



Assemblée générale

Distr.: Générale
25 septembre 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Reprise de la quarantième session
Vienne, 10-14 décembre 2007

Sûretés

Projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

Note du secrétariat

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IX. Droits et obligations des tiers débiteurs.....	1-38	3
A. Remarques générales.....	1-38	3
1. Introduction.....	1-5	3
2. Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un tiers debiteur.....	6-38	4
a) Incidence générale.....	6-7	4
b) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur d'une créance.....	8-21	4
c) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable.....	22-26	8
d) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de la banque dépositaire.....	27-32	9



e)	Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant	33-36	11
f)	Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre d'un document négociable	37-38	12
B.	Recommandations		13

IX. Droits et obligations des tiers débiteurs

A. Remarques générales

1. Introduction

1. L'exemple type de l'opération garantie est le cas où un constituant greève un bien meuble corporel, comme du matériel ou des stocks, en faveur d'un créancier garanti. Au chapitre III, cependant, le Guide note aussi l'importance des biens meubles incorporels dans les opérations garanties modernes. Bien que certaines catégories de biens meubles incorporels puissent être exclues du Guide, beaucoup d'autres, en particulier les droits à paiement, y sont incluses (voir recommandation 2, al. a)).

2. Lorsque le bien grevé dans une opération garantie consiste en un droit à l'égard d'un tiers, l'opération est nécessairement plus complexe que lorsqu'il s'agit d'un objet simple tel qu'un matériel. Les droits à l'égard de tiers peuvent être des "créances", des "instruments négociables", des "documents négociables", "des droits à recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant" ou des "droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire" (pour les définitions de ces termes, voir Introduction, sect. B, Terminologie). Si ces droits présentent des différences importantes, ils partagent une caractéristique fondamentale commune: la valeur du bien grevé est le droit d'obtenir l'exécution d'une obligation par un tiers débiteur (c'est-à-dire un tiers qui doit une obligation au constituant). Il peut s'agir de droits à l'égard de tiers qui n'entrent dans aucune des cinq catégories pour lesquelles le Guide ne prévoit pas de recommandations spécifiques. Le Guide couvre ces droits également lorsqu'ils servent de biens grevés, et les mêmes principes examinés dans ce chapitre pour les cinq catégories spécifiques s'appliquent à ces autres droits, sauf dans la mesure où leur nature exige une règle différente que l'on pourrait trouver dans un autre ensemble de règles spécialement consacrées à eux. Le reste du chapitre portera sur les cinq catégories de droits mentionnés plus haut.

3. Selon la nature du droit à l'égard d'un tiers que constitue le bien grevé, le tiers débiteur est désigné dans le Guide par des termes différents. Par exemple, lorsque le droit est une créance, il est appelé "débiteur de la créance" et, lorsque l'obligation donne un droit au produit d'un engagement de garantie indépendant, il est appelé "garant/émetteur, confirmateur ou autre personne désignée" (pour les définitions de ces termes, voir Introduction, sect. B, Terminologie).

4. Lorsque le bien grevé est un droit à l'égard d'un tiers débiteur, l'opération garantie affecte non seulement le constituant et le créancier garanti mais aussi le tiers débiteur. C'est pourquoi les États prévoient généralement une protection appropriée pour que le tiers débiteur ne soit pas pénalisé du fait, notamment, qu'il n'est pas partie à l'opération garantie. Cette protection ne devrait pas toutefois rendre inutilement contraignante la constitution de sûretés réelles mobilières sur des droits à l'égard de tiers débiteurs, étant donné que les sûretés facilitent l'octroi de crédit par le créancier garanti au constituant, ce dont peut aussi profiter indirectement le tiers débiteur.

5. Les règles détaillées qui régissent les droits et obligations mutuels des constituants et des parties garanties lorsque le bien grevé est un droit à paiement ont

été examinées au chapitre VIII. Le présent chapitre passe d'abord en revue, à la section A.2 a), un certain nombre de questions générales. Il aborde ensuite, dans les sections A.2 b) à A.2 f), les droits et obligations des tiers débiteurs dans les différents contextes où ils se manifestent le plus fréquemment. Il se termine, à la section B, par une série de recommandations.

2. Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un tiers débiteur

a) Incidence générale

6. Il est généralement admis par les États qu'il serait inapproprié qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit à l'exécution d'une obligation par un tiers débiteur modifie la nature ou l'ampleur de cette obligation à l'égard du créancier dudit tiers. Ce principe de base se retrouve également dans des instruments internationaux. Par exemple, l'article 15 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances n'autorise les modifications de l'obligation que si elles concernent l'identité de la personne à laquelle le paiement est dû (et, avec certaines restrictions, l'adresse ou le compte auxquels le paiement doit être effectué; voir par. 11 ci-dessous). Le principe est général et est également applicable aux tiers débiteurs quelle que soit la manière dont naît l'obligation ou dont elle est exprimée (par exemple qu'il s'agisse d'un droit à paiement en vertu d'un instrument négociable, d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, du droit de recevoir le produit d'un engagement indépendant, ou d'un droit en vertu d'un instrument négociable).

7. Lorsqu'un instrument négociable ou un document négociable atteste un droit à l'égard du tiers débiteur, le principe susmentionné est déjà consacré dans une législation, bien établie dans la plupart des États, qui précise l'effet d'une cession sur l'obligation du débiteur. Cette législation est généralement désignée dans le Guide comme étant la loi régissant les instruments négociables. Il n'est pas nécessaire que la loi sur les opérations garanties énonce de nouveau ces règles. En conséquence, le Guide renvoie généralement à cette législation établie pour donner effet au principe. Une protection semblable est prévue par la loi régissant les comptes bancaires ainsi que par la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants auxquels le Guide renvoie également.

b) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur d'une créance

8. Si l'incidence d'une sûreté réelle mobilière sur le débiteur dans le cadre d'un instrument négociable ou d'un document négociable est bien établie dans la plupart des États, ce n'est pas toujours le cas lorsque la sûreté porte sur une créance. C'est pourquoi le présent Guide traite de façon assez détaillée l'incidence d'une sûreté sur l'obligation du débiteur d'une créance. Ses principes et recommandations proviennent pour l'essentiel (souvent littéralement) des règles analogues de la Convention des Nations Unies sur la cession.

9. Dans de nombreux États aujourd'hui, il n'est pas possible de constituer une sûreté sur une créance. Le seul mécanisme par lequel le débiteur d'une créance peut utiliser celle-ci comme un bien pour garantir un prêt est de la transférer (ou de la céder) à un créancier. De plus, dans certains États, il n'est pas possible de céder une créance à titre de garantie (c'est-à-dire de faire que le cessionnaire ne puisse recouvrer la créance que si le cédant lui-même continue de devoir une obligation

envers le cessionnaire). Dans ces États, seuls les transferts purs et simples de créances sont possibles. Quel que soit le type d'opération (c'est-à-dire cession pure et simple, arrangement de garantie appelé sûreté réelle mobilière ou transfert à titre de garantie), les mécanismes juridiques par lesquels les droits et obligations mutuels des parties, et leurs droits à l'égard des tiers débiteurs, sont similaires. Pour cette raison, et parce qu'il est parfois difficile de déterminer exactement la nature de l'opération sous-jacente entre le cédant et le cessionnaire, de nombreux États traitent toutes les formes de transfert de créances à peu près de la même manière.

10. Conformément à cette approche, qui est également celle qu'a adoptée la Convention des Nations Unies sur la cession, le Guide vise non seulement les sûretés réelles mobilières sur des créances mais aussi les transferts purs et simples et les transferts à titre de garantie (voir recommandation 3; pour la définition des termes "cession", "cédant", "cessionnaire" et de termes voisins, voir Introduction, sect. B, Terminologie). La discussion ci-après vise donc le débiteur de la créance dans des opérations où la créance a fait l'objet d'un transfert pur et simple ou a été utilisée en tant que bien grevé (que ce soit dans le cadre d'une cession pure et simple à des fins de garantie ou d'une cession à titre de garantie) et, sauf indication contraire, le terme "cession" est employé dans le présent chapitre pour désigner les trois types d'opérations. Cela ne revient pas cependant à faire du transfert pur et simple d'une créance une opération garantie (voir recommandation 3).

11. La Convention des Nations Unies sur la cession prévoit, à quelques exceptions près, que la cession d'une créance n'a pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur de la créance à moins que ce dernier n'y consente. On trouve un principe semblable dans le droit national de nombreux États. Le seul effet que peut avoir la cession sur le débiteur de la créance est le changement de la personne, de l'adresse ou du compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement. Toutefois, pour éviter de mettre le débiteur en difficulté, la Convention des Nations Unies sur la cession dispose que de tels changements de la personne, de l'adresse ou du compte auxquels le paiement est dû n'entraînent pas de changement de la monnaie du paiement ou de l'État dans lequel le paiement doit être effectué, sauf s'il s'agit de remplacer la monnaie par celle de l'État dans lequel le débiteur de la créance est situé (voir art. 15 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 114).

12. Lorsque la cession d'une créance est un transfert pur et simple, la propriété du droit d'obtenir exécution par le débiteur de la créance change également. Alors que pour certains États ce type d'opération implique un changement de propriété, pour d'autres le droit représenté par la créance a simplement été transféré au patrimoine du cessionnaire. Mais quelle que soit la façon dont l'opération est caractérisée, cela ne signifie pas nécessairement que la partie à laquelle le paiement doit être effectué change aussi car, dans de nombreux cas, le cessionnaire conclut avec le cédant un accord de service ou un arrangement semblable en vertu duquel le second continue de recouvrer la créance au nom du premier.

13. Même lorsque la cession d'une créance est effectuée à titre de garantie, l'opération est parfois structurée comme un transfert immédiat au cessionnaire. Le cédant recouvre alors normalement la créance au nom de ce dernier, mais tant qu'il n'y a pas de faillite, il n'a pas à remettre en paiement plus qu'il n'est nécessaire en vertu de la convention existant entre eux. Parfois, cependant, la cession est soumise à des conditions, et le cessionnaire n'acquiert aucuns droits sur la créance tant qu'il

n'y a pas défaillance du cédant. Jusqu'à ce moment-là, le tiers débiteur continuera de payer le cédant en vertu de l'obligation initiale contractée entre eux.

14. Le résultat est en général le même lorsque la cession d'une créance implique la constitution d'une sûreté réelle mobilière. La cession ne signifie pas nécessairement que la partie à laquelle le paiement doit être effectué changera. Dans de nombreux cas, l'arrangement entre le cédant et le cessionnaire voudra que le paiement soit effectué au cédant (au moins avant toute défaillance de sa part). C'est seulement en cas de défaillance que le cessionnaire cherche en général à recevoir le paiement directement du débiteur de la créance. Dans d'autres cas, les parties conviendront que le paiement doit être effectué au cessionnaire. Dans les arrangements de ce type, le cessionnaire conserve généralement l'argent reçu sur un compte distinct et n'en retire que le montant nécessaire pour remplir l'obligation de paiement du cédant. Le solde est conservé pour le cédant, et remis lorsque le crédit a été intégralement payé.

15. Étant donné que le débiteur de la créance ne sera normalement libéré de son obligation que si le paiement est effectué à la partie fondée à la recevoir en vertu de la loi (et ne le sera peut-être pas si le paiement est effectué par erreur à une partie différente), il a évidemment intérêt à connaître l'identité de la partie à laquelle le paiement doit être effectué (qui n'est pas nécessairement le "propriétaire" de la créance). Ainsi, de nombreux États le protègent en lui permettant d'effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial jusqu'à ce qu'il ait reçu notification de la cession et de tout changement de la personne ou de l'adresse auxquelles le paiement devrait être effectué. Ce principe offre une protection importante au débiteur de la créance car on ne pourra considérer qu'il n'est pas libéré par le paiement au seul motif qu'il l'a effectué à une partie qui n'était plus le créancier, même s'il n'avait pas connaissance du changement (voir art. 17, par. 1 de la Convention des Nations Unies sur la cession, et recommandation 115, al. a)).

16. En revanche, une fois que le débiteur de la créance a été avisé de la cession et de toutes nouvelles instructions de paiement, il est approprié d'exiger de lui qu'il effectue le paiement conformément à la cession et aux instructions (sous réserve de la limite indiquée au paragraphe 10, selon laquelle les instructions ne peuvent modifier la monnaie du paiement ni l'État dans lequel le paiement doit être effectué à moins que le nouvel État soit celui dans lequel le débiteur de la créance est situé). Ce principe est capital pour assurer la viabilité économique des opérations garanties dans lesquelles le bien grevé sur lequel compte le créancier garanti est une créance. Si le débiteur de la créance gardait la possibilité de payer le cédant, cela priverait le cessionnaire de la valeur de la cession. La valeur de la créance est réduite car chaque paiement effectué par le débiteur en diminue le solde. Il est particulièrement important d'obtenir le paiement directement du débiteur une fois que des instructions ont été données lorsque le cédant est en difficulté financière (voir art. 17, par. 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession, et recommandation 115, al. b)).

17. Comme il a été indiqué plus haut, il serait inapproprié que la cession d'une créance modifie la nature ou l'ampleur de l'obligation du débiteur. Il s'ensuit notamment que la cession ne devrait pas priver le débiteur de la créance, sans son consentement, des exceptions découlant du contrat initial ou des droits à compensation nés avant la réception de la notification d'une cession (voir art. 18 de la Convention des Nations Unies sur la cession, et recommandation 116).

18. Ce principe ne devrait cependant pas empêcher le débiteur de la créance de s'engager à ne pas opposer à un cessionnaire les exceptions et les droits à compensation qu'il aurait autrement pu opposer au cédant. Un tel engagement a pour effet de conférer à la créance la même "négociabilité" que celle qui permet à des "porteurs légitimes" ou à des "acheteurs protégés" de demander l'exécution d'instruments négociables sans se soucier d'exceptions ou de droits à compensation (pour la signification du terme "porteur protégé", voir par exemple l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux¹) (la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre). Étant donné que la créance aurait pu être incorporée dans un billet à ordre négociable ou un instrument négociable similaire, avec le consentement du débiteur, il n'y a aucune raison d'empêcher celui-ci de convenir d'obtenir le même résultat que celui qui aurait été produit par l'utilisation du billet à ordre négociable ou de l'instrument négociable (voir recommandation 117, al. a)). Cependant, dans la plupart des États, comme dans la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre, certaines exceptions peuvent être opposées même à un porteur légitime ou à un acheteur protégé (voir par exemple, le paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre). En principe, le même résultat devrait s'ensuivre lorsque le débiteur d'une créance convient de ne pas opposer d'exceptions au cessionnaire d'une créance (voir art. 19, par. 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 117, al. b)).

19. Lorsqu'une créance est créée contractuellement, il est toujours possible que son débiteur convienne avec le créancier initial de modifier ultérieurement les termes de l'obligation. Si elle fait l'objet d'une cession, il faut déterminer l'incidence de la modification sur les droits du cessionnaire. Si la modification intervient avant la cession, le droit effectivement cédé au cessionnaire est la créance initiale ainsi modifiée. La plupart des États adoptent aussi le point de vue selon lequel le débiteur d'une créance n'est pas affecté par une cession dont il n'a pas connaissance. Ainsi, par exemple, si la modification intervient après la cession, mais avant que le débiteur ait pris connaissance de cette dernière, il est compréhensible qu'il estime que l'accord de modification a été conclu avec le créancier et qu'il est donc valable. En conséquence, les États prévoient généralement qu'une telle modification produit effet à l'égard du cessionnaire (voir, par exemple, art. 20, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 118, al. a)).

20. Si la convention portant modification des termes de la créance est conclue après la cession et après que le débiteur en a été avisé, la modification est généralement sans effet à moins que le cessionnaire n'y consente car, à ce stade, le droit du cessionnaire sur la créance a déjà été établi et serait autrement modifié sans son consentement. Certains États prévoient toutefois des exceptions limitées à cette règle. Par exemple, si le droit au paiement de la créance n'a pas encore été pleinement acquis du fait d'une exécution incomplète de l'obligation par le créancier initial (le cédant) et si le contrat initial prévoit la possibilité d'une modification, celle-ci peut produire effet à l'égard du cessionnaire. Dans certains cas, il n'est même pas nécessaire que le contrat initial prévoie expressément la modification. L'exemple usuel serait le cas où le contrat initial régit une relation à

¹ Ibid., numéro de vente: F.95.V.16.

long terme entre le débiteur et le créancier et que des modifications interviennent fréquemment. Le cessionnaire peut alors s'attendre à des modifications raisonnables dans le cours normal des affaires, même après la cession. En conséquence, certains États prévoient qu'une modification à laquelle un cessionnaire raisonnable consentirait produit effet à l'égard du cessionnaire, même si elle intervient après que le débiteur a pris connaissance de la cession, pour autant que la créance n'ait pas encore été pleinement acquise par exécution (voir l'article 20, par. 2, de la Convention des Nations Unies sur la cession et la recommandation 118, al. b)).

21. En général, le droit du cédant de recevoir paiement du débiteur de la créance prend naissance parce que le cédant a exécuté l'obligation pour laquelle le paiement doit être effectué (par exemple la vente d'un véhicule, la fourniture d'un service). Parfois le débiteur de la créance peut verser un acompte, ou payer une partie du prix avant que le bien ne soit remis ou le service rendu. Ce paiement peut fort bien se retrouver entre les mains du cessionnaire (soit parce que le cédant le lui a remis, soit parce que le cessionnaire a avisé le débiteur de la créance et a obtenu paiement directement). Normalement, le droit des contrats dispose que, si une partie n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut faire annuler le contrat ou demander des dommages-intérêts pour inexécution. Toutefois, une fois que le paiement est entre les mains du cessionnaire, de nombreux États indiquent que le débiteur ne peut exercer un recours que contre le cédant, et que les sommes reçues par le cessionnaire ne peuvent être récupérées. Le principe qui sous-tend cette règle découle du droit général des obligations. En l'absence de fraude, les créanciers d'une partie manquant à ses obligations contractuelles ne sont pas autorisés à réclamer de l'argent qui a pu être versé de bonne foi à d'autres créanciers. Par conséquent, si un paiement est effectué au cédant, qui le transfère ensuite au cessionnaire, ou s'il est fait directement au cessionnaire, ce dernier se trouve dans la même position que n'importe quel autre créancier qui a été payé par le cédant, et ne devrait pas être tenu de restituer le paiement reçu au débiteur de la créance simplement parce que le cédant n'a pas exécuté son obligation corrélative. Essentiellement, cela signifie que le débiteur de la créance supporte le risque d'insolvabilité de son partenaire contractuel. Le Guide recommande l'adoption d'une règle reflétant ce principe général (voir recommandation 119).

c) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

22. Dans la plupart des États, la loi régissant les instruments négociables (pour le sens de cette expression, voir Introduction, Sect. B, Terminologie, par. 6) est bien établie et prévoit des règles claires sur l'incidence du transfert d'un instrument sur les obligations des parties à ce dernier. En principe, l'application de ces règles est maintenue dans le contexte des sûretés réelles mobilières grevant des instruments négociables (voir recommandation 120).

23. Ainsi, par exemple, le créancier garanti ayant une sûreté sur un instrument négociable ne peut obtenir paiement de cet instrument que conformément aux termes de celui-ci. Même si le constituant a manqué à son obligation découlant de la convention constitutive de sûreté, le créancier garanti ne peut demander l'exécution de l'instrument négociable au débiteur que si le paiement est dû en vertu de l'instrument. Par exemple, si un instrument négociable n'est payable qu'à l'échéance, le créancier garanti ne peut en exiger le paiement plus tôt (même si le

constituant de la sûreté, par opposition au débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, est défaillant) que conformément aux termes de l'instrument lui-même.

24. En outre, sauf convention contraire du débiteur, le créancier garanti ne peut obtenir paiement de l'instrument négociable que conformément à la loi régissant les instruments négociables. Normalement, cette loi prévoit qu'il doit en être porteur (en d'autres termes être en sa possession et avoir obtenu tout endossement nécessaire) ou avoir acquis les droits d'un porteur. C'est pourquoi, pour être assuré d'être libéré, le débiteur est souvent autorisé par la loi régissant les instruments négociables d'insister pour ne payer que le porteur de l'instrument. Dans certains États toutefois, une personne à laquelle le porteur a transféré l'instrument peut en demander exécution si elle en a la possession.

25. En vertu de la loi régissant les instruments négociables, le créancier peut ou non être soumis aux droits et exceptions du débiteur dans le cadre de l'instrument. Si le créancier garanti est un porteur "protégé" de l'instrument négociable, il est en droit de demander l'exécution de ce dernier libre de certains droits et exceptions du débiteur. Il s'agit des droits et exceptions dits "personnels", tels que les droits et exceptions contractuels classiques que le débiteur aurait pu opposer au porteur précédent. En revanche, le créancier garanti, même en tant qu'acheteur protégé, reste soumis aux exceptions dites "réelles" du débiteur, telles que l'incapacité juridique, le dol, ou la libération dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

26. Si le créancier garanti est un porteur de l'instrument négociable, mais non un porteur "protégé", il a néanmoins le droit d'obtenir paiement de l'instrument négociable, mais est généralement soumis aux droits et aux exceptions que le débiteur aurait pu opposer à un porteur antérieur, y compris à tous les droits et exceptions "personnels", à moins que la partie responsable dans le cadre de l'instrument négociable ait effectivement renoncé à son droit d'opposer ces droits et exceptions, soit dans l'instrument négociable lui-même soit par convention distincte.

d) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de la banque dépositaire

27. Dans les États où une sûreté réelle mobilière ne peut être constituée sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qu'avec le consentement de la banque dépositaire, celle-ci n'est aucunement tenue de donner son consentement. Dans ces États, le résultat est que, même entre le créancier garanti et le constituant, une sûreté réelle mobilière ne peut être constituée sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire sans le consentement de la banque. D'autres États, en revanche, n'exigent pas le consentement de la banque dépositaire pour la constitution de la sûreté réelle mobilière. Néanmoins, même dans ces États, les droits et obligations de la banque dépositaire elle-même ne peuvent être affectés sans son consentement (voir recommandation 121, al. a)). Dans l'un et l'autre cas, cela se justifie principalement par le rôle capital des banques dans les systèmes de paiement et par la nécessité d'éviter d'empiéter sur la loi et la pratique bancaires (voir aussi par. 28).

28. Si de telles obligations ne sont pas imposées à une banque dépositaire et que les droits et obligations d'une telle banque ne sont pas modifiés sans son consentement, c'est pour éviter qu'elle ne soit exposée à des risques considérables

qu'elle n'est pas en mesure de gérer en l'absence de garanties appropriées. La banque dépositaire est exposée à d'importants risques opérationnels, du fait qu'elle débite ou crédite des comptes bancaires quotidiennement, les fonds crédités l'étant souvent à titre provisoire, et supposant parfois d'autres opérations avec ses clients. Ces risques sont aggravés par le risque juridique que constitue le non-respect, par la banque dépositaire, dans ses opérations ordinaires, des lois relatives aux instruments négociables et aux transferts de crédits et d'autres réglementations relatives aux systèmes de paiement. La banque est aussi exposée au risque que constitue le non-respect de certaines obligations qui lui sont imposées en vertu d'autres lois, telles que les lois relatives à la confidentialité des opérations avec les clients. De plus, la banque dépositaire est généralement exposée à des risques découlant de dispositions réglementaires en vertu de lois et réglementations destinées à assurer sa sûreté et sa solidité. Enfin, elle est aussi exposée aux risques qu'entraîne pour sa réputation le choix des clients avec lesquels elle accepte de réaliser des opérations.

29. L'expérience des États où le consentement de la banque dépositaire est requis pour imposer des obligations nouvelles ou modifiées montre que les parties sont souvent en mesure de négocier des arrangements satisfaisants de telle sorte que la banque soit assurée de gérer les risques compte tenu de la nature de l'opération et du client. En particulier, pour éviter toute atteinte aux droits à compensation de la banque dépositaire à l'égard du titulaire d'un compte, les systèmes juridiques qui permettent à la banque dépositaire d'obtenir une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire auprès d'elle prévoient qu'elle conserve tous droits à compensation qu'elle pourrait détenir en vertu d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties (voir recommandation 121, al. b)).

30. Les mêmes principes s'appliquent à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Par exemple, dans les États qui prescrivent un "contrôle" de la méthode permettant d'assurer l'opposabilité d'une telle sûreté, des règles appropriées sont prévues pour préserver la confidentialité de la relation entre la banque et son client (pour la définition du terme "contrôle", voir Introduction, sect. B, Terminologie). Ces règles prévoient par exemple que la banque n'est nullement tenue de répondre aux demandes d'informations de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle existe ou si le titulaire du compte conserve le droit de disposer des fonds crédités sur son compte (voir recommandation 122, al. b)).

31. Dans les États où la sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est rendue opposable par l'inscription d'un avis sur un registre public ou par reconnaissance de la part de la banque dépositaire, l'inscription ou la reconnaissance peut ou non imposer à la banque dépositaire l'obligation de suivre les instructions du créancier garanti concernant les fonds qui sont sur le compte. Si une banque dépositaire n'est pas tenue par les lois applicables d'un État particulier à une telle obligation, le créancier garanti aura généralement le droit, lors de la réalisation de la sûreté, d'obtenir les fonds qui sont sur le compte bancaire si le client-constituant a donné ordre à la banque dépositaire de suivre les instructions du créancier concernant les fonds ou si la banque dépositaire est convenue avec ce dernier de le faire. En l'absence de telles instructions ou d'un tel accord, le créancier garanti peut être contraint de réaliser la sûreté sur le compte bancaire en recourant à une procédure judiciaire pour obtenir une décision du

tribunal enjoignant à la banque dépositaire de lui remettre les fonds crédités sur le compte.

32. Dans les États où la banque dépositaire est autorisée à subordonner sa position prioritaire, elle n'est nullement tenue de subordonner ses droits à la sûreté que fait valoir un autre créancier du titulaire du compte. Même si, pour faciliter la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le créancier garanti est prêt à devenir client de la banque dépositaire pour ce qui est du compte bancaire, cette dernière n'est pas tenue de l'accepter en tant que client. Ce résultat est compatible avec la position générale adoptée dans le Guide, selon laquelle tous mécanismes par lesquels une loi sur les opérations garanties vise à faciliter la constitution de sûretés sur des fonds crédités sur un compte bancaire ne devrait pas aller à l'encontre des dispositions réglementaires nationales ou d'autres lois destinées à assurer la sûreté et la solidité du système bancaire.

e) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant

33. Les droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant sont assez bien établis dans la loi et la pratique régissant ce type d'engagement (pour les définitions de ces termes, voir Introduction, sect. B, Terminologie). Cette loi et cette pratique très spécialisées ont renforcé l'utilité des engagements de garantie indépendants, notamment dans le commerce international. En conséquence, lors de l'élaboration de la loi sur les opérations garanties en la matière, il faudrait prendre grand soin de ne pas empiéter sur ces mécanismes commerciaux utiles.

34. Pour cela, il est utile de faire la distinction entre l'engagement de garantie indépendant lui-même et le droit de tirage, d'une part, et le droit du bénéficiaire d'un tel engagement de recevoir un paiement (ou un autre article de valeur) dû par le garant/émetteur ou la personne désignée, d'autre part. Si prévoir une sûreté réelle mobilière sur le premier sans compromettre l'utilité de l'engagement est une tâche délicate (généralement effectuée par un transfert convenu de l'engagement lui-même), une sûreté sur le second présenterait moins de risques car elle ne concernerait que le droit du bénéficiaire de recevoir ce qui devient exigible et n'aurait pas d'incidences pour le garant/émetteur, le confirmateur ou une personne désignée. Pour cette raison, le Guide recommande des règles qui facilitent l'utilisation à titre de garantie du droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (terme défini avec soin qui désigne le droit de recevoir le produit par opposition aux espèces et autres actifs qui constituent effectivement le produit de l'engagement de garantie indépendant, comme ce terme est communément utilisé dans la pratique des engagements de garantie indépendants), mais sous certaines conditions strictes visant à éviter de compromettre l'utilité de ces engagements. Les règles de base qui devraient régir l'interaction de la loi relative aux engagements de garantie indépendants et la loi sur les opérations garanties sont énoncées ci-après.

35. Un principe fondamental veut que les droits du créancier garanti sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant soient soumis aux droits que la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants

confèrent au garant/émetteur, au confirmateur ou à une personne désignée. Ainsi, un créancier garanti ne peut faire valoir un droit au paiement du produit autrement non payable à son constituant. Pour la même raison, le bénéficiaire d'un transfert acquiert généralement l'engagement (y compris à la fois le droit de tirage et le droit de recevoir paiement du produit) sans être affecté par une sûreté réelle mobilière de l'auteur du transfert grevant le produit de cet engagement (voir recommandation 123, al. a) et b)). Pour la même raison aussi, si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée détient une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, ses droits indépendants ne sont pas lésés (voir recommandation 123, al. c)).

36. Selon un principe tout aussi important, un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée ne devrait pas être tenu 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 (voir recommandation 124). Cette règle se justifie par le fait que l'utilité des engagements de garantie indépendants en tant que méthode peu coûteuse et efficace pour faciliter le commerce serait compromise si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée devait vérifier l'opération de base par laquelle le droit est censé avoir été transféré et à laquelle il n'avait pas consenti. Mais si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée accepte un créancier garanti ou un bénéficiaire du transfert du produit de l'engagement de garantie indépendant, ces derniers peuvent opposer leurs droits à la personne ayant donné l'acceptation (voir recommandation 125).

f) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre d'un document négociable

37. Dans la plupart des États, la loi régissant les documents négociables est bien établie et prévoit des règles claires quant à l'incidence du transfert d'un document sur les obligations des parties à ce document. En principe, l'application de ces règles est maintenue dans le contexte des sûretés réelles mobilières grevant des documents négociables (voir recommandation 126).

38. Cela signifie, entre autres, que le droit d'un créancier garanti de réaliser une sûreté réelle mobilière sur un document négociable et, par conséquent, sur les biens meubles corporels représentés par ce document est limité par la loi régissant les documents négociables qui veut que ces biens meubles corporels soient entre les mains de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre de ce document, et que l'obligation de l'émetteur ou du débiteur de remettre les biens meubles corporels n'ait effet qu'à l'égard du destinataire ou de tout porteur ultérieur. Ainsi, si le document négociable n'a pas été transféré au créancier garanti conformément à la loi régissant les documents négociables, l'émetteur ou autre débiteur n'aura aucune obligation de remettre les biens meubles corporels au créancier garanti. Par exemple, si en vertu de la loi sur les documents négociables, le document doit avoir été endossé au moment où il est transféré pour que le bénéficiaire du transfert ait le droit de recevoir les biens représentés par le document, et si le bénéficiaire du transfert détient un document dépourvu d'endossement, le débiteur n'est pas tenu de remettre les biens représentés par le document. En pareil cas, le créancier garanti devra peut-être saisir un tribunal pour faire ordonner que le document soit remis en sa possession. L'ordonnance du tribunal exigerait soit que le document soit transféré

(ou transféré et endossé) au créancier garanti lui-même ou à une personne désignée par lui, soit que l'émetteur ou un autre débiteur remette les biens au créancier garanti ou à une autre personne désignée par lui.

B. Recommandations

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, du fait que toutes les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties sont incluses dans le document A/CN.9/637, elles ne sont pas reproduites ici. Une fois leur texte définitif établi, elles seront reproduites à la fin de chaque chapitre.]
