



Assemblée générale

Distr.: Générale
23 mars 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarantième session
Vienne, 25 juin-12 juillet 2007

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Note du secrétariat

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclameurs concurrents	1-120	3
A. Remarques générales	1-105	3
1. Le concept de priorité et son importance	1-11	3
2. Approches possibles pour déterminer le rang de priorité	12-25	5
a) Règles de priorité dans le pays où existe un système d'inscription	13-19	6
b) Priorité fondée sur la possession ou le contrôle	20-23	7
c) Autres règles de priorité	24-25	8
3. Portée de la priorité	26-33	9
4. Caractère indifférent de la connaissance de l'existence de la sûreté	34	10
5. Cession de rang	35-37	11
6. Priorité entre des sûretés sur les mêmes biens grevés	38-45	11
7. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir	46-47	13
8. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit	48-51	14
9. Maintien de la priorité	52-53	15



10. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété	54-55	15
11. Droit des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés	56-78	16
a) Remarques générales	56-57	16
b) Droit des acheteurs	58-67	16
c) Droits des preneurs à bail	68-72	19
d) Droits des titulaires de licence	73-77	20
e) Droits des donataires	78	21
12. Priorité des créances privilégiées	79-82	22
13. Priorité des droits des créanciers judiciaires	83-91	23
14. Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé	92-95	25
15. Priorité du droit de revendication d'un fournisseur	96-97	25
16. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché	98-101	26
17. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini	102-105	27
a) Priorité des sûretés réelles mobilières sur les mêmes biens meubles corporels individualisés qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini	103	27
b) Priorité des sûretés réelles mobilières sur différents biens meubles corporels individualisés qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini	104	27
c) Priorité d'une sûreté réelle mobilière initialement constituée sur différents biens meubles corporels individualisés par rapport à une sûreté sur la masse ou le produit fini	105	28
B. Remarques sur des biens particuliers	106-120	28
1. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable	107-109	28
2. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	110-115	29
3. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant de l'argent	116	30
4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant	117-118	30
5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable	119-120	31
C. Recommandations		31

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

A. Remarques générales

1. Le concept de priorité et son importance

1. Dans un régime d'opérations garanties, le terme "priorité" désigne la mesure dans laquelle un créancier garanti ou autre peut obtenir l'avantage économique de sa sûreté sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent (pour les définitions des termes "priorité" et "réclamant concurrent", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Comme on le verra ci-après, seul l'un de ces réclamants concurrents doit être un créancier garanti du constituant. Tout autre réclamant concurrent peut être un autre créancier garanti du constituant ou le titulaire d'un autre type de droit réel, tel qu'un droit constitué par des sûretés légales (par exemple, un créancier privilégié) ou par un jugement (c'est-à-dire un créancier judiciaire), un acheteur, un preneur à bail ou preneur de licence du bien grevé ou le représentant de l'insolvabilité dans le cadre de la procédure d'insolvabilité du constituant.

2. Des problèmes de priorité se posent en général lorsque le débiteur n'exécute pas l'obligation garantie et que la valeur des biens grevés n'est pas suffisante pour satisfaire cette obligation ainsi que celles qui sont dues à d'autres réclamants concurrents faisant valoir un droit sur ces biens. Dans de tels cas, la loi sur les opérations garanties doit déterminer comment la valeur économique des biens doit être répartie entre les réclamants concurrents. Un exemple typique est le cas où le constituant n'exécute pas son engagement sous forme d'emprunt envers un prêteur garanti par un bien du constituant, et lorsque le constituant a aussi constitué une sûreté réelle mobilière sur le même bien en faveur d'un autre prêteur pour garantir un prêt différent. Un autre exemple est le cas où le constituant manque à son obligation en vertu d'un prêt garanti par un de ses biens et qu'un créancier chirographaire du constituant a obtenu un jugement contre lui et pris des mesures en vertu du droit applicable pour obtenir un droit de propriété sur le même bien du fait de ce jugement.

3. Dans d'autres cas, l'application des règles de priorité conduira une personne à prendre le bien grevé libre de créances concurrentes. Un exemple typique est le cas où le constituant crée une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé en faveur d'un prêteur et vend ensuite ce bien à un tiers. La loi sur les opérations garanties doit alors déterminer si l'acheteur devient propriétaire du bien libre de la sûreté réelle mobilière du prêteur. Un autre exemple est le cas où un constituant crée une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé en faveur d'un prêteur et qu'il loue ou met sous licence par la suite ce bien à un tiers. La loi sur les opérations garanties doit alors déterminer si le preneur à bail ou le preneur de licence peut jouir de ses droits réels, en vertu de la location ou de la licence sur lesquels la sûreté du prêteur n'a aucune incidence.

4. Un élément essentiel d'un régime efficace en matière d'opérations garanties est que les sûretés réelles mobilières ont priorité sur les droits des créanciers chirographaires. Il est généralement admis que la priorité donnée aux créanciers garantis sur les créanciers chirographaires est nécessaire pour promouvoir l'offre de

crédits garantis. Les créanciers chirographaires peuvent prendre d'autres mesures pour protéger leurs droits, par exemple suivre l'état des crédits, demander des intérêts de retard ou obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances en cas de non-paiement. En outre, un crédit garanti peut accroître le fonds de roulement, ce dont profitent souvent les créanciers chirographaires, car la probabilité de remboursement de leurs créances non garanties augmente. En fait, les avances accordées au titre d'un crédit permanent sont souvent la source à partir de laquelle une entreprise paie ses créanciers chirographaires dans le cours normal de ses affaires. (voir chap. II, Champ d'application et autres règles générales, sect. F, Exemples de pratiques de financement visées, par. [...]).

5. Toutefois, dans tous les cas susmentionnés, la priorité n'est un problème que si les sûretés sont opposables aux tiers. Celles qui ne le sont pas ont le même rang de priorité les unes par rapport aux autres que par rapport aux droits des réclamants concurrents (y compris les créanciers chirographaires). Toutefois, les sûretés réelles mobilières qui ne sont pas opposables aux tiers sont opposables au constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 31).

6. Le concept de priorité est au cœur de tout régime efficace en matière d'opérations garanties et il est largement admis que des règles de priorité efficaces sont nécessaires pour encourager l'offre de crédit garanti. Il y a à cela deux raisons principales. La première (comme on le verra au par. 7 ci-dessous) est que, dans la mesure où les règles de priorité sont claires et aboutissent à des résultats prévisibles, les créanciers garantis potentiels sont à même de déterminer efficacement et avec un degré élevé de certitude, avant d'octroyer un crédit, quel rang de priorité occuperont leurs sûretés par rapport à celles des réclamants concurrents au cas où un conflit de priorité surviendrait. Ainsi, les règles de priorité servent non seulement à résoudre les conflits, mais également à encourager les créanciers potentiels à octroyer des crédits en leur permettant de prévoir comment un conflit de priorité potentiel sera résolu. À cet égard, l'existence de règles de priorité efficaces peut avoir un effet positif sur l'offre de crédit garanti et sur le coût de ce crédit. La deuxième raison (comme on le verra au par. 8 ci-dessous) est que, lorsque le régime d'opérations garanties reconnaît la capacité d'un constituant de créer plusieurs sûretés réelles mobilières sur le même bien grevé, des règles de priorité efficaces encouragent les créanciers potentiels à octroyer des crédits garantis par la valeur excédentaire d'un bien déjà grevé d'une sûreté réelle mobilière en faveur d'autres créanciers, permettant ainsi aux constituants de mettre à profit toute la valeur de leurs biens pour obtenir plus de crédit, ce qui est l'un des grands objectifs de tout régime efficace en matière d'opérations garanties (voir chapitre premier, Principaux objectifs, sect. B).

7. S'agissant de la première raison indiquée ci-dessus, le plus important pour le créancier garanti est de savoir quel sera son rang en cas de réalisation de la sûreté dans le cadre et en-dehors de la procédure d'insolvabilité du constituant, en particulier lorsqu'il compte sur le bien grevé comme principale ou unique source de remboursement. En cas d'incertitude quant au rang de priorité de sa sûreté future au moment de décider s'il va ou non consentir le crédit, il tablera moins sur le bien grevé. Cette incertitude peut l'inciter à relever le coût du crédit ou à en réduire le montant pour tenir compte de la valeur inférieure qu'il attribue au bien, voire éventuellement à refuser purement et simplement le crédit. Afin de réduire au minimum cette incertitude, il est important que les lois sur les opérations garanties

prévoient des règles de priorité claires conduisant à des résultats prévisibles qui soient également respectés par le droit de l'insolvabilité dans toute la mesure du possible (voir chap. XI, Insolvabilité, par. [...]).

8. S'agissant de la deuxième raison indiquée ci-dessus, il faut noter que les règles de priorité ont un impact positif supplémentaire sur l'offre de crédit garanti, étant donné que de nombreuses banques et autres institutions financières sont disposées à accorder un crédit sur la base de sûretés qui ne viennent pas au premier rang mais sont subordonnées à une ou à plusieurs sûretés ayant un rang de priorité supérieur, tant qu'elles estiment que les biens du constituant ont une valeur permettant de couvrir leurs sûretés et qu'elles peuvent établir clairement le rang de priorité inférieur de celles-ci. Par exemple, dans les pays qui reconnaissent une sûreté sur l'ensemble des biens (voir chap. II, Champ d'application et autres règles générales, sect. F, Exemples de pratiques de financement visées, par. [...]), le prêteur B peut être disposé à accorder un crédit à un constituant dont l'ensemble des biens sont grevés par une sûreté en faveur du prêteur A, tant qu'il est convaincu que la valeur desdits biens dépasse suffisamment le montant du prêt garanti par cette sûreté pour qu'il puisse envisager l'octroi supplémentaire d'un crédit. Un tel résultat a plus de chances de se produire dans un pays ayant des règles de priorité claires qui permettent aux créanciers leur rang de priorité avec un degré élevé de certitude. En facilitant la constitution de sûretés multiples sur les mêmes biens, les règles de priorité permettent à un constituant d'optimiser l'utilisation de ses actifs pour obtenir un crédit.

9. Étant donné l'importance des règles de priorité, un régime moderne sur les opérations garanties incorpore généralement un ensemble de règles de priorité de portée étendue, couvrant un large éventail d'obligations garanties et de biens grevés existants et futurs, et fournissant les moyens de résoudre des conflits de priorités entre une grande diversité de réclamants concurrents. En outre, ces règles traitent généralement de l'impact sur la priorité de la méthode par laquelle la sûreté est rendue opposable aux tiers (par exemple, opposabilité automatique, inscription, possession ou prise de contrôle). Une loi sur les opérations garanties qui intègre des règles de priorité aussi précises et détaillées, par opposition à un ensemble de principes abstraits pouvant nécessiter une interprétation dans des cas particuliers, encourage les créanciers potentiels à accorder un crédit garanti en leur assurant, à un degré élevé, qu'ils peuvent prévoir comment les conflits de priorité potentiels seront résolus.

10. Compte tenu de ce qui précède, le Guide définit un double objectif pour les dispositions relatives à la priorité d'une loi sur les opérations garanties (voir ci-dessous, section C, Recommandations, Objet).

11. Il importe de noter que, quelle que soit la règle de priorité en vigueur dans un État, elle ne jouera que dans la mesure où les règles de conflit de lois applicables l'admettent. Cette question est examinée au chapitre XIII, Conflit de lois (voir par. [...]).

2. Approches possibles pour déterminer le rang de priorité

12. Il y a diverses approches possibles pour déterminer le rang de priorité. Plusieurs d'entre elles peuvent coexister dans le même système juridique dans la mesure où elles peuvent s'appliquer à des types de conflits de priorité différents. La

présente section décrit ces différentes approches, en indiquant dans chaque cas leurs avantages et leurs inconvénients dans le contexte d'un régime moderne sur les opérations garanties.

a) Règles de priorité dans le pays où existe un système d'inscription

13. Comme il a été dit plus haut, pour promouvoir efficacement l'offre de crédit garanti, il est important d'avoir des règles de priorité permettant aux créanciers de déterminer leur rang de priorité avec le plus haut degré de certitude au moment où ils octroient un crédit et aux constituants de mettre à profit toute la valeur de leurs biens pour obtenir du crédit. Comme le montre le chapitre V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (par. [...]), et le chapitre VI, Le système de registre (voir par. [...]), l'un des meilleurs moyens d'apporter une telle certitude, est de recourir à un registre public.

14. Dans la plupart des pays où existe un système fiable d'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières, le rang de priorité est déterminé en fonction de l'ordre d'inscription de l'avis, la préférence étant donnée à la sûreté mentionnée dans le premier avis inscrit, (ce que l'on appelle souvent la "règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription"). Dans certains pays, cette règle s'applique même si une ou plusieurs des conditions requises pour la constitution d'une sûreté n'étaient pas remplies au moment de l'inscription, ce qui évite à un créancier d'avoir à consulter de nouveau le système d'inscription une fois qu'il a été satisfait à toutes les conditions pour la constitution de ses sûretés. Cette règle donne au créancier la certitude qu'une fois un avis de sûreté mobilière inscrit, aucun autre droit relatif à cet avis ne primera sa sûreté. Les autres créanciers existants ou potentiels sont également protégés, car l'avis inscrit les avertira de sûretés potentielles et ils peuvent alors prendre des dispositions pour se protéger (par exemple en demandant des garanties personnelles ou des sûretés de rang inférieur sur le même bien ou des sûretés de rang supérieur sur d'autres biens).

15. Nonobstant ce qui précède, certains États ont admis des exceptions limitées à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription. Par exemple, une sûreté réelle mobilière sur des biens de consommation est réputée être automatiquement opposable aux tiers dès sa constitution. Son rang de priorité est donc déterminé en fonction de sa date de constitution.

16. Dans d'autres États, tant que l'inscription a lieu dans un délai spécifié après la constitution d'une sûreté (ce que l'on appelle souvent le "délai de grâce"), la priorité sera déterminée selon l'ordre de constitution plutôt que selon l'inscription d'un avis relatif à la sûreté réelle mobilière. Ainsi, une sûreté constituée en premier, mais inscrite en second, peut primer une sûreté constituée en second mais inscrite en premier, à condition d'avoir été inscrite avant l'expiration du délai de grâce applicable.

17. Dans cette approche, étant donné qu'il est possible que sa sûreté inscrite soit subordonnée à une sûreté constituée antérieurement inscrite durant le délai de grâce, un créancier garanti futur ne peut se protéger qu'en retardant l'octroi du crédit au constituant jusqu'à l'expiration d'un délai de grâce applicable relatif à d'autres revendications potentielles. Ainsi, tant que le délai de grâce continue à courir, la date d'inscription n'est pas une indication fiable de rang de priorité d'un créancier,

et il y a une grande incertitude qui n'existe pas dans les systèmes juridiques ne connaissant pas le délai de grâce.

18. Afin de ne pas compromettre la certitude apportée par la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, certains États limitent l'utilisation des délais de grâce à de rares cas, tels que: a) les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition (approche unitaire) ou les droits liés au financement d'une acquisition (approche non unitaire); b) lorsque l'inscription avant ou en même temps que la constitution n'est pas possible sur le plan logistique; ou c) lorsque le délai entre constitution et inscription ne peut être réduit au minimum par le recours à l'inscription électronique ou à d'autres techniques d'inscription.

19. De nombreux États ont adopté une exception à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription pour les sûretés sur des types particuliers de biens comme les automobiles et les bateaux, également susceptibles d'être inscrits dans un registre spécialisé ou annotés sur un certificat de propriété. Par conséquent, une sûreté inscrite dans un de ces systèmes se voit souvent accorder la priorité sur une sûreté à l'égard de laquelle un avis a été inscrit antérieurement dans un registre général des sûretés. Cette approche s'explique par la nécessité de faire en sorte que les acheteurs des biens inscrits dans un registre spécialisé ou annotés sur un certificat de propriété puissent se fier entièrement au registre pour évaluer la qualité du titre qu'ils acquièrent.

b) Priorité fondée sur la possession ou le contrôle

20. Comme on l'a vu aux chapitres IV, Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) (voir par. [...]) et V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (voir par. [...]), les sûretés mobilières avec dépossession sont traditionnellement un élément important des législations sur les opérations garanties de la plupart des pays. C'est pourquoi, même dans certains pays appliquant la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, la priorité peut aussi être établie en fonction de la date à laquelle le créancier a obtenu la possession du bien grevé, sans aucune condition d'inscription d'un avis. Dans ces pays, la priorité est souvent donnée au créancier qui le premier, soit a déposé un avis de sûreté auprès du système d'inscription, soit a obtenu une sûreté par prise de possession.

21. Malgré son importance, la priorité fondée sur la possession comporte des inconvénients notables. Premièrement, elle est souvent commercialement irréalisable dans les cas où le constituant doit rester en possession des biens grevés afin de les utiliser pour l'exploitation de son entreprise. Deuxièmement, exiger du créancier garanti qu'il conserve la possession du bien grevé risque de lui imposer des charges administratives inopportunes. Troisièmement, du fait que, souvent, la possession n'est pas un acte public, le détenteur d'une sûreté rendue opposable par prise de possession aura la charge, dans de nombreux régimes juridiques, d'établir avec précision la date à laquelle il en a pris possession.

22. Malgré ces inconvénients, la priorité fondée sur la possession est commercialement utile pour certains types de biens grevés, tels que des instruments négociables (par exemple, un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre; voir Introduction, section B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]) ou des documents négociables (par exemple des connaissements ou des récépissés d'entrepôt; voir Introduction, section B, Terminologie et règles d'interprétation,

par [...] dans lesquels la prise de possession par le créancier garanti peut lui permettre d'empêcher le constituant d'accomplir des actes de disposition du bien grevé interdits. D'après les lois de nombreux pays, la priorité d'une sûreté constituée sur des biens de ce type peut être établie par la possession ou par l'inscription. En outre, une sûreté rendue opposable par possession prime généralement une sûreté rendue opposable uniquement par inscription, même si l'inscription est intervenue en premier. Ce résultat est conforme aux attentes des parties dans le cas d'instruments négociables et de documents négociables, car les droits sur de tels biens sont traditionnellement transférés par la possession.

23. Dans certains États, le concept de possession a évolué vers celui, plus sophistiqué, de "contrôle", selon lequel un créancier garanti peut être considéré comme étant en possession d'un bien grevé s'il est capable, par contrat avec la personne détenant effectivement le bien, d'en contrôler la disposition. Dans ces États, le contrôle est reconnu comme une méthode permettant de rendre une sûreté réelle mobilière opposable. Pour certains types de biens, comme le produit d'un engagement de garantie indépendant, le contrôle peut être la méthode exclusive d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière. Dans ce cas, la priorité n'est accordée à la sûreté réelle mobilière sur ce bien que si le créancier garanti est considéré comme ayant le contrôle du bien. Pour d'autres types de biens, tels que le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, l'opposabilité peut être fondée soit sur le contrôle, soit sur l'inscription au registre général des sûretés. Le système de priorité accorde alors généralement la priorité à la sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle plutôt qu'à une sûreté rendue opposable par une autre méthode.

c) Autres règles de priorité

24. Dans les pays où il n'existe pas de système d'inscription des sûretés, aussi bien l'opposabilité d'une sûreté que la priorité sont souvent fonction de la date de constitution de la sûreté. Bien que les sûretés sans dépossession y soient autorisées (souvent sous la forme de ventes avec réserve propriété, d'un transfert de propriété aux biens meubles corporels ou cession de créances à titre de garantie), les créanciers cherchent généralement à savoir s'il existe ou non des sûretés concurrentes, en s'en remettant aux dires du constituant ou aux informations disponibles sur le marché. Faute de système permettant de déterminer le rang de priorité des créanciers ayant des sûretés sur le même bien, il est difficile ou impossible pour le constituant de constituer plus d'une sûreté sur le même bien et par conséquent de mettre pleinement à profit la valeur de ses biens pour obtenir un crédit garanti. Toutefois, l'obligation garantie peut être cédée (par exemple, par le vendeur réservataire) avec le droit qui la garantit, mais cette approche entraîne souvent des coûts pour le vendeur qui sont répercutés sur l'acheteur final (outre le coût du financement initial d'acquisitions, pris en compte dans le prix des biens ou le taux d'intérêt du crédit).

25. Certains pays ont adopté une règle de priorité spéciale pour certains types de biens grevés. Dans certains d'entre eux, par exemple, l'opposabilité d'une sûreté constituée sur des créances de sommes d'argent et les revendications concurrentes sont fonction de la date à laquelle les débiteurs desdites créances reçoivent notification de l'existence de la sûreté. Toutefois, ce système n'est pas propice à la promotion du crédit garanti, pour un certain nombre de raisons. Premièrement, il ne permet pas au créancier de déterminer, avec un degré de certitude suffisant, au

moment où il consent le crédit, s'il existe ou non des sûretés concurrentes sur les créances de sommes d'argent. Deuxièmement, il ne constitue pas un moyen efficace d'obtenir des sûretés sur des créances de sommes d'argent futures, car la notification de telles créances aux débiteurs n'est pas possible au moment de l'octroi initial du crédit, et elle doit donc leur être adressée à mesure que naissent lesdites créances (sauf si les créances de sommes d'argent futures doivent naître aux termes d'un contrat à long terme existant au moment où le crédit est accordé). Troisièmement, s'il y a un nombre important de débiteurs, la notification peut être coûteuse. Quatrièmement, de nombreux constituants ne tiennent peut-être pas à ce que leurs clients soient avisés directement de l'existence d'une sûreté sur leurs créances de sommes d'argent.

3. Portée de la priorité

26. Pour encourager les créanciers à accorder un crédit garanti, il est essentiel qu'ils puissent déterminer, au moment où ils s'y engagent, si le rang de priorité de leur sûreté réelle mobilière portera sur la totalité de l'obligation garantie qui leur est due ou sur une partie seulement. En particulier, ils doivent pouvoir déterminer si la priorité portera uniquement sur le crédit qu'ils accordent au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou si elle s'étendra: a) aux obligations qui naissent ensuite conformément aux clauses de la convention constitutive de sûreté (par exemple, les avances futures en vertu d'un accord de crédit permanent; ou b) aux obligations conditionnelles qui deviennent réelles dès la réalisation de la condition (par exemple, des obligations qui deviennent payables en vertu d'une garantie).

27. Dans certains pays, le même rang de priorité est accordé à la totalité de l'obligation garantie, quel que soit le moment où naît l'obligation. Selon cette approche, une sûreté réelle mobilière peut s'appliquer à l'ensemble des obligations monétaires et non monétaires garanties qui sont dues au créancier garanti, y compris le principal, les frais, les intérêts et les droits. Une priorité n'est pas modifiée par la date à laquelle une avance est consentie ou une autre obligation garantie par la sûreté est souscrite. Cela signifie qu'une sûreté peut garantir des avances futures au titre d'un crédit avec le même rang de priorité que les avances faites au titre d'un crédit au moment de la constitution de la sûreté.

28. Par exemple, dans le cas d'une formule en vertu de laquelle le prêteur est convenu le jour 1 d'accorder des avances au constituant de temps à autre pendant toute la durée de la formule – un an – garanties par une sûreté sur l'essentiel des biens du constituant, la sûreté réelle mobilière aura le même rang de priorité pour toutes les avances consenties, qu'elles l'aient été le jour 1, 35 ou 265.

29. Dans le cas d'un crédit accordé pour la fourniture de biens ou de services par tranches correspondant aux livraisons de biens ou de services, cette approche conduit à considérer que la totalité de la créance naît au moment où le contrat est conclu, et non à chaque fourniture de biens ou de services. La justification de cette approche est que c'est la plus économique (par exemple, le créancier garanti n'a pas besoin de déterminer le rang de priorité chaque fois qu'il accorde un crédit) et qu'elle limite au minimum le risque pour le constituant que les crédits consentis ultérieurement en vertu de la convention constitutive de sûreté soient interrompus si le créancier garanti estime qu'une avance future n'est pas prioritaire.

30. Dans d'autres pays, la priorité est limitée de deux manières différentes. Premièrement, elle peut être limitée au montant de la créance existant à la date de la constitution d'une sûreté. L'avantage de cette solution est que le rang de la créance peut ainsi (sans que ce soit toutefois automatique) correspondre aux attentes des parties à ce moment-là. Son inconvénient est qu'elle exige des créanciers une diligence accrue (il faudra par exemple rechercher les nouvelles inscriptions) ainsi que des accords et des inscriptions supplémentaires pour les montants de crédit consentis après la date de constitution d'une sûreté. Cela est particulièrement problématique dans le cas de crédits permanents, qui représentent l'un des moyens les plus efficaces de consentir un crédit garanti, puisque c'est ce type de crédit qui correspond le mieux aux besoins de financement du constituant (voir chap. II, Champ d'application et autres règles générales, sect. F, Exemples de pratiques de financement visées, par. [...]).

31. Dans d'autres pays encore, la priorité est limitée au montant maximum spécifié dans l'avis inscrit dans un registre public concernant la sûreté. La justification de cette approche est qu'elle encourage le financement subordonné en incitant les créanciers futurs de rang inférieur à accorder des crédits sur la base de la "valeur nette" des biens grevés (par exemple la valeur des biens grevés dépassant le montant maximum garanti par la sûreté réelle mobilière de rang supérieur visée dans l'avis inscrit). Un argument militant contre cette approche est qu'elle n'incite simplement les créanciers garantis à majorer le chiffre indiqué dans l'avis inscrit pour y faire figurer un montant plus important que celui envisagé au moment de la convention constitutive de sûreté pour prendre en compte des avances futures imprévues (voir chap. VI, Le système de registre, par. [...]).

32. Dans d'autres pays encore, la priorité est accordée à tous les montants de crédit, même s'il a été accordé après la constitution de la sûreté, et pour toutes les obligations conditionnelles qui peuvent naître après la constitution de la sûreté, sans qu'il soit nécessaire de spécifier un montant maximum. Dans ces systèmes, une sûreté peut porter sur toutes les obligations monétaires et non monétaires garanties dues au créancier garanti et garanties par la sûreté, y compris le principal, les coûts, l'intérêt et les frais, ainsi que les obligations d'exécution et autres obligations conditionnelles. La priorité n'est pas affectée par la date à laquelle une avance ou une autre obligation garantie par la sûreté est faite ou contractée. Cela signifie qu'une sûreté peut garantir des avances futures dans le cadre d'un crédit avec le même rang de priorité que les avances faites au moment où la sûreté est constituée (voir A/CN.9/631, recommandations 74 et 76).

33. Le Guide recommande que la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'applique à l'ensemble des obligations garanties dans la convention constitutive de sûreté. Toutefois, si un État considère que limiter le montant maximum de l'obligation garantie dans l'avis inscrit encouragera des prêts subordonnés, la priorité peut être limitée au montant maximum indiqué dans l'avis inscrit (voir A/CN.9/631, recommandation 74; pour la discussion d'une limitation possible de la priorité dans le cas de conflit de priorité avec un créancier judiciaire, voir les par. 90 et 91 ci-dessous et la recommandation 90).

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

34. Dans de nombreux systèmes juridiques, l'ordre de priorité en fonction de la date de l'inscription s'applique même si le créancier a acquis sa sûreté réelle

mobilière en sachant qu'il existait une sûreté inscrite. Cette règle part généralement du principe qu'il est souvent difficile de prouver qu'une personne avait connaissance d'un fait précis à un moment précis. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une personne morale. Il en résulte que les règles de priorités qui dépendent de la connaissance des inscriptions peuvent rendre celles-ci sujettes à contestation et que le règlement des conflits se trouve compliqué, ce qui diminue la certitude quant au rang de priorité des créanciers garantis et réduit donc l'efficacité du système.

5. Cession de rang

35. Dans la plupart des pays, un créancier garanti peut à tout moment renoncer, unilatéralement ou conventionnellement, à sa sûreté réelle mobilière en faveur du droit d'un réclamant concurrent existant ou futur. Par exemple, le prêteur A titulaire d'une sûreté sur tous les biens existants et à venir d'un constituant pourrait autoriser le constituant à donner au prêteur B une sûreté de premier rang sur un bien particulier afin de pouvoir obtenir de ce dernier des moyens de financement supplémentaires sur la base de la valeur du bien. La reconnaissance de la validité de la subordination de sûretés correspond à une politique bien établie (voir, par exemple, l'article 25 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances).

36. Toutefois, la subordination ne peut avoir d'incidence sur les droits d'un réclamant concurrent sans son accord. Ainsi, par exemple, un accord de cession de rang ne peut avoir d'incidences négatives sur la priorité d'un créancier garanti qui n'est pas partie à cet accord (voir A/CN.9/631, recommandation 77). Selon cette règle, il est essentiel que la priorité reconnue dans un accord de subordination continue à s'appliquer en cas d'insolvabilité du constituant. En fait, dans certains pays, il peut être nécessaire qu'une telle disposition figure dans la législation sur l'insolvabilité pour que les tribunaux puissent faire exécuter l'accord de subordination et pour que les représentants de l'insolvabilité puissent trancher les conflits de priorité entre parties à de tels accords sans s'exposer à une responsabilité civile (voir chap. XI, Insolvabilité, par. [...] et A/CN.9/631, recommandation 181).

37. La subordination de sûretés et d'autres droits réels sur des biens grevés ne signifie pas subordination des paiements avant défaillance, question qui relève du droit des contrats. Généralement, avant la défaillance et tant que le constituant paie les intérêts de l'emprunt ou de tout crédit reçu, le créancier garanti n'a pas le droit de réaliser sa sûreté et la priorité ne pose pas de problème. Ainsi, en l'absence d'accord contraire, il n'est pas interdit à un constituant de faire des paiements au titre des obligations garanties par des sûretés subordonnées (en ce qui concerne la priorité au cas où un réclamant subordonné reçoit le produit du recouvrement, de la vente ou autre disposition d'une créance grevée, voir chap. X, Droits après défaillance, par. [...]).

6. Priorité entre des sûretés sur les mêmes biens grevés

38. L'un des piliers d'un régime efficace sur les opérations garanties est la manière dont il résout les conflits de priorité entre des sûretés concurrentes sur les mêmes biens grevés. Il peut s'agir de sûretés rendues opposables par inscription, de sûretés rendues opposables par une autre méthode, ou d'une combinaison des unes et des autres.

39. Dans de nombreux systèmes juridiques ayant un registre général des sûretés, la priorité entre sûretés rendues opposables par inscription, sous réserve d'exceptions limitées (voir par. 45 ci-dessous), est déterminée en fonction de l'ordre d'inscription, quel que soit l'ordre de leur constitution, même si une ou plusieurs conditions requises pour la constitution d'une sûreté n'étaient pas remplies à ce moment-là (voir A/CN.9/631, recommandation 78, alinéa a)).

40. Cette approche peut être illustrée par les exemples suivants. Un constituant demande au créancier garanti 1 un prêt qui sera garanti par une sûreté réelle mobilière sur l'ensemble du matériel existant et futur du constituant (une sûreté réelle mobilière pouvant être rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés). Le jour 1, le créancier garanti 1 fait une recherche dans le registre, qui confirme qu'aucun autre avis n'a été inscrit concernant les sûretés d'autres créanciers sur le matériel du constituant. Le jour 2, il conclut une convention constitutive de sûreté avec le constituant, dans laquelle il s'engage à accorder le prêt garanti demandé. Le jour 3, il inscrit l'avis concernant cette sûreté dans le registre général des sûretés mais n'accorde le prêt au constituant que le jour 5. Ainsi, la sûreté réelle mobilière du créancier garanti 1 a été constituée et est devenue opposable le jour 5 (c'est-à-dire lorsque toutes les conditions de constitution et d'opposabilité ont été remplies). Toutefois, le jour 3, le constituant conclut une convention constitutive de sûreté avec le créancier garanti 2, prévoyant l'octroi d'un prêt devant être garanti par une sûreté réelle mobilière sur le matériel existant et futur du constituant, et le même jour, le créancier garanti 2 inscrit un avis concernant cette sûreté dans le registre général des sûretés et accorde le prêt au constituant. La sûreté réelle mobilière du créancier garanti 2 a donc été constituée et rendue opposable le jour 3. Selon l'approche du rang de priorité en fonction de l'ordre d'inscription décrite ci-dessus, la sûreté du créancier garanti 1 aurait priorité sur celle du créancier garanti 2, indépendamment du fait que la sûreté de ce dernier a été constituée et rendue opposable avant celle du premier.

41. Les principales justifications de cette approche sont les suivantes: a) encourager l'inscription anticipée (qui informe les tiers); et b) sécuriser les créanciers garantis en leur permettant de déterminer la priorité de leurs sûretés avant d'accorder un crédit. Dans l'exemple ci-dessus, si le créancier garanti 1 fait une recherche dans le registre le jour 2, après avoir inscrit son avis et constaté qu'il n'y en a pas d'autres concernant le bien grevé en question, il peut accorder son prêt le jour 5 en sachant avec certitude que sa sûreté aura priorité sur toute autre sûreté que le constituant pourra créer sur le bien grevé dans l'avenir, car la priorité de sa sûreté remonte au moment de l'inscription. En lui permettant d'atteindre ce degré de certitude, l'approche de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription peut être un facteur important de promotion du crédit garanti.

42. Cette certitude n'existerait pas dans une autre approche, adoptée dans certains pays, selon laquelle la priorité est accordée à la première sûreté réelle mobilière rendue opposable, car il y aurait toujours un risque qu'une autre sûreté puisse devenir opposable, et donc prioritaire, après que le créancier garanti 1 a conduit sa recherche dans le fichier mais avant qu'il accorde le prêt. Ce risque existerait quelle que soit la durée du délai.

43. En cas de conflit de priorité entre sûretés rendues opposables par des méthodes autres que l'inscription, la priorité est normalement accordée à celle qui a été rendue la première opposable (voir A/CN.9/631, recommandation 78, alinéa b)). Cette règle

s'appliquerait par exemple lorsqu'une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé particulier a été rendue opposable par prise de possession et qu'une autre sûreté sur le même bien a été rendue opposable automatiquement dès sa constitution. Dans le cas de sûretés assurant l'opposabilité par prise de possession, il n'y a pas besoin d'une règle pour établir l'ordre de priorité en fonction de la prise de possession, analogue à celle qui existe pour l'ordre de priorité en fonction de l'inscription, puisqu'un créancier garanti obtiendrait généralement la possession du bien grevé au moment où il accorde le crédit. En tout état de cause, une telle règle ne serait pas nécessaire pour les sûretés sur des instruments négociables ou des documents négociables, si leur possession donnait un droit supérieur à celui accordé par l'inscription (voir A/CN.9/631, recommandations 99 et 107).

44. Dans le cas de conflits de priorité entre des sûretés réelles mobilières rendues opposables par inscription et des sûretés réelles mobilières rendues opposables par d'autres méthodes, la priorité est accordée à la première sûreté inscrite ou rendue opposable, selon ce qui intervient en premier (voir A/CN.9/631, recommandation 78, alinéa c)). Cette règle représente un prolongement logique de la règle du premier inscrit, le registre permettant aux créanciers garantis d'avoir un haut degré de certitude concernant la priorité de leurs sûretés. La règle encourage également l'utilisation du registre pour rendre les sûretés opposables.

45. Comme il est indiqué plus haut (voir par. 39), les règles de priorité examinées ici connaissent des exceptions limitées, qui correspondent à des règles de priorité spéciales pour certains types d'opérations ou de biens grevés, fondées sur des considérations de principe ou pratiques spéciales concernant ces opérations ou ces biens. Les types d'opérations ou des biens en question sont les suivants: a) sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition (approche unitaire) ou droit lié au financement d'une acquisition (approche non unitaire) (voir A/CN.9/631, recommandations 189 à 195, 198 et 199, dans le chap. XII, Droits liés au financement d'une acquisition sect. A et B respectivement); b) cas où une sûreté réelle mobilière est rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé (comme c'est souvent le cas pour les navires ou les aéronefs) ou par annotation sur un certificat de propriété (comme c'est souvent le cas pour les véhicules automobiles) (voir A/CN.9/631, recommandations 83 et 84); c) cas où l'opposabilité des sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou sur le produit d'un engagement de garantie indépendant peut être assurée par prise de contrôle (voir A/CN.9/631, recommandations 101 et 105); d) cas où l'opposabilité de sûretés réelles mobilières grevant des instruments négociables ou documents négociables peut être assurée par prise de possession (voir A/CN.9/631, recommandations 99 et 107); e) cas de sûretés réelles mobilières grevant des biens rattachés (voir A/CN.9/631, recommandations 93-95); et f) situations où des sûretés réelles mobilières grèvent des masses de biens meubles corporels et des produits finis (voir A/CN.9/631, recommandations 96-98).

7. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir

46. Comme il est indiqué de façon plus détaillée au chapitre IV, Constitution d'une sûreté réelle mobilière (voir par. [...]), une sûreté peut, dans certains systèmes juridiques, être créée sur des biens que le constituant pourra acquérir à l'avenir ("biens à acquérir"). Il l'obtiendra alors automatiquement au moment où il acquerra les biens en question, sans avoir à prendre des mesures supplémentaires. Les coûts

liés à la constitution de la sûreté sont ainsi réduits au minimum et les attentes des parties sont satisfaites. Cette pratique est particulièrement importante pour les stocks, qui sont acquis en permanence pour être revendus, pour les créances, qui sont recouvrées et naissent en permanence (voir chap. II, Champ d'application et autres règles générales, sect. F, Exemples de pratiques de financement visées, par [...] et, dans une moindre mesure, pour le matériel qui est remplacé périodiquement dans le cours normal des affaires du constituant.

47. La reconnaissance de la constitution automatique d'une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir sans nécessiter de mesures supplémentaires au moment où les biens sont créés soulève la question de savoir si la priorité doit être fonction de la date à laquelle la sûreté réelle mobilière est inscrite pour la première fois ou devient opposable ou de la date d'acquisition des biens par le constituant. Cette question est réglée différemment selon les systèmes juridiques. Certains adoptent une solution différente selon la nature du créancier réclamant un droit de préférence (la date d'inscription ou d'opposabilité étant retenue pour le classement par rapport aux autres créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle, et la date d'acquisition des biens par le constituant pour le classement par rapport à tous les autres créanciers). Il est généralement admis que le moyen le plus efficace de promouvoir l'offre de crédit garanti est de retenir, pour déterminer le rang de priorité, la date d'inscription ou d'opposabilité plutôt que celle à laquelle le constituant acquiert des droits sur les biens (voir, par exemple, art. 8, par. 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances). Ainsi, les régimes efficaces en matière d'opérations garanties précisent qu'une sûreté sur des biens que le constituant acquerra dans l'avenir a le même rang de priorité qu'une sûreté sur des biens qu'il détient ou qui existent au moment où la sûreté est initialement inscrite ou rendue opposable aux tiers (voir A.CN.9/631, recommandation 79).

8. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

48. Si un créancier détient une sûreté sur le produit (pour la définition de "produit", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par [...]) la question est de savoir quel sera le rang de cette sûreté par rapport à celles d'autres réclamants concurrents. Peuvent figurer parmi ces derniers, entre autres, un autre créancier du constituant titulaire d'une sûreté sur le produit et un créancier du constituant qui a obtenu une sûreté judiciaire sur le produit ou la saisie de ce dernier.

49. Un bien constituant un produit pour un créancier garanti peut constituer un bien initialement grevé pour un autre créancier garanti. Par exemple, le créancier A peut détenir une sûreté sur l'ensemble des créances du constituant au titre de sa sûreté sur la totalité de ses stocks existants et futurs et sur le produit résultant de leur vente ou de leur disposition d'une autre manière, et le créancier B peut détenir une sûreté sur la totalité des créances existantes et futures du constituant à titre de garantie initiale. Si, par la suite, le constituant vend à crédit les stocks sur lesquels le créancier A détient une sûreté, les deux créanciers ont une sûreté sur la créance née de la vente: le créancier A sur la créance en tant que produit des stocks grevés et le créancier B sur la créance en tant que bien initialement grevé.

50. Ces règles peuvent varier selon la nature du réclamant concurrent. Lorsque celui-ci est un autre créancier garanti, les règles de priorité relatives au produit du bien initialement grevé peuvent se déduire de celles qui s'appliquent aux droits sur

les biens initialement grevés. Dans un système juridique où, pour un bien donné, c'est la première sûreté ayant fait l'objet d'une inscription qui prime les sûretés d'un réclamateur concurrent, on pourrait appliquer la même règle pour déterminer la priorité lorsque le bien initialement grevé a été transféré et que le créancier garanti se prévaut d'une sûreté sur le produit. Si la sûreté sur le bien initialement grevé a fait l'objet d'une inscription avant la sûreté du réclamateur concurrent sur le produit, c'est elle qui pourrait avoir la priorité. (voir A/CN.9/631, recommandation 80).

51. Dans les cas où l'ordre de priorité de sûretés concurrentes sur le bien initialement grevé n'est pas déterminé par l'ordre d'inscription (par exemple lorsque les droits liés au financement d'une acquisition bénéficient d'un superprivilège,) il faudra déterminer séparément la règle de priorité devant s'appliquer au produit (voir chap. XII, Droits liés au financement d'une acquisition, par. [...]).

9. Maintien de la priorité

52. Dans les pays où l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière peut être établie par plusieurs méthodes (par exemple, automatiquement, par inscription, par prise de possession ou par prise de contrôle), la question se pose de savoir si un créancier garanti ayant au départ établi la priorité de sa sûreté réelle mobilière par une méthode devrait être autorisé à changer de méthode sans perdre son rang de priorité initial. En principe, il n'y a pas de raison que, dans ce cas, une sûreté réelle mobilière perde son rang de priorité, à condition qu'elle ne soit inopposable à aucun moment par une méthode ou une autre.

53. Par exemple, si une sûreté sur un bien est rendue opposable par l'inscription et que le créancier garanti obtient ensuite la possession du bien alors que l'inscription est encore efficace, la sûreté reste opposable et la priorité remonte à la date de l'inscription. En revanche, si le créancier garanti obtient la possession du bien après l'inscription alors que celle-ci est devenue caduque parce que le délai a expiré ou pour une autre raison, la priorité de la sûreté remonte à la date de l'obtention de la possession (voir A/CN.9/631, recommandations 81 et 82; voir aussi les recommandations 47 et 48, qui énoncent que l'opposabilité est continue et si elle s'interrompt, elle remonte au moment où elle a été rétablie).

10. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété

54. Dans de nombreux pays, une sûreté réelle mobilière ou un autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou preneur à bail d'un bien grevé) peut être inscrit dans le registre général des sûretés ou dans un registre spécialisé, ou peut être annotée sur un certificat de propriété (voir A/CN.9/631, recommandation 39). La question dans ce cas est de savoir quel droit est prioritaire, entre la sûreté inscrite dans le registre général des sûretés, celle inscrite dans un registre spécialisé ou celle annotée sur un certificat de propriété.

55. Dans de nombreux pays, une sûreté réelle mobilière ou un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété a la priorité sur une sûreté inscrite dans un registre général (voir A/CN.9/631, recommandation 83). La raison de cette approche est de permettre aux registres spécialisés d'atteindre efficacement leur objectif principal qui est de protéger les acheteurs des biens soumis à inscription sur un registre spécialisé. Selon cette règle, les acheteurs de ces

biens peuvent avoir entièrement confiance en l'exhaustivité des enregistrements dans le système lorsqu'ils évaluent la qualité de la propriété qu'ils acquièrent.

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

a) Remarques générales

56. Lorsqu'un constituant vend des biens déjà grevés de sûretés, l'acheteur, le preneur à bail ou le titulaire de licence souhaite recevoir les biens libres de toute sûreté, tandis que le créancier garanti existant est soucieux de conserver sa sûreté sur les biens vendus (sous réserve de certaines exceptions; voir par. 59 ci-dessous). Il importe d'avoir des règles de priorité conciliant les intérêts des deux parties et de trouver un équilibre approprié. Si les droits d'un créancier garanti sur des biens particuliers sont menacés chaque fois que le constituant vend des biens grevés, la valeur de ces biens en tant que sûreté serait considérablement réduite et l'obtention de crédits garantis sur cette valeur serait compromise.

57. Le principe général est qu'un acheteur ou autre bénéficiaire du transfert prend un bien grevé sur lequel porte une sûreté réelle mobilière et les droits d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence sont limités par une sûreté réelle mobilière (droit de suite; voir chap. V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]; voir aussi A/CN.9/631, recommandations 32 et 85). En d'autres termes, le créancier garanti peut suivre le bien entre les mains d'un acheteur ou autre bénéficiaire du transfert, preneur à bail ou titulaire de licence. Les exceptions à ce principe général pour chacun de ces trois types d'opérations sont examinées ci-dessous).

b) Droit des acheteurs

58. Comme il a déjà été mentionné (voir chap.V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]; et chap. IV, Constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]), lorsqu'un bien grevé est vendu, le créancier garanti conserve sa sûreté sur le bien initialement grevé et obtient en outre une sûreté réelle mobilière sur le produit de la vente. Dans ce cas, la question se pose de savoir si la sûreté sur le produit doit remplacer la sûreté sur le bien grevé. On fait parfois valoir qu'elle le devrait, selon le principe que le créancier garanti n'est pas lésé par la vente des biens libérés de sa sûreté à condition qu'il conserve une sûreté sur le produit de la vente. Toutefois, celle-ci ne le protégera pas nécessairement car le produit n'a souvent pas la même valeur pour lui que les biens initialement grevés. Dans de nombreux cas, le produit a peu de valeur, voire n'en a pas du tout, en tant que sûreté (par exemple, une créance qui ne peut être recouvrée). Dans d'autres cas, le créancier pourrait avoir des difficultés à identifier le produit et son droit sur ce dernier risque alors d'être illusoire. En outre, le produit, même s'il a de la valeur pour le créancier garanti, risque d'être dilapidé par le vendeur qui le reçoit, laissant le créancier démuné. Les systèmes juridiques ont adopté différentes règles pour concilier les intérêts des créanciers garantis et ceux des personnes achetant des biens grevés aux constituants non dépossédés. La position adoptée dans le Guide est que le créancier garanti devrait conserver sa sûreté sur le bien initialement grevé ainsi qu'une sûreté sur le produit de sa vente ou autre acte de disposition (voir A/CN.9/631, recommandations 18, 32, 40, 41 et 85). En tout état de cause, le créancier garanti ne peut recevoir plus que ce à quoi il a droit.

59. Toutefois, la plupart des États – et le Guide fait de même – admettent deux exceptions au principe général selon lequel une sûreté continue de grever le bien après son transfert. La première a trait aux situations où le créancier garanti autorise expressément la vente (voir A/CN.9/631, recommandation 86). Un créancier garanti peut autoriser cette vente, par exemple, parce que le produit est suffisant pour garantir le paiement de l'obligation garantie ou que le constituant offre d'autres biens en garantie. La deuxième exception a trait aux situations où l'on déduit l'autorisation du créancier garanti parce que les biens grevés sont de telle nature que la partie garantie s'attend qu'ils soient vendus libres de la sûreté, ou lorsqu'il est dans l'intérêt du créancier garanti qu'ils le soient (voir A/CN.9/631, recommandation 87). Les États ont formulé cette deuxième exception de diverses manières, comme il est indiqué dans les paragraphes ci-après.

i) Approche fondée sur le cours normal des affaires

60. Une approche adoptée dans de nombreux systèmes prévoit que la vente par le constituant de biens grevés constitués de stocks dans le cours normal de ses affaires entraînera l'extinction automatique de toutes les sûretés que le créancier garanti détient sur lesdits biens, sans qu'aucune autre action de la part de l'acheteur, du vendeur ou du créancier garanti ne soit nécessaire. En revanche, lorsqu'une vente de stocks a lieu en dehors du cours normal des affaires du constituant ou lorsqu'elle porte sur un bien autre que des stocks, l'exception ne s'appliquera pas; cette vente n'éteint pas les sûretés et le créancier garanti peut en cas de défaillance de ce dernier réaliser sa sûreté sur les biens grevés qui se trouvent entre les mains de l'acheteur (à moins, bien sûr, qu'il n'ait consenti à la vente). Lorsque la convention constitutive de sûreté en dispose ainsi, la vente elle-même peut constituer une défaillance donnant au créancier garanti le droit de réaliser ses sûretés; dans le cas contraire, il ne peut le faire tant qu'il n'y a pas eu de défaillance (voir A/CN.9/631, recommandation 87, alinéa a)).

61. Selon cette approche, deux conditions doivent être remplies pour que le bien grevé soit vendu libre de la sûreté. La première est que le vendeur soit un professionnel vendant des biens du même genre. Autrement dit, le bien grevé ne peut être un bien que le vendeur ne vend pas habituellement. De plus, la vente ne peut être conclue d'une autre manière que la manière habituelle (par exemple, une vente par le vendeur en dehors de ses circuits de distribution traditionnels, ce qui serait le cas s'il ne vendait normalement qu'à des détaillants et que la vente en question s'adressait à un grossiste). La deuxième condition est que l'acheteur doit ignorer que la vente viole les droits d'un créancier garanti découlant d'une convention constitutive de sûreté (pour une règle d'interprétation concernant la "connaissance", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Ce serait le cas par exemple si l'acheteur savait que la vente était interdite par les conditions de la convention constitutive de sûreté. D'un autre côté, la simple connaissance par l'acheteur du fait que le bien était grevé d'une sûreté serait insuffisante. Cette approche présente l'avantage de correspondre aux attentes commerciales voulant que le constituant vende ses stocks de marchandises (et qu'il doit effectivement vendre pour rester financièrement viable), et que les acheteurs des marchandises se les procurent libres de sûretés. Sans une telle exception au principe selon lequel la sûreté réelle mobilière est maintenue sur le bien entre les mains d'un acheteur, il serait très difficile pour un constituant de vendre des marchandises dans le cours normal de ses affaires car les acheteurs devraient faire

des recherches sur d'éventuelles revendications sur les marchandises avant de les acheter. Cela aboutirait à d'importants coûts d'opérations et entraverait fortement le cours normal des opérations.

62. Cette règle constitue sans doute un moyen simple et transparent de déterminer si les biens sont vendus libres de toute sûreté. Par exemple, la vente de matériel par un distributeur à un fabricant qui l'utilisera dans son usine est de toute évidence une vente de stocks dans le cours normal des affaires du vendeur et l'acheteur devrait automatiquement prendre le matériel libéré de toutes sûretés constituées en faveur des créanciers du vendeur. Ce résultat correspond aux attentes de toutes les parties, et l'acheteur et tout créancier garanti du vendeur s'attendent à ce que la vente ait lieu afin de procurer des recettes au vendeur. Par contre, la vente par ce dernier de plusieurs machines à la fois à un autre fabricant n'entrerait probablement pas dans le cours normal des affaires.

63. En ce qui concerne les ventes réalisées en dehors du cours normal des affaires du constituant, à condition que la sûreté du créancier soit soumise à inscription dans un registre général de sûretés, l'acheteur peut se protéger en faisant une recherche dans ledit registre pour déterminer si le bien qu'il achète est grevé et, dans l'affirmative, essayer d'obtenir du créancier garanti la mainlevée de la sûreté.

64. Dans certains pays, les acheteurs de biens grevés sont autorisés à prendre les biens libres de la sûreté, même lorsque l'opération est réalisée en dehors du cours normal des affaires du vendeur, si les biens correspondent à du matériel bon marché, pour la raison que, dans ces pays, la loi sur les opérations garanties n'autorise pas l'inscription d'une sûreté sur des articles bon marché ou bien parce que le coût de l'inscription est élevé par rapport à celui du bien, et il serait injuste de l'imposer à l'acheteur de l'article. En revanche, on peut faire valoir que si un article est vraiment bon marché, il est peu probable qu'un créancier garanti réalise sa sûreté contre le bien qui est entre les mains de l'acquéreur. En outre, le fait de déterminer quels articles sont suffisamment bon marché pour être ainsi exemptés conduirait à fixer des limites arbitraires et supposerait des révisions permanentes pour tenir compte des fluctuations de coût dues à l'inflation et à d'autres facteurs.

65. Dans certains pays qui ont un système d'inscription dans lequel on ne peut faire des recherches que d'après le nom du constituant, et non la désignation des biens grevés, un acquéreur qui achète les biens à un vendeur qui les a lui-même déjà achetés au constituant (un "acheteur éloigné") obtient les biens libres des sûretés consenties par le constituant. Cette règle se justifie par le fait qu'il serait difficile pour un acheteur éloigné de découvrir l'existence d'une sûreté consentie par un précédent propriétaire des biens grevés. Dans de nombreux cas, les acheteurs éloignés ignorent que le bien avait un propriétaire antérieur et, de ce fait, n'ont pas de raison de faire des recherches sur lui. Le problème, avec cette approche, est qu'elle compromet la fiabilité d'une sûreté réelle mobilière donnée par un vendeur, car il existe la possibilité que le bien soit vendu, à l'insu du créancier garanti, à un acheteur éloigné, soit de bonne foi, soit avec l'intention délibérée de retirer la sûreté. Toutefois, cet inconvénient est compensé par la politique en faveur de la protection des acheteurs. Pour cette raison, le Guide recommande que, si un acheteur de biens meubles corporels acquiert ces biens libres de la sûreté consentie par le vendeur, un acheteur éloigné les acquerra également libres de la sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 88).

66. Un inconvénient de la règle fondée sur le cours normal des affaires est qu'un acheteur ne saura peut-être pas toujours avec certitude (en particulier dans le commerce international) quelles activités pourraient s'inscrire dans le cours normal des affaires du vendeur. Un autre inconvénient éventuel serait que, si cette règle était appliquée uniquement aux ventes de stocks à l'exclusion d'autres biens, l'acheteur risquerait de ne pas savoir exactement si les biens qu'il acquiert sont considérés comme des stocks par le vendeur. Toutefois, il est à noter que, dans une relation acheteur-vendeur normale, les acheteurs sauront très probablement à quel type d'activité se livre le vendeur, et la règle fondée sur le cours normal des affaires serait alors celle qui correspond aux attentes des parties. Par conséquent, le nombre de cas où une telle confusion existe sont rares dans la pratique. Tout compte fait, les avantages de la règle fondée sur le cours normal des affaires l'emportent sur ses inconvénients. Cette règle facilite le commerce et permet aux créanciers garantis et aux acheteurs de protéger de manière efficace et économique leurs intérêts sans compromettre la promotion du crédit garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 87, alinéa a)).

ii) *Autres règles*

67. De nombreux États ont adopté une approche différente pour déterminer si un acheteur de biens grevés devient propriétaire des biens libres de la sûreté constituée par le vendeur. Dans ces États, un acheteur obtient les biens libres de toute sûreté s'il les achète "de bonne foi" (autrement dit s'il n'a pas ou n'est pas censé avoir connaissance de l'existence des sûretés) et sans se préoccuper de savoir si la vente a été réalisée dans le cours normal des affaires du vendeur. On justifie cette règle notamment par le fait que la notion de "bonne foi" est connue de tous les systèmes juridiques et qu'elle a déjà été très souvent appliquée aux niveaux tant national qu'international. On fait également valoir qu'un acheteur devrait être présumé agir de bonne foi sauf preuve contraire. Toutefois, le problème, avec cette approche, est qu'elle se concentre sur un critère subjectif relatif à la disposition de l'acheteur (qui pose également des problèmes en matière de preuve) et non sur les attentes commerciales des parties concernées.

c) **Droits des preneurs à bail**

68. Des conflits de priorité naissent parfois entre le titulaire d'une sûreté sur un bien consentie par le propriétaire/bailleur du bien et qui est opposable et un preneur de ce bien. Dans ce contexte, la question n'est pas tant de savoir si le preneur à bail prend effectivement le bien libre de la sûreté dans le sens où celle-ci est interrompue, mais plutôt si la sûreté est sans incidence sur le droit du preneur à bail d'utiliser le bien loué selon les conditions énoncées dans le bail. Il s'agit donc surtout de déterminer si le détenteur d'une telle sûreté l'a réalisée, si le preneur pourrait néanmoins continuer d'utiliser le bien tant qu'il paie le loyer et respecte les conditions du bail. Le principe général examiné ci-dessus (voir par. 58) s'applique également ici. Le bien est, en principe, grevé de la sûreté réelle mobilière et le créancier garanti peut ainsi réaliser sa sûreté en cas de défaillance du constituant, même si cela a pour effet d'interrompre l'utilisation prévue par le bail du bien par le preneur.

69. Comme dans le cas d'acheteurs de biens meubles corporels grevés d'une sûreté antérieure, de nombreux pays admettent deux exceptions à ce principe

général. Aucune de ces deux exceptions n'a pour effet d'éteindre la sûreté. Toutefois, pendant la durée du bail, le droit du créancier garanti est limité à celui du bailleur sur le bien et le preneur peut continuer à utiliser le bien de manière ininterrompue conformément aux conditions du bail.

70. La première exception correspond au cas où le créancier garanti a autorisé le constituant à conclure le bail sur lequel la sûreté n'a aucune incidence (voir A/CN.9/631, recommandation 86, alinéa b), sous-alinéa i).

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire relatif à la question traitée dans la recommandation 86, alinéa b), ii) sera ajouté si elle décide que cet alinéa devrait être maintenu (voir A/CN.9/631, recommandation 86, alinéa b) ii), note.]

71. La deuxième exception concerne les situations dans lesquelles le bailleur du bien est un professionnel louant des biens meubles corporels du même genre, le bail est conclu dans le cours normal des affaires du bailleur sans que le preneur ait connaissance du fait que le bail violait les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 87, alinéa b)). Il y aurait connaissance de la part du preneur si, par exemple, il savait que la convention constitutive de sûreté portant création de cette sûreté interdisait expressément au constituant de donner le bien à bail. En revanche, la simple connaissance de l'existence de la sûreté, attestée par un avis inscrit dans le système d'inscription des sûretés, ne serait pas suffisante pour empêcher le bailleur d'exercer ses droits. Cette exception est fondée sur des considérations de principe similaires à celles liées à l'exception analogue pour les ventes de biens dans le cours normal des affaires du vendeur (voir par. 66 ci-dessus).

72. Un régime efficace en matière d'opérations garanties doit aussi traiter de la question de la sous-location. Lorsqu'une sûreté réelle mobilière sur les biens accordée par le bailleur est réputée n'avoir aucune incidence sur les droits d'un preneur à bail de biens meubles corporels, on considère généralement qu'il est approprié qu'elle n'ait aucune incidence non plus sur les droits d'un sous-locataire (voir A/CN.9/631, recommandation 88).

d) Droits des titulaires de licence

73. Les questions exprimées ci-dessus se posent également dans le contexte de la mise sous licence de biens meubles incorporels grevés d'une sûreté réelle mobilière constituée par le donneur de licence, et le principe général applicable aux ventes et aux locations de biens meubles corporels s'applique aussi aux licences sur ce type de biens (voir A/CN.9/631, recommandation 85). Ainsi, si une sûreté sur un bien meuble incorporel est opposable, elle se maintiendra sur les biens aux mains du titulaire de la licence à moins que l'une des exceptions mentionnées ci-dessous ne s'applique (voir A/CN.9/631, recommandations 86 et 87).

74. La première exception concerne la situation où le créancier garanti a autorisé la licence (voir A/CN.9/631, recommandation 86, alinéa b) i)). Comme pour les ventes et les locations de biens meubles corporels, on estime généralement qu'il est injuste de pénaliser un titulaire de licence si le créancier garanti a consenti à la mise sous licence.

75. La deuxième exception (également analogue à des exceptions similaires concernant les ventes et les locations de biens meubles corporels) concerne la situation où il y a octroi d'une licence non exclusive sur des biens meubles incorporels, où le donneur de licence est un professionnel de la mise sous licence non exclusive de tels biens, où le bail est conclu dans le cours normal des affaires du donneur de licence et où le titulaire de la licence ignore que la licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 87, alinéa c)). Comme pour les ventes et les locations de biens meubles corporels, on admet généralement qu'il y aurait connaissance de la part du titulaire de la licence si, par exemple, il savait que la convention constitutive de sûreté portant création de cette sûreté interdisait expressément au constituant d'accorder une licence sur ces biens. En revanche, la simple connaissance de l'existence de la sûreté, attestée par un avis inscrit dans le système d'inscription des sûretés, ne serait pas suffisante pour empêcher le titulaire de la licence d'exercer ses droits.

76. Il est important de noter que cette seconde exception ne concerne que les licences non exclusives sur des biens meubles incorporels et ne s'applique pas aux licences exclusives. Lorsqu'un constituant est un professionnel mettant sous licence des biens meubles incorporels, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les biens d'une manière générale s'attendra normalement à ce que son constituant octroie des licences non exclusives sur les biens afin de générer des recettes. En outre, il n'est pas raisonnable d'escompter que le titulaire d'une licence non exclusive fasse une recherche dans le registre général des sûretés pour savoir si des sûretés grèvent les biens mis sous licence. En revanche, une licence exclusive sur des biens meubles incorporels qui confère à son titulaire le droit exclusif d'utiliser les biens dans le monde entier, ou même sur un territoire spécifique, est généralement une opération négociée qui sort du cours normal des affaires du donneur de licence. Dans ce cas, il est raisonnable d'attendre du titulaire qu'il effectue une recherche dans le registre général des sûretés pour déterminer si les biens mis sous licence sont grevés d'une sûreté constituée par le donneur et qu'il obtienne une renonciation à la priorité appropriée.

77. Enfin, comme dans le cas des ventes et des locations de biens meubles corporels, un régime des opérations garanties doit traiter des sous-preneurs de licence. Et, comme dans le cas des ventes et des locations, il y a de solides arguments pour que, dans les situations où la loi considère qu'une sûreté réelle mobilière constituée par le donneur de licence initial n'a aucune incidence sur la licence elle-même, elle n'est aucune incidence non plus sur le sous-preneur (voir A/CN.9/631, recommandation 88).

e) Droits des donataires

78. La position de celui qui reçoit un bien grevé à titre de donation ("donataire") est quelque peu différente de celle d'un acheteur ou du bénéficiaire d'un transfert à titre onéreux. Comme le donataire n'a pas déboursé d'argent, il n'a pas de preuve objective pour invoquer la confiance légitime dans la propriété apparemment non grevée du constituant. Aussi, dans un conflit de priorité entre le donataire d'un bien et le détenteur d'une sûreté constituée par le donateur sur ce bien, il existe un argument solide en faveur de l'octroi de la priorité au créancier garanti, même dans les cas où la sûreté n'était pas par ailleurs opposable. En conséquence, la règle

générale veut qu'une sûreté suive le bien entre les mains du bénéficiaire du transfert (voir A/CN.9/631, recommandation 85) et les seules exceptions admises concernent les bénéficiaires d'un transfert à titre onéreux, comme les acheteurs, les preneurs à bail ou les titulaires de licence (voir A/CN.9/631, recommandations 86 à 88).

12. Priorité des créances privilégiées

79. De nombreux systèmes juridiques, dans le souci d'atteindre un objectif social général (par exemple, la protection des recettes fiscales ou des salaires), donnent la priorité à certaines créances non garanties (dans le cadre, voire en dehors, d'une procédure d'insolvabilité) sur d'autres créances non garanties et, dans certains cas, sur des créances garanties (y compris des créances garanties antérieurement inscrites). Par exemple, pour protéger les créances salariales (salaires non versés) et fiscales (impôts non acquittés), certains systèmes juridiques leur donnent la priorité sur des sûretés qui existaient antérieurement. Les objectifs sociaux différant selon les pays, la nature précise des créances protégées (par exemple créances salariales ou d'un autre type) et la mesure dans laquelle la priorité leur est attribuée, diffèrent également.

80. L'avantage de privilégier certaines créances est la possibilité de poursuivre un objectif social. L'inconvénient éventuel est que ces types de privilèges peuvent proliférer au point d'entamer la certitude des créanciers existants et potentiels et de faire ainsi obstacle à l'offre de crédit garanti. En outre, même si un créancier existant ou potentiel peut en déterminer l'existence avec certitude, ces créances privilégiées (qu'elles naissent dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité) auront des effets négatifs sur l'offre de crédit garanti et le coût du crédit. La raison en est que ces créances réduisant la valeur économique d'un bien pour les créanciers garantis, ceux-ci répercuteront généralement le fardeau économique qu'elles représentent sur le constituant en relevant les taux d'intérêt ou en déduisant leur montant estimé du crédit octroyé.

81. Pour éviter de décourager le crédit garanti, dont l'offre est également un objectif social, il faudrait soigneusement peser les divers objectifs sociaux avant de décider de privilégier telle ou telle créance. La tendance des législations modernes en matière de créances privilégiées est de les limiter et de ne les autoriser que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen efficace d'atteindre l'objectif social poursuivi et que le système juridique a déterminé que leur impact sur l'offre de crédit garanti est acceptable. Par exemple, certains systèmes juridiques protègent les recettes fiscales en incitant les dirigeants d'entreprise à régler rapidement leurs problèmes financiers sous peine d'être tenus personnellement responsables, et les créances salariales grâce à un fond public.

82. S'il existe des créances privilégiées, les lois qui en portent création devraient être suffisamment claires et transparentes pour qu'un créancier puisse en calculer par avance le montant potentiel et se protéger. Dans certains systèmes juridiques, cette clarté et cette transparence sont assurées par l'énumération de toutes les créances privilégiées dans une loi ou en annexe à la loi. D'autres systèmes exigent, à cette fin, que les créances privilégiées soient inscrites sur un registre public et ne leur accordent la priorité que sur les sûretés inscrites ultérieurement. Dans ces systèmes, la priorité est donnée aux sûretés qui sont inscrites avant les créances privilégiées dans la mesure où elles garantissent des obligations qui existent à la date où la créance privilégiée est inscrite ou qui naissent par la suite dans un délai

spécifié, par exemple 45 à 60 jours après l'inscription des créances privilégiées, si les sûretés préexistantes garantissent l'engagement de fournir des avances futures. Toutefois, cette obligation d'inscription présente un inconvénient pour certaines créances privilégiées qui naissent immédiatement avant une procédure d'insolvabilité: il risque en effet d'être difficile d'en calculer le montant ou de les inscrire dans les délais. Le Guide cherche à établir un équilibre pour les créances privilégiées en recommandant non leur inscription, mais que la loi limite leur nombre et leur montant et que, dans la mesure où de telles créances existent, elles soient décrites dans la loi de manière claire et précise (voir A/CN.9/631, recommandation 89). Les créanciers garantis futurs peuvent ainsi déterminer l'éventualité de telles créances pour décider d'octroyer ou non un crédit garanti.

13. Priorité des droits des créanciers judiciaires

83. Dans certains systèmes juridiques, une sûreté réelle mobilière qui est opposable prime les droits d'un créancier chirographaire, à moins que ce dernier n'ait obtenu une décision judiciaire concernant sa créance et pris les mesures prescrites par la loi pour faire exécuter la décision (telles que la saisie de certains biens ou l'enregistrement de la décision).

84. Les créanciers judiciaires se voient accorder cette priorité en reconnaissance des dispositions juridiques qu'ils ont prises pour recouvrer leurs créances, ce qui n'est pas injuste pour eux, car ils ont également le droit d'obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances mais n'ont pas pris le temps ni investi l'argent nécessaires à cette fin. Toutefois, pour ne pas donner un pouvoir excessif aux créanciers judiciaires dans les systèmes juridiques où un seul créancier peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les lois sur l'insolvabilité prévoient souvent que les sûretés créées par décision judiciaire obtenues pendant une période spécifiée antérieure à la procédure peuvent être annulées par le représentant de l'insolvabilité. Dans divers pays, le droit réel du créancier judiciaire s'éteint ou n'est pas reconnu dans la procédure d'insolvabilité du débiteur judiciaire.

85. Des régimes efficaces en matière d'opérations garanties règlent généralement ce type de conflit de priorité en cherchant soigneusement à établir un équilibre entre les intérêts du créancier judiciaire et ceux du créancier garanti. D'un côté, le créancier judiciaire a intérêt à savoir à un moment donné si la valeur non grevée des biens du constituant suffit pour faire exécuter le jugement. D'un autre côté, un argument solide en faveur de la protection des droits du créancier garanti est que ce dernier s'est expressément fondé sur sa sûreté pour octroyer le crédit.

86. De nombreux systèmes juridiques essaient d'atteindre cet équilibre en donnant la priorité à une sûreté réelle mobilière sur le droit réel d'un créancier judiciaire du moment qu'elle était opposable avant la naissance de ce droit réel (voir recommandation 90). Cette règle comporte une exception et deux limitations.

87. L'exception porte sur les droits liés au financement d'acquisitions sur des biens grevés autres que des stocks ou des biens de consommation. La priorité est accordée à ce type de droits même s'ils ne sont pas opposables au moment où le créancier judiciaire devient titulaire de droits sur les biens grevés, du moment que la sûreté est rendue opposable pendant le délai de grâce applicable prévu pour ces sûretés. La règle contraire créerait un risque inacceptable pour les fournisseurs de

financement d'acquisitions ayant déjà octroyé un crédit avant que le créancier judiciaire n'obtienne son droit réel, et découragerait ainsi le financement d'acquisitions (voir A/CN.9/631, recommandation 194).

88. Les limitations concernent le montant du crédit qui se voit accorder la priorité. La première tient à la nécessité de protéger les créanciers garantis existants en les empêchant d'accorder des avances supplémentaires en se fondant sur la valeur des biens soumis aux droits du créancier judiciaire. Il devrait y avoir un mécanisme pour notifier aux créanciers l'existence de ces droits. Dans de nombreux pays qui ont un système d'inscription, cela se fait en soumettant ces droits à ce système. En l'absence d'un tel système, ou si les droits du créancier judiciaire n'y sont pas soumis, on peut exiger de ce dernier qu'il notifie aux créanciers garantis l'existence de la décision judiciaire. De plus, la loi peut prévoir que le créancier garanti existant conserve sa priorité pendant un certain délai (peut-être 45 à 60 jours) après l'inscription du droit du créancier judiciaire (ou après réception de l'avis), de manière qu'il puisse prendre des mesures pour protéger ses droits en conséquence. Plus le temps dont dispose un créancier garanti pour réagir à l'existence des droits d'un créancier judiciaire est court et plus ces droits restent confidentiels, plus leur existence potentielle aura des répercussions néfastes sur l'offre et le coût des facilités de crédit qui permettent des avances futures.

89. Le Guide recommande que les créanciers garantis inscrits reçoivent notification et que la priorité de toute sûreté s'applique au crédit accordé par le créancier garanti pendant un certain nombre de jours (par exemple, 30 à 60) après réception de la notification de l'existence du droit du créancier judiciaire (voir A/CN.9/631, recommandation 90, alinéa a)). Bien que cette limitation oblige le créancier judiciaire à informer le créancier garanti de son droit, cette obligation n'est généralement pas trop lourde et dispense le créancier garanti de rechercher fréquemment des décisions judiciaires prononcées à l'encontre du constituant (ce qui serait une obligation bien plus lourde et coûteuse). L'existence du délai de grâce se justifie par le fait qu'il évite au créancier garanti bénéficiant d'un crédit permanent ou d'un autre mécanisme prévoyant l'octroi de crédits futurs d'avoir à interrompre immédiatement les prêts ou les autres crédits, ce qui pourrait mettre le constituant en difficulté ou même le contraindre à engager une procédure d'insolvabilité.

90. La deuxième limitation porte sur les avances futures. La priorité d'une sûreté réelle mobilière peut s'appliquer aux avances qui sont consenties même après que le créancier garanti a reçu notification des droits du créancier judiciaire à condition que l'avance ait fait l'objet, avant cet avis, d'un engagement irrévocable d'un montant déterminé ou pouvant être déterminé selon une formule spécifiée (voir A/CN.9/631, recommandation 90, alinéa b)). Une sûreté réelle mobilière garantissant un crédit n'ayant pas fait l'objet d'un engagement mais accordé avant que le créancier garanti reçoive notification des droits du créancier judiciaire n'est pas prioritaire au motif que le créancier judiciaire devrait être en mesure de déterminer à un moment donné si la valeur résiduelle du bien lui permettrait de faire exécuter le jugement.

91. La raison d'être de cette règle est qu'il serait injuste de priver un créancier garanti qui s'est irrévocablement engagé à accorder un crédit de la priorité qu'il escomptait en prenant son engagement. L'argument opposé est que, dans de nombreux mécanismes de crédit, l'existence d'une décision judiciaire constituerait

un cas de défaillance permettant au créancier garanti de cesser d'accorder des crédits supplémentaires. Ce résultat serait toutefois injuste pour le constituant car la perte soudaine de crédit pourrait fort bien l'obliger à engager une procédure d'insolvabilité. En recommandant cette règle, le Guide résout ce conflit de priorité dans le sens de la poursuite de l'octroi du crédit en vertu d'un mécanisme de crédit irrévocable pour permettre au constituant de rester en activité (ce qui pourrait offrir au constituant les meilleures chances de rembourser toutes ses obligations).

14. Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé

92. Dans certains systèmes juridiques, les créanciers qui ont fourni des services relatifs à des biens meubles corporels grevés ou qui les ont valorisés d'une manière ou d'une autre, par exemple en les entreposant, en les réparant ou en les transportant, obtiennent un droit réel sur ces biens pendant que ceux-ci sont en leur possession. Traiter les prestataires de services de cette manière a l'avantage de les inciter à continuer à fournir des services et facilite l'entretien et la préservation des biens grevés.

93. Dans de nombreux pays, le droit réel accordé aux prestataires de services sur des biens en leur possession prime les autres sûretés grevant ces mêmes biens. Cette règle de priorité s'explique par le fait que les prestataires ne sont pas des bailleurs de fonds professionnels et devraient être dispensés d'avoir à faire des recherches dans le registre pour déterminer l'existence de sûretés concurrentes avant de fournir leurs services. En outre, la règle facilite des services comme les réparations et autres améliorations qui bénéficient souvent aux créanciers garantis.

94. La question se pose de savoir si la priorité accordée aux prestataires de services devrait être limitée à un certain montant ou reconnue seulement dans certaines circonstances. Une approche consiste à la limiter à un montant (par exemple, un mois de loyer dans le cas des propriétaires) et de ne reconnaître à ces droits un rang plus élevé que celui des sûretés antérieures qu'en cas de valorisation des biens profitant directement aux détenteurs de ces sûretés antérieures. Cette approche aurait l'avantage de ne pas limiter indûment les droits des créanciers garantis, mais l'inconvénient de ne pas protéger les prestataires de service qui n'auraient pas valorisé les biens et, en tout état de cause, le montant de la valeur qui a été ajoutée par les prestataires de service devrait être déterminé, ce qui risque d'ajouter des frais et de créer des conflits.

95. Une autre approche est de limiter la priorité des prestataires à la valeur raisonnable des services fournis. Ce serait un moyen de concilier de manière juste et efficace les intérêts divergents. Une protection raisonnable serait accordée aux prestataires de services et la question difficile de la preuve concernant la valeur relative des biens grevés avant et après la prestation de services se trouverait évitée (voir A/CN.9/631, recommandation 91).

15. Priorité du droit de revendication d'un fournisseur

96. Dans de nombreux systèmes juridiques, un fournisseur vendant des biens avec un crédit non garanti peut, en cas de défaillance ou d'insolvabilité financière de l'acheteur, se voir conférer par la loi le droit de revendiquer les biens auprès de l'acheteur dans un certain délai (dénommé "délai de revendication"). Si une

procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre de l'acheteur, la loi sur l'insolvabilité applicable déterminera la mesure dans laquelle les titulaires de droits de revendication devront arrêter leurs poursuites ou verront, d'une autre manière, leurs droits restreints (voir les recommandations 39 à 51 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité).

97. Une question importante est de savoir si le droit de revendication portant sur des biens meubles corporels particuliers devrait primer une sûreté antérieure sur les mêmes biens. En d'autres termes, il s'agit de savoir si, au cas où les stocks de l'acheteur (y compris les biens qu'il revendique) sont grevés d'une sûreté opposable en faveur d'un créancier garanti, les biens revendiqués devraient être restitués au vendeur libres de ces sûretés. Dans certains pays, la revendication a un effet rétroactif, qui met le vendeur dans la position qui était la sienne avant la vente (c'est-à-dire détenant des biens qui n'étaient grevés d'aucune sûreté en faveur des créanciers de l'acheteur). Dans d'autres pays en revanche, les biens demeurent grevés des sûretés antérieures à condition que la sûreté soit devenue opposable avant que le fournisseur n'exerce son droit de revendication, au motif que tout autre résultat serait injuste pour un créancier antérieur de l'acheteur qui s'était fié à l'existence de ces biens en accordant le crédit et serait également source d'incertitudes et découragerait ainsi le financement sur stocks (voir A/CN.9/631, recommandation 92).

16. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché

98. Dans la mesure où un régime des opérations garanties permet de constituer des sûretés réelles mobilières sur des biens rattachés à des biens immeubles (comme le recommande le présent Guide; voir A/CN.9/631, recommandation 22), il comprend des règles régissant la priorité relative d'un détenteur de sûretés sur un bien rattaché à un bien immeuble par rapport aux personnes qui sont titulaires de droits sur le bien immeuble concerné. Une préoccupation fondamentale de ces règles de priorité est d'éviter de porter inutilement atteinte aux principes bien établis du droit immobilier.

99. Ces règles de priorité traitent d'un certain nombre de conflits de priorité différents. Le premier est un conflit entre, d'une part, une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché (ou tout autre droit sur ce bien, tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) qui est constituée et rendue opposable en vertu du droit immobilier et, d'autre part, une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché qui est rendue opposable en vertu du régime des opérations garanties pour les biens meubles. Dans ce cas, en raison de la primauté du droit immobilier, la priorité est accordée à la sûreté constituée en vertu de ce droit (voir A/CN.9/631, recommandation 93).

100. Un deuxième conflit de priorité peut survenir entre: a) une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé qui, soit est un bien rattaché à un bien immeuble au moment où la sûreté devient opposable, soit le devient ultérieurement; et b) une sûreté réelle mobilière sur le bien rattaché (ou un autre droit sur ce bien, tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur le bien immeuble concerné. Dans ce cas, la priorité est accordée au droit indiqué sous a) car les deux sûretés réelles mobilières concurrentes étant devenues opposables par inscription sur le registre immobilier, la priorité devrait être déterminée en fonction de leur ordre d'inscription afin de préserver la fiabilité du registre (voir A/CN.9/631, recommandation 94).

101. Les règles générales applicables à la priorité des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles s'appliquent aux conflits de priorité entre des sûretés réelles mobilières sur des biens rattachés à des biens meubles. Une règle spéciale peut être nécessaire pour résoudre un conflit de priorité entre: a) une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché (ou tout autre droit sur un bien rattaché, tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) qui a été rendue opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété; et b) une sûreté réelle mobilière ou un autre droit sur le bien meuble concerné qui est enregistrée ultérieurement. En général, la priorité est accordée au droit visé sous a) conformément au principe consistant à préserver l'intégrité des registres spécialisés et des systèmes d'annotation sur les certificats de propriété (voir A/CN.9/631, recommandation 95).

17. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini

102. Il y a trois types de conflits de priorité potentiels qui nécessitent des règles spéciales. Si l'on prend l'exemple des ingrédients d'un gâteau, on peut distinguer: a) les conflits entre sûretés constituées sur les mêmes biens meubles corporels individualisés qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et du sucre); b) les conflits entre sûretés sur différents biens meubles corporels individualisés qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et de la farine); et c) les conflits entre une sûreté initialement constituée sur les biens meubles corporels distincts et une sûreté sur la masse ou sur le produit fini (par exemple, sucre et gâteau).

a) Priorité des sûretés réelles mobilières sur les mêmes biens meubles corporels individualisés qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini

103. Les sûretés sur des biens meubles corporels individualisés qui sont mélangés ont les unes à l'égard des autres le même rang de priorité que celui qu'elles avaient sur les biens distincts. La raison de cette règle est que l'incorporation de biens dans une masse ou un produit fini ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits respectifs des créanciers titulaires de sûretés concurrentes sur les différents biens meubles corporels individualisés (voir A/CN.9/631, recommandation 96). Cette règle se fonde sur le principe qu'un créancier garanti ne peut recevoir un montant supérieur à celui des biens meubles corporels immédiatement avant leur intégration dans la masse ou le produit fini (voir A/CN.9/631, recommandation 23).

b) Priorité des sûretés réelles mobilières sur différents biens meubles corporels individualisés qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini

104. Si des sûretés sur différents biens meubles corporels individualisés qui seront finalement intégrés à une masse ou à produit fini se maintiennent sur la masse ou sur le produit fini, elles ont le même rang de priorité et la question est de déterminer la valeur relative des droits. Normalement, les créanciers garantis ont droit à une part de la valeur maximum totale de leurs sûretés sur la masse ou le produit fini en proportion de la valeur de leurs sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 97). Prenant l'exemple du gâteau, si la valeur du sucre est 2 et celle de la farine 5, alors que la valeur du gâteau est 6, les créanciers se verront attribuer 2/7 et 5/7 de 6, mais aucun des créanciers garantis ne recevra un montant supérieur à celui de son obligation garantie. En tout état de cause, si la valeur de la masse ou du produit fini

est inférieure au montant des obligations garanties, il ne restera rien pour les créanciers chirographaires.

c) Priorité d'une sûreté réelle mobilière initialement constituée sur différents biens meubles corporels individualisés par rapport à une sûreté sur la masse ou le produit fini

105. Les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels individualisés ont la priorité sur toutes les sûretés sur la masse ou le produit fini qui s'étendent au futur bien uniquement si elles sont des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition (voir A/CN.9/631, recommandation 98). Dans le cas contraire, les règles de priorité générales s'appliquent. Cette règle est destinée à promouvoir l'offre de crédit pour l'acquisition de biens meubles corporels sans lesquels il ne peut y avoir ni masse ni produit fini.

B. Remarques sur des biens particuliers

106. Cette section du commentaire examine les questions relatives aux sûretés réelles mobilières sur des types de biens qui nécessitent des règles de priorité spéciales. Les sûretés sur les types de biens auxquels les règles générales s'appliquent (par exemple, biens meubles corporels ou créances) font l'objet de la section A ci-dessus.

1. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

107. De nombreux pays ont adopté des règles de priorité spéciales pour les sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables, comme les chèques, les lettres de change ou les billets à ordre (pour la définition d'un "instrument négociable", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Ces règles reflètent l'importance du concept de négociabilité dans ces pays.

108. Comme on l'a vu ailleurs (voir chap. V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]), dans de nombreux pays les sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables peuvent être rendues opposables par inscription sur le registre général des sûretés ou par transfert de la possession de l'instrument (voir A/CN.9/631, recommandation 38). Dans ces pays, la sûreté rendue opposable par transfert de la possession prime souvent celle rendue opposable par inscription, indépendamment du moment où l'inscription intervient (voir A/CN.9/631, recommandation 99). Cette règle se justifie par le fait qu'elle résout le conflit de priorité en faveur de la préservation de la négociabilité des instruments dans tous les cas.

109. Pour la même raison, la priorité est souvent accordée dans ces pays à un acheteur ou à une autre personne à qui l'instrument est transféré (dans une opération contractuelle) si cette personne est considérée comme un porteur protégé par la loi régissant les instruments négociables (pour une règle d'interprétation concernant l'expression "loi régissant les instruments négociables", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]) ou prend possession de l'instrument négociable et fournit une prestation de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 100). À cet

égard, il convient de noter que la connaissance de l'existence d'une sûreté de la part de la personne à qui l'instrument a été transféré ne signifie pas en soi que cette personne n'a pas agi de bonne foi.

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

110. Un régime global pour les priorités règle généralement un certain nombre de conflits de priorité différents relatifs aux sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (pour une définition du "compte bancaire", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Un type de conflit concerne une sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle et une sûreté réelle mobilière rendue opposable par une autre méthode. Dans cette situation, de nombreux pays accordent la priorité à la sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle, ce qui facilite les opérations financières qui font appel à des fonds crédités sur un compte bancaire et évite aux créanciers garantis de faire des recherches dans le registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 101, première phrase). D'une certaine façon, un accord de contrôle remplit dans cette situation le rôle d'un registre spécialisé des sûretés.

111. Un autre type de conflit de priorité concerne deux sûretés dont chacune est rendue opposable par prise de contrôle. Dans ce cas, la logique est d'accorder la priorité à la sûreté qui a été rendue opposable la première (voir A/CN.9/631, recommandation 101, deuxième phrase). Ce conflit se produira rarement dans les faits car il est improbable qu'une banque dépositaire conclue sciemment plusieurs accords de contrôle portant sur le même compte bancaire en l'absence d'accord entre les deux créanciers garantis sur la manière dont la priorité sera déterminée.

112. Un troisième type de conflit de priorité concerne la situation où l'un des créanciers garantis est la banque dépositaire elle-même. Dans ce cas, il existe un argument solide pour accorder la priorité à la banque dépositaire (voir A/CN.9/631, recommandation 101, troisième phrase), car cette dernière aura généralement gain de cause dans une telle situation, ne serait-ce qu'en raison de son droit à compensation découlant du droit des opérations non garanties, et une règle de priorité qui avantage la banque permet dans ce cas de résoudre le conflit dans les limites du régime des opérations garanties sans avoir recours à une autre loi. Si une autre règle était adoptée, les banques dépositaires seraient réticentes à conclure des accords de contrôle et, en tout état de cause, un créancier garanti pourrait obtenir un accord de cession de rang de la banque avant de décider d'accorder le crédit.

113. Les pays qui adoptent cette règle de priorité prévoient souvent une exception pour le cas où le conflit de priorité se produit entre la banque dépositaire et un créancier garanti qui obtient le contrôle du compte bancaire en devenant client de la banque dépositaire, et adoptent une règle qui accorde la priorité au client. Cette approche s'explique par le fait que, en acceptant le créancier garanti concurrent comme client, la banque dépositaire consent en fait à déclasser sa créance. En outre, elle perdrait souvent son droit à compensation dans cette situation car il n'y aurait pas de réciprocité entre elle et le constituant puisque le compte bancaire n'est pas au nom de ce dernier.

114. Un quatrième type de conflit concerne une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et tout droit à compensation que la banque dépositaire peut détenir à l'encontre du constituant-client. Pour éviter de nuire à la relation entre la banque et son client, les lois sur les opérations garanties donnent la priorité au droit à compensation de la banque dépositaire (voir A/CN.9/631, recommandation 102).

115. Un cinquième type de conflit de priorité concerne une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et le bénéficiaire du transfert de fonds du compte bancaire effectué par le constituant. Dans cette situation, un argument de principe solide en faveur de la libre négociabilité des fonds milite pour une règle qui accorde la priorité au bénéficiaire du transfert pour autant qu'il n'ait pas agi en collusion avec le titulaire du compte bancaire pour priver le créancier garanti de sa sûreté. Ainsi, si le bénéficiaire du transfert prend les fonds en sachant que le transfert est effectué en violation de la sûreté conformément à la convention constitutive de sûreté, il prend les fonds grevés de la sûreté. Le terme "transfert de fonds" recouvre divers transferts, y compris par chèque et par voie électronique (voir A/CN.9/631, recommandation 103).

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

116. Afin de maximiser la négociabilité de l'argent, de nombreux régimes des opérations garanties permettent au bénéficiaire d'un transfert de prendre l'argent libre des créances d'autres personnes, y compris des titulaires de sûretés réelles mobilières valables grevant l'argent (pour la définition du terme "argent", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Pour ce qui est des bénéficiaires d'un transfert de fonds depuis un compte bancaire, la seule exception à cette règle de priorité concerne la situation où le bénéficiaire s'est entendu avec le titulaire du compte pour priver le créancier garanti de ses droits (par exemple, si le bénéficiaire sait que le transfert d'argent se fait en violation de la convention constitutive de sûreté conclue entre le titulaire du compte et la partie garantie. En revanche, la seule connaissance de l'existence de la sûreté n'empêche pas le bénéficiaire du transfert d'exercer ses droits en vertu de cette règle (voir A/CN.9/631, recommandation 104).

4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant

117. Comme il a déjà été mentionné (voir chap. V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, voir par. [...]), une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable uniquement par prise de contrôle. 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 de chaque garant/émetteur, confirmateur ou personne désignée qui ont donné une acceptation. La règle de priorité se concentre donc normalement sur la personne qui est le payeur.

118. Normalement, une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant qui a été rendue opposable par prise de contrôle a, à l'égard d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée ayant fourni une prestation au titre de l'engagement de garantie indépendant, priorité sur toutes

les autres sûretés qui ont, à l'égard de cette personne, été rendues opposables par une méthode autre que la prise de contrôle. Comme dans le cas des comptes bancaires (voir par. 110 ci-dessus), cette règle se fonde sur la nécessité de faciliter les opérations impliquant des engagements de garantie indépendants en dispensant les parties de la nécessité de faire des recherches dans le registre général des sûretés. Toutefois, entre deux sûretés rendues opposables par acceptation, la priorité est accordée à celle qui est acceptée en premier (voir A/CN.9/631, recommandation 105).

5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable

119. Les régimes efficaces en matière d'opérations garanties efficaces ont généralement des règles qui traitent d'au moins deux conflits de priorité concernant des documents négociables, comme les récépissés d'entrepôt et les connaissements (pour la définition du "document négociable", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Le premier est un conflit entre le détenteur d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou les biens meubles corporels représentés par ce dernier et une personne à laquelle ce document a été dûment transmis. Afin de préserver la négociabilité conformément au droit des opérations non garanties, la priorité est généralement accordée au bénéficiaire du transfert du document (voir A/CN.9/631, recommandation 106).

120. Le deuxième est un conflit entre le détenteur d'une sûreté sur les biens meubles corporels représentés par le document négociable qui découle d'une sûreté sur le document négociable et le détenteur d'une sûreté sur les biens meubles corporels résultant d'une autre méthode (par exemple, la constitution d'une sûreté directement sur les biens). Ce type de conflit peut survenir dans deux situations distinctes. La première, lorsque la sûreté sur les biens a été constituée alors que ces derniers étaient représentés par le document négociable. Il y a dans ce cas un argument fort en faveur de l'octroi de la priorité au détenteur de la sûreté grevant le document (voir A/CN.9/631, recommandation 107). La deuxième, lorsque la sûreté sur les biens est devenue opposable avant que les biens ne soient représentés par le document négociable. Dans ce cas, il est juste d'accorder la priorité à cette sûreté.

C. 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.9/631, elles ne sont pas reproduites ici. Une fois leur texte définitif établi, elles seront reproduites à la fin de chaque chapitre.]