



Assemblée générale

Distr.: Générale
2 mai 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>
VIII. Droits et obligations des parties		3
A. Remarques générales	1-58	3
1. Introduction	1-6	3
2. Autonomie des parties	7-12	4
3. Règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance	13-32	5
a) Remarques générales	13-20	5
b) Obligation de conserver les biens grevés	21-27	7
c) Obligation de restituer le bien grevé et de faire radier l'avis	28-32	9
4. Règles non impératives relatives sur les droits et obligations avant défaillance	33-39	10

* La présente note est soumise 3 semaines après la date limite, fixée à 10 semaines avant le début de la session, car il a fallu achever les consultations et modifier le texte en conséquence.



5.	Règles non impératives typiques régissant les droits et obligations avant défaillance	40-58	12
a)	Remarques générales	40-42	12
b)	Sûretés avec dépossession	43-51	12
c)	Sûretés sans dépossession	52-56	14
d)	Sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession . . .	57-58	16
B.	Remarques sur des biens particuliers	59-69	17
C.	Recommandations		19

VIII. Droits et obligations des parties

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Une convention constitutive de sûreté exprime l'accord passé entre le constituant et le créancier garanti. Son contenu varie selon les besoins et les souhaits des parties. En règle générale, ses clauses portent sur trois éléments principaux. Tout d'abord, la convention comporte un certain nombre de dispositions qui sont exigées pour la constitution d'une sûreté. Celles-ci concernent par exemple l'identification du bien grevé et de l'obligation garantie (pour la définition des termes "bien grevé" et "obligation garantie", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Au chapitre IV (Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)), le présent Guide recommande que les conditions de forme pour l'établissement d'une convention produisant ses effets entre les parties soient réduites au minimum et faciles à satisfaire (voir A/CN.9/631, recommandations 12 à 14).

2. Ensuite, la convention constitutive de sûreté comprend habituellement un certain nombre de dispositions précisant quels seront les droits et les obligations des parties une fois qu'elle aura pris effet entre celles-ci. Nombre de ces dispositions ont trait aux conséquences d'une défaillance du constituant ou d'un manquement par le créancier garanti à l'une de ses obligations. Souvent, les faits constitutifs d'une défaillance du constituant et les moyens dont dispose le créancier garanti pour faire appliquer les dispositions de la convention sont énumérés en détail. Les conséquences importantes que la réalisation peut avoir pour les droits des tiers ont généralement amené les États à énoncer de manière assez précise un ensemble de règles impératives régissant la défaillance et la réalisation (voir chap. X, Droits après défaillance). Néanmoins, les dispositions de la convention relatives aux droits et moyens contractuels du créancier régiront la relation entre les parties dès qu'il y a défaillance si elles ne sont pas contraires à ces règles impératives ou si elles n'ont pas fait l'objet d'une renonciation de la part du constituant après la défaillance (voir A/CN.9/631, recommandation 130) ou de la part du créancier garanti à un moment quelconque (voir A/CN.9/631, recommandation 131).

3. Enfin, les conventions constitutives de sûreté comportent généralement un certain nombre d'autres dispositions destinées à régler la relation entre les parties après la constitution mais avant la défaillance. Ainsi, pour que les opérations garanties soient efficaces et prévisibles, il faut souvent ajouter des clauses détaillées sur des aspects particuliers de l'opération concernée. De nombreux États encouragent activement les parties à façonner elles-mêmes les dispositions qui correspondent à leurs propres besoins. Cependant, ces mêmes États tiennent également à poser certaines règles impératives régissant les droits et les obligations avant défaillance (en particulier lorsque les droits des tiers peuvent intervenir). Toutefois, afin que les constituants et les créanciers garantis bénéficient d'une plus grande souplesse pour élaborer leur convention "sur mesure", ils limitent généralement ces règles impératives au minimum.

4. Le fait que les États se refusent généralement à établir un ensemble exhaustif de règles impératives régissant la relation entre les parties avant défaillance ne

signifie par pour autant qu'ils ne souhaitent pas offrir aux constituants et aux créanciers garantis des orientations sur la question. En effet, beaucoup d'entre eux adoptent un nombre plus ou moins important d'autres règles non impératives (supplétives) prévoyant dans le détail les droits et obligations des parties avant défaillance si celles-ci ne les ont pas précisés dans leur convention constitutive de sûreté. Le présent chapitre ne traite pas l'ensemble des situations dans lesquelles les États pourraient, s'ils le souhaitent, élaborer de telles règles, mais propose plutôt une simple liste indicative et non exhaustive des règles non impératives sur les droits et obligations des parties avant défaillance que l'on rencontre fréquemment dans les législations nationales actuelles.

5. La discussion ci-après porte sur trois principaux points. Le premier, examiné dans la section A.2, concerne le principe de l'autonomie des parties et la mesure dans laquelle celles-ci devraient être libres de façonner les dispositions de leur convention (si l'on considère que cette dernière satisfait aux conditions de fond et de forme exigées pour la constitution d'une sûreté). Le deuxième, analysé à la section A.3, concerne les règles impératives qui devraient régir les droits et obligations des constituants et des créanciers garantis avant défaillance. Le troisième, qui fait l'objet des sections A.4 et A.5, concerne le type et le nombre de règles non impératives qui pourraient figurer dans une législation moderne relative aux opérations garanties afin de tenir compte des nouveautés et évolutions dans ce genre d'opérations.

6. La section B du présent chapitre examine les différentes règles impératives et non impératives concernant les droits et obligations avant défaillance qui pourraient être envisagées pour certains types de biens et d'opérations. Enfin, la section C du chapitre présente une série de recommandations.

2. Autonomie des parties

7. Au chapitre II (Champ d'application et autres règles générales), le Guide pose le principe de l'autonomie des parties qui est l'un des piliers de son approche fondamentale (voir A/CN.9/631, recommandation 8). L'idée centrale est que, à moins qu'un État n'en dispose autrement, le créancier garanti et le constituant devraient être libres de façonner leur convention constitutive de sûreté comme ils l'entendent. Si l'autonomie des parties confère aux fournisseurs de crédit une grande latitude pour déterminer la teneur de la convention, la possibilité pour les créanciers garantis et les constituants de structurer leur opération et de répartir les droits et obligations avant défaillance de la manière la mieux adaptée à leurs objectifs devrait normalement permettre aux constituants de bénéficier d'un accès plus large au crédit garanti.

8. Le principe de l'autonomie des parties comporte deux dimensions distinctes lorsqu'il s'applique aux droits et obligations avant défaillance. La première concerne les États: si ceux-ci devraient être libres d'adopter des règles impératives destinées à régir la relation entre les parties, ces règles devraient être limitées en nombre et leur portée clairement précisée. La deuxième concerne le constituant et le créancier garanti: toute convention dérogeant aux règles non impératives ou les modifiant n'oblige que les parties et n'a aucune incidence sur les droits des tiers.

9. Les lois, qu'il s'agisse de celles sur les opérations garanties ou d'autres, limitent parfois l'autonomie des parties par des règles impératives. Ainsi, de

nombreux États ont fortement réglementé les opérations de consommateurs, limitant souvent strictement la possibilité pour les créanciers garantis et les constituants de concevoir leur propre régime de droits et d'obligations avant défaillance. Par exemple, une règle interdit aux créanciers garantis de restreindre le droit des consommateurs-constituants à vendre les biens grevés ou à en disposer. De même, de nombreux États posent des limites lorsque des biens qualifiés de "biens de famille" ou de "biens communs" sont en jeu. Une règle, par exemple, interdit aux créanciers garantis de limiter l'utilisation que peuvent faire les constituants de ces "biens de famille".

10. Outre ces règles impératives applicables à certains constituants et à certains biens, il est fréquent que les États imposent différentes règles impératives de nature plus générale. Ces règles figurent habituellement dans les lois créant le régime d'opérations garanties et, comme on l'a vu, ont trait le plus souvent à la défaillance et à la réalisation. Certaines concernent cependant aussi les droits et obligations avant défaillance. Elles sont examinées à la section suivante du présent chapitre.

11. L'autonomie des parties étant le principe fondamental, le créancier garanti et le constituant énonceront généralement en détail un certain nombre d'éléments structurant leur convention. Ils préciseront le plus souvent au moins six points relatifs à leurs droits et obligations avant défaillance:

- a) Ils s'entendront sur les biens qui seront grevés et sur les conditions dans lesquelles des biens non grevés à l'origine peuvent le devenir ultérieurement;
- b) Ils définiront l'obligation qui sera garantie et prévoiront les obligations futures susceptibles d'être garanties dans le cadre de la convention;
- c) Ils s'efforceront de préciser ce que le constituant peut et ne peut pas faire des biens grevés (notamment le droit de les utiliser, de les transformer, d'en percevoir les fruits et d'en disposer);
- d) Ils préciseront si, quand et comment le créancier peut prendre possession des biens grevés avant défaillance, ainsi que ses droits à l'égard des biens grevés en sa possession;
- e) Ils formuleront un ensemble de déclarations, garanties et obligations sur lesquelles le constituant s'engage; et
- f) Ils définiront les faits constitutifs de la défaillance (essentiellement celle du constituant, mais aussi celle du créancier garanti).

12. C'est dans ce contexte d'autonomie des parties et compte tenu de sa portée habituelle telle que définie dans la convention constitutive de sûreté que devraient être interprétées les différentes règles impératives et non impératives.

3. Règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance

a) Remarques générales

13. On trouve des règles impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance aussi bien dans les lois sur les opérations garanties que dans d'autres lois. Ces règles relèvent en général de trois grandes catégories. La première, qui figure habituellement dans les législations sur la protection des consommateurs ou sur les biens de famille, est d'une portée et d'une application très

particulières. Le présent Guide reconnaît l'importance que les États peuvent attacher à ces questions (voir chap. II, Champ d'application et autres règles générales). Cependant, afin de tirer le meilleur parti, sur le plan économique, du régime des opérations garanties, ils devraient préciser clairement la portée de ces limites à la liberté des parties d'adapter les droits et obligations avant défaillance à leurs besoins et à leurs souhaits.

14. La deuxième catégorie de règles porte sur les éléments de fond que les parties peuvent inclure dans leur convention. Ces règles sont généralement conçues comme des limites générales aux droits des créanciers garantis. Elles peuvent varier énormément d'un État à l'autre. Par exemple, certains États s'efforcent d'empêcher le créancier d'abuser de sa puissance économique et d'obtenir une sûreté trop importante par rapport à l'obligation garantie en adoptant des règles qui lui imposent de libérer les biens qui ne sont plus nécessaires pour garantir le reste de la dette. De même, certains États ne permettent pas aux créanciers de restreindre le droit d'un constituant à utiliser ou à transformer les biens grevés si cette utilisation ou cette transformation est conforme à la nature et à la destination des biens.

15. En raison de l'importance qu'il attache au principe de l'autonomie des parties, le Guide estime que les États ne devraient généralement pas adopter de règles impératives sur la relation avant défaillance restreignant le nombre ou la nature des obligations que les créanciers garantis et les constituants peuvent exiger les uns des autres. Cependant, les préoccupations évoquées plus haut sont souvent fondées et, selon la nature particulière de leur économie, les États peuvent ressentir le besoin de réglementer de manière plus stricte certains aspects de cette relation. Dans ce cas, il découle cependant du principe de l'autonomie des parties que ces règles impératives devraient a) être formulées de façon claire et restreinte; et b), comme les règles analogues relatives à la relation après défaillance, reposer sur des motifs d'ordre public reconnus tels que la bonne foi, la loyauté commerciale et le comportement "commerciallement raisonnable" (voir A/CN.9/631, recommandations 128 et 129).

16. Une troisième catégorie de règles impératives vise à empêcher que les objectifs fondamentaux du régime d'opérations garanties soient détournés. Les États mettent généralement en place des règles de ce type pour imposer des obligations minimums à la partie qui est en possession ou a le contrôle des biens grevés. Par exemple, l'objet de la sûreté étant de fournir au créancier le droit prioritaire, en cas de défaillance, d'exiger le paiement sur la valeur des biens grevés, il serait conforme à la logique de l'institution que le constituant assume l'obligation de ne pas dilapider les biens ou d'éviter toute détérioration des biens autre que celle liée à une utilisation normale.

17. Les règles imposant au constituant et, lorsqu'il est en possession des biens grevés, au créancier garanti, de prendre raisonnablement soin de ces biens, et plus généralement les règles destinées à préserver la valeur des biens grevés, visent à inciter les parties à une convention constitutive de sûreté à se conduire de manière responsable. Ce type de règles n'a cependant pas le même impact que les règles de protection du consommateur ou les règles impératives énonçant les éléments de fond d'une convention constitutive de sûreté. Ces dernières doivent être respectées pour que la sûreté elle-même soit créée et ne peuvent être écartées ni au moment de la négociation de la convention ni ultérieurement.

18. Il ne peut être dérogé aux règles impératives fixant les droits et obligations avant défaillance (ni à aucune autre règle impérative) dans la convention constitutive de sûreté. Les parties ne peuvent, par exemple, écarter par contrat leur obligation de prendre raisonnablement soin des biens grevés. Cela ne les empêche pas toujours, cependant, de renoncer à se prévaloir d'un manquement à cette obligation une fois le manquement survenu. De nombreux États prévoient que le créancier garanti peut ultérieurement libérer le constituant de ses obligations avant défaillance ou renoncer à se prévaloir de tout manquement de la part du constituant (y compris d'un manquement aux obligations imposées par des règles impératives). En revanche, compte tenu du rapport de forces habituel entre les parties, nombre de ces mêmes États prévoient également que le constituant ne peut libérer le créancier garanti d'aucune obligation imposée par des règles impératives.

19. Les règles impératives sur la relation avant défaillance recommandées dans le présent Guide visent des objectifs généraux qui sont conformes à ce qui a été défini comme étant les principes essentiels d'un régime efficace d'opérations garanties. Elles fixent des droits et obligations avant défaillance qui a) encouragent les parties en possession des biens grevés à en préserver la valeur avant défaillance; et b) garantissent qu'une fois l'obligation payée, le constituant recouvrera l'utilisation et la jouissance pleines et entières des biens précédemment grevés.

20. Le chapitre XII (Droits liés au financement d'acquisitions) du présent Guide envisage que certains États puissent choisir de conserver la réserve de propriété et le crédit-bail en tant que formes indépendantes de droits liés au financement d'acquisitions. Dans ce cas, le vendeur bénéficie non pas d'une sûreté réelle mobilière, mais plutôt d'un droit de propriété sur le bien vendu jusqu'au paiement complet du prix d'achat (pour la définition des termes "sûreté réelle mobilière", "droit lié au financement d'une acquisition", "réserve de propriété" et "crédit-bail", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Pour cette raison, même si les objectifs économiques fondamentaux de l'opération sont identiques à ceux d'une sûreté réelle mobilière ordinaire, les règles impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance (le vendeur qui reste propriétaire et l'acheteur qui est en possession du bien mais n'a qu'un droit de propriété éventuel) devront être formulées de manière légèrement différente. Ces adaptations nécessaires sont examinées au chapitre XII, section A.8.

b) Obligation de conserver les biens grevés

21. Le bien grevé est l'un des principaux éléments assurant au créancier le remboursement de l'obligation garantie. C'est aussi un bien que le constituant espère et souhaite normalement continuer d'utiliser librement une fois le prêt ou le crédit remboursé. Ils ont donc l'un comme l'autre intérêt à en préserver la valeur.

22. Le plus souvent, la personne qui est en possession du bien grevé sera la mieux placée pour en assurer la conservation. Cela explique pourquoi les États font normalement peser sur elle l'obligation de prendre raisonnablement soin du bien. Ce n'est qu'exceptionnellement, et presque toujours dans le cas de biens meubles incorporels, qu'une personne n'ayant pas la possession symbolique du bien grevé pourrait être la mieux placée pour en prendre soin. L'objectif étant de répartir équitablement l'obligation de prendre soin des biens grevés et d'inciter les parties à en préserver la valeur, il importe peu que ces biens soient en la possession du

constituant ou du créancier garanti. Les devoirs impératifs incombant à la personne en possession des biens devraient être identiques dans les deux cas.

23. La teneur précise de cette obligation peut varier considérablement selon la nature du bien grevé. Dans le cas de biens meubles corporels, la partie en possession est avant tout tenue à leur conservation matérielle (pour la définition des termes “biens meubles corporels” et “biens meubles incorporels”, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d’interprétation). Lorsqu’il s’agit de biens corporels inanimés, elle serait tenue en particulier de les maintenir en bon état et de ne pas les utiliser dans un but différent de leur usage normal compte tenu des circonstances. Par exemple, s’il s’agit d’une machine, la partie qui est en sa possession et l’utilise ne doit pas la laisser dehors sous la pluie et doit en assurer l’entretien régulier. Si une sûreté est prise sur un véhicule destiné au transport de passagers, la personne qui se trouve en sa possession ne peut l’utiliser comme une camionnette à des fins commerciales.

24. Dans le cas de biens corporels vivants comme des animaux, l’obligation devrait être la même. Il ne suffit pas simplement de maintenir l’animal en vie. La personne en possession doit veiller à ce qu’il soit bien nourri et maintenu en bonne santé (par exemple à ce qu’il reçoive des soins vétérinaires suffisants). Lorsque l’animal nécessite un entretien particulier pour que sa valeur soit préservée (par exemple un exercice adapté pour un cheval de course, une traite régulière pour une vache), l’obligation de soin comprend aussi cet entretien. Enfin, comme pour le matériel, l’animal ne peut pas non plus être utilisé dans un but anormal. Ainsi, on ne saurait utiliser un taureau primé dont la valeur repose dans le prix des saillies comme bête de somme.

25. Si le bien grevé est un bien meuble corporel, tel qu’un droit au paiement d’une somme d’argent représenté par un instrument négociable, l’obligation de soin comprendra indiscutablement la conservation matérielle du document. En pareil cas, cependant, elle consistera en outre à prendre les mesures nécessaires pour maintenir ou préserver les droits du constituant à l’encontre des signataires antérieurs liés par l’instrument (par exemple présenter l’instrument, faire dresser protêt si la loi l’exige, ou encore notifier le refus). Il peut également incomber à la personne en possession d’un instrument négociable d’en préserver la valeur en prenant certaines mesures contre les personnes tenues au paiement à titre subsidiaire (par exemple les garants). Lorsque le bien corporel est un document négociable, là encore, la personne en possession doit conserver matériellement le document. De plus, si celui-ci est limité dans le temps, elle doit le présenter avant sa date d’expiration pour demander la remise matérielle des biens qu’il représente.

26. Si le bien grevé est un bien meuble incorporel, il est plus difficile de fixer l’obligation de soin raisonnable par rapport à la personne en possession du bien. Généralement, le bien en question est un simple droit contractuel à recevoir un paiement. Le caractère de l’obligation de conservation en pareil cas est examiné plus loin à la section B. Lorsque le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, un bien de propriété intellectuelle ou le produit d’un engagement de garantie indépendant, les États prévoient généralement les droits et obligations respectifs des parties à l’opération dans une législation spéciale régissant ce type de biens particulier.

27. Compte tenu de ce qui précède, le présent Guide recommande aux États d'adopter une règle impérative générale sur la relation avant défaillance visant à assurer une répartition équitable de l'obligation de prendre soin des biens grevés et à inciter les parties en possession à en préserver la valeur (voir A/CN.9/631, recommandation 109, al. a)).

c) Obligation de restituer le bien grevé et de faire radier l'avis

28. L'objectif central d'une sûreté est d'accroître les chances que le constituant rembourse toute obligation due au créancier garanti. Une sûreté n'est ni un moyen d'exproprier le constituant d'un excédent de valeur ni un transfert déguisé du bien au créancier. Aussi, la plupart des États adoptent-ils des règles impératives régissant les obligations du créancier garanti une fois que l'obligation garantie a été payée en totalité et qu'il a été mis fin à l'ensemble des engagements de crédit. Ces obligations sont de deux types: certaines concernent la restitution au constituant des biens grevés dans le cas où le créancier garanti était en possession desdits biens pendant la durée de la convention, d'autres visent à garantir que les droits du constituant sur ces biens sont libres de tout droit réel résiduel.

29. Le présent Guide envisage la possibilité que les créanciers garantis rendent leurs droits opposables en prenant possession du bien grevé (voir A/CN.9/631, recommandation 35). En outre, même si la possession par le créancier n'est pas utilisée par le créancier pour rendre la sûreté opposable, les constituants peuvent, compte tenu du principe de l'autonomie des parties, consentir à ce que les créanciers garantis prennent possession de leurs biens au moment de la constitution de la sûreté ou ultérieurement, même s'ils ne sont pas défaillants. Dans les deux cas, toutefois, la possession du créancier garanti est fondée sur la convention entre les parties et est liée aux objectifs particuliers de celle-ci. C'est pourquoi, la plupart des États adoptent des règles impératives régissant les obligations du créancier garanti qui est en possession ou a le contrôle des biens grevés une fois que l'obligation garantie a été remboursée ou qu'il a été mis fin à tout engagement d'octroyer d'autres crédits.

30. L'objectif d'une sûreté étant de garantir l'exécution d'une obligation, le constituant devrait pouvoir, une fois cette obligation exécutée, recouvrer soit la possession des biens grevés, soit l'accès sans restriction à ces biens, soit les deux, d'où l'obligation formelle faite par de nombreux États au créancier garanti de lui restituer les biens grevés dès le complet paiement de l'obligation garantie (et la fin de tous les engagements de crédit). Il incombe au créancier de remettre les biens grevés et non au constituant de les réclamer ou les reprendre. De même, lorsque le créancier garanti a conclu un accord de contrôle avec une institution de dépôt, de nombreux États exigent qu'il informe expressément le dépositaire que l'accord de contrôle n'a plus d'effet. Ces deux exigences ont pour but de garantir que le constituant acquière automatiquement le libre usage des biens grevés une fois que l'obligation garantie a été payée en totalité et qu'il a été mis fin à l'ensemble des engagements de crédit.

31. Certains États considèrent que le créancier doit également entreprendre des démarches actives pour que le constituant soit placé dans la même position que celle qu'il occupait avant la constitution de la sûreté. Dans le cas de biens meubles incorporels, il serait tenu d'aviser tout tiers débiteur (par exemple le débiteur d'une créance) que l'obligation garantie a été payée en totalité et que le constituant est de

nouveau fondé à recevoir paiement de la créance (pour la définition des termes “créance” et “débiteur de la créance”, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d’interprétation). De manière plus générale, certains États font obligation aux créanciers garantis de libérer les biens grevés et de veiller à ce que la sûreté soit radiée du registre correspondant. Ainsi, par exemple, lorsque les inscriptions ne sont pas automatiquement supprimées d’un registre donné, les créanciers sont souvent tenus, à l’expiration d’une période relativement courte, de demander au registre leur radiation. De même, lorsque la sûreté a fait l’objet d’une annotation sur un certificat de propriété, certains États imposent au créancier garanti de veiller à ce que cette annotation soit retirée du certificat. Le point commun à ces différentes exigences est que le créancier garanti doit prendre toutes les mesures nécessaires pour qu’aucun tiers ne puisse penser que les biens du constituant font encore potentiellement l’objet de sa sûreté.

32. La règle impérative que le présent Guide recommande d’adopter pour régir la relation entre les parties une fois l’obligation garantie payée reflète ces considérations dans une large mesure. Son objectif premier est d’assurer que le constituant recouvre l’usage et la jouissance complets du bien précédemment grevé et puisse effectivement réaliser avec des tiers des opérations relatives à ce bien (voir A/CN.9/631, recommandation 109, al. b)).

4. Règles non impératives relatives sur les droits et obligations avant défaillance

33. Outre différentes règles impératives régissant les droits et obligations des parties avant défaillance, la plupart des États établissent un ensemble de règles non impératives plus ou moins nombreuses sur ces mêmes questions. Ces règles applicables “sauf convention contraire des parties” sont appelées différemment d’un État à l’autre (par exemple *jus dispositivum*, lois supplétives, *normas supletorias*, règles non impératives, règles par défaut). Elles ont toutefois une particularité commune: elles ont vocation à s’appliquer automatiquement sauf à prouver que les parties avaient l’intention de les écarter ou de les modifier.

34. Différents motifs sont invoqués pour justifier ces règles non impératives. Certains États les utilisent pour protéger les parties les plus faibles. D’autres les considèrent comme des règles qui reflètent simplement les conditions d’une convention que les parties auraient elles-mêmes négociées si leur attention s’était portée sur ces points particuliers. Dans le présent Guide, on estime que ces règles non impératives se justifient véritablement par le fait qu’elles peuvent être utilisées pour promouvoir des objectifs généraux conformes à la logique d’un régime d’opérations garanties. Il n’est pas difficile de trouver des exemples de règles non impératives fondées sur ce motif. Dans de nombreux États, la loi dispose que, sauf convention contraire des parties, le constituant déposera toute somme obtenue d’une assurance en raison de la perte du bien grevé sur un compte de dépôt contrôlé par le créancier garanti, ou que, toujours à moins d’une convention contraire entre les parties, les recettes générées par le bien grevé peuvent être conservées par le créancier garanti pendant la durée de la convention constitutive de sûreté, de manière à être affectées, en cas de défaillance, au paiement de l’obligation garantie. Compte tenu de cet objectif général, il y a au moins quatre raisons pour lesquelles les États pourraient choisir de mettre en place un ensemble de règles non impératives.

35. Premièrement, en répartissant les droits et les obligations entre le créancier garanti et le constituant de la manière dont ils auraient eux-mêmes très vraisemblablement convenu, et compte tenu des objectifs fondamentaux d'un régime d'opérations garanties, un ensemble de règles non impératives contribue à réduire le coût des opérations, car il évite aux parties d'avoir à négocier et à rédiger de nouvelles dispositions dans la mesure où il apporte déjà une solution satisfaisante. Les règles non impératives jouent ici un rôle de clauses tacites ou supplétives (c'est-à-dire applicables en l'absence de convention contraire) qui, à moins qu'une intention différente n'ait été exprimée dans la convention constitutive de sûreté, sont réputées en faire partie intégrante. Un exemple de clause tacite serait la règle permettant à un créancier garanti en possession du bien grevé de conserver toutes les recettes qu'il génère et de les affecter directement au paiement de l'obligation garantie.

36. Deuxièmement, même les parties les plus avisées et les plus expérimentées n'ont pas une connaissance infaillible de l'avenir. Quel que soit le soin qu'elles aient mis à rédiger la convention, des imprévus se produiront. Pour parer à la nécessité d'une décision judiciaire ou arbitrale destinée à combler ces lacunes lorsqu'elles se présentent et à réduire le nombre de litiges potentiels, les États prévoient généralement des règles d'interprétation. Ces règles non impératives renvoient les parties à d'autres principes juridiques plus généraux auxquels il peut être fait appel pour résoudre les problèmes imprévus. Un exemple de règle de ce type prévoit que le constituant reste titulaire du droit principal (qu'il s'agisse du droit de propriété, d'un droit réel moindre ou d'un droit personnel) sur lequel la sûreté a été prise. Ainsi, pour faire face à n'importe quel événement imprévu, les parties peuvent commencer par se référer au principe selon lequel l'exercice de tout droit n'ayant pas expressément été attribué au créancier garanti reste réservé au constituant.

37. Troisièmement, le fait de prévoir dans la loi un ensemble relativement complet de droits et d'obligations des parties avant défaillance accroît l'efficacité et la prévisibilité en attirant l'attention des parties sur les points qu'elles devraient examiner lors de la négociation de leur convention. Un ensemble de règles supplétives qu'elles peuvent choisir d'écarter peut servir d'outil d'aide à la rédaction en leur fournissant une liste récapitulative de questions qu'elles souhaiteront peut-être aborder au moment de la finalisation de la convention. Même lorsqu'elles décident de modifier ces règles non impératives afin de mieux réaliser leurs objectifs, le fait de les avoir prises en considération garantit que ces questions ont été examinées et n'ont pas été oubliées par inadvertance.

38. Enfin, les règles non impératives permettent au principe de l'autonomie des parties de fonctionner de manière très efficace. Cet avantage est particulièrement évident dans les opérations à long terme et autres opérations spéculatives, dans lesquelles les parties ne peuvent anticiper toutes les éventualités. Ces règles permettent une plus grande souplesse et réduisent les coûts d'exécution. En considérant la convention comme complète en elle-même, par exemple, et en imposant aux parties de formaliser toutes les modifications qu'elles y apporteront par la suite, on ne fait qu'accroître le coût de l'opération pour le constituant.

39. Les avantages de laisser les parties définir leur relation à l'aide d'un ensemble de règles non impératives sont largement reconnus par de nombreux systèmes juridiques internes (voir par exemple art. 2736 à 2742 du Code Civil du Québec

(Canada) et art. 9-207 à 9-210 du Code de commerce uniforme des États-Unis), par les organisations proposant des lois types régionales (par exemple art. 15 de la Loi-modèle sur les sûretés (Model Law on Secured Transactions) de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et art. 33 de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains (OEA)) et par les conventions internationales relatives à la vente internationale (à savoir art. 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises)¹ ou à certains aspects des opérations garanties sur les biens meubles (par exemple art. 11, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international² (ci-après, "Convention des Nations Unies sur la cession") et art. 15 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)).

5. Règles non impératives typiques régissant les droits et obligations avant défaillance

a) Remarques générales

40. Le présent chapitre ne traite pas de toutes les situations dans lesquelles les États pourraient souhaiter élaborer des règles non impératives. Il n'aborde pas, par exemple, la question des règles non impératives qui pourraient être mises en place s'agissant des clauses fondamentales exigées pour la constitution de la sûreté (par exemple les éléments minimums devant figurer dans la convention constitutive). Ces règles remplissent une fonction différente, et leur opportunité, leur portée et leur teneur relèveraient donc de considérations de principe différentes. Pour la même raison, ce chapitre n'aborde pas non plus la question des règles non impératives destinées à régir les droits et obligations des parties après défaillance. Celles-ci sont examinées au chapitre X (Droits après défaillance).

41. Les règles non impératives examinées dans la présente section sont celles qui portent sur les droits et obligations des parties avant défaillance. Étant donné qu'elles reflètent généralement les besoins, les pratiques et les politiques respectifs des États, leur configuration varie énormément. Un certain nombre d'entre elles sont cependant communes à de nombreuses législations nationales actuelles. Elles viennent compléter les règles impératives relatives aux droits et obligations des personnes en possession des biens grevés.

42. Comme les règles impératives, ces règles non impératives visent à inciter ceux qui ont le contrôle et la garde des biens grevés à se comporter de manière responsable. Les États les organisent donc selon que les biens grevés sont en la possession du créancier garanti ou du constituant. Toutefois, certaines règles non impératives ont vocation à s'appliquer que la sûreté soit avec ou sans dépossession. Ces trois possibilités sont envisagées ci-après.

b) Sûretés avec dépossession

43. Comme on l'a vu plus haut, de nombreux États ont adopté des règles impératives imposant aux créanciers garantis en possession des biens grevés d'en

¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

² Ibid., numéro de vente: F.04.V.14.

prendre raisonnablement soin, de les conserver et de les entretenir. Généralement, le créancier garanti est également tenu de faire effectuer toutes les réparations nécessaires pour maintenir les biens grevés en bon état. La teneur essentielle de ces règles impératives a déjà été expliquée. En outre, certains États adoptent un ensemble de règles non impératives imposant aux créanciers d'autres obligations de soin, en particulier lorsque les biens grevés génèrent des fruits civils et naturels ou d'autres sortes de revenus. Les paragraphes ci-après portent sur les règles non impératives de ce type les plus fréquentes.

44. S'agissant de l'obligation fondamentale de soin et de conservation, de nombreux États imposent expressément au créancier garanti, dans le cas de biens meubles corporels, de veiller à ce que les biens grevés restent clairement identifiables. S'il s'agit de biens fongibles mélangés à d'autres biens de même nature, cette obligation devient une obligation de conserver la même quantité de biens de même qualité et de même valeur que ceux initialement grevés. De plus, lorsque l'entretien nécessite des mesures dépassant les capacités du créancier, les États lui imposent souvent d'en aviser le constituant et, si nécessaire, de permettre à celui-ci de reprendre temporairement possession des biens pour les réparer, en prendre soin ou les conserver, ou encore en préserver la valeur.

45. Lorsque le bien grevé est un instrument représentant le droit du constituant au paiement d'une somme d'argent, l'obligation de soin incombant au créancier garanti ne se limite pas à la conservation matérielle du document. De nombreux États imposent au créancier garanti de prendre les mesures nécessaires pour maintenir ou protéger les droits du constituant à l'encontre des signataires antérieurs liés par l'instrument négociable ou tenus à titre subsidiaire, et permettent aussi soit au constituant soit au créancier garanti de demander l'exécution judiciaire de l'obligation de paiement.

46. Une autre règle non impérative (corollaire de l'obligation du créancier garanti en possession du bien grevé d'en prendre soin) consiste à permettre au créancier garanti d'être remboursé des dépenses raisonnables nécessaires à la conservation du bien et d'inclure ces dépenses dans l'obligation garantie. De nombreux États lui permettent également d'utiliser ou d'exploiter raisonnablement le bien grevé (voir A/CN.9/631, recommandation 108). En contrepartie, le créancier garanti doit permettre au constituant d'inspecter le bien grevé à tout moment raisonnable et sera tenu de verser des dommages-intérêts pour toute détérioration du bien autre que celle liée à un usage normal.

47. Le créancier garanti étant en possession du bien grevé, il sera le plus souvent le mieux placé pour en percevoir le produit monétaire (recettes ou fruits civils) ou non monétaire (fruits naturels inclus dans la définition du produit, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Pour cette raison, il est fréquent que les États adoptent une règle non impérative selon laquelle le produit monétaire et le produit non monétaire sont recouvrés par le créancier garanti en possession. Le constituant étant normalement en mesure de retirer le meilleur prix des fruits naturels du bien grevé (par exemple du lait d'un troupeau de vaches, des œufs d'un poulailler, de la laine d'un troupeau de moutons), les États prévoient habituellement que le créancier garanti doit lui remettre les fruits afin qu'il puisse en disposer. En revanche, lorsque les fruits découlent d'une augmentation naturelle du nombre d'animaux, par exemple, une règle non

impérative fréquente veut que les progénitures soient automatiquement grevées et détenues par le créancier dans les mêmes conditions.

48. Lorsque le produit est monétaire, il n'est guère logique d'obliger le créancier, après l'avoir perçu, à le remettre au constituant. La règle non impérative habituelle est que le créancier garanti peut soit affecter le produit en espèces au remboursement de l'obligation garantie, soit le conserver sur un compte distinct à titre de sûreté supplémentaire. Ce principe s'applique que l'argent reçu soit des intérêts, un mélange d'intérêts et de capital, ou un dividende en actions. Certains États permettent même au créancier de vendre les actions supplémentaires reçues à titre de dividende ou de les conserver (comme les petits des animaux) à titre de bien grevé supplémentaire.

49. S'agissant du droit de disposition, on observe une grande diversité dans la manière dont les États adoptent des règles non impératives. En tout état de cause, le créancier garanti ne peut pas dilapider le bien grevé. Cependant, certains États prévoient qu'il peut céder l'obligation garantie et la sûreté, c'est-à-dire qu'il peut transférer la possession du bien grevé à la personne à laquelle il cède l'obligation garantie. Certains États prévoient également que le créancier garanti peut constituer une sûreté sur le bien grevé pour garantir sa propre dette ("renantissement du bien grevé") du moment qu'il n'est pas porté atteinte au droit du constituant de recouvrer les biens après avoir payé l'obligation garantie. Ces conventions de renantissement sont souvent limitées aux actions, obligations et autres instruments détenus sur un compte de valeurs mobilières, mais dans certains États, les créanciers peuvent renantir des biens meubles corporels tels que diamants, métaux précieux et œuvres d'art. Cependant, de nombreux États interdisent au créancier garanti en possession de renantir les biens grevés, même s'il peut le faire sans porter atteinte au droit du constituant de recouvrer ses biens une fois l'obligation garantie exécutée.

50. Le risque de perte ou de détérioration des biens est normalement lié à la propriété et non à la possession. Néanmoins, de nombreux États prévoient que lorsque les biens grevés en possession du créancier garanti sont détruits ou subissent une détérioration anormale, le créancier est présumé fautif et doit réparer le préjudice. Cependant, la même règle non impérative prévoit généralement que le créancier n'est pas responsable du préjudice s'il peut démontrer que la perte ou la détérioration sont intervenues sans qu'il ait commis de faute. Étant donné qu'il sera toujours de l'intérêt du créancier garanti de veiller au maintien de la valeur des biens grevés, de nombreux États prévoient qu'il a un intérêt assurable. S'il assure les biens contre la perte ou le dommage, quelles qu'en soient les causes, il est fondé à ajouter le coût de l'assurance à l'obligation garantie.

51. Cette dernière règle est un exemple particulier d'un principe plus général adopté en tant que règle non impérative dans de nombreux États et recommandé par le présent Guide: les dépenses raisonnables engagées par le créancier garanti dans l'exécution de son obligation de prendre raisonnablement soin des biens grevés dont il a la garde peuvent être mises à la charge du constituant et sont automatiquement ajoutées à l'obligation garantie (voir A/CN.9/631, recommandation 108, al. a)). Le paiement d'impôts, les factures de réparation et les frais de stockage sont des exemples de ces dépenses raisonnables dont le paiement incombe en définitive au constituant.

c) Sûretés sans dépossession

52. L'un des objectifs principaux d'un régime d'opérations garanties efficace est d'inciter le constituant demeurant en possession des biens grevés à se conduire de manière responsable. Le maintien de la valeur des biens grevés avant défaillance va dans le sens de cet objectif. Cependant, les principes qui sous-tendent les règles non impératives applicables aux sûretés sans dépossession visent également à maximiser le potentiel économique des biens grevés. En particulier, le fait d'encourager l'utilisation et l'exploitation des biens grevés est un moyen de faciliter la production de recettes et le remboursement de l'obligation garantie par le constituant.

53. Pour cette raison, la plupart des États prévoient que le constituant en possession ne renonce pas aux prérogatives générales liées au droit de propriété du simple fait qu'une sûreté a été constituée. Sauf convention contraire entre les parties, il peut utiliser, mélanger et transformer les biens grevés avec d'autres biens de manière raisonnable et conforme, d'une part, à leur nature et à leur destination et, d'autre part, aux objectifs de la convention constitutive de sûreté. En pareil cas, le créancier garanti devrait avoir le droit de surveiller les conditions dans lesquelles les biens grevés sont conservés, utilisés et transformés par le constituant en possession, et d'inspecter les biens à tout moment raisonnable (voir A/CN.9/631, recommandation 108, al. b)). L'obligation de soin incombant au constituant en possession comprend celle de faire correctement assurer les biens et de payer les impôts sans retard. S'il engage lui-même ces dépenses alors que le constituant demeure en possession des biens, le créancier garanti a le droit d'être remboursé par celui-ci et peut ajouter ces dépenses à l'obligation garantie.

54. Si les biens grevés en possession du constituant génèrent des revenus, dans la mesure où la sûreté du créancier s'étend aux revenus ou aux recettes desdits biens, le constituant peut aussi être obligé de tenir des livres appropriés et de rendre raisonnablement des comptes concernant la disposition et la gestion de ce produit. Ses obligations particulières dans le cas de biens meubles incorporels (par exemple comptes bancaires, redevances d'exploitation d'un brevet, droits d'auteur ou marques), notamment son droit au paiement sous forme de créances, sont examinées à la prochaine section.

55. De nombreux États disposent actuellement d'une règle empêchant que les fruits et les recettes (par opposition au produit d'actes de disposition au sens strict) soient de nouveau automatiquement grevés en vertu de la convention constitutive de sûreté. À l'inverse, le présent Guide prévoit qu'une sûreté s'étend à tous les produits générés par le bien grevé. Ainsi, sauf convention contraire, toute augmentation de la valeur des biens grevés ou tout bénéfice tiré de ceux-ci lorsqu'ils se trouvent en possession du constituant sont automatiquement grevés par la sûreté, que ces biens additionnels soient considérés comme des fruits civils ou naturels ou comme un produit. Si les fruits sont en nature (par exemple augmentation du nombre d'animaux ou encore dividendes en actions), le constituant peut les utiliser et les exploiter dans les mêmes conditions que les biens initialement grevés. Lorsqu'il s'agit de produits agricoles (lait, œufs, laine ...), la plupart des États prévoient que le constituant peut les vendre et que les droits du créancier garanti peuvent être revendiqués sur le produit ainsi obtenu. Lorsque les fruits civils sont des recettes, la sûreté s'étend à ces recettes tant qu'elles restent identifiables. Cependant, en règle générale, le constituant ne recueille pas seulement les fruits et les recettes, il en dispose également dans le cours normal de ses affaires sans être soumis à la sûreté.

56. L'obligation de conserver le bien grevé implique normalement que le constituant en possession est responsable de la perte ou la détérioration, que celle-ci soit causée par sa faute ou résulte d'un événement fortuit. En principe, le constituant ne peut disposer des biens grevés sans l'autorisation du créancier garanti. S'il le fait, l'acheteur prendra le bien sous réserve de la sûreté. Par exception, cependant, le constituant peut disposer des biens grevés libres de la sûreté s'il s'agit de stocks ou de biens de consommation et s'il les vend dans le cours normal de ses affaires (voir A/CN.9/631, recommandation 87). Malgré cette limite à la disposition, comme le constituant conserve normalement le plein usage du bien grevé, la plupart des États adoptent des règles non impératives l'autorisant à constituer des sûretés supplémentaires sur des biens déjà grevés, leurs fruits et leurs recettes, et le produit de leur disposition.

d) Sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession

57. Outre les droits conférés et les obligations imposées expressément aux créanciers garantis et aux constituants parce qu'ils sont en possession des biens grevés, il existe deux règles non impératives fréquentes applicables tant au créancier garanti en possession (dans le cas des sûretés avec dépossession) qu'au constituant en possession (dans le cas des sûretés sans dépossession). La première est un corollaire de l'idée selon laquelle les parties en possession devraient maintenir la valeur des biens grevés. Si celle-ci venait à diminuer de manière significative pour des raisons qui étaient imprévisibles au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, et qui ne sont imputables à aucune négligence de la partie en possession, certains États prévoient que le constituant devra apporter des sûretés supplémentaires pour compenser cette dépréciation imprévue. Ces États ont généralement d'autres règles qui limitent la possibilité pour les créanciers de prendre des sûretés trop importantes (c'est-à-dire de prendre une sûreté sur des biens dont la valeur est nettement plus élevée que celle des obligations garanties). On part alors du principe que, en contrepartie de cette limite, le créancier garanti devrait pouvoir exiger du constituant qu'il apporte d'autres biens en garantie si la valeur du bien grevé chutait fortement. De plus, cette règle est souvent étendue à la dépréciation normale des biens grevés due à l'usure ou aux conditions du marché, dès lors qu'elle atteint un pourcentage important de la valeur initiale des biens.

58. Une deuxième règle non impérative fréquente a trait au droit du créancier garanti de céder à la fois l'obligation garantie et la sûreté qui y est attachée. En l'absence de convention contraire, un créancier garanti peut librement effectuer une telle cession (voir, par exemple, art. 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 26 du document A/CN.9/631). Certains États prévoient même qu'il peut le faire même en dépit de limitations contractuelles à la cession (voir art. 9, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 25 du document A/CN.9/631). Lorsque le créancier garanti est en possession du bien grevé, il peut également, par voie de conséquence, transférer cette possession au nouveau créancier garanti. En tout état de cause, le cessionnaire de l'obligation garantie ne peut acquérir à l'égard du constituant ou du bien grevé de droits supérieurs à ceux dont pourrait se prévaloir le cédant.

B. Remarques sur des biens particuliers

59. La plupart des règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance ont trait à la manière dont les prérogatives et devoirs liés au droit de propriété sont répartis entre le constituant et le créancier garanti. Les plus importants sont: a) l'obligation, invariablement assignée à la partie en possession du bien grevé, d'en prendre soin, de l'entretenir et de faire le nécessaire pour en préserver la valeur; b) le droit d'utiliser, de transformer, de mélanger et de fabriquer le bien grevé; c) le droit de recueillir les fruits, recettes et produits générés par le bien et de les utiliser; et d) le droit de nantir ou renantir le bien grevé ou d'en disposer, sous réserve ou non de la sûreté.

60. Ces règles envisagent les cas où le bien grevé est un bien meuble corporel. Néanmoins, au chapitre III (Approches fondamentales en matière de sûretés), le présent Guide reconnaît l'importance des biens meubles incorporels et, en particulier, des droits au paiement en tant que biens grevables. Si certaines catégories de biens incorporels sont exclues du Guide (à savoir les valeurs mobilières, voir A/CN.9/631, recommandation 4), il s'applique à nombre d'autres types de biens incorporels, notamment les créances contractuelles et non contractuelles, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et le produit d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/631, recommandation 2, al. a)).

61. La constitution d'une sûreté sur un droit à paiement concerne forcément des parties autres que le constituant et le créancier garanti, et bien évidemment le débiteur de la créance. C'est pourquoi, les États ont élaboré des règles détaillées sur les droits et obligations des parties et des tiers, que le droit à paiement soit attaché à un bien corporel (par exemple, un instrument ou un document négociable) ou incorporel (par exemple, une créance, des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant). La plupart des règles relatives à la relation entre le constituant et le créancier garanti d'une part, et aux débiteurs de l'obligation (désignés dans le Guide par l'expression "tiers débiteurs"), d'autre part, sont impératives. D'autres, en revanche, ne le sont pas. Les droits et obligations des tiers débiteurs sont présentés en détail au chapitre IX.

62. Le présent chapitre porte sur les droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire avant défaillance. Conformément au principe de l'autonomie des parties, la plupart des États considèrent que ce sont les parties elles-mêmes qui devraient déterminer leurs droits et obligations réciproques avant défaillance. Aussi la majorité des règles relatives à ces droits et obligations sont-elles non impératives. Les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession posent toutefois un certain nombre de règles impératives pour le cas des cessions internationales.

63. Le principe de base dans ce domaine peut être énoncé de manière succincte et est généralement présent dans la législation nationale de la plupart des États. Selon ce principe, puisque la convention constitutive de sûreté peut porter sur une relation en cours entre les parties, celles-ci devraient, à moins d'en décider autrement, être liées par leurs propres habitudes et usages. Le présent Guide part de l'idée que la convention entre les parties est la source première de leurs droits et obligations

réciproques et qu'en l'absence d'accord contraire, elles sont également liées par leurs propres habitudes et usages établis (voir A/CN.9/631, recommandation 110).

64. Certains des aspects les plus importants de la convention entre le cédant et le cessionnaire ont trait aux garanties que le premier donne au second. En temps normal, il est présumé que a) le cédant a le droit de céder la créance; b) la créance n'a pas déjà été cédée; et c) le débiteur de la créance ne peut opposer au cédant aucune exception ni aucun droit à compensation. En d'autres termes, si le cédant a des doutes sur l'un quelconque de ces points, il doit le mentionner expressément dans la convention, ou déclarer expressément qu'il ne garantit rien à cet égard. En tout état de cause, parallèlement aux obligations du constituant à l'égard des biens corporels avant défaillance, le cédant doit prendre toutes les mesures raisonnables nécessaires à la préservation de la valeur de la créance. Il doit de ce fait continuer de veiller à conserver le droit de recouvrer la créance. Par ailleurs, à moins d'une mention expresse contraire de sa part, le cédant est présumé ne pas garantir que le débiteur de la créance peut effectivement payer. Ces différentes obligations sont énoncées sous forme de règles non impératives dans la législation nationale de la plupart des États et font l'objet d'une recommandation en ce sens dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 111).

65. La valeur de la créance cédée étant constituée par le paiement qu'effectue le débiteur de l'obligation, et le débiteur de la créance n'étant obligé de payer le cessionnaire que s'il a connaissance des droits de ce dernier (voir A/CN.9/631, recommandations 114 et 115), il importe de donner au cessionnaire tous les moyens lui permettant de porter la cession à la connaissance du débiteur. De nombreux États prévoient donc que soit le cédant soit le cessionnaire, peut notifier la cession au débiteur et lui donner des instructions relatives à la manière dont le paiement doit être effectué. Néanmoins, pour éviter que des instructions contradictoires ne soient données, seul le cessionnaire peut normalement, une fois la cession notifiée, indiquer au débiteur le mode et le lieu de paiement.

66. Il peut, bien sûr, se trouver des situations dans lesquelles le cédant et le cessionnaire (ou l'un des deux seulement) ne souhaitent pas que le débiteur de la créance ait connaissance de la cession. Ce souhait peut être lié aux caractéristiques particulières de l'activité concernée ou aux conditions économiques générales. Pour cette raison, les États prévoient habituellement que le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de différer la notification de la cession au débiteur de la créance. Tant que cette notification n'est pas intervenue, le débiteur continuera de payer le cédant conformément à la convention qui les lie ou à toute instruction de paiement ultérieure. Le manquement de la part d'une des parties (généralement le cessionnaire) à une obligation de ne pas notifier la cession ne devrait pas nuire au débiteur de la créance. Ce dernier peut payer conformément aux instructions données et être libéré de sa dette à hauteur des montants ainsi versés (voir A/CN.9/631, recommandation 116). Néanmoins, de nombreux États prévoient également que, sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, un tel manquement peut faire naître une responsabilité pour tout préjudice en résultant. Le présent Guide recommande que ces principes généraux s'appliquent à la notification de la cession au débiteur de la créance (voir A/CN.9/631, recommandation 112).

67. La sûreté portant en fait sur le droit au paiement, il importe de préciser l'effet de tout paiement fait par le débiteur de la créance, soit au cédant soit au cessionnaire, sur leurs droits respectifs. De nombreux États ont adopté des règles

non impératives destinées à régir l'effet des paiements effectués de bonne foi qui n'étaient pas forcément conformes à l'intention du cédant ou du cessionnaire. Il est possible, par exemple, même si le débiteur de la créance n'a pas été avisé de la cession, que le paiement soit fait dans les mains du cessionnaire. Étant donné l'objectif de la sûreté sur la créance, il est plus efficace de permettre au cessionnaire de conserver ce paiement en l'affectant au règlement de l'obligation du cédant. De même, si le paiement est fait dans les mains du cédant postérieurement à la cession, et là encore indépendamment de la question de savoir si le débiteur de la créance avait été avisé de la cession, le cédant devrait être tenu de remettre le paiement reçu au cessionnaire. Pareillement, une fois le débiteur avisé, si l'obligation de paiement consiste en partie à restituer un bien au cédant, les États prévoient souvent que ce bien doit être remis au cessionnaire. Dans tous ces cas, cependant, les règles adoptées par de nombreux États sont non impératives et le cédant et le cessionnaire pourraient donc adopter une solution différente dans leur convention.

68. En cas de cessions multiples de la créance, le débiteur peut recevoir de multiples notifications et ne pas savoir quel cessionnaire est le plus fondé à recevoir paiement. Il arrive alors qu'il paie de bonne foi dans les mains d'un cessionnaire ayant un rang de priorité moins élevé. En pareil cas, les États prévoient généralement que le cessionnaire de rang plus élevé ne doit pas être privé de ses droits à obtenir paiement et, lorsque l'obligation de paiement comprend la restitution de biens au cédant, à recevoir également lesdits biens. Cependant, le cessionnaire ne peut en tout état de cause conserver le paiement qu'à hauteur de ses droits sur la créance, de sorte que si le débiteur effectue un paiement supérieur au montant du solde de sa dette envers le cédant, le cessionnaire doit remettre le surplus à la personne à laquelle il revient (le cessionnaire de rang immédiatement inférieur ou le cédant selon le cas). Conformément à son approche générale en matière de répartition des droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire avant défaillance, le présent Guide recommande que ces principes généraux régissent les cas où le paiement a été fait de bonne foi dans les mains d'une personne qui n'était pas en réalité fondée à le recevoir (voir A/CN.9/631, recommandation 113).

69. Ces règles non impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance des cédants et des cessionnaires de biens meubles incorporels contribuent à structurer la relation qui les lie. À bien des égards, elles constituent un bon exemple de ce à quoi sont destinées des règles non impératives, ce qui explique qu'elles soient explicitement mentionnées dans la législation nationale de nombreux États. C'est aussi pour cette raison que le présent Guide recommande de les faire figurer dans toute loi relative aux opérations garanties, afin de favoriser l'efficacité de la cession et du recouvrement de créances, tout en permettant aux cédants et aux cessionnaires de structurer leurs propres opérations de manière différente afin qu'elles correspondent à leurs propres besoins et à leurs propres souhaits.

C. Recommandations

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, le document A/CN.9/631 présentant l'ensemble des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, celles-ci ne sont pas reproduites ici. Une fois finalisées, elles figureront à la fin de chaque chapitre.]