



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-neuvième session
New York, 19 juin-7 juillet 2006

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Sûretés réelles mobilières sur des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant, des instruments négociables et des documents négociables

Note du secrétariat*

Additif

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Sûretés réelles mobilières sur des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire . . .	2
II. Sûretés réelles mobilières sur le produit d'un engagement de garantie indépendant	6
III. Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables	11
IV. Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables	14

* Le présent document est soumis après la date limite, fixée à 10 semaines avant le début de la session, car il a fallu y inclure les modifications décidées à la dixième session du Groupe de travail, qui s'est tenue à New York du 1^{er} au 5 mai 2006. Les numéros des recommandations ne se suivent pas, étant donné que le document reprend des recommandations relatives à des biens particuliers de différents chapitres du projet de guide.



I. Sûretés réelles mobilières sur des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

[Note à l'intention de la Commission: Dans le cadre de son débat sur les sûretés grevant des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, la Commission souhaitera peut-être examiner les définitions ff) ("compte bancaire") et gg) ("contrôle") (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1). Elle souhaitera peut-être également noter que le commentaire précisera que le terme "compte bancaire" n'inclut pas les comptes tenus par des banques centrales ou des institutions de paiement, de compensation (clearing) et de règlement. Le commentaire précisera aussi que le créancier garanti a le contrôle en devenant titulaire du compte lorsque: i) un compte existant lui est transféré, ii) il convient avec le constituant que les fonds devraient être déposés sur un compte à ouvrir ultérieurement, et iii) il est seul titulaire du compte (et non un simple cotitulaire).]

Constitution d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), 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.]

26. La loi devrait prévoir qu'une sûreté 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 créer 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 de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire de la recommandation 3 a) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7) précisera que les États adoptants pourront tenir compte, s'ils le souhaitent, des éventuelles incidences que les recommandations du présent Guide pourraient avoir sur la législation relative à la protection des consommateurs.]

Droits et obligations de la banque dépositaire

V. La loi devrait prévoir que:

a) La constitution d'une sûreté 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 (set-off) de la banque dépositaire ne sont pas affectés en raison d'une sûreté qu'elle pourrait détenir sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations V et W sont complétées par les recommandations 76, 77 (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) et 106 bis, 107 et 108 (réalisation à l'encontre de la banque dépositaire).

Le commentaire expliquera également que la recommandation V 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).]

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

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 existe en sa faveur et si le constituant conserve le droit de disposer des fonds crédités sur le compte.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation W 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).]

Opposabilité d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

43. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est également opposable si le créancier garanti obtient le contrôle du droit au paiement de ces fonds.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, selon la recommandation 35 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5), 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.]

Priorité d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

76. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui a été rendue opposable par prise de contrôle a priorité sur une sûreté grevant ce même droit rendue opposable par n'importe quelle autre méthode. Si une banque dépositaire a conclu plusieurs accords de contrôle, l'ordre de priorité des 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 du droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire en devenant titulaire du compte.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera 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: i) la sûreté de la banque dépositaire devrait avoir le même rang de priorité que son droit à compensation, qui lui est toujours prioritaire; ii) si la sûreté de la banque dépositaire n'était pas prioritaire, la banque ne conclurait aucun accord de contrôle; iii) 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.]

La Commission souhaitera peut-être aussi noter qu'à sa dixième session, le Groupe de travail est 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). Elle voudra peut-être aborder cette question en priorité. Le commentaire de la recommandation 76 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.]

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

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que ces recommandations relatives aux questions de priorité 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 V b), la recommandation 77 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 77 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 la définition du terme "contrôle" dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).]

78. 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 sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte, sauf s'il savait que le transfert

était contraire aux termes 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 de la Commission: La Commission 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 des comptes bancaires, sous réserve des recommandations 76 à 78. Elle pourrait peut-être également noter qu'il sera sans doute nécessaire d'aligner la recommandation 79 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6) sur la recommandation 78 pour parler de "connaissance" plutôt que de "collusion".]

Réalisation d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

106 bis. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est fondé, sous réserve des recommandations V et W, à obtenir paiement ou à exercer son droit au paiement des fonds d'une autre manière.

107. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti qui contrôle un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est fondé, sous réserve des recommandations V et W, à réaliser sa sûreté sans avoir à saisir un tribunal ou une autre autorité.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission 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 116 (voir A/CN.9/611), 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.]

108. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui ne contrôle pas les fonds crédités sur un compte bancaire n'est fondé, sous réserve des recommandations V et W, à obtenir paiement ou à réaliser la sûreté d'une autre manière contre la banque dépositaire que sur décision d'un tribunal, à moins que la banque dépositaire en convienne autrement.

Loi applicable à une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

139. Sauf disposition contraire dans la recommandation 140, la loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté 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. La loi devrait aussi spécifier que, 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 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.

[Note à l'intention de la Commission: 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"). 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 de la Commission: La Commission 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). Elle 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 (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.]

II. Sûretés réelles mobilières sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

[Note à l'intention de la Commission: Dans le cadre de son débat sur les sûretés grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant, la Commission souhaitera peut-être examiner les définitions z) ("engagement de garantie indépendant"), aa) ("produit découlant d'un engagement de garantie indépendant"), bb) ("garant/émetteur"), cc) ("confirmateur"), dd) ("personne désignée") et ee) ("contrôle") (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).]

Constitution d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

25. La loi devrait prévoir qu'un bénéficiaire peut accorder une sûreté 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.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera 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.]

Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée

25 bis. 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 priment une sûreté sur le 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 des sûretés qu'ils pourraient détenir sur le produit de l'engagement, y compris tout droit sur le produit pouvant résulter d'un transfert des droits de tirage à un bénéficiaire du transfert.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter 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 de droits 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.]

25 ter. Ni un garant/émetteur, ni un confirmateur, ni une personne désignée ne sont tenus de payer une personne autre qu'un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert ou un cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant.

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

Opposabilité d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

49. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable par prise de contrôle du produit.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la recommandation 49 a été modifiée compte tenu du principe selon lequel 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 matérielle) n'a qu'un rôle restreint dans l'usage moderne des engagements de garantie indépendants. En outre, si la possession figurait dans le présent 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).]

Priorité d'une sûreté grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant

62. La loi devrait prévoir qu'une sûreté 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 accepté de fournir une prestation au titre de l'engagement, a priorité sur les droits de tous les autres créanciers garantis qui n'ont pas, à l'égard de cette personne, rendu leur sûreté opposable par 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 de la Commission: La Commission 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 garants/émetteurs, du ou des confirmateurs ou de la ou des personnes désignées qui ont donné la ou les acceptations. 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 peut avoir une obligation contractuelle envers un créancier garanti accepté, même s'il se peut que ce dernier ne soit pas prioritaire.]

Réalisation d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

106. La loi devrait prévoir que l'opposabilité d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant (qu'elle soit obtenue par prise de contrôle ou automatiquement) n'est pas une condition préalable à la réalisation de la sûreté. Cependant, à l'encontre du garant/émetteur, du confirmateur, de la personne désignée ou d'un bénéficiaire autre que le constituant, la sûreté doit être réalisée en conformité avec les recommandations 25 *bis*, 25 *ter* et 25 *quater*.

*[Note à l'intention de la Commission: La Commission 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 16. 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 25 *bis*, 25 *ter* et 25 *quater*. Il précisera en outre que la recommandation 106 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.]*

Loi applicable aux sûretés sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

138. La loi devrait prévoir que: i) les droits et obligations d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une 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 d'un engagement de garantie indépendant; ii) le droit de réaliser une sûreté 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 iii) sauf dans la mesure où la recommandation 138 *bis* en dispose autrement, l'opposabilité d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régis, séparément en ce qui concerne un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée donnés, par la loi de l'État déterminée comme suit:

a) Si le garant/émetteur a émis un engagement de garantie indépendant, le confirmateur une confirmation ou la personne désignée une acceptation spécifiant que l'engagement, la confirmation ou l'acceptation est régi par la loi d'un certain État, la loi applicable est celle de l'État spécifié;

b) Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément à l'alinéa précédent, la loi applicable 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 du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée. 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.

138 bis. La loi devrait prévoir que, si une sûreté 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 garantie par cet engagement, 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 de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation 138 suit 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 cette recommandation est énoncée dans la recommandation 138 bis et concerne les questions restreintes de la 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 138 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 la recommandation 138, 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. La Commission pourrait examiner la question de savoir si: i) 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 si ii) lorsque le paiement est effectué au bénéficiaire et que le conflit concerne des tiers, la recommandation 138 devrait être inapplicable et les règles de conflit de lois subsidiaires (à savoir la recommandation 137) devraient s'appliquer.

Le commentaire expliquera en outre que: i) la constitution de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 137 pour les sûretés sur des biens meubles incorporels (sous réserve de la recommandation 138 bis en ce qui concerne la constitution automatique); et ii) la réalisation de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 148, excepté dans la mesure où la recommandation 138 en dispose autrement.]

III. Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables

[*Note à l'intention de la Commission: Dans le contexte de son débat sur les sûretés grevant sur des instruments négociables, la Commission souhaitera peut-être examiner les définitions i) ("biens meubles corporels") et x) ("instrument négociable") (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).]*

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés

3. En particulier, la loi devrait prévoir qu'elle s'applique:

...

f) En général, aux transferts purs et simples de créances;

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter qu'à sa dixième session, le Groupe de travail est convenu de ne pas traiter des transferts purs et simples d'instruments négociables dans le projet de guide, mais d'examiner éventuellement les questions pertinentes dans le commentaire à l'intention des États qui souhaiteraient aborder ces transferts en raison de leur importance pour les pratiques de financement (voir A/CN.9/603, par. 50).*

À cet égard, la Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, si les principes du droit des 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 présent guide, ils ne s'appliquent en revanche pas de manière satisfaisante au transfert pur et simple de chèques, question qui 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 sous forme de transfert pur et simple d'un instrument négociable 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 64 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6), sous réserve de la recommandation 74. 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, bien entendu, des droits des débiteurs dans le cadre de l'instrument tels que décrits dans le chapitre sur la réalisation.]

Constitution d'une sûreté sur un instrument négociable

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), une sûreté sur un instrument négociable peut être*

constituée par une convention écrite, éventuellement signée, entre le constituant et le créancier garanti, voire par une convention orale et la remise de la possession de l'instrument au créancier garanti. Le commentaire expliquera aussi que la constitution d'une sûreté conformément à cette recommandation n'aura pas d'incidence sur les droits obtenus par endossement de l'instrument négociable en vertu du droit régissant ces instruments.]

Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

X. La loi devrait prévoir que, dans les relations entre le créancier garanti et i) la personne obligée par l'instrument négociable; ou ii) d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par cette dernière.

Opposabilité d'une sûreté sur un instrument négociable

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 35 relative à la méthode générale d'opposabilité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5), une sûreté sur un instrument négociable peut être rendue opposable par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés. La recommandation X traite d'une question particulière.]

Y. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un instrument négociable qui a été rendue opposable par dépossession reste opposable pendant une courte durée de [à spécifier] jours après la restitution de l'instrument au constituant aux fins de présentation, de paiement, d'exécution ou de renouvellement.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter qu'un créancier garanti pourrait avoir à restituer un instrument négociable grevé au constituant pour qu'il le présente, en obtienne le paiement ou l'exécution ou le fasse renouveler s'il n'a pas le droit d'accomplir de tels actes. Le commentaire expliquera aussi qu'en restituant ainsi l'instrument, le créancier garanti ne serait exposé au risque de perdre sa sûreté que pendant une courte durée et seulement s'il n'a pas inscrit d'avis la concernant sur le registre général des sûretés.]

Priorité d'une sûreté sur un instrument négociable

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales sur la priorité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6) s'appliquent à la priorité des sûretés sur des instruments négociables, tandis que les recommandations 74 et 74 bis portent sur d'autres conflits de priorité.]

74. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un instrument négociable qui a été rendue opposable par la méthode consistant à déposséder le constituant de l'instrument a priorité sur une sûreté grevant l'instrument qui a été rendue opposable par n'importe quelle autre méthode.

74 bis. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un instrument négociable qui a été rendue opposable par une méthode autre que celle consistant à déposséder le constituant de l'instrument a un rang inférieur aux droits d'un autre créancier

garanti, d'un acheteur ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré (dans une opération contractuelle) qui:

- a) Soit est considérée comme un porteur protégé par la loi régissant les instruments négociables;
- b) Soit prend possession de l'instrument négociable et fournit une contrepartie de bonne foi sans savoir que le transfert a été effectué en violation des droits du titulaire de la sûreté.

Réalisation d'une sûreté sur un instrument négociable

104. 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 X, d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable grevé à l'encontre d'une personne obligée par cet instrument.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que, dans les relations entre le créancier garanti et i) la personne obligée par l'instrument négociable; ou ii) d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits à exécution du créancier garanti sont soumis à cette dernière. Le commentaire donnera également les exemples suivants:

- a) La personne obligée par 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 obligée par l'instrument d'opposer des exceptions est déterminé par la loi régissant les instruments négociables.]*

105. 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 aussi 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.

Loi applicable aux sûretés sur des biens meubles corporels

136. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire dans les recommandations 140 et 142, la constitution d'une sûreté 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 de la Commission: La Commission 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 136, le terme “type de biens meubles corporels” se rapporte aux biens meubles corporels mobiles, tels que les navires et les aéronefs.]

Loi applicable à l’opposabilité par inscription des sûretés sur certains types de biens

140. Si l’État où se trouve le constituant reconnaît l’inscription comme une méthode permettant de rendre opposable une sûreté sur un instrument négociable et des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa loi détermine si l’opposabilité d’une sûreté sur ces biens a été assurée par inscription conformément à sa législation.

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

146. [Voir A/CN.9/611.]

Loi applicable aux droits et obligations du débiteur de la créance et du cessionnaire, du débiteur dans le cadre d’un instrument négociable ou de l’émetteur d’un document négociable et du créancier garanti

147. [Voir A/CN.9/611.]

[Note à l’intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que: i) la recommandation 148 s’applique à la réalisation d’une sûreté sur un instrument négociable (A/CN.9/WG.VI.WP.24); et ii) les recommandations relatives à l’incidence de l’insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales du chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI.WP.24), s’appliquent aux sûretés sur des instruments négociables.]

IV. Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables

[Note à l’intention de la Commission: Dans le cadre de son débat sur les sûretés grevant des documents négociables, la Commission souhaitera peut-être examiner les définitions y) (“document négociable”), nn) (“possession”) et oo) (“émetteur”) (voir A/CN.9/WG.VI.WP.27/Add.1).]

Constitution d’une sûreté sur un document négociable

[Note à l’intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI.WP.26/Add.7), une sûreté sur un document négociable peut être constituée par une convention écrite, éventuellement signée, entre le constituant et le créancier garanti, voire par une convention verbale et la remise de la possession du document au créancier garanti. Le commentaire expliquera aussi, à l’intention des États adoptants qui envisageraient de traiter des documents de transport multimodal, que le projet de 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.]

28. La loi devrait prévoir que la constitution d’une sûreté sur un document négociable fait également naître une sûreté 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 de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera qu'une sûreté sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable peut être constituée directement sur ces biens, conformément à la recommandation 8, ou par constitution d'une sûreté sur le document négociable représentant ces biens, conformément à la recommandation 28. Le commentaire précisera également que la recommandation 28 vise à exclure la nécessité de créer une sûreté distincte sur les biens représentés par un document négociable lorsqu'une sûreté sur un tel document existe déjà. En outre, le commentaire expliquera que ni la recommandation 8 ni la recommandation 28 ni aucune autre recommandation n'ont d'incidence sur les droits acquis sur des documents négociables en vertu de la loi régissant ces documents.]

Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable

Z. La loi devrait prévoir que, dans les relations entre le créancier garanti et l'émetteur du document négociable ou une autre personne obligée par ce document, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par la loi régissant les documents négociables.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que la présente recommandation sera placée dans un chapitre séparé portant sur les droits et obligations des tiers débiteurs.]

Opposabilité d'une sûreté sur un document négociable

44. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un document négociable est rendue opposable par remise de la possession du document au créancier garanti.

44 *bis*. La loi devrait prévoir que, si une sûreté 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 en dépossédant le constituant du document.

44 *ter*. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un document négociable qui a été rendue opposable par dépossession du constituant 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 celui-ci ou celle-ci vende définitivement les biens meubles corporels représentés par le document, les échange, les charge ou les décharge, ou encore prenne d'autres mesures à leur égard.

Priorité d'une sûreté sur un document négociable

[Note à l'intention de la Commission: La Commission 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 80 et 81 traitent d'autres conflits de priorité.]

80. La loi devrait prévoir que, lorsque les biens meubles corporels sont en possession de l'émetteur d'un document négociable les concernant, une sûreté sur ces biens devenue opposable du fait que la sûreté sur le document négociable est devenue opposable a priorité sur une autre sûreté grevant les biens en question rendue opposable par une autre méthode alors que les biens étaient représentés par le document.

81. La loi devrait prévoir qu'une sûreté 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.

Réalisation d'une sûreté sur un document négociable

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera aussi que les recommandations générales sur la réalisation des sûretés s'appliquent également en l'espèce, tandis que la recommandation 109 traite d'une question particulière.]

109. 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 Z, de réaliser une sûreté sur un document négociable à l'encontre de l'émetteur ou de toute autre personne obligée par ce document.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission 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 concernant.]

Loi applicable aux sûretés sur des biens meubles corporels

136. *[Voir recommandation 136 au chapitre III ci-dessus.]*

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter qu'une sûreté peut être constituée sur des biens meubles corporels soit en application de la recommandation 8 ou par constitution d'une sûreté sur un document négociable représentant ces biens, conformément à la recommandation 28 (voir ci-dessus). Dans l'une ou l'autre hypothèse, la recommandation 136 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 142 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 ces derniers y parviennent dans un délai raisonnable. La recommandation 142 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.]

Toutefois, la Commission souhaitera peut-être également noter qu'à sa dixième session, le Groupe de travail a estimé que, dans de nombreuses opérations de financement reposant sur des documents négociables, ces derniers changent

également de lieu de situation en raison de la nature de l'opération, comme dans le cas, par exemple, d'un connaissance qui peut passer de l'expéditeur au destinataire, puis au créancier garanti ou à une autre partie octroyant un financement (voir A/CN.9/603, par. 60). De plus, le Groupe de travail a noté que, 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. Aussi a-t-il été fait observer à cette session que la question pratique relative aux biens meubles corporels abordée dans la recommandation 142 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 142 à ces documents. La Commission souhaitera donc peut-être envisager d'étendre la champ d'application de la recommandation 142 aux documents négociables. À cet égard, elle pourrait tenir compte du fait que, dans les recommandations 136 et 142, 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 présent Guide, d'après la recommandation 80, 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. La Commission souhaitera peut-être noter également que, d'après la recommandation 148, 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).]

Loi applicable à l'opposabilité par inscription des sûretés sur certains types de biens

140. [Voir recommandation 140 au chapitre III ci-dessus.]

Sûretés sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation

142. La loi devrait prévoir qu'une sûreté 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 de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera 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 136, conformément à la loi de l'État où ces biens se trouvent au moment de la constitution, ou selon la recommandation 142, 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 précisera en outre que la règle énoncée dans cette recommandation: i) s'applique aux biens grevés qui voyagent

accompagnés ou non des documents négociables les concernant; ii) ne s'applique pas aux biens grevés qui ne voyagent pas, que les documents négociables les concernant voyagent effectivement ou non; et iii) ne s'applique pas aux documents négociables grevés, qu'ils voyagent ou non.]

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

146. [Voir A/CN.9/611.]

Loi applicable aux droits et obligations du débiteur de la créance et du cessionnaire, du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable ou de l'émetteur d'un document négociable et du créancier garanti

147. [Voir A/CN.9/611.]

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que: i) la recommandation 148 s'applique à la réalisation d'une sûreté sur un document négociable (A/CN.9/WG.VI/WP.24); et ii) les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, de même que les autres recommandations générales du chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur des documents négociables.]