposable aux tiers dont les droits sont nés entre la constitution de la sûreté et son inscription, ainsi qu'aux tiers dont les droits ont été inscrits ultérieurement. Si l'avis est inscrit après l'expiration de ce délai, la sûreté est opposable à compter de l'inscription de l'avis.

Exceptions à l'obligation d'inscription d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

185. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition devient opposable dès sa constitution. La présente disposition est sans incidence sur les sûretés réelles mobilières rendues opposables par prise de possession ou par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement

186. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition (même si l'avis concernant la seconde a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit un avis concernant la première), à condition que:

- a) La partie finançant l'acquisition soit en possession desdits biens; ou
- b) L'avis relatif à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans un délai de [même nombre de jours que le délai spécifié dans la recommandation 184] à compter de la remise des biens au constituant.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une situation courante dans laquelle ce conflit de priorité surgit est celle où un créancier garanti préexistant a une sûreté sur la totalité des biens meubles corporels existants et à acquérir du constituant et un autre créancier finance l'acquisition de biens particuliers.]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant des stocks du même type non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement

187. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant les stocks du constituant en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté grevant des stocks du même type non liée à leur acquisition (même si la seconde est devenue opposable avant que ne le devienne la première, à condition que:

- a) La partie finançant l'acquisition soit en possession des biens meubles corporels; ou
- b) Avant la remise des stocks au constituant:
 - i) Un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés; et
 - ii) La partie finançant l'acquisition notifie au titulaire de la sûreté inscrite antérieurement par écrit son intention de conclure une ou plusieurs opérations de financement d'acquisitions concernant les stocks décrits dans la notification. La notification devrait décrire de façon suffisante les stocks pour informer le titulaire de la sûreté inscrite antérieurement des stocks faisant l'objet du financement.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sur le droit d'un créancier judiciaire

188. La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 86, une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui est rendue opposable pendant le délai de grâce prévu dans la recommandation 184 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi:

- a) A obtenu un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre un constituant après la constitution de la sûreté; et
- b) A pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens grevés du constituant en raison de ce jugement ou de cette décision judiciaire provisoire.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens rattachés à un bien immeuble en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté inscrite antérieurement grevant ce bien immeuble

189. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels devant être rattachés à un bien immeuble en garantie du paiement de leur acquisition, inscrite dans le registre immobilier dans un délai [spécifier un délai court, par exemple 20 à 30 jours] après que ces biens ont été rattachés, a priorité sur un droit réel existant sur le bien immeuble concerné (autre qu'un droit réel garantissant un prêt destiné à financer la construction de l'immeuble).

Une ou plusieurs opérations de financement d'acquisitions

190. La loi devrait prévoir qu'une notification unique adressée aux titulaires de sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions inscrites antérieurement

pourra couvrir des biens grevés acquis au moyen d'une ou de plusieurs opérations de financement d'acquisitions conclues entre les mêmes parties sans que ces opérations aient à être identifiées dans la notification. Cette notification ne devrait cependant produire d'effet que pour les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions constituées sur les biens grevés remis dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] après la notification.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition grevant le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

191. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 186 (approche unitaire), d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition inscrite antérieurement s'étend au produit de ces biens.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition grevant le produit de stocks

192. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 187 (approche non unitaire), d'une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté inscrite antérieurement grevant des stocks du même type s'étend au produit de ces stocks [autres que des créances]. Toutefois, la partie finançant l'acquisition doit adresser une notification aux parties octroyant un financement inscrites antérieurement qui détiennent une sûreté sur des biens du même type que le produit avant la remise des stocks au constituant ou, au plus tard, au moment où naît le produit.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer la question de savoir si la priorité prévue dans la recommandation 192 devrait être étendue au produit sous forme de créances. Dans l'affirmative, le financement par cession de créances risquerait alors d'être fortement découragé. Dans la plupart des cas, une partie octroyant le financement par cession de créances n'aura peut-être pas le moyen, dans la pratique, de déterminer celles des créances du constituant qui seraient soumises à la sûreté prioritaire garantissant le paiement de l'acquisition. Le risque serait alors qu'elle arrête simplement le financement quand elle reçoit l'avis envisagé par la présente recommandation. Cette éventualité ou bien découragera le financement par cession de créances ou bien, si la partie qui octroie ce financement accepte de continuer à le faire seulement s'il n'y a pas de mécanisme de financement de l'acquisition de stocks, elle découragera le financement d'acquisitions. Ni l'une ni l'autre possibilité n'est compatible avec les objectifs du Guide. Une meilleure solution serait de ne pas étendre la priorité de la partie finançant les stocks au produit consistant en créances, de manière que la partie qui octroie un financement par cession de créances soit encouragée à consentir un crédit garanti par elles et que le produit de ce crédit puisse être utilisé par le constituant pour payer la partie finançant les stocks. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, dans la plupart des pays qui reconnaissent les clauses de réserve de propriété, le droit de propriété du vendeur réservataire sur les stocks vendus ne s'étend pas aux créances provenant de la vente de ces stocks.]

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

193. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur la défaillance et la réalisation s'appliquent à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager un texte supplémentaire qui pourrait par exemple être rédigé comme suit:

“Dans le cas d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété, s'il est requis que l'avis concernant ce droit soit inscrit dans le registre des sûretés, mais qu'il ne l'a pas été, ou ne l'a été qu'après l'expiration du délai spécifié dans la recommandation 184, le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat a le droit de prendre possession des biens meubles corporels uniquement s'ils sont encore en la possession de l'acheteur, du crédit-preneur ou du constituant et reprend ces biens sous réserve de toutes sûretés constituées par l'acheteur, le crédit-preneur ou le constituant. Toutefois, dans le cas d'une inscription tardive, si l'avis est inscrit avant la vente des biens meubles corporels par l'acheteur initial, le crédit-preneur ou le constituant, le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat peut prendre possession des biens meubles corporels en la possession de l'acheteur subséquent, autre qu'un acheteur des stocks dans le cours normal des affaires du vendeur, et toute autre personne dont les droits sur les stocks proviennent de cet acheteur (même si cet acheteur ou cette autre personne a connaissance de l'existence de la sûreté)] [un acheteur de bonne foi]”.

Sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans une procédure d'insolvabilité

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les recommandations sur les mécanismes de financement d'acquisitions dans une procédure d'insolvabilité figurent dans le chapitre sur l'insolvabilité.]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

194. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur le conflit de lois s'appliquent aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

B. Approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'à sa trente-neuvième session, la Commission a approuvé quant au fond l'approche unitaire et a renvoyé l'approche non unitaire au Groupe de travail pour qu'il l'étudie plus avant (voir A/61/17, par. 69).]

Objet (approche non unitaire)

Les dispositions de la loi relatives aux mécanismes de réserve de propriété ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation des mécanismes de réserve de propriété en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les vendeurs réservataires, crédit-bailleurs et prêteurs du financement du prix d'achat et d'appliquer aux mécanismes de réserve de propriété des règles particulières de manière à produire des résultats qui soient fonctionnellement équivalents à ceux que produit un régime régissant les sûretés réelles mobilières [dans la mesure compatible avec le régime régissant la réalisation des droits de propriété]; et

c) De faciliter l'utilisation des sûretés réelles mobilières en instaurant la transparence dans les mécanismes de réserve de propriété.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'un ensemble distinct de recommandations a été préparé pour les États qui souhaiteraient adopter une approche non unitaire à l'égard de la réserve de propriété. Afin d'employer la terminologie appropriée et de tenir compte d'une légère différence dans la question, lorsque c'était nécessaire, des titres distincts ont été ajoutés aux recommandations de l'approche non unitaire. Ces dernières recommandations ont elles aussi été numérotées (les numéros étant toutefois les mêmes que ceux des recommandations de l'approche unitaire) de manière non seulement à en faciliter la lecture mais aussi la reproduction ultérieure éventuelle sous forme d'ensemble consolidé distinct de recommandations à la fin des recommandations de l'approche unitaire.]

Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mots "dans la mesure compatible avec le régime régissant la réalisation des droits de propriété" ont été ajoutés afin d'aligner la section "objet" sur la variante B de la recommandation 172 (approche non unitaire) et la variante B de la recommandation 193 (approche non unitaire) relative à la mise en œuvre des clauses de réserve de propriété dans le cadre et en dehors d'une procédure d'insolvabilité. Dans cette variante de l'approche non unitaire, le traitement de la réalisation des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions dans le cadre et en dehors d'une procédure d'insolvabilité ne serait pas tout à fait équivalent au traitement des sûretés, mais serait plutôt conforme au traitement de la réalisation des droits de propriété (pour une discussion des différences, voir A/CN.9/WG.VI/WP.17, par. 39 à 42; voir aussi la note qui fait suite à la recommandation 193 (approche non unitaire), variante B). Le commentaire examinera les conséquences d'une telle approche (par exemple, manque d'uniformité, impact potentiel sur l'offre de crédit) afin d'aider les États à faire un choix.]

Équivalence entre un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété et une sûreté réelle mobilière

182. Si la loi exclut les droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété de la définition de la "sûreté réelle mobilière", elle devrait prévoir qu'un prêteur du financement du prix d'achat a les mêmes droits qu'un vendeur

dans une opération avec réserve de propriété. Les dispositions de la présente loi applicables aux sûretés réelles mobilières, complétées par les dispositions spécifiques applicables aux droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété dans le présent chapitre, s'appliquent à tous les mécanismes de réserve de propriété d'une manière qui préserve l'équivalence fonctionnelle entre les droits découlant de mécanismes de réserve de propriété et les sûretés réelles mobilières [dans la mesure compatible avec le régime de propriété applicable en cas de réalisation].

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, pour mettre en œuvre la décision qu'il a prise de traiter sur un pied d'égalité tous les fournisseurs de financement d'acquisitions (voir A/CN.9/574, par. 35), dans l'approche non unitaire, un texte a été ajouté à la recommandation 182 (approche non unitaire) pour faire en sorte que les prêteurs de financement du prix d'achat soient traités comme des propriétaires. Le commentaire expliquera les termes "dans la mesure compatible avec le régime de propriété applicable en cas de réalisation" et leurs conséquences pour la réalisation d'un droit de propriété en vertu d'une clause de réserve de propriété dans le cadre ou en dehors du cadre de l'insolvabilité (voir recommandations 171 et 193 (approche non unitaire) variante B).]

Constitution d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété

183. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété est constitué [de la même manière qu'une sûreté réelle mobilière en vertu de la recommandation 13] [par une convention entre l'acheteur, le crédit-preneur ou le constituant et le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat qui n'a pas à être conclue ni constatée par écrit et n'est soumise à aucune autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins].

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, pour que toutes les questions abordées par la recommandation 13 soient couvertes, la recommandation 183 (approche non unitaire) fait référence à la constitution, bien qu'un mécanisme de réserve de propriété ne crée pas de nouveau droit de propriété. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager une variante ou une explication pour le commentaire.]

La recommandation 183 (approche non unitaire) comporte deux variantes, l'une basée sur l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les ventes (CVIM), l'autre sur les conditions de forme prévues dans la recommandation 13 du Guide.

En ce qui concerne la recommandation 183 (approche non unitaire), le Groupe de travail voudra peut-être examiner un texte supplémentaire, qui pourrait être libellé comme suit:

"La loi devrait aussi prévoir qu'un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant a le pouvoir de constituer une sûreté sur les biens meubles corporels vendus ou loués nonobstant les droits de propriété du vendeur, du bailleur ou du prêteur de financement du prix d'achat."

Opposabilité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété

184. Sauf disposition contraire dans la recommandation 185, la loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété devient opposable par inscription d'un avis le concernant dans le registre général des sûretés de la même manière que le prévoient les dispositions de la présente loi régissant l'opposabilité concernant les sûretés réelles mobilières sur le même type de biens grevés. Si l'avis est inscrit dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] à compter de la remise des biens meubles corporels à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant, le droit est opposable aux tiers dont les droits sont nés entre la conclusion du mécanisme de réserve de propriété et son inscription, ainsi qu'aux tiers dont les droits ont été inscrits ultérieurement. Si l'avis est inscrit après l'expiration de ce délai, le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété est opposable à compter de l'inscription de l'avis.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, dans le cas d'un mécanisme de réserve de propriété, l'opposabilité et la priorité sur les réclamants concurrents signifient que le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat peut faire valoir son droit de propriété sur les biens meubles corporels contre les tiers, y compris les réclamants concurrents, revendiquant des droits par l'intermédiaire de l'acheteur, du preneur ou du constituant.]

Exceptions à l'obligation d'inscription d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété

185. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété relatif à des biens de consommation devient opposable dès sa constitution. La présente disposition est sans incidence sur les droits rendus opposables par prise de possession ou par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si toutes les sûretés sur des biens de consommation (à l'exception peut-être des biens de consommation devenant des biens rattachés à des immeubles) devraient être exemptées de l'obligation d'inscription (voir note sur la recommandation 41).]

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation sur une sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui est inscrite antérieurement

186. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens (même si un avis concernant cette dernière a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit l'avis concernant le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété, à condition que:

a) Le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat soit en possession desdits biens; ou

b) L'avis relatif au droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété soit inscrit dans un délai de [même nombre de jours que le délai spécifié dans la recommandation 184] à compter de la remise des biens à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera l'impact des recommandations 186 et 187 dans les systèmes non unitaires comme indiqué au paragraphe 60 du document A/CN.9/588. Il voudra peut-être aussi examiner si l'alinéa a) pourrait s'appliquer à un mécanisme de réserve de propriété étant donné que normalement la possession des biens meubles corporels est remise à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant.]

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété grevant des stocks sur une sûreté grevant des stocks du même type non liée à leur acquisition qui est inscrite antérieurement

187. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des stocks a priorité sur une sûreté grevant des stocks du même type (même si cette dernière sûreté est devenue opposable avant que le devienne le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété), à condition que:

a) Le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat soit en possession des biens meubles corporels; ou

b) Avant la remise des stocks à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant:

i) Un avis concernant le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété soit inscrit dans le registre général des sûretés; et

ii) Le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat notifie au titulaire de la sûreté inscrite antérieurement par écrit son intention de conclure une ou plusieurs opérations avec réserve de propriété concernant les stocks. La notification devrait décrire les stocks de façon suffisante pour informer le titulaire de la sûreté inscrite antérieurement des stocks faisant l'objet du financement.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'alinéa a) pourrait s'appliquer à une opération avec réserve de propriété ou crédit-bail étant donné que normalement la possession des biens meubles corporels est remise à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant. Il voudra peut-être aussi examiner si le registre devrait notifier automatiquement les parties inscrites finançant les stocks (voir A/61/17, para. 67). Il est à noter que cette solution exigerait que le registre fasse la distinction entre ces parties et d'autres parties octroyant un financement. Elle exigerait en outre que le constituant s'assure que le registre a bien adressé la notification avant de remettre les stocks à la partie finançant l'acquisition.]

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur le droit d'un créancier judiciaire

188. La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 86, un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété qui est rendu opposable pendant le délai de grâce prévu dans la recommandation 184 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi:

a) A obtenu un jugement contre un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant après la constitution du droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété; et

b) A pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens concernés de l'acheteur, du crédit-preneur ou du constituant en raison de ce jugement.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui est devenue opposable pendant le délai de grâce applicable ne devrait pas être primée par les droits d'un créancier judiciaire visé dans cette recommandation, dont le droit sur le bien grevé est né après que la sûreté a été constituée mais avant qu'elle devienne opposable. S'il n'en était pas ainsi, l'utilisation du délai de grâce serait trop risquée pour les parties finançant l'acquisition. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette recommandation en même temps que la recommandation 86.]

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété grevant des biens rattachés à un bien immeuble sur une sûreté inscrite antérieurement grevant ce bien immeuble

189. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété grevant des biens meubles corporels devant être rattachés à un bien immeuble, inscrit dans le registre immobilier dans un délai [spécifier un délai court, par exemple 20 à 30 jours] après que ces biens ont été rattachés, a priorité sur un droit réel existant sur le bien immeuble concerné (autre qu'un droit réel garantissant un prêt destiné à financer la construction de l'immeuble).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la priorité prévue par cette recommandation ne porterait pas atteinte aux droits du titulaire d'une hypothèque existante sur l'immeuble concerné car on peut penser que le créancier hypothécaire ne compterait pas sur des biens rattachés par la suite. La priorité créée par cette règle ne devrait cependant pas avoir pour effet de donner priorité sur les prêteurs d'un financement pour la construction, qui sont présumés se fonder sur tous les biens meubles corporels qui deviennent des biens rattachés à un immeuble dans le cours de la construction.]

Un ou plusieurs mécanismes de réserve de propriété

190. La loi devrait prévoir qu'une notification unique adressée aux titulaires de sûretés inscrites antérieurement pourra couvrir des biens acquis au moyen d'un ou de plusieurs mécanismes de réserve de propriété entre les mêmes parties (sans que ces mécanismes aient à être identifiés dans la notification). Cette notification ne

devrait cependant produire d'effet que pour les droits de propriété sur les biens remis dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] après la notification.

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

191. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 186 (approche non unitaire), d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des biens meubles corporels autres que des stocks s'étend au produit de ces biens.

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur le produit de stocks

192. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 186 (approche non unitaire), d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des stocks s'étend au produit de ces stocks [autres que des créances]. Toutefois, le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat doit adresser une notification aux parties octroyant un financement inscrites antérieurement qui détiennent une sûreté sur des biens du même type que le produit avant la remise effective des stocks à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant, ou, au plus tard, au moment où naît le produit.

Réalisation d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété

Variante A

193. La loi devrait prévoir que, en cas de défaillance, un mécanisme de réserve de propriété doit être mis en œuvre de telle manière que:

- a) Les mêmes principes et objectifs que ceux régissant la réalisation des sûretés réelles mobilières en général soient respectés; et
- b) Que les mêmes résultats soient obtenus.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail à sa huitième session a recommandé que le texte concernant l'approche non unitaire soit formulé dans le sens indiqué ci-dessus.]

Variante B

193. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur la défaillance et la réalisation s'appliquent à la réalisation des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété dans la mesure compatible avec le régime applicable à la réalisation des droits de propriété.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les derniers mots de la deuxième variante dans le cadre d'une approche non unitaire permettraient d'aligner l'approche non unitaire sur la loi existante de chaque État sur la réalisation des droits de propriété plutôt que sur les recommandations concernant la réalisation contenues dans le Guide. Par exemple, dans certains pays, cela signifierait que, en cas de défaillance, un vendeur qui

resterait propriétaire et obtiendrait la possession des biens serait autorisé à conserver ces derniers, au lieu d'en disposer, et n'aurait pas à restituer à l'acheteur l'excédent de la valeur de ces biens sur la partie non payée du prix d'achat et ne pourrait réclamer à l'acheteur la partie non payée du prix d'achat (pour une discussion des différences, voir A/CN.9/WG.VI/WP.17, par. 39 à 42; voir aussi la deuxième variante de la recommandation (approche non unitaire) sur la réalisation de droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété dans une procédure d'insolvabilité ci-dessous).]

Droits de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété dans une procédure d'insolvabilité

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les recommandations sur les mécanismes de financement d'acquisitions dans une procédure d'insolvabilité figurent dans le chapitre sur l'insolvabilité.]

Loi applicable à un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété

194. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur le conflit de lois s'appliquent aux mécanismes de réserve de propriété.

XIII. Conflit de lois⁵⁹

Objet

Les règles de conflit de lois ont pour objet de déterminer la loi applicable à chacune des questions suivantes: la constitution d'une sûreté réelle mobilière; les droits et obligations du créancier garanti et du constituant avant défaillance; l'opposabilité de la sûreté; sa priorité sur les droits des réclamants concurrents; et sa réalisation⁶⁰.

Ces règles sont également applicables:

a) Aux "sûretés réelles mobilières" entrant dans le champ d'application de la loi, qui inclut les droits découlant de ventes avec réserve de propriété et de crédits-bails, ainsi que les transferts purs et simples de créances; et

b) Dans les États qui adoptent un système fondé sur une approche non unitaire pour les mécanismes de financement d'acquisitions, les droits d'un vendeur ou d'un crédit-bailleur de biens meubles corporels qui reste propriétaire de ces biens.

* Les recommandations sur le conflit de lois ont été élaborées en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

⁵⁹ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24.

⁶⁰ Le sens de ces termes est précisé aux chapitres IV, V, VII, VIII et X.

A. Recommandations générales

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels⁶¹

195. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire dans les recommandations 196 et 209, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé. Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur un type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant. [Pour les sûretés sur le type de biens meubles corporels mentionné dans la phrase précédente qui est soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la recommandation 195 s'appliquera aux instruments négociables et aux droits à paiement de fonds crédités sur un compte bancaire sous réserve de l'exception limitée prévue par la recommandation 209, selon laquelle la loi du lieu de situation du constituant détermine, dans des cas précis, si l'opposabilité a été assurée par inscription. Le commentaire précisera également que la recommandation 196 prévoit une autre possibilité pour la constitution et l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation.]

Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que l'expression "type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États" désigne les biens meubles corporels mobiles, tels que les véhicules automobiles. Dans la phrase entre crochets de la recommandation 195, le terme "type de biens meubles corporels" se rapporte aux biens meubles corporels mobiles, tels que les navires et les aéronefs.

Le Groupe de travail pourrait en outre examiner si une règle semblable à la recommandation 209 devrait s'appliquer aux sûretés sur les biens meubles corporels visés par la recommandation 195. Dans l'affirmative, si la loi du lieu de situation constituant prévoyait l'opposabilité par inscription, la seule loi applicable à l'opposabilité des sûretés assurée par un moyen autre que la prise de possession serait cette même loi et non la loi du lieu de situation des biens.

Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'une sûreté peut être constituée sur des biens meubles corporels soit en application de la recommandation 12 soit par constitution d'une sûreté sur un document négociable représentant ces biens, conformément à la recommandation 27. Dans l'une ou l'autre hypothèse, la recommandation 195 prévoit que la constitution, l'opposabilité et la priorité de la sûreté sont régies par la loi de l'État où se trouvent les biens ou le document, selon le cas. Puisque, par nature, les biens en transit et les biens destinés à l'exportation se déplacent d'un État à un autre et que, par conséquent, le lieu où ils se trouvent à un moment donné pourrait être fortuit et temporaire, la recommandation 196 prévoit une autre méthode pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur ces biens en renvoyant à la loi de l'État de destination finale des biens, à condition que

⁶¹ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 136.

ces derniers y parviennent dans un délai raisonnable. La recommandation 196 résout donc les problèmes qui pourraient résulter du respect inflexible de la “règle fondée sur le lieu de situation des biens meubles corporels” dans le cas de biens qui changeront certainement de lieu de situation en raison de la nature même de l’opération de financement.

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que, dans de nombreuses opérations de financement reposant sur des documents négociables, ces derniers peuvent changer également de lieu de situation, comme dans le cas, par exemple, d’un connaissement qui peut passer de l’expéditeur au destinataire ou au créancier garanti. Dans de telles opérations, le document négociable peut, à un moment donné, se trouver dans un État différent de celui où se trouvent les biens qu’il représente, même si les biens et le document négociable se retrouveront, en définitive, dans le même État. Afin de traiter la question de la loi applicable aux sûretés grevant des biens meubles corporels représentés par un document négociable, il a été fait observer, à la dixième session du Groupe de travail, que la question pratique relative aux biens meubles corporels abordée dans la recommandation 196 pourrait également se poser pour les documents négociables représentant ces biens et que, de ce fait, il serait peut-être avantageux d’élargir la règle énoncée dans la recommandation 196 à ces documents. (voir A/CN.9/603, par. 60).

Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être envisager d’étendre le champ d’application de la recommandation 196 aux documents négociables. À cet égard, il pourrait tenir compte du fait que, dans les recommandations 97 et 98, la priorité d’une sûreté sur des biens représentés par un document négociable dépend toujours de la loi du lieu où le document est situé. Si la loi applicable est celle d’un État qui a adopté les recommandations du Guide, d’après la recommandation 195, la sûreté sur les biens devenue opposable du fait que la sûreté sur le document négociable est elle-même devenue opposable aura priorité sur une sûreté grevant les biens devenue opposable par une autre méthode. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter également que, d’après la recommandation 200, la réalisation de la sûreté sur les biens ou sur le document relève toujours de la loi de l’État où la réalisation a lieu ou de la loi régissant la convention constitutive de sûreté (en fonction de la variante retenue). (Pour la présente note, voir A/CN.9/611/Add.1, note sur la recommandation 136.)]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l’exportation

196. La loi devrait prévoir qu’une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels (autres que des instruments ou documents négociables) en transit ou devant être exportés depuis l’État où ils se trouvent au moment de la constitution de la sûreté peut aussi être constituée et être rendue opposable conformément à la loi de l’État de destination finale, à condition que ces biens parviennent dans cet État dans un délai bref de [à spécifier] jours à compter de la date de la constitution de la sûreté.

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera qu’une sûreté sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l’exportation peut être constituée et rendue opposable, selon la recommandation 195, conformément à la

loi de l'État où ces biens se trouvent au moment de la constitution ou, selon la recommandation 196, conformément à la loi de l'État de destination finale. Il expliquera aussi que la loi de l'État de destination finale qui régit la constitution et l'opposabilité s'appliquera même en cas de conflit avec des droits concurrents constitués et rendus opposables alors que les biens destinés à l'exportation se trouvaient dans l'État d'origine.

Le commentaire expliquera en outre que la règle énoncée dans cette recommandation: a) s'applique aux biens grevés qui voyagent accompagnés ou non des documents négociables les concernant; b) ne s'applique pas aux biens grevés qui ne voyagent pas, que les documents négociables les concernant voyagent effectivement ou non; et c) ne s'applique pas aux documents négociables grevés, qu'ils voyagent ou non. (pour la présente note, voir A/CN.9/611/Add.1, note sur la recommandation 142).]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels⁶²

197. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant. [Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur des biens meubles incorporels qui sont soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où [...].]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire expliquera que la présente recommandation, qui reprend le principe énoncé aux articles 22 et 30 de la Convention des Nations Unies sur la cession, s'applique, par exemple, aux créances. La seconde phrase, entre crochets, a pour but d'attirer l'attention du Groupe de travail sur le fait qu'une loi différente peut s'appliquer à d'autres biens meubles incorporels qui sont soumis à un enregistrement de la propriété, tels que les droits de propriété intellectuelle (par exemple, la lex loci protectionis pour les brevets et les marques et la lex loci protectionis ou la lex originis pour les droits d'auteur).]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit

198. La loi devrait prévoir:

a) Que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est soumise à la loi [de l'État dont la loi régit] [régissant] la constitution de la sûreté sur le bien initialement grevé dont découle le produit; et

b) Que l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi [de l'État dont la loi régit] [régissant] l'opposabilité et la priorité sur les droits des réclamants concurrents d'une sûreté sur les biens initialement grevés du même type que le produit.

⁶² Voir A/CN.9/611, recommandation 137.

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

199. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté réelle mobilière, qu'ils découlent de la convention constitutive de sûreté ou de la loi, sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention.

Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière

200. Sous réserve des dispositions de la présente loi sur la loi applicable à la réalisation des sûretés après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, la loi devrait prévoir que les questions touchant la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sont régies par:

Variante A

la loi de l'État où a lieu la réalisation.

Variante B

la loi régissant la convention constitutive de sûreté. Toutefois, un créancier garanti ne peut prendre possession d'un bien grevé sans le consentement de la personne qui l'a en sa possession que conformément à la loi de l'État dans lequel se trouve ce bien au moment où il en prend possession.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'à sa trente-neuvième session, la Commission l'a prié instamment, dans toute la mesure possible, de s'entendre sur l'une des variantes proposées dans les recommandations 200 et 208.]

201. La réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien immeuble est régie par la loi de l'État où se trouve le bien immeuble.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que la recommandation 195 est suffisante en ce qui concerne la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur un bien rattaché à un bien meuble, alors que la recommandation 200 est suffisante en ce qui concerne la réalisation d'une telle sûreté (pour la présente note, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, note sur la loi applicable aux sûretés sur des biens rattachés).]

Incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations sur la loi applicable à la réalisation d'une sûreté en cas de procédure d'insolvabilité figurent au chapitre sur l'insolvabilité (voir recommandation 171).]

Signification du "lieu de situation" du constituant

202. La loi devrait prévoir que, aux fins de ses dispositions sur le conflit de lois, le constituant est situé dans l'État où il a son établissement. Si le constituant a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce

son administration centrale. S'il n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

203. La loi devrait prévoir que:

a) Sous réserve de l'alinéa b) de la présente recommandation, le lieu de situation des biens ou du constituant dans les dispositions de la présente loi relatives au conflit de lois désigne, pour les questions de constitution, leur lieu de situation au moment où la sûreté réelle mobilière a été créée et, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation au moment où ces questions se posent;

b) Si tous les droits des réclamants concurrents sur un bien grevé sont nés avant que le lieu de situation du bien ou du constituant ne change, le lieu de situation du bien ou du constituant (selon le cas dans les recommandations du présent chapitre) dans les dispositions de la présente loi relatives au conflit de lois désigne, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation avant ce changement.

Maintien de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation

204. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est opposable conformément à la loi de l'État où se trouvent les biens grevés ou le constituant (selon le cas dans les dispositions de la présente loi relatives au conflit de lois) et si ces biens ou ce constituant se trouvent ensuite dans le présent État (c'est-à-dire l'État qui a adopté la loi), la sûreté reste opposable conformément à la loi du présent État pendant une période de [à spécifier] jours après ce changement de lieu. Si les conditions requises par la loi du présent État pour rendre la sûreté opposable sont remplies avant l'expiration de cette période, la sûreté reste opposable par la suite conformément à la loi de l'État. Aux fins de toute règle du présent État selon laquelle la date de l'inscription ou de toute autre formalité d'opposabilité sert de référence pour déterminer le rang de priorité, cette date est celle à laquelle ladite formalité a été accomplie conformément à la loi de l'État où les biens grevés ou le constituant se trouvaient avant leur déplacement vers le présent État.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que l'application de cette recommandation n'est pas fondée sur la réciprocité, en d'autres termes, elle s'applique que l'État de situation initiale des biens grevés ou du constituant ait ou non adopté une disposition équivalente visant la situation inverse, à savoir le déplacement des biens grevés ou du constituant vers cet État. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation s'appliquera si le bien ou le constituant se déplace d'un État adoptant ou non adoptant vers un État adoptant. La recommandation (ou le Guide) ne s'appliquera pas si: le bien ou le constituant se déplace d'un État adoptant ou non adoptant vers un État non adoptant. Le commentaire précisera en outre que la dernière phrase de cette recommandation a pour effet de "faire remonter" le rang de priorité dans l'État d'arrivée à la date à laquelle la formalité d'opposabilité a été accomplie dans l'autre État.]

Exclusion du renvoi

205. La loi devrait prévoir que la référence dans ses dispositions relatives au conflit de lois à la “loi” d’un autre État en tant que loi régissant une question désigne la loi en vigueur dans cet État à l’exception de ses règles de conflit.

Ordre public et lois de police

206. La loi devrait prévoir que:

a) L’application de la loi déterminée conformément à ses dispositions relatives au conflit de lois ne peut être écartée par le for que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l’ordre public du for;

b) Un for peut appliquer les dispositions de sa propre loi qui, quelles que soient les règles de conflit de lois, s’imposent même aux situations internationales; et

c) Les dispositions de la loi du for ne peuvent être appliquées à l’opposabilité ou à la priorité entre réclamants concurrents en vertu des règles énoncées aux alinéas a) et b) de la présente recommandation, sauf si la loi du for est la loi applicable en vertu des dispositions de la présente loi relatives au conflit de lois.

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera le sens des termes “ordre public” et “lois de police” mentionnés dans la présente recommandation. Les alinéas a) et b), qui s’inspirent des paragraphes 1 et 2 de l’article 11 de la Convention de La Haye sur les titres, ont été rédigés conformément à une suggestion faite à la huitième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/588, par. 107). L’alinéa c), qui reprend le libellé du paragraphe 3 de cet article 11, suit également les articles 30 à 32 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Il vise à empêcher que la sécurité juridique concernant la loi applicable à l’opposabilité et à la priorité d’une sûreté, assurée par les recommandations du présent chapitre, ne soit compromise par l’application de la loi du for.]

B. Recommandations sur des biens particuliers

Loi applicable aux créances née de la vente ou de la location d’un immeuble ou d’une convention constitutive de sûreté sur cet immeuble

207. La loi devrait prévoir que la loi de l’État dans lequel est situé le cédant régit la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance née de la vente ou de la location d’un immeuble, ou d’une convention constitutive de sûreté sur un immeuble, ainsi que son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents. Toutefois, un conflit de priorité avec les droits d’un tiers concurrent inscrits dans le registre immobilier de l’État dans lequel est situé l’immeuble est régi par la loi de cet État.

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation traite de la loi applicable aux cessions de créances dues au constituant en vertu d’une convention de vente ou de location d’un immeuble ou en vertu d’une

convention constitutive de sûreté sur un immeuble. Dans un certain nombre d'États, il n'est pas possible de constituer de droits sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, en conséquence de quoi l'efficacité entre les parties, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur les créances sont régies par la loi (et, en particulier, le régime du registre) qui s'applique à l'immeuble concerné. Dans d'autres États, il est possible de constituer une sûreté sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, mais le créancier garanti a un rang inférieur à celui des tiers qui ont inscrit un droit sur l'immeuble concerné dans le registre immobilier.

La deuxième phrase de la recommandation est destinée à préserver l'application de la loi de l'État dans lequel l'immeuble concerné est situé afin de protéger les tiers qui se fient à l'inscription sur le registre immobilier de cet État. Il est fait référence aux droits d'un tiers concurrent puisque le terme "réclamant concurrent" est défini par rapport aux sûretés sur des biens meubles. Il est également fait référence aux "droits" de ces tiers, étant donné que ces tiers pourraient être non seulement des créanciers hypothécaires, mais également des cessionnaires ou des acquéreurs de l'immeuble ou du bien meuble incorporel concerné et, en fait, toute catégorie de tiers pour lesquels le régime relatif aux immeubles prévoit une inscription. De plus, il est fait référence à un droit "inscrit dans le registre immobilier" et non "rendu opposable par inscription" étant donné que: a) certains registres immobiliers ne distinguent pas l'efficacité entre les parties de l'opposabilité aux tiers; et b) les registres immobiliers n'imposent pas nécessairement une inscription pour rendre le droit généralement opposable mais uniquement pour le rendre opposable aux tiers dont les droits peuvent également être inscrits dans le registre (par exemple, l'inscription peut ne pas être nécessaire pour l'opposabilité à l'encontre d'un administrateur de l'insolvabilité ou d'un créancier judiciaire).]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire⁶³

208. Sauf disposition contraire dans la recommandation 209, la loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, son opposabilité, sa priorité sur les droits des réclamants concurrents, les droits et obligations de la banque dépositaire concernant la sûreté et sa réalisation sont régis:

Variante A

par la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée conformément à la phrase précédente ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires. Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément aux deux phrases précédentes, elle doit l'être conformément à des règles de rattachement subsidiaire fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye

⁶³ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 139.

sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la variante A est une version abrégée de la règle énoncée aux articles 4-1 et 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ("Convention de La Haye sur les titres"). Les règles de rattachement subsidiaire détaillées de l'article 5 de la Convention de La Haye seront incluses dans le commentaire avec des explications suffisantes.]

Variante B

par la loi de l'État où la banque qui tient le compte bancaire a son établissement. En cas d'établissements multiples, il est fait référence au lieu où se trouve la succursale qui tient le compte.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être envisager un renvoi à la loi régissant l'accord de contrôle, soit comme variante soit comme disposition supplémentaire (voir A/CN.9/603, par. 77). Il souhaitera peut-être également noter que le commentaire expliquera que les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales figurant au chapitre sur le conflit de lois, s'appliquent aux sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.]

Loi applicable à l'opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière sur certains types de biens⁶⁴

209. La loi devrait prévoir que, si l'État où se trouve le constituant reconnaît l'inscription comme une méthode permettant de rendre opposable une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable ou un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa loi détermine si l'opposabilité d'une sûreté sur ce bien grevé a été assurée par inscription conformément à sa législation.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, dans la présente recommandation, l'État dont la loi régit l'opposabilité par inscription des sûretés sur les types de biens mentionnés est le même que celui dont la loi régit l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles incorporels. Par conséquent, des créanciers garantis souhaitant rendre leurs sûretés sur les types de biens mentionnés et sur des biens meubles incorporels opposables par voie d'inscription devront se conformer au système d'enregistrement d'un seul État. De la même manière, des tiers cherchant à déterminer si un créancier garanti détient une sûreté sur les types de biens mentionnés ou sur des biens meubles incorporels devront consulter le registre d'un seul État. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 209 ne s'applique qu'à l'opposabilité par inscription (et non par prise de contrôle ou par toute autre méthode) et ne détermine pas quelle loi régit la priorité. Il expliquera en outre que, dans la recommandation 89, une sûreté sur un instrument négociable rendue opposable par inscription a un rang inférieur à une

⁶⁴ Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 140.

sûreté rendue opposable par prise de possession de l'instrument. De même, dans la recommandation 92, une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire rendue opposable par inscription a un rang inférieur à une sûreté rendue opposable par prise de contrôle.]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant⁶⁵

210. La loi devrait prévoir que la loi de l'État spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée régit:

a) Les droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée qui a reçu une demande d'acceptation ou qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre de l'engagement de garantie indépendant;

b) Le droit de réaliser une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant à l'encontre d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée; et

c) Sauf dans la mesure où la recommandation 212 en dispose autrement, l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents.

211. Si la loi applicable n'est pas spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée, la loi régissant les questions mentionnées dans la recommandation 210 est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée qui est indiqué dans l'engagement de garantie indépendant. Cependant, lorsqu'une personne désignée n'a pas émis d'engagement de garantie indépendant, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement de la personne désignée qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre de l'engagement.

212. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est constituée et rendue opposable automatiquement en raison de l'opposabilité d'une sûreté sur une créance, un instrument négociable ou une autre obligation, dont cet engagement garantit le paiement ou une autre forme d'exécution, la constitution et l'opposabilité de la sûreté sur le produit de l'engagement sont régies par la loi de l'État dont la loi régit la constitution et l'opposabilité de la sûreté sur la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation garantie.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations 210 et 211 suivent les règles de conflit de lois applicables en ce qui concerne les droits et les obligations des garants/émetteurs, des confirmateurs ou des personnes désignées. La seule exception au principe consacré par ces recommandations 210 et 211 est énoncée dans la recommandation 212, et concerne les questions restreintes de la

⁶⁵ Pour les recommandations 210 à 212, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 138 et 138 bis.

constitution et de l'opposabilité dans les cas où une sûreté est créée ou est rendue opposable automatiquement.

Le commentaire expliquera également que toute banque (ou parfois toute institution non bancaire) qui joue un des rôles cités agit conformément à la loi de l'État où elle se trouve, autrement dit où se trouve la succursale ou l'établissement concerné (ou conformément à la loi de son choix, qui est généralement celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement concerné). Ainsi, différentes lois régissent les différentes banques concernées, et le choix d'une loi dans un engagement de garantie indépendant ne régit que les obligations de l'émetteur en question (voir l'article 27 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, l'article 5-116 b) du Code de commerce uniforme et l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur la cession). Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 211 vise à faire apparaître clairement qu'une demande d'acceptation ou de paiement (sans acceptation préalable) faite par un créancier garanti (ou par le bénéficiaire en son nom) doit être traitée par la succursale bancaire concernée, conformément au droit interne.

Dans les recommandations 210 et 211, tous les conflits de priorité sont soumis à la loi choisie par un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée, ou, en l'absence de choix, à la loi de la succursale ou de l'établissement concerné. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si: a) lorsque la succursale bancaire paie le créancier garanti (ou lui fournit une prestation), la même loi devrait s'appliquer à un conflit de priorité entre ce créancier garanti et des tiers; et b) lorsque le paiement est effectué au bénéficiaire et que le conflit de priorité concerne des tiers, les recommandations 210 et 211 devraient être inapplicables et les règles de conflit de lois subsidiaires (à savoir la recommandation 197) devraient s'appliquer.

Le commentaire expliquera en outre que: a) la constitution de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 197 pour les sûretés sur des biens meubles incorporels (sous réserve de la recommandation 212 en ce qui concerne la constitution automatique); et b) la réalisation de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 200, excepté dans la mesure où les recommandations 210 et 211 en disposent autrement.]

Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs et des créanciers garantis⁶⁶

213. La loi devrait prévoir que les questions suivantes sont régies par la loi de l'État dont la loi régit une créance, un instrument négociable ou un document négociable:

a) Les rapports entre le débiteur de la créance et le cessionnaire de la créance, entre un débiteur dans le cadre d'un instrument négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur cet instrument, ou entre l'émetteur d'un document négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur ce document;

⁶⁶ Voir A/CN.9/611, recommandation 147.

b) Les conditions dans lesquelles la cession de la créance, une sûreté réelle mobilière sur l'instrument négociable ou sur le document négociable peuvent être opposées au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable; et

c) La question de savoir si le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable ont été libérés de leurs obligations.

C. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations 214 à 217 sont censées assurer la sécurité juridique ex ante concernant l'application des recommandations non seulement par un État à plusieurs unités mais aussi, et surtout, par un État unitaire lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités. Si le Groupe de travail estime que ces recommandations sont trop détaillées pour un guide, il pourrait examiner si ces questions devraient faire l'objet de recommandations plus générales et d'explications appropriées dans le commentaire.]

214. La loi devrait prévoir que, pour l'application des recommandations du présent chapitre aux situations où l'État dont la loi régit une question est un État à plusieurs unités:

a) Sous réserve de l'alinéa b) de la présente recommandation, les références à la loi d'un État à plusieurs unités désignent la loi de l'unité territoriale concernée (déterminée en fonction du lieu de situation du constituant ou d'un bien grevé ou autrement conformément aux recommandations du présent chapitre) et, dans la mesure où elle est applicable dans ladite unité, la loi de l'État à plusieurs unités concerné;

b) Si la loi en vigueur dans une unité territoriale d'un État à plusieurs unités désigne la loi d'une autre unité territoriale de cet État comme étant la loi régissant l'opposabilité ou la priorité, la loi qui régit cette question est la loi de cette autre unité territoriale.

215. La loi devrait prévoir que si, conformément aux recommandations du présent chapitre, la loi applicable est la loi d'un État à plusieurs unités ou de l'une de ses unités territoriales, les règles de conflit internes en vigueur dans cet État détermineront si ce sont les règles de droit matériel de cet État ou d'une unité territoriale particulière de cet État qui s'appliquent.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations 214 et 215 suivent respectivement le libellé des paragraphes 2 et 3 de l'article 12 de la Convention de La Haye sur les titres. Il pourrait envisager une définition du terme "État à plusieurs unités" inspirée de l'article 1-1 m) de cette convention (le terme "État à plusieurs unités" désigne un État dans lequel deux unités territoriales ou plus de cet État ou cet État et une ou plusieurs de ses unités territoriales ont leurs propres règles de droit se rapportant à l'une quelconque des questions mentionnées dans les recommandations du Guide).]

216. La loi devrait prévoir que, si le titulaire du compte et la banque dépositaire ont convenu que la loi applicable est la loi d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités:

a) La référence à "l'État" dans la première phrase de la recommandation 208 (variante A) vise cette unité territoriale;

b) La référence à "cet État" dans la deuxième phrase de la recommandation 208 (variante A) vise l'État à plusieurs unités concerné.

217. La loi devrait prévoir que la loi d'une unité territoriale s'applique si:

a) Dans les recommandations 208 (variante A) et 216, la loi désignée est celle d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités;

b) Conformément au droit de cet État, la loi d'une unité territoriale s'applique uniquement si la banque dépositaire a un établissement dans cette unité territoriale qui remplit la condition prévue à la deuxième phrase de la recommandation 208 (variante A); et

c) La règle énoncée à l'alinéa b) de la présente recommandation est en vigueur au moment où la sûreté réelle mobilière sur le compte bancaire est constituée.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Les recommandations 216 et 217, qui suivent respectivement le libellé des paragraphes 1 et 4 de l'article 12 de la Convention de la Haye sur les titres, seront peut-être nécessaires si le Groupe de travail décide de conserver la variante A de la recommandation 208.]

XIV. Transition⁶⁷

Objet

Les dispositions transitoires de la loi ont pour objet d'assurer une transition équitable et efficace entre le régime antérieur à l'adoption de la loi et le régime postérieur.

Date d'entrée en vigueur

218. La loi devrait spécifier soit une date, postérieure à son adoption, à compter de laquelle elle entrera en vigueur ("date d'entrée en vigueur") soit un mécanisme permettant de spécifier cette date.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que, pour déterminer la date d'entrée en vigueur, les États devraient tenir compte des éléments suivants:

a) *L'impact de cette date sur les opérations de crédit et, en particulier, la maximisation des avantages pouvant découler de la loi;*

b) *Les mesures qu'ils doivent prendre notamment en matière de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'ils doivent apporter aux infrastructures; l'état de la loi antérieure et d'autres infrastructures;*

⁶⁷ Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8.

- c) *L'harmonisation de la loi avec d'autres textes législatifs;*
- d) *Le contenu des dispositions constitutionnelles en ce qui concerne les opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur; et la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la législation (par exemple le premier jour du mois);*
- e) *La nécessité de donner aux personnes concernées suffisamment de temps pour se préparer à la loi.]*

Inapplicabilité de la loi aux différends faisant l'objet d'une procédure judiciaire

219. La loi devrait prévoir que:

- a) Elle ne s'applique pas aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté si, à la date d'entrée en vigueur, elles ont soumis un différend à une procédure judiciaire (ou à un système de règlement des litiges comparable); et
- b) Elle est sans conséquence pour la réalisation d'une sûreté réelle mobilière dans la mesure où le créancier garanti a pris des mesures pour réaliser sa sûreté.

Période transitoire

220. La loi devrait fixer une période après la date d'entrée en vigueur ("période transitoire"), durant laquelle:

- a) Une sûreté réelle mobilière constituée conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur continue d'exister en vertu de cette loi;
- b) Une sûreté réelle mobilière rendue opposable conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur reste opposable en vertu de cette loi.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la "loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur" est la loi de l'État dont la loi régissait une question selon les règles de conflit de lois du régime antérieur.]

Constitution et opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

221. La loi devrait prévoir que l'existence d'une sûreté réelle mobilière constituée conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur est déterminée par cette loi.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la règle principale est que, si la constitution d'une sûreté avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi est déterminée par l'ancienne loi, l'opposabilité et la priorité le sont en principe par la nouvelle loi. Le commentaire expliquera aussi que les recommandations 222 à 224 visent à préserver l'opposabilité assurée sous l'empire de l'ancienne loi et de donner aux parties le temps de rendre leur sûreté opposable conformément à la nouvelle loi. Il expliquera en outre que la recommandation 226 énonce une exception à la règle en prévoyant que l'ancienne loi s'applique si tous les droits

concurrents ont été créés et rendus opposables conformément à l'ancienne loi et qu'aucun changement ne soit intervenu depuis la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi.]

222. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière rendue opposable conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur reste opposable pendant la période transitoire. Si, pendant cette période, ou une période plus longue décrite dans la recommandation 223, le créancier garanti prend toutes mesures nécessaires pour rendre la sûreté opposable conformément à la présente loi, l'existence et l'opposabilité de la sûreté sont continues.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, si les mesures prises conformément aux règles du régime juridique antérieur satisfont aussi aux exigences de la nouvelle loi concernant l'opposabilité, aucune mesure supplémentaire n'a à être prise. Cependant, le commentaire expliquera aussi que l'inscription d'un avis de sûreté sur le registre d'un État autre que l'État adoptant ou sur un registre de l'État adoptant autre que celui prévu dans la présente loi ne satisfait pas aux exigences de cette dernière; dans ces cas, la recommandation 223 prévoit la règle transitoire applicable.]

223. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière constituée et rendue opposable par inscription d'un avis conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur demeure opposable:

a) Jusqu'à la date à laquelle l'inscription cesse d'avoir effet en vertu de cette autre loi; et

b) [...] années après la date d'entrée en vigueur, si cette période est plus courte.

224. La loi devrait prévoir que [, aux fins de l'application de ses règles de priorité à une sûreté réelle mobilière qui était opposable en vertu de la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur et continue d'être opposable en vertu de la présente loi,] la date à laquelle la sûreté a été rendue opposable ou a fait l'objet d'un avis inscrit, selon le cas, est la date à laquelle cette sûreté a été rendue opposable ou a fait l'objet d'un avis inscrit en vertu de la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière

225. Sous réserve de la recommandation 227, la loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit d'un réclamant concurrent est régie par elle.

226. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit d'un réclamant concurrent est déterminée par la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur si:

a) La sûreté et le droit sont tous deux constitués avant la date d'entrée en vigueur; et

b) La situation n'a changé pour aucun des deux depuis la date d'entrée en vigueur.

227. La situation d'une sûreté réelle mobilière a changé si:

- a) Elle était opposable à la date de l'entrée en vigueur conformément à la recommandation 222 et a cessé de l'être ensuite; ou
- b) Elle n'était pas opposable à la date de l'entrée en vigueur et l'est devenue ensuite.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la loi devrait faire en sorte que la transition n'entraîne pas de frais autres que des frais minimes d'inscription d'un avis de sûreté.]
