



Assemblée générale

Distr.: Générale
7 novembre 2007

Français
Original: Anglais

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

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Note du secrétariat*

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière.	1-170	4
A. Remarques générales.	1-151	4
1. Introduction.	1-17	4
a) Le concept de priorité.	1-7	4
b) Le domaine de la priorité: types de conflits de priorité.	8-11	6
c) L'importance des règles de priorité.	12-16	7
d) Plan du chapitre	17	8
2. Les approches de la rédaction des règles de priorité	18-24	8
3. Les différents fondements permettant de déterminer la priorité	25-50	10
a) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur l'inscription	27-34	10
b) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la possession	35-38	12
c) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur le contrôle	39-40	13

* La présente note est soumise avec 5 semaines de retard par rapport au délai prescrit de 10 semaines avant le début de la réunion, car il a fallu achever les consultations et modifier le texte en conséquence.



d) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur l'inscription sur un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété.	41-44	14
e) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la constitution de la sûreté réelle mobilière.	45-46	14
f) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la notification à un tiers débiteur.	47-48	15
g) L'ordre de priorité déterminé par la loi en fonction de la nature de la créance.	49-50	15
4. Les règles pour déterminer l'ordre de priorité entre des réclamants concurrents	51-126	16
a) L'ordre de priorité entre des créanciers garantis et chirographaires.	52-53	16
b) L'ordre de priorité entre des sûretés concurrentes sur les mêmes biens grevés	54-67	17
c) L'ordre de priorité entre les droits des bénéficiaires de transferts, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés	68-94	20
d) Priorité des créances privilégiées	95-98	27
e) Priorité des droits des créanciers judiciaires	99-107	28
f) Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé.	108-111	31
g) Priorité du droit de revendication d'un fournisseur	112-114	32
h) Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché	115-120	32
i) Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini découlant d'une sûreté sur des biens transformés ou mélangés	121-126	34
5. Portée et interprétation des règles de priorité.	127-151	36
a) Caractère indifférent de la connaissance de l'existence de la sûreté	127-129	36
b) La liberté contractuelle en ce qui concerne la priorité: cession de rang.	130-133	37
c) Impact de la continuité de l'opposabilité sur la priorité	134-136	38
d) Portée de la priorité: avances futures, et obligations futures et conditionnelles	137-142	39
e) Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir.	143-145	41
f) Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur le produit.	146-151	41
B. Remarques sur des biens particuliers	152-170	43
1. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable	155-157	43
2. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	158-164	44

3. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des espèces	165	45
4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant	166-167	46
5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable	168-170	46
C. Recommandations		48

VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière

A. Remarques générales

1. Introduction

a) Le concept de priorité

1. Le concept de priorité est au cœur de tout régime efficace en matière d'opérations garanties. Il s'agit du principal moyen par lequel les États résolvent les conflits entre des réclamants concurrents concernant des biens du débiteur (pour les définitions des termes "priorité" et "réclamant concurrent", voir Introduction, section B, Terminologie). Dans un régime des opérations garanties relatif aux biens meubles, le concept se reflète dans l'ensemble des principes et des règles qui régissent la mesure dans laquelle un créancier garanti peut obtenir l'avantage économique de sa sûreté sur un bien grevé par préférence à tout autre réclamant concurrent.

2. Pour bien comprendre la logique et les limites du concept de priorité, il faut se placer dans le contexte du droit général régissant, dans un État, les relations entre débiteurs et créanciers. Dans certains États, ce droit ne traite pas directement du rapport entre les divers créanciers d'un débiteur, mais uniquement du rapport entre le créancier et son débiteur. En cas de défaillance, un créancier peut obtenir un jugement contre son débiteur, en vertu duquel il peut tout simplement saisir et vendre les biens de ce dernier pour recouvrer le montant qui lui est dû. Dans ces États, le concept de priorité (lorsqu'il est nécessaire de déterminer lequel des créanciers est le plus fondé à revendiquer un bien) n'entre en jeu que lorsqu'un réclamant concurrent conteste le droit d'un créancier à réaliser un ou plusieurs biens de son débiteur. Cela peut être le cas par exemple lorsqu'un créancier saisit des biens trouvés chez le débiteur, mais appartenant peut-être en réalité à un tiers.

3. Dans la plupart des États, toutefois, le droit des relations entre débiteurs et créanciers a une portée plus large et prévoit aussi plus explicitement la manière dont les relations entre l'ensemble des créanciers d'un débiteur doivent être régies. Ces relations obéissent habituellement à deux principes généraux. Premièrement, la loi prévoit d'ordinaire que les biens d'un débiteur sont le "gage commun" (parfois appelé "patrimoine saisissable") de ses créanciers: tous les biens du débiteur peuvent être saisis et vendus pour exécuter une obligation confirmée par un jugement prononcé en faveur de l'un quelconque des créanciers; toutefois, si d'autres créanciers ont aussi obtenu un jugement et participent à la saisie, le produit de la vente est utilisé pour rembourser l'ensemble des créances. Deuxièmement, au cas où la vente des biens ne rapporte pas suffisamment d'argent pour rembourser intégralement l'ensemble des créanciers, leurs créances sont recalculées proportionnellement et payées au prorata (les créanciers se partageant également le produit de la vente en proportion des montants respectifs de leurs créances).

4. Bien que les deux principes mentionnés dans le paragraphe précédent figurent dans le droit de la plupart des États, le droit des relations entre débiteurs et créanciers, dans ces États, va bien au-delà et permet à certains créanciers d'obtenir une préférence sur d'autres créanciers. En d'autres termes, ces deux principes ne régissent l'ensemble des relations entre débiteurs et créanciers que si le ou les créanciers n'ont pas conclu de contrat avec leur débiteur pour obtenir un privilège.

Par exemple, dans nombre d'États les créanciers utilisent des mécanismes comme la réserve de propriété ou la vente avec droit de rachat pour empêcher que certains biens du débiteur soient intégrés au gage commun, ou pour qu'ils en soient retirés, afin de ne plus être à la disposition de l'ensemble des créanciers. En procédant ainsi, ces créanciers peuvent accroître leurs chances de recevoir le paiement complet des obligations qui leur sont dues puisqu'ils n'ont plus à partager la valeur économique de ces biens avec les réclamants concurrents. En outre, dans la plupart des États, certains créanciers sont autorisés à obtenir un droit prioritaire dans la répartition du produit d'une vente en réalisation de leurs créances. Ce privilège peut trouver son origine dans la loi (comme celui qui est souvent accordé aux personnes ayant effectué des réparations sur les biens, aux vendeurs de biens qui n'ont pas été payés et aux autorités fiscales) ou dans un contrat conclu pour obtenir une sûreté sur des biens particuliers du débiteur. En pareils cas, le droit de certains créanciers d'être payés de préférence à d'autres accroît directement leurs chances de recouvrer l'intégralité de leurs créances puisque les réclamants concurrents ne seront payés que lorsque ces créanciers privilégiés auront été entièrement remboursés. L'un des objectifs essentiels des règles régissant la priorité est de définir clairement les conséquences de ces techniques visant à obtenir un privilège sur des réclamants concurrents.

5. Les États adoptent des approches générales différentes pour élaborer un ensemble de règles de priorité. Certains définissent ce concept de manière assez restrictive et ne l'utilisent qu'en cas de concurrence entre réclamants ayant obtenu un privilège en rompant avec le principe d'égalité des créanciers. Dans ces États, la concurrence opposant des réclamants dont les créances sont limitées à un ou plusieurs biens du débiteur (notamment les vendeurs réservataires et les acquéreurs ultérieurs d'un bien du débiteur) n'est normalement pas qualifiée de conflit de priorité. On y met avant tout fin en déterminant si le réclamant ou le débiteur est propriétaire du bien concerné. En outre, dans ces États, les questions de priorité ne se posent habituellement que lorsqu'un créancier cherche à recevoir paiement de sa créance en réalisant les biens de son débiteur; avant ce moment, le concept de priorité n'a pas d'importance concrète.

6. Dans d'autres États, le terme de priorité a une portée plus large. Il est utilisé dans les situations de concurrence entre des réclamants ayant des droits réels sur les biens de leur débiteur (ou les biens dont il est propriétaire en apparence), y compris ceux dont il n'est en réalité peut-être pas encore propriétaire. Par exemple, le conflit entre un vendeur réservataire, un tiers auquel le débiteur est censé avoir vendu le bien et un créancier judiciaire de l'acheteur ayant un droit sur le bien est qualifié de conflit de priorité. Dans ces États, le concept de priorité régit en outre la relation entre des réclamants concurrents avant même que le débiteur soit défaillant. La concurrence qui oppose le bénéficiaire du transfert d'une créance et un créancier qui recouvre la créance est considérée comme un conflit de priorité, même si le débiteur n'est peut-être pas encore défaillant vis-à-vis du créancier.

7. Le Guide recommande aux États d'adopter une approche entièrement intégrée (ou unitaire) en matière de sûretés comme cadre d'organisation général. En dehors de l'approche non unitaire du financement d'acquisitions (voir chapitre XI sur le financement d'acquisitions), si un créancier cherche à obtenir un privilège par le biais du mécanisme du gage commun ou du principe de l'égalité des créanciers, le moyen particulier qu'il utilisera relèvera du droit des opérations garanties (voir

chapitre III, Approches fondamentales en matière de sûretés, recommandation 11). C'est pourquoi le terme de priorité est utilisé dans le présent chapitre dans l'acception plus étendue qui vient d'être exposée. Toutes les situations de concurrence entre un créancier garanti et un autre réclamateur qui cherche à réaliser ses droits sur un bien grevé sont traitées comme des conflits de priorité.

b) Le domaine de la priorité: types de conflits de priorité

8. Avant d'expliquer pourquoi le concept de priorité est si important (voir par. 12 à 16 ci-dessous), on examinera les différentes situations dans lesquelles se posent des questions de priorité afin d'expliquer le contexte pertinent. Il y a principalement deux contextes, supposant tous deux qu'au moins un des réclamateurs concurrents soit un créancier garanti.

9. Les questions de priorité se posent le plus souvent au moment de la réalisation des sûretés, par exemple lorsque le constituant d'une sûreté sur un bien grevé n'exécute pas son obligation garantie et lorsque la valeur des biens grevés n'est pas suffisante pour satisfaire les obligations dues au créancier procédant à la réalisation et à tous les autres réclamateurs concurrents faisant valoir un droit sur ces biens. Dans cette situation, la loi sur les opérations garanties doit déterminer comment la valeur économique des biens doit être répartie entre eux. Le réclamateur concurrent sera souvent un autre créancier garanti du constituant. L'exemple type est celui du constituant qui a accordé une sûreté sur le même bien à deux prêteurs différents. Toutefois, il arrive souvent que le réclamateur concurrent soit titulaire d'un autre type de droit réel, tel qu'un droit constitué par des sûretés légales (par exemple, un créancier privilégié). Un autre exemple encore est le cas du constituant qui ne remplit pas son obligation envers un créancier garanti et qui a un créancier chirographaire ayant obtenu un jugement à son encontre et pris des mesures pour faire exécuter le jugement sur les biens grevés par la sûreté.

10. Des problèmes de priorité surviennent aussi lorsqu'un tiers fait valoir un droit sur un bien grevé qui lui permettra, s'il y est fait droit, d'obtenir un titre de propriété sur les biens libre de toute charge (c'est-à-dire libre de toute sûreté et autres créances concurrentes). Un exemple typique est le cas où le constituant crée une sûreté réelle mobilière en faveur d'un prêteur en conservant la possession du bien et vend ensuite ce bien grevé à un tiers. La loi sur les opérations garanties doit alors déterminer si l'acheteur acquiert la propriété 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 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. Encore un autre exemple concerne la situation où le représentant de l'insolvabilité dans la procédure d'insolvabilité du constituant revendique les biens grevés de la sûreté d'un créancier au profit de la masse de l'insolvabilité.

11. Dans tous les cas qui viennent d'être mentionnés, la priorité n'est un problème que si les sûretés sont opposables aux tiers (pour la distinction entre efficacité entre les parties et opposabilité, voir chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière). Alors que certains États attachent des effets en termes de priorité à certains droits qui peuvent ne pas être "pleinement" opposables, d'autres États font une distinction nette entre les droits qui sont opposables et ceux qui ne le sont pas.

Dans ces États, les sûretés qui ne sont pas opposables ont le même rang de priorité les unes par rapport aux autres que par rapport aux droits des réclamants chirographaires ordinaires. En outre, les réclamants concurrents qui bénéficient d'un statut privilégié en vertu d'une autre loi (par exemple, les personnes qui fournissent un service, comme une réparation, et celles qui bénéficient d'un privilège légal) ou qui acquièrent des biens auprès du constituant seront toujours prioritaires sur une sûreté qui n'a pas été rendue opposable. Il convient cependant de noter que même si les sûretés ne sont pas opposables et qu'elles n'ont aucune conséquence en termes de priorité, elles sont néanmoins efficaces à l'égard du constituant et réalisables auprès de lui (voir recommandation 30 et chapitre VIII, Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté).

c) L'importance des règles de priorité

12. Pour un certain nombre de raisons, il est largement admis que des règles de priorité efficaces sont essentielles pour encourager l'offre de crédit garanti.

13. Tout d'abord, le plus important pour un créancier garanti est de savoir quel sera le rang de sa sûreté en cas de réalisation de la sûreté dans le cadre et en-dehors de la procédure d'insolvabilité du constituant. Plus précisément, la question est de savoir combien il peut raisonnablement s'attendre à retirer de la vente des biens grevés, question particulièrement importante lorsqu'il compte sur les biens grevés 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 ces biens comme garantie de remboursement. Cette incertitude sur ce que pourra lui rapporter la vente des biens peut l'inciter à majorer le coût du crédit (par exemple, en appliquant un taux d'intérêt plus élevé) ou à en réduire le montant (en accordant un pourcentage moins important de la valeur des biens grevés). Parfois, cela pourra même l'amener à refuser purement et simplement le crédit.

14. Afin de réduire au minimum cette incertitude (et de promouvoir ainsi le crédit garanti), il est important que les lois sur les opérations garanties prévoient des règles de priorité claires conduisant à des résultats prévisibles en cas de concurrence entre des réclamants sur les biens grevés. En outre, puisque les sûretés n'ont pas de valeur pour les créanciers garantis à moins d'être réalisables dans la procédure d'insolvabilité du constituant, il est important que ces résultats soient, dans toute la mesure du possible, respectés par le droit de l'insolvabilité d'un État (voir chapitre XIV sur l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté, par. 13 et 59 à 63). Ceci est particulièrement vrai dans la mesure où, très souvent, le non-respect d'une obligation envers un créancier garanti peut être concomitant à des défaillances envers d'autres créanciers et entraîner l'insolvabilité. Des règles de priorité claires servent non seulement à résoudre les conflits, mais également à les éviter en permettant aux réclamants concurrents 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 car les créanciers potentiels seront plus assurés de pouvoir se tourner vers les biens grevés en cas de défaillance de leur constituant (même si ce dernier fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité) et pourront calculer précisément les risques liés à l'octroi d'un crédit à un emprunteur donné.

15. Des règles de priorité bien conçues peuvent aussi avoir un autre impact positif sur l'offre globale de crédit garanti. De nombreuses banques et autres institutions financières sont disposées à accorder un crédit sur la base de sûretés subordonnées à une ou à plusieurs sûretés ayant un rang de priorité supérieur, détenues par d'autres créanciers garantis, tant qu'elles estiment que les biens du constituant ont une valeur résiduelle (en sus des autres obligations garanties) permettant de couvrir leurs sûretés et qu'elles peuvent confirmer clairement le rang de priorité exact de celles-ci. Ceci présuppose que le créancier potentiel soit capable de déterminer le montant maximum garanti par les sûretés de rang supérieur, soit en communiquant avec les titulaires des autres sûretés ou, dans les États qui exigent une déclaration du montant maximum pour lequel une sûreté grève un bien, en consultant l'avis inscrit dans le registre général des sûretés (voir par. 141 ci-dessous et recommandation 57, al. d)). Par contre, dans les situations où le créancier garanti potentiel n'arrive pas à s'assurer que la valeur résiduelle suffit pour appuyer le nouvel octroi de crédit proposé, il pourrait peut-être créer assez de valeur en négociant un accord de cession de rang avec un ou plusieurs créanciers garantis d'un rang supérieur aux termes duquel ceux-ci renonceraient à la priorité de leurs sûretés sur certains biens au profit de la nouvelle sûreté proposée (voir par. 130 à 133 ci-dessous et recommandation 75). Il peut en être ainsi si les créanciers de rang supérieur estiment que le nouvel octroi de crédit proposé aidera le constituant dans ses affaires, renforçant ainsi les chances de voir leurs créances remboursées.

16. Dans ces deux situations, la probabilité qu'un autre créancier octroie un crédit à un constituant est sensiblement plus grande dans un État où il existe des règles de priorité claires qui permettent aux créanciers de déterminer leur rang de priorité avec un degré élevé de certitude. En outre, des règles claires et bien conçues facilitent la constitution de sûretés multiples sur les mêmes biens, ce qui permet à un constituant de maximiser la valeur de ses biens pouvant être utilisés pour obtenir un crédit.

d) Plan du chapitre

17. Dans sa section A, le présent chapitre traite des grandes approches de la rédaction des règles de priorité (section A.2) et des différentes méthodes permettant de déterminer la priorité (section A.3). Il examine ensuite les principales règles de priorité qui devraient faire partie d'un régime moderne des opérations garanties. Il étudie la relation entre les différents réclamants concurrents (section A.4) ainsi que la portée et l'interprétation des règles de priorité (section A.5). La section B s'intéresse aux règles de priorité spéciales qui ne s'appliquent qu'à certaines catégories spécifiques de biens et la section C conclut le chapitre par une série de recommandations.

2. Les approches de la rédaction des règles de priorité

18. Les États sont confrontés à un certain nombre de choix fondamentaux lorsqu'ils rédigent des règles de priorité. Ils doivent commencer par déterminer la portée du régime de priorité. La première question est de savoir s'il doit s'appliquer uniquement aux situations de concurrence entre différents créanciers d'obligations personnelles ou s'étendre aux situations de concurrence opposant toutes les personnes qui font valoir des droits sur les biens d'un débiteur, ou les biens dont il est propriétaire en apparence, ou en relation avec ces biens. Pour les raisons

exposées ci-dessus (voir par. 1 à 7), le Guide adopte la position selon laquelle le régime de priorité devrait englober les conflits de priorité entre tous les réclamants concurrents potentiels.

19. Les États doivent ensuite décider comment ces règles de priorité devraient être organisées et rédigées. Plusieurs approches sont possibles, même si elles reflètent dans l'ensemble des tendances alternatives en matière de rédaction législative.

20. L'une d'entre elles est d'élaborer des règles de priorité sous la forme d'un ensemble de principes généraux destiné aux tribunaux et que ceux-ci pourront interpréter et utiliser pour résoudre des litiges particuliers. Lorsque des États adoptent une telle approche, en particulier à l'occasion de l'adoption d'un nouveau régime des opérations garanties pleinement intégré comme celui recommandé dans le Guide, les tribunaux ont la très lourde charge de donner des détails sur l'application de ces principes généraux. Les juges doivent non seulement maîtriser rapidement la logique sous-jacente au nouveau régime mais aussi s'assurer des pratiques du marché et les assimiler afin d'élaborer des règles spécifiques qui soient prévisibles et efficaces. Il se peut en outre que beaucoup de temps s'écoule avant qu'un nombre suffisant de décisions judiciaires ait été rendu sur un éventail suffisant de questions pour pouvoir connaître avec certitude le fonctionnement pratique des principes de priorité.

21. Une autre approche consiste à élaborer un grand nombre de règles de priorité détaillées pour régir toutes les situations possibles et imaginables faisant intervenir des réclamants concurrents. Dans les États qui suivent cette approche, en particulier dans ceux qui ont précédemment instauré des régimes de priorité à l'aide de grands principes fondés sur la détermination préalable de la propriété des biens faisant l'objet de réclamations concurrentes, un système complet de règles spécifiques pourra sembler extrêmement complexe et difficile à manier pour les avocats et les juges.

22. Une autre approche encore consiste à élaborer et à organiser les règles de priorité en un ensemble cohérent sous la forme d'une série de principes de portée plus générale, puis à appliquer ces principes de manière spécifique à des situations qui se rencontrent fréquemment. Cette approche peut permettre d'y voir plus clair et d'obtenir un degré élevé de certitude au sujet de n'importe quel conflit de priorité. C'est celle qui est recommandée par le Guide.

23. En choisissant l'une ou l'autre approche, un État doit penser aux objectifs généraux qu'il cherche à atteindre. Il convient de rappeler que le Guide cherche à présenter un régime des opérations garanties qui prévoit des sûretés réelles mobilières sans dépossession sur différents biens meubles corporels et incorporels qui, dans de nombreux États, ne pouvaient jusqu'à présent pas être grevés ou ne pouvaient pas l'être par plusieurs sûretés à la fois (voir recommandation 2 a)). En outre, le Guide adopte une approche entièrement intégrée en ce qui concerne les opérations qui, quel que soit leur nom, sont destinées à garantir l'exécution d'une obligation (voir recommandation 11). Enfin, il reconnaît de nombreuses méthodes permettant de rendre les sûretés opposables (voir recommandations 32 et 34 à 36). Toutes ces raisons font que le Guide recommande aux États d'adopter la troisième approche pour rédiger leurs règles de priorité.

24. Dans cette logique, un régime moderne des opérations garanties devrait comprendre un ensemble de règles de priorité détaillées et précises qui: a) ont une portée étendue; b) couvrent un large éventail d'obligations garanties existantes et futures; c) s'appliquent à tous les types de biens grevés, y compris les biens et le produit à venir; et d) fournissent les moyens de résoudre des conflits de priorités entre une grande diversité de réclamants concurrents (créanciers garantis, bénéficiaires de transferts, prestataires de services et créanciers judiciaires, par exemple). Cette approche des règles de priorité 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. Les sections suivantes du présent chapitre précisent les questions que ces règles détaillées devraient résoudre et comment ces dernières devraient être formulées.

3. Les différents fondements permettant de déterminer la priorité

25. Du fait que les règles de priorité, dans un régime moderne des opérations garanties, sont destinées à régir le rapport entre les droits du titulaire d'une sûreté et les droits du ou des tiers, elles sont étroitement liées aux différentes méthodes permettant de rendre la sûreté opposable. Compte tenu de la grande importance qu'il accorde à l'opposabilité, le Guide adopte l'approche générale selon laquelle aucun créancier garanti ne peut faire valoir sa priorité sur un réclamant concurrent si la sûreté n'a pas été rendue opposable. Il s'agit des seuls cas dans lesquels une question de priorité se pose.

26. La présente section rappelle brièvement les diverses méthodes pour rendre une sûreté opposable qui ont été adoptées dans différents États en indiquant à chaque fois les principes fondamentaux de la priorité qui s'appliqueront lorsque l'opposabilité aura été obtenue par la méthode concernée. Elle examine, dans l'ordre, l'opposabilité obtenue par: a) inscription d'un avis sur un registre général des sûretés; b) possession du bien grevé par le créancier garanti; c) un accord de contrôle; d) inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété; e) constitution de la sûreté; et f) notification à un tiers débiteur.

a) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur l'inscription

27. Comme on l'a vu ci-dessus (voir chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...], et chapitre VI sur le système de registre, par. [...]), l'un des meilleurs moyens de permettre aux créanciers de déterminer leur rang de priorité avec un degré de certitude élevé au moment où ils octroient un crédit, est de recourir à un registre public.

28. Dans la plupart des États où existe un système fiable d'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières, le principe général veut que la préférence soit 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").

i) L'inscription d'un avis avant la constitution d'une sûreté

29. L'inscription a traditionnellement été considérée dans de nombreux États comme une formalité permettant d'assurer l'opposabilité qui est accomplie une fois la sûreté devenue efficace entre les parties. Ceci signifie que l'inscription fait connaître et confirme un droit qui existe déjà ou qui naît au moment où elle est faite

(voir l'examen dans le chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par [...]), comme dans un système juridique dans lequel une sûreté devient opposable lorsque toute la convention constitutive de sûreté est inscrite. Toutefois, dans certains États, il ne s'agit pas d'inscrire un droit qui existe déjà, mais un avis relatif à une sûreté qui peut ne pas encore exister. L'inscription ne confirme pas que le droit a effectivement été créé, mais bien qu'il a été ou peut être créé. Par conséquent, la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription peut s'appliquer dans ces États même si une ou plusieurs des conditions requises pour la constitution d'une sûreté n'étaient pas remplies au moment de l'inscription.

30. Une telle approche évite à un créancier qui a déjà inscrit un avis 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. Elle donne au créancier la certitude qu'une fois un avis de sûreté mobilière inscrit, d'autres sûretés pour lesquelles un avis sera inscrit ultérieurement ne primeront pas sa sûreté. Par exemple, un créancier A peut inscrire son avis, faire une recherche dans le registre pour s'assurer qu'aucun avis de sûreté n'a été inscrit, puis accorder le crédit en étant certain que sa sûreté aura une priorité de premier rang même si un créancier B inscrit un avis pour une sûreté concurrente entre le moment où le créancier A a inscrit son avis et le moment où il a octroyé le crédit. En outre, les autres créanciers existants ou potentiels sont également protégés grâce à cette règle 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 les mêmes biens ou des sûretés de rang supérieur sur d'autres biens). Cette approche est celle que le Guide recommande (voir recommandation 73 a)).

ii) *L'atténuation de la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription*

31. Dans de nombreux États où la priorité est fonction de l'ordre d'inscription, cette règle est atténuée pendant ce qu'on a appelé les "délais de grâce" pour l'inscription. Ces délais permettent à l'opposabilité d'une sûreté d'être rétroactive si l'inscription d'un avis a lieu peu de temps après la constitution de la sûreté. Dans ce cas, la priorité sera déterminée selon la date de constitution plutôt que selon la date d'inscription de l'avis. Par conséquent, une sûreté constituée en premier, mais inscrite en second, peut quand même primer une sûreté constituée en second mais inscrite en premier, à condition que l'avis relatif à cette dernière soit inscrit avant l'expiration du délai de grâce applicable. Dans ces cas, 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 (voir d'une manière générale le chapitre XI sur le financement d'acquisitions, par [...]).

32. Les créanciers cherchent à se protéger contre ce risque de différentes manières. Ils peuvent attendre que le délai de grâce applicable expire avant d'accorder le crédit au constituant, ce qui a toutefois comme inconvénient de retarder aussi l'octroi du crédit. Ils peuvent également se fier aux déclarations du constituant certifiant qu'il n'a pas accordé de sûretés concurrentes sur les mêmes biens grevés. Cette solution n'est pas non plus idéale car si la déclaration se révèle fautive, le créancier ne pourra intenter qu'une action en dommages et intérêts. Afin de ne pas compromettre la certitude apportée par la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, les États limitent généralement l'utilisation des délais de grâce à de

rare cas, tels que: a) le financement d'acquisitions; b) les situations où l'inscription avant ou en même temps que la constitution n'est pas possible sur le plan logistique.

iii) *Les exceptions à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription*

33. La règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription ne peut pas être absolue. Les régimes modernes des opérations garanties envisagent deux principaux types d'exceptions. Les États prévoient parfois qu'une sûreté peut être automatiquement opposable dès sa constitution sans qu'il soit besoin d'inscrire un avis. Cette exception concerne le plus souvent les sûretés réelles mobilières sur des biens de consommation (pour la définition du terme "biens de consommation" voir Introduction, section B, Terminologie). Dans ces cas, la priorité de la sûreté est déterminée en fonction du moment de la constitution (voir par. 45 et 46 ci-dessous).

34. En outre, de nombreux États ont adopté une exception à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription pour les sûretés qui ont été rendues opposables par une méthode autre que l'inscription d'un avis sur le registre général des sûretés. Ainsi, par exemple, lorsqu'il arrive qu'un avis soit inscrit en second sur un registre général mais en premier sur un registre spécialisé de la propriété ou annoté sur un certificat de propriété, les États accordent généralement la priorité d'après l'ordre d'inscription dans le registre spécialisé ou d'annotation sur le certificat de propriété (voir par. 41 à 44 ci-dessous). De même, lorsqu'une sûreté est inscrite en second sur le registre général mais que le bien grevé est un instrument négociable en possession d'un créancier (voir par. 35 à 38 et 155 à 157 ci-dessous), un document négociable en possession d'un créancier (voir par. 168 à 170 ci-dessous), ou un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui a fait l'objet d'un accord de contrôle (voir par. 158 à 164 ci-dessous), la priorité est généralement accordée à celui qui possède l'instrument ou le document négociable, ou au bénéficiaire de l'accord de contrôle.

b) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la possession

35. Comme on l'a déjà vu (voir chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. [...] et chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]), les sûretés mobilières avec dépossession sont traditionnellement un élément important des législations sur les opérations garanties de la plupart des États. C'est pourquoi, même dans les États qui ont instauré un registre général des sûretés, les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels peuvent aussi être rendues opposables par la prise de possession des biens par le créancier.

36. Dans ces États, nonobstant le principe général selon lequel c'est le premier créancier à inscrire un avis sur le registre général des sûretés qui est prioritaire, 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. En outre, dans nombre de ces États, il se peut que ce soit un tiers qui possède en réalité les biens et que différents créanciers garantis s'entendent pour lui confier leurs biens, la priorité étant déterminée en fonction des dates respectives auxquelles la possession pour chacun des créanciers est établie. Dans ce cas, la possession pour chacun des créanciers pouvant débiter à une date différente, la priorité sera fonction de la date à laquelle la possession en leur nom a commencé. Toutefois, lorsque le conflit de priorité oppose des sûretés qui sont devenues opposables par prise de possession (que cette possession soit le fait du créancier garanti ou d'un agent agissant

pour le compte d'un ou de plusieurs créanciers garantis), c'est généralement l'ordre dans lequel l'opposabilité est intervenue qui détermine la priorité (voir recommandation 73, al. b)).

37. L'utilisation de la date de prise de possession pour déterminer la priorité fait que les États doivent prévoir une règle pour régir la priorité entre les créanciers qui ont inscrit un avis dans le registre général des sûretés et les créanciers qui ont pris possession. La règle habituelle veut que la priorité soit fonction de l'ordre dans lequel: a) l'avis a été inscrit dans le registre général des sûretés; et b) la possession du bien grevé a été obtenue (voir recommandation 73, al. c)). Par exemple, si un créancier A inscrit un avis au jour 1, un créancier B prend possession au jour 2, un créancier C s'entend avec le créancier B pour lui confier des biens au jour 3, et un créancier D inscrit un avis au jour 4, le rang de priorité des créanciers serait A, B, C et D.

38. Malgré son importance, la priorité fondée sur la possession présente l'inconvénient, du fait que, souvent, la possession n'est pas un acte public, que le détenteur d'une sûreté qui se fie à la possession pour établir la priorité aura la charge d'établir avec précision la date à laquelle il a pris possession. Toutefois, en dépit de cet inconvénient, la priorité fondée sur la possession est commercialement utile pour certains biens, tels que des instruments négociables (par exemple, un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre) ou des documents négociables (par exemple des connaissements ou des récépissés d'entrepôt). Dans ces cas, la prise de possession par le créancier garanti peut empêcher le constituant d'accomplir des actes de disposition du bien grevé interdits. En outre, comme il a été noté, de nombreux États prévoient également qu'une sûreté sur ces types de biens rendue opposable par possession prime généralement une sûreté rendue opposable par inscription d'un avis, même si l'inscription est intervenue en premier (voir recommandations 98, 105 et 106, et aussi par. 155 à 157 et 168 à 170 ci-dessous).

c) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur le contrôle

39. Dans certains États, une sûreté sur certains types de biens meubles incorporels peut être rendue opposable par la prise de "contrôle" (voir Introduction, section B, Terminologie). Dans la plupart des cas où les États autorisent cette méthode, la priorité est généralement accordée à un créancier garanti qui obtient le contrôle du bien grevé, que ce soit avant ou après que les droits des réclamants concurrents sur le bien naissent. Par exemple, lorsque le bien est le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le système de priorité accorde généralement la priorité à la sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle plutôt qu'à une sûreté rendue opposable par une méthode différente (voir recommandation 100, et aussi par. 158 à 164 ci-dessous).

40. Pour certains types de biens meubles incorporels, comme le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, certains États prévoient que la prise de contrôle est la seule méthode d'opposabilité. Lorsqu'il en est ainsi, il n'est pas nécessaire de prévoir des règles de priorité pour trancher des conflits entre l'opposabilité fondée sur le contrôle et l'opposabilité obtenue par tout autre moyen (voir recommandation 104, et aussi par. 166 et 167 ci-dessous).

d) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur l'inscription sur un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété

41. Dans de nombreux États, 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 sur un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété. Initialement, certains registres spécialisés ou systèmes d'annotation ne servaient qu'à protéger les acheteurs de biens soumis à inscription ou annotation en confirmant que le vendeur était véritablement le propriétaire du bien qui était vendu. Toutefois, certains registres spécialisés, comme ceux relatifs aux navires et aux aéronefs, avaient traditionnellement aussi comme fonction plus vaste de protéger tous les types de bénéficiaires de transferts de droits sur les biens désignés, y compris les détenteurs de sûretés. Plus récemment, la tendance a été d'assigner cet objectif plus vaste aux registres spécialisés et aux systèmes d'annotations (voir recommandation 38).

42. Lorsqu'un bien est soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un titre de propriété, la question se pose de savoir lequel des différents droits figurant dans le registre ou dans le système d'annotation est prioritaire. Les États qui utilisent ces registres ou systèmes prévoient en principe que les droits sont classés en fonction de leur ordre d'inscription, de sorte que la sûreté qui prime est celle qui, la première, est inscrite dans le registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété.

43. Lorsqu'un registre spécialisé existe, il est aussi nécessaire de déterminer la priorité entre, d'une part, le droit inscrit sur ce registre ou annoté sur un certificat de propriété et, d'autre part, un droit inscrit sur le registre général des sûretés ou rendu opposable par prise de possession ou par d'autres moyens. Dans la plupart de ces États, un droit inscrit sur un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété prime toute sûreté qui ne l'est pas. En règle générale, ces États adoptent aussi une règle similaire s'agissant des bénéficiaires de transferts, des preneurs à bail ou des titulaires de licence, dont les droits sur les biens soumis à inscription ou annotation seront, à part quelques exceptions limitées, d'un rang inférieur aux droits inscrits sur le registre spécialisé ou annotés sur un certificat de propriété (voir par. 70 à 94 ci-dessous et recommandation 75).

44. La raison d'être de l'approche qui vient d'être décrite est de permettre aux bénéficiaires de transferts de tels biens d'être plus efficaces en n'ayant à consulter que le registre spécialisé ou le certificat de propriété. Il est cependant important de noter que les règles de priorité examinées ci-dessus ne s'appliquent que dans la mesure où le régime de l'inscription ou celui de l'annotation ne prévoient pas eux-mêmes des règles de priorité différentes.

e) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la constitution de la sûreté réelle mobilière

45. Dans les États qui n'ont pas de système d'inscription pour les sûretés, l'opposabilité est souvent automatique au moment de la constitution de la sûreté. Même dans les États qui ont adopté des systèmes d'inscription, il arrive que l'opposabilité des sûretés sur certains types de biens, comme les biens de consommation, soit automatique. Dans ces États, on détermine généralement la priorité d'une sûreté en comparant le moment où la sûreté est constituée et le moment où un avis relatif à la sûreté concurrente est inscrit dans le registre général

des sûretés ou le moment où la sûreté concurrente est rendue opposable par une autre méthode (voir par. 59 à 61 ci-dessous).

46. L'opposabilité automatique a comme avantage, et comme raison d'être, de dispenser certains réclameurs de formalités supplémentaires pour assurer la priorité de leurs droits. Pour ce qui est des biens de consommation et des biens de faible valeur, l'idée de lier la priorité à la constitution peut, par conséquent, donner de bons résultats. Dans certaines situations, l'opposabilité automatique peut toutefois nuire à l'efficacité du système de priorité. Par exemple, lorsque les États autorisent ce type d'opposabilité pour des opérations usuelles, comme les ventes avec réserve de propriété et les cessions de créances à titre de garantie, les autres réclameurs sont forcés d'effectuer des recherches coûteuses et longues (le plus souvent en se fondant sur des éléments moins objectifs comme les déclarations du constituant ou les informations généralement disponibles sur le marché) pour déterminer l'existence et la priorité des sûretés réelles mobilières sans dépossession.

f) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la notification à un tiers débiteur

47. La plupart des méthodes présentées ci-dessus pour déterminer la priorité portent sur des biens meubles corporels, comme les biens d'équipement et les stocks. Lorsque les sûretés sont constituées sur des créances ou d'autres droits à paiement, les États prévoient le plus souvent que la priorité sera déterminée en fonction de la date à laquelle un avis est inscrit sur le registre général des sûretés ou, si une autre méthode d'opposabilité est utilisée, la date à laquelle l'opposabilité est obtenue. Toutefois, dans d'autres États, l'opposabilité d'une sûreté sur une créance et la priorité entre les réclameurs concurrents est fonction de la date à laquelle le débiteur de la créance reçoit notification de l'existence de la sûreté (pour la définition du terme "débiteur de la créance", voir Introduction, section B, Terminologie).

48. Cette méthode d'établissement de la priorité a pour avantage de permettre au débiteur de la créance de déterminer plus facilement le créancier qu'il doit rembourser. Un de ses inconvénients est qu'elle risque d'être source d'incertitude pour les créanciers garantis potentiels car ils ne peuvent pas savoir si un créancier garanti concurrent a notifié sa sûreté au débiteur de la créance ni à quel moment il l'a fait. Cette incertitude peut, de plus, pousser les réclameurs à vouloir réaliser leurs sûretés immédiatement, ce qui priverait le constituant d'une source de revenus lui permettant d'exploiter son entreprise.

g) L'ordre de priorité déterminé par la loi en fonction de la nature de la créance

49. Il arrive souvent dans de nombreux États que certaines créances se voient accorder la priorité uniquement en raison de leur nature, quelle que soit la date à laquelle elles sont nées ou sont devenues opposables. Dans ce cas, les États adoptent un classement des priorités qui est applicable à toutes les situations de concurrence entre réclameurs. Par exemple, les créances fiscales, les créances pour les contributions aux programmes sociaux et les créances salariales ont parfois une priorité de premier rang qui est même supérieure à celle des sûretés qui ont été rendues opposables précédemment. En outre, il existe généralement dans ces États un classement secondaire en vertu duquel, par exemple, les frais de justice peuvent primer les créances fiscales, qui peuvent primer les créances pour les programmes

sociaux, qui à leur tour peuvent primer les créances salariales. Ces sûretés peuvent être soumises à inscription ou non, mais dans les deux cas la priorité est déterminée en fonction d'un classement fixé par la loi et non d'après un quelconque système fondé sur le moment auquel la sûreté pourrait avoir été constituée ou rendue opposable (voir par. 95 à 98 ci-dessous).

50. Ces priorités déterminées par la loi ont l'avantage de protéger dans une certaine mesure les réclamants qui, autrement, n'auraient peut-être pas le pouvoir de négociation suffisant pour obtenir une sûreté par convention. L'inconvénient est qu'elles priment en règle générale les sûretés préexistantes, même si elles doivent être inscrites pour être opposables. Lorsqu'ils prennent une sûreté, les créanciers garantis ne peuvent donc pas déterminer avec précision le rang ou le montant des sûretés disposant d'une priorité conférée par la loi. Cette incertitude risque inévitablement de provoquer une hausse des coûts et de réduire l'offre de crédit garanti. C'est pourquoi, les États limitent en principe la nature et le montant de ces créances, par exemple aux "salaires d'un montant ne dépassant pas une certaine somme par employé" ou "à concurrence d'un certain nombre de mois de salaires non versés".

4. Les règles pour déterminer l'ordre de priorité entre des réclamants concurrents

51. Les principes généraux examinés jusqu'à présent forment la structure de base d'un régime de priorité s'agissant: a) des différents moyens permettant d'organiser un système de priorité; et b) de la portée de la priorité de la sûreté, en particulier en ce qui concerne les obligations futures et les biens et le produit à venir. L'examen qui suit porte sur les règles de priorité spécifiques s'appliquant aux droits des réclamants concurrents.

a) L'ordre de priorité entre des créanciers garantis et chirographaires

52. En règle générale, les États prévoient que toutes les sûretés qui ont été rendues opposables sont prioritaires sur les droits des créanciers chirographaires. Il est généralement admis qu'il est nécessaire d'accorder cette priorité aux créanciers garantis pour promouvoir l'offre de crédit garanti. Les créanciers chirographaires peuvent prendre d'autres mesures pour protéger leurs droits, comme percevoir un supplément pour compenser le risque accru qu'ils encourent, suivre l'état des crédits, ou demander au débiteur de payer des intérêts de retard. En outre, un crédit garanti peut accroître le fonds de roulement du constituant. Le plus souvent, les avances accordées au titre d'un crédit permanent sont la principale source à partir de laquelle une entreprise paie ses créanciers chirographaires dans le cours normal de ses affaires. (voir chapitre II sur le champ d'application et les autres règles générales, section F, Exemples de pratiques de financement visées). Le principe selon lequel les créanciers garantis ont priorité sur les créanciers chirographaires est un élément central de l'approche adoptée par le Guide et sous-tend nombre de ses recommandations (voir par exemple la recommandation 81).

53. Dans de nombreux États, la priorité accordée aux créanciers garantis sur des créanciers chirographaires est absolue mais, dans certains, il y a une exception en faveur des créanciers judiciaires. Le créancier chirographaire peut obtenir une sûreté sur les biens d'un débiteur par le biais d'un jugement ou d'une décision judiciaire provisoire contre le débiteur. En inscrivant le jugement dans le registre général des sûretés, le créancier judiciaire peut convertir une créance non garantie en une

créance garantie qui prend rang conformément aux règles de priorité ordinaires. D'autres États vont plus loin et prévoient que lorsqu'un créancier chirographaire a accompli les formalités nécessaires en vertu du droit applicable pour obtenir un jugement ou une décision judiciaire provisoire, les droits réels qu'il fait valoir peuvent en réalité avoir priorité sur certaines créances d'un créancier garanti préexistant (voir recommandation 81 et par. 99 à 107 ci-dessous).

b) L'ordre de priorité entre des sûretés concurrentes sur les mêmes biens grevés

54. L'une des caractéristiques principales d'un régime moderne des opérations garanties est l'efficacité avec laquelle il résout les conflits de priorité entre des sûretés concurrentes sur les mêmes biens grevés. Il peut s'agir de sûretés qui sont toutes rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés, de sûretés qui sont toutes rendues opposables par une autre méthode, ou d'une combinaison des unes et des autres. À quelques rares exceptions près, les États prévoient, pour l'ensemble des différentes situations qui vont être examinées, que la priorité sera déterminée en fonction de la règle "premier dans le temps, premier dans le droit". Les paragraphes qui suivent expliquent en détail comment ce principe essentiel est habituellement appliqué à des situations particulières.

i) L'ordre de priorité entre des sûretés rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés

55. Dans la plupart des États ayant un registre général des sûretés, la priorité entre des sûretés qui ont toutes été rendues opposables par inscription d'un avis est déterminée en fonction de l'ordre d'inscription, quel que soit l'ordre dans lequel elles sont devenues opposables et même si une ou plusieurs conditions requises pour l'opposabilité n'étaient pas remplies à ce moment-là. Ce principe n'admet que des exceptions extrêmement limitées (voir par. 63 à 67 ci-dessous).

56. Cette approche peut être illustrée par les exemples suivants. Un constituant demande à la banque A 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, la banque A 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, elle conclut une convention constitutive de sûreté avec le constituant, dans laquelle elle s'engage à accorder le prêt garanti demandé. Ce même jour, elle 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 de la banque A 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 la banque B, 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, la banque B inscrit un avis concernant cette sûreté dans le registre général des sûretés et accorde le prêt au constituant. La sûreté réelle mobilière de la banque B 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 de la banque A aurait priorité sur celle de la banque B, indépendamment du fait que la

sûreté de cette dernière a été constituée et rendue opposable avant celle de la banque A.

57. Les principales justifications de cette approche sont les suivantes: a) encourager l'inscription de l'avis le plus tôt possible (qui informe les autres créanciers potentiels de l'existence de la sûreté); et b) sécuriser les créanciers garantis en leur permettant, avant d'accorder un crédit, de déterminer la priorité de leurs sûretés par rapport aux sûretés des autres créanciers garantis. Dans l'exemple ci-dessus, si la banque A 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, elle peut accorder son prêt le jour 5 en sachant avec certitude que sa sûreté aura priorité sur toute autre sûreté qui pourra être rendue opposable 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. De même, lorsque la banque B effectuera des recherches dans le registre elle saura immédiatement que sa sûreté sera de rang inférieur si la banque A accorde le crédit et pourra donc ajuster en conséquence les conditions du crédit qu'elle octroie.

58. Cette certitude n'existerait pas dans une autre approche, adoptée dans certains États, selon laquelle la priorité est accordée à la première sûreté réelle mobilière rendue opposable (l'opposabilité suppose que la sûreté soit constituée et inscrite, ou autre). Il y aurait toujours un risque qu'une autre sûreté puisse devenir opposable, et donc prioritaire, après que la banque A ou B a conduit sa recherche dans le fichier mais avant qu'elle accorde le prêt. Ce risque existerait quelle que soit la durée du délai. Aussi, la position adoptée dans le Guide est-elle que l'ordre de priorité entre des réclameurs concurrents devrait être dans ces cas déterminé en fonction de la date d'inscription de l'avis et non de la date à laquelle la sûreté a été constituée ou rendue effectivement opposable (voir recommandation 73, al. a)).

ii) L'ordre de priorité entre des sûretés réelles mobilières rendues opposables par des moyens autres que l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés

59. En cas de conflit de priorité entre sûretés rendues opposables par des moyens autres que l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés, les États accordent normalement la priorité à celle qui a été rendue la première opposable. 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.

60. Dans le cas de sûretés assurant l'opposabilité par prise de possession, il n'y a normalement 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 décrite précédemment, puisqu'un créancier garanti obtiendrait généralement la possession du bien grevé au moment où il accorde le crédit et pas avant. Dans certains États, il est toutefois possible pour un créancier d'exercer sa possession par l'intermédiaire d'un tiers. Lorsque c'est le cas, plusieurs créanciers garantis peuvent exercer leur possession de cette manière et leur priorité relative est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel ils prennent possession par l'intermédiaire de ce tiers. On parviendrait à un résultat similaire dans le cas

improbable où une banque, ou une autre institution financière, conclurait plusieurs accords de contrôle. La priorité dépendrait des dates relatives des accords.

61. Dans chacun des exemples donnés, conformément au principe applicable aux sûretés rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés, la position du Guide est de dire que la priorité des réclamants concurrents devrait être déterminée en fonction de la date à laquelle la sûreté est devenue opposable (voir recommandation 73, al. b)).

iii) L'ordre de priorité entre les sûretés rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés et les sûretés rendues opposables par d'autres moyens

62. Dans le cas de conflits de priorité entre des sûretés réelles mobilières rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés et des sûretés réelles mobilières rendues opposables par d'autres moyens, les États accordent normalement la priorité à la première sûreté inscrite ou rendue opposable. 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 leur sûreté. Comme il se peut que l'avis soit inscrit avant que la sûreté ne soit constituée (ce qui n'est pas possible en cas d'opposabilité par prise de possession ou d'opposabilité automatique au moment de la constitution), cette règle encourage également l'utilisation du registre pour rendre les sûretés opposables. Le Guide adopte ce principe car c'est celui qui aboutit aux meilleurs résultats lorsque l'opposabilité est assurée par différents moyens (voir recommandation 73, al. c)).

iv) Les exceptions au principe du premier arrivé pour établir la priorité des créanciers garantis concurrents

63. Les exemples ci-dessus sur la manière dont le principe du premier arrivé s'applique aux différentes situations où les sûretés sont rendues opposables par différents moyens connaissent néanmoins des exceptions limitées, qui correspondent à des règles de priorité spéciales pour certains moyens d'opposabilité ou certains types d'opérations ou de biens grevés et qui sont fondées sur des considérations de principe ou pratiques spéciales concernant ces opérations ou ces biens. Parmi les différents moyens d'opposabilité déjà mentionnés il en existe en particulier deux (l'inscription sur un registre spécialisé et la prise de contrôle) qui donnent souvent lieu à des règles de priorité spéciales.

a. L'inscription sur un registre spécialisé ou l'annotation sur un titre de propriété

64. Dans de nombreux États, 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 un registre spécialisé, ou peut être annoté sur un certificat de propriété. La plupart de ces États prévoient que les droits prennent rang dans l'ordre dans lequel ils sont inscrits ou annotés (telle sûreté en prime une autre dont l'inscription dans le registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété est postérieure). Afin de protéger l'intégrité de ces registres ou systèmes d'annotation, le Guide adopte une position similaire (voir recommandation 74, al. b)).

65. Dans les États où il existe un registre spécialisé, il est nécessaire aussi de déterminer l'ordre de priorité entre, d'une part, le droit inscrit dans ce registre ou

annoté sur un certificat de propriété et, d'autre part, un droit inscrit dans le registre général des sûretés ou un droit qui a été rendu opposable par prise de possession ou par d'autres moyens. Dans la plupart de ces États, une sûreté réelle mobilière ou un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété se voit accorder la priorité sur une sûreté inscrite dans un registre général ou qui devient opposable par une autre méthode que l'inscription dans un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété, sans tenir compte de ce qui intervient en premier. Là encore, afin de protéger l'intégrité de ces registres et des systèmes d'annotation, le Guide adopte une position similaire (voir recommandation 74, al. a)).

b. Les accords de contrôle

66. On trouve généralement une deuxième exception dans les États qui autorisent l'opposabilité par prise de contrôle pour les sûretés sur certains types de biens meubles incorporels. Ces États prévoient que quand un créancier obtient l'opposabilité de cette manière, c'est sa sûreté qui prime, quel que soit le moyen utilisé par d'autres créanciers pour rendre leurs sûretés opposables (voir par. 158 à 164 et 166 et 167 ci-dessous). Compte tenu de la nature spéciale des sûretés sur des droits à paiement, le Guide adopte une position similaire (voir recommandations 100 et 104).

c. Les autres exceptions à la règle du premier arrivé

67. Outre ces situations où l'opposabilité est assurée par des moyens particuliers, la règle du premier arrivé connaît aussi des exceptions par rapport à certains types d'opérations ou de biens grevés. Les types d'opérations ou des biens en question sont les suivants: a) sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition dans l'approche unitaire et non unitaire, et réserve de propriété ou droits de crédit-bail dans l'approche non unitaire (voir chapitre XI sur le financement d'acquisitions et les recommandations 173 à 182 et 188 à 196); b) cas où l'opposabilité de sûretés réelles mobilières grevant des instruments négociables, des documents négociables ou des espèces peut être assurée par prise de possession (voir par. 155 à 157, 165 et 168 à 170 ci-dessous et recommandations 98, 99, 103, 105 et 106); c) cas de sûretés réelles mobilières grevant des biens rattachés (voir par. 115 à 120 ci-dessous et recommandations 84 à 86); et d) situations où des sûretés réelles mobilières grevent des masses et des produits finis (voir par. 121 à 126 ci-dessous et recommandations 87 à 89).

c) L'ordre de priorité entre les droits des bénéficiaires de transferts, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés

i) Généralités

68. Lorsqu'un constituant transfère, loue ou met sous licence des biens meubles corporels (autres que des instruments ou documents négociables) déjà grevés de sûretés, le bénéficiaire du transfert, 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. 73 à 84 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 transfère, loue ou met sous licence ces biens, leur valeur en tant que sûreté serait considérablement réduite et l'obtention de crédits garantis sur cette valeur serait compromise.

69. La plupart des États partent du principe général que le bénéficiaire d'un transfert (y compris un acheteur, échangiste, donataire, légataire et autres bénéficiaires similaires), le preneur à bail ou le titulaire de licence d'un bien grevé prennent leur droit sur le bien sous réserve d'une sûreté existante (on dit que la sûreté inclut un droit de suite; voir chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière; voir aussi les recommandations 31 et 76). 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 types d'opérations sont examinées ci-dessous.

ii) Les droits des acheteurs

70. Comme il a déjà été mentionné (voir les chapitres V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière et IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), 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 (il peut s'agir d'espèces, de créances, voire même d'autres biens en cas de troc ou d'échange) (pour la définition du "produit", voir Introduction, section B, Terminologie). Dans ce cas, la question se pose de savoir si la sûreté sur le produit doit remplacer la sûreté sur le bien grevé afin que l'acheteur acquière ses droits libres de la sûreté.

71. On fait parfois valoir que la sûreté devrait s'éteindre lors d'une vente, 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, ce résultat 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 parce que la situation financière du débiteur ne le permet pas). 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 démuni. Enfin, il se peut qu'un autre créancier soit prioritaire parce qu'il a pris une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé, ce qui vaut particulièrement pour les créances.

72. Alors que certains États ont adopté différentes règles pour concilier les intérêts des créanciers garantis et ceux des personnes achetant des biens grevés aux constituants non dépossédés, la plupart prévoient que la sûreté devrait être maintenue après le transfert même si le créancier garanti peut aussi faire valoir un droit sur le produit, ce qui ne signifie pas qu'il sera remboursé deux fois. Dans la mesure où une sûreté garantit une obligation, le créancier garanti qui fait valoir des droits sur les biens et sur le produit ne peut pas réclamer ou recevoir plus que ce qui lui est dû. La position adoptée dans le Guide, sous forme de principe général, 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 transfert (voir recommandations 19, 31, 39, 40 et 76).

73. Ceci étant dit, 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 sa vente. La première a trait aux situations où le créancier garanti autorise expressément la vente sans la sûreté (voir recommandation 77, al. a)). Un créancier garanti peut autoriser cette vente, par exemple, parce qu’il estime que le produit est suffisant pour garantir le paiement de l’obligation garantie ou que le constituant offre au créancier garanti d’autres biens en garantie pour compenser la perte du bien vendu. Il faut cependant noter que cette exception ne s’applique pas aux situations dans lesquelles le créancier garanti consent à la vente, mais sans autoriser le constituant à vendre le bien libre de la sûreté. Dans ce cas, l’acheteur devient généralement propriétaire du bien grevé de la sûreté.

74. La deuxième exception a trait aux situations où l’on déduit l’autorisation du créancier garanti de vendre les biens libres de la sûreté parce que les biens grevés sont de telle nature que la partie garantie s’attend à ce qu’ils le soient, ou lorsqu’il est dans l’intérêt de toutes les parties concernées qu’ils le soient. Les États ont formulé cette deuxième exception de diverses manières, comme il est indiqué dans les paragraphes ci-après.

a. L’approche fondée sur le cours normal des affaires

75. Une approche souvent adoptée dans de nombreux États 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 que le créancier garanti n’ait autorisé la vente du bien libre de la sûreté). 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.

76. 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; 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, comme une vente par le vendeur en dehors de son circuit de distribution traditionnel (par exemple s’il ne vend 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). Ce serait le cas par exemple si un 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.

77. L'approche fondée sur le cours normal des affaires présente l'avantage de correspondre aux attentes commerciales voulant que le constituant vende ses stocks de biens meubles corporels (et qu'il doit effectivement vendre pour rester financièrement viable), et que les acheteurs des biens 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 biens meubles corporels dans le cours normal de ses affaires car les acheteurs devraient faire des recherches sur d'éventuelles revendications sur les biens avant de les acheter. Cette situation aboutirait à d'importants coûts d'opérations et entraverait fortement le cours normal des opérations.

78. Cette règle constitue sans doute aussi 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 est certainement en droit de supposer que le vendeur et tout créancier garanti de ce dernier 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, pas plus que la vente par un imprimeur de vieilles presses d'imprimeries. Dans la plupart des cas, l'acheteur verra immédiatement que la vente entre dans le cours normal des affaires du vendeur, ou pourra facilement le vérifier, c'est pourquoi cette approche est celle adoptée dans le Guide (voir recommandation 78, al. a)).

79. En ce qui concerne les ventes manifestement réalisées en dehors du cours normal des affaires du constituant, ou lorsqu'il existe tout au moins un doute dans l'esprit de l'acheteur, et à condition que les sûretés des créanciers soient soumises 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.

80. 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. La raison avancée en faveur de cette approche est 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. Pour ces raisons, le Guide ne prévoit pas d'exception supplémentaire pour le matériel bon marché.

81. Des choix fondamentaux plus difficiles sont à faire dans la situation relativement inhabituelle où des biens sont vendus plusieurs fois et qu'aucune des

ventes n'est effectuée dans le cours normal des affaires du vendeur. Dans certains États, 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. 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. Pour cette raison, certains États prévoient 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. Dans ces États, si l'acheteur éloigné acquiert des biens auprès d'un vendeur qui les a achetés grevés d'une sûreté, il prendra le bien sous réserve de la sûreté, sauf si la vente éloignée a lieu dans le cours normal des affaires du vendeur. Afin de maintenir une approche cohérente en ce qui concerne les ventes effectuées dans le cours normal des affaires, le Guide recommande que, si un acheteur de biens meubles corporels acquiert ces biens libres de la sûreté, un acheteur éloigné les acquerra également libres de la sûreté (voir recommandation 79). Si le vendeur est soumis à la sûreté, l'acheteur éloigné le sera normalement lui aussi.

82. La règle fondée sur le cours normal des affaires pourrait présenter un inconvénient, en particulier dans le commerce international, dans les cas limités où un acheteur ne sait pas avec certitude quelles activités s'inscrivent dans le cours normal des affaires du vendeur. Toutefois, 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 est limité 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.

b. La règle fondée sur la bonne foi

83. 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 sans se préoccuper de savoir si la vente a été réalisée dans le cours normal des affaires du vendeur). Les États ont adopté diverses définitions de la notion de "bonne foi" aux fins de ce test. Par exemple, dans certains États, l'acheteur est tenu de faire des recherches pour savoir si les biens sont grevés d'une sûreté, tandis que dans d'autres il ne l'est pas.

84. Un argument en faveur de cette règle est 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 a également fait valoir qu'un acheteur devrait être présumé agir de bonne foi sauf preuve contraire. Un autre argument est que le coût en temps et en argent des recherches dans le registre ne

serait pas à la charge de l'acheteur. Toutefois, le problème, avec cette approche, est qu'elle se concentre sur un critère subjectif relatif aux connaissances et aux intentions de l'acheteur (qui pose également des problèmes en matière de preuve) et non sur les attentes commerciales des parties concernées.

iii) *Droits des preneurs à bail*

85. Des conflits de priorité naissent parfois entre le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel consentie par le propriétaire ou par le bailleur du bien 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, lorsque le détenteur d'une telle sûreté commence la réalisation, le preneur à bail peut néanmoins continuer d'utiliser le bien tant qu'il paie le loyer et respecte les conditions du bail. Le principe général examiné à propos de l'acheteur s'applique ici aussi (voir ci-dessus par. 70 à 72). 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.

86. Comme dans le cas d'acheteurs de biens meubles corporels grevés d'une sûreté antérieure, de nombreux États 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 aux droits du bailleur-constituant sur les biens et le preneur peut continuer à utiliser le bien de manière ininterrompue conformément aux conditions du bail.

87. 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. Comme dans le cas de la vente de biens meubles corporels, si un créancier garanti a autorisé le bail, peu importe que le preneur ait connaissance de l'existence de la sûreté. Le Guide prévoit cette exception (voir recommandation 77, al. b)). La deuxième exception concerne les situations dans lesquelles le bailleur du bien meuble corporel 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. 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, résultant de la découverte par le preneur d'un avis inscrit dans le système d'inscription des sûretés ou attestée d'une autre manière, 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 meubles corporels dans le cours normal des affaires du vendeur et c'est l'approche adoptée dans le Guide (voir ci-dessus recommandation 78, al. b), et par. 73).

88. 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. Afin de maintenir une approche cohérente en ce qui concerne les opérations effectuées dans le cours normal des affaires, le Guide recommande que cette règle s'applique également aux sous-locations (voir recommandation 79).

iv) *Droits des titulaires de licence*

89. Les questions examinées 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 recommandation 76). 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 recommandations 77 et 78).

90. La première exception admise par la plupart des États a deux aspects qui concernent l'application de cette règle aux ventes et locations de biens meubles corporels. Comme pour les locations où le créancier garanti a autorisé la mise sous licence, la licence octroyée est libre de la sûreté réelle mobilière et il est sans importance de savoir si le preneur de licence avait connaissance de l'existence de la sûreté. Le Guide prévoit cette exception (voir recommandation 77, al. b)).

91. 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 recommandation 78, al. 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.

92. Il est important de noter que cette seconde exception ne concerne que les licences non exclusives sur des biens meubles incorporels (par exemple, les licences dont le titulaire n'est pas le preneur de licence unique et exclusif de la propriété intellectuelle mise sous licence, comme c'est notamment le cas des logiciels diffusés à très grande échelle) 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 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 grevent 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. Ce type d'opération sort souvent du cours normal des affaires du donneur de licence (bien qu'elle puisse également entrer dans le cours normal des affaires, si le donneur de licence est un professionnel de la négociation de licences exclusives comme c'est souvent le cas par exemple dans l'industrie cinématographique). 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.

93. 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'a aucune incidence non plus sur le sous-preneur (voir recommandation 79).

v) *Droits des donataires et autres bénéficiaires d'un transfert à titre gracieux*

94. La position de celui qui reçoit un bien grevé à titre de donation (à savoir sans contrepartie; généralement un "donataire" mais aussi un "légataire") est quelque peu différente de celle d'un acheteur ou du bénéficiaire d'un transfert à titre onéreux. Comme le bénéficiaire d'un transfert à titre gracieux 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 l'auteur du transfert 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. Un autre argument en faveur de cette approche est que, lorsqu'un bien grevé fait l'objet d'une donation, il n'y a pas de "produit" vers lequel le créancier garanti pourrait se tourner en remplacement des biens grevés. Bien que certains États aient adopté cette approche, la plupart des États appliquent la règle générale qui veut que seules les sûretés réelles mobilières qui ont été rendues opposables auront la priorité sur d'autres réclaments. Cela signifie qu'une sûreté opposable suit le bien entre les mains du bénéficiaire du transfert (voir recommandation 76) et que des exceptions sont faites seulement pour les bénéficiaires d'un transfert à titre onéreux, tels que les acheteurs, les preneurs à bail et les titulaires de licence (voir recommandations 77 à 79). Conformément à cette règle, un donataire ne pourrait jamais être le bénéficiaire d'un transfert dans le cours normal des affaires et le transfert ne serait libre de la sûreté que si elle n'a pas été rendue opposable.

d) **Priorité des créances privilégiées**

95. De nombreux États, dans le souci d'atteindre des objectifs sociaux généraux, 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. Dans certains cas, la priorité s'étend également aux créances garanties, y compris des créances garanties antérieurement inscrites. Par exemple, dans certains États, les créances salariales (salaires non versés) et fiscales (impôts non acquittés) ont la priorité sur des sûretés qui existaient antérieurement. Les objectifs sociaux différant selon les pays, la nature précise des créances protégées et la mesure dans laquelle la

priorité leur est attribuée, ont tendance à varier. Par ailleurs, dans de nombreux États, au moins certaines de ces créances doivent être inscrites pour être opposables, tandis que d'autres États n'exigent pas l'inscription des créances aux fins de l'opposabilité.

96. L'avantage de privilégier certaines créances est la possibilité de poursuivre un objectif social. L'inconvénient éventuel dépend essentiellement de la question de savoir si les créances doivent être inscrites. L'inconvénient de la non-inscription de certaines créances est qu'il sera généralement difficile sinon impossible pour les créanciers potentiels de savoir si des créances existent, ce qui accroît l'insécurité et décourage de ce fait le crédit garanti. Cet inconvénient ne concerne pas les créances qui doivent être inscrites. Néanmoins, même des créances privilégiées qui ont été inscrites peuvent avoir 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.

97. Pour éviter de décourager le crédit garanti, de nombreux États ont réduit récemment le nombre de créances privilégiées qui ont la priorité sur des sûretés réelles mobilières existantes. La tendance de la législation moderne est de n'autoriser ces créances que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen efficace d'atteindre l'objectif social poursuivi. 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. En outre, de nombreux États ont également tenté de réduire l'impact des créances privilégiées sur l'offre de crédit garanti en imposant un plafond au montant pouvant être versé au réclamant privilégié ou au pourcentage du montant retiré de la réalisation pouvant être utilisé pour les régler.

98. Si les créances privilégiées sont autorisées, 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 États, 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 États 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 les États qui adoptent cette deuxième approche, toutefois, la raison d'être des créances privilégiées disparaît en grande partie, car nombre de ces créances naissent immédiatement avant une procédure d'insolvabilité et il est donc improbable qu'un crédit garanti soit octroyé après leur inscription. 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 suffisamment claire et précise pour que les créanciers garantis puissent décider d'accorder ou non un crédit à un constituant (voir recommandation 80).

e) Priorité des droits des créanciers judiciaires

99. Dans les régimes actuels en matière d'opérations garanties, la règle générale veut qu'une sûreté réelle mobilière qui est opposable prime les droits d'un créancier

chirographaire. Toutefois, comme il est indiqué au paragraphe [...] ci-dessus, dans certains États, le titulaire d'une créance non garantie peut acquérir un droit sur les biens d'un débiteur s'il obtient un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le débiteur et s'il inscrit le jugement ou la décision judiciaire provisoire au registre général des sûretés, transformant ainsi une créance non garantie en une créance garantie dont le rang de priorité est déterminé par les règles de priorité usuelles. Certains de ces États vont plus loin et prévoient que, lorsqu'un créancier chirographaire a pris les mesures requises par la loi applicable pour obtenir un jugement ou une décision judiciaire provisoire, les droits réels qu'il fait valoir peuvent effectivement avoir la priorité sur certaines créances d'un créancier garanti préexistant. La loi établit une distinction entre ces créanciers et les autres créanciers chirographaires en raison de leur diligence à faire tout leur possible, souvent à grands frais, pour faire valoir leurs droits contre le débiteur. Pour plus de commodité, le terme "jugement" est employé ci-après pour désigner à la fois un jugement et une décision judiciaire provisoire et le terme "créancier judiciaire" est employé pour désigner un créancier ayant obtenu un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre un débiteur.

100. Cette règle n'est pas injuste pour d'autres créanciers chirographaires, 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.

101. Des régimes modernes en matière d'opérations garanties règlent généralement ce type de conflit de priorité en cherchant 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.

102. De nombreux États essaient d'atteindre cet équilibre en donnant la priorité à une sûreté réelle mobilière sur le droit réel d'un créancier judiciaire sur les biens grevés du moment qu'elle était opposable avant la naissance de ce droit réel. Ce principe général a été adopté par le Guide (voir recommandation 81).

103. Dans les États qui essaient de protéger les droits des créanciers judiciaires, ce principe général comporte habituellement une exception et deux limitations. En règle générale, une exception aux droits des créanciers judiciaires est prévue dans le cas des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions constituées sur des biens grevés autres que des stocks ou des biens de consommation. La priorité est accordée à ce type de sûretés même si elles 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 recommandation 179).

104. 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 la notification de l'existence du droit du créancier judiciaire sur les biens grevés), 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 du crédit dans le contexte des opérations de crédit qui permettent l'octroi de plusieurs crédits supplémentaires après la conclusion d'un accord de crédit ("avances futures").

105. Le Guide recommande que les créanciers garantis inscrits reçoivent notification et que la priorité de toute sûreté se limite 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 recommandation 81, al. 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, dont les frais sont presque invariablement répercutés sur le constituant). 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.

106. 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.

107. 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. Toutefois, le fait de ne plus accorder de crédits risque de ne pas être une protection suffisante pour le créancier garanti et de porter préjudice aux autres parties également. Par exemple, la perte soudaine de crédit suite à un jugement pourrait fort bien obliger le créancier à engager une procédure

d'insolvabilité, ce qui non seulement engendrerait des pertes pour le créancier garanti et les autres créanciers, mais risquerait aussi de ruiner l'activité du constituant. 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) (voir recommandation 81, al. b)).

f) Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé

108. Dans de nombreux États, 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. Dans certains États, ce droit peut devenir une sûreté réelle mobilière à part entière permettant au prestataire de services de recouvrer ses créances comme s'il s'agissait d'une sûreté. Dans d'autres États, ce droit permet simplement de refuser de remettre les biens à quiconque les réclame. Indépendamment de la nature du droit du prestataire de services, dans ces États, ce droit peut seulement être revendiqué pendant que les biens sont en sa possession.

109. 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. Dans de nombreux États, le droit accordé aux prestataires de services prime tous les autres droits pouvant être revendiqués sur les biens en leur possession. En particulier, ce droit prime toute autre sûreté réelle mobilière sur ces biens, indépendamment de la date à laquelle ces deux droits sont respectivement devenus opposables. 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 l'entreposage, les réparations et autres améliorations qui bénéficient généralement aux créanciers garantis ainsi qu'aux constituants.

110. 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. En outre, 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.

111. 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. Étant donné que la valeur raisonnable des services se fonde sur un calcul qui peut être vérifié comparativement et publiquement, cette approche réduit également les

coûts associés à la revendication du droit. C'est pourquoi elle est recommandée dans le Guide (voir recommandation 82).

g) Priorité du droit de revendication d'un fournisseur

112. Dans certains États, un fournisseur vendant des biens meubles corporels avec un crédit non garanti peut, en cas de défaillance ou d'insolvabilité financière de l'acheteur (qui peut ou non s'accompagner d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du constituant), se voir conférer par la loi le droit de revendiquer les biens meubles corporels 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*).

113. 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 que ce soit dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité. En d'autres termes, il s'agit de savoir si, au cas où les biens de l'acheteur (y compris les biens qu'il revendique) sont grevés d'une sûreté, les biens revendiqués devraient être restitués au vendeur libres de cette sûreté. Dans certains États, 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 États 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. La justification de cette approche est que les titulaires de ces sûretés se seraient probablement fiés à l'existence de ces biens lors de l'octroi du crédit. Aussi, si l'on donne la priorité aux droits de revendication dans cette situation, les parties finançant l'acquisition de stocks réagiraient souvent en réduisant le montant du crédit octroyé au constituant en invoquant des réserves à l'encontre d'éventuels droits de revendication.

114. Dans les États qui ont mis en place un régime moderne en matière d'opérations garanties comme il est envisagé dans le Guide, le vendeur peut se protéger en obtenant une sûreté réelle mobilière garantissant le paiement des biens de sorte que l'approche que le Guide cherche à promouvoir en prévoyant des droits de revendication peut généralement être obtenue par d'autres moyens. Le Guide recommande en conséquence que les droits de revendication n'aient pas la priorité sauf s'ils sont exercés avant qu'une sûreté réelle mobilière concurrente ait été rendue opposable (voir recommandation 83).

h) Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché

115. Des biens meubles corporels peuvent souvent être attachés à d'autres biens meubles corporels (qu'il s'agisse de biens meubles, comme des pneus attachés à un véhicule, ou de biens immeubles, comme une cheminée, un lustre ou une chaudière attachés à un bâtiment). En pareils cas, il peut souvent y avoir des conflits entre les sûretés réelles mobilières constituées sur le bien attaché et celles constituées sur l'objet auquel il est rattaché. Différentes considérations d'ordre pratique entrent en jeu lorsqu'il s'agit de déterminer la priorité relative des sûretés grevant des biens

attachés à des biens immeubles et des sûretés grevant des biens attachés à des biens meubles.

i) Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien immeuble

116. Dans la mesure où un régime des opérations garanties permet de constituer des sûretés réelles mobilières sur des biens attachés à des biens immeubles (comme le recommande le Guide; voir recommandation 21), il doit également comprendre des règles régissant la priorité relative d'un détenteur de sûretés sur un bien attaché 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.

117. Ces règles de priorité devront traiter 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 attaché (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 attaché 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 plupart des États accordent la priorité à la sûreté constituée et rendue opposable en vertu du droit immobilier. Afin de préserver la fiabilité du registre immobilier, le Guide a également adopté cette approche (voir recommandation 84).

118. Un deuxième conflit de priorité peut survenir entre une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé qui, soit est un bien attaché à un bien immeuble au moment où la sûreté devient opposable, soit le devient ultérieurement, lorsque la sûreté est rendue opposable par inscription sur le registre immobilier, et une sûreté réelle mobilière sur le bien attaché (ou un autre droit sur ce bien, tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur le bien immeuble concerné. Dans ces cas, la priorité sera déterminée en fonction de l'ordre d'inscription des sûretés sur le registre immobilier. Là aussi, la justification de cette approche est la nécessité de préserver la fiabilité du registre immobilier, et c'est sur ce principe qu'est fondée la position adoptée dans le Guide (voir recommandation 85).

119. Un troisième conflit de priorité peut survenir entre une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition d'un bien grevé attaché à un bien immeuble et un droit réel sur le bien immeuble. Pour promouvoir le financement de l'acquisition de biens attachés, le Guide recommande de donner la priorité à la sûreté réelle mobilière garantissant le paiement de l'acquisition d'un bien grevé attaché (voir recommandation 180; conformément à la recommandation 192, le même principe s'appliquera aussi lorsque la partie finançant l'acquisition dans un régime non unitaire détient un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail).

ii) Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien meuble

120. Divers types de conflits de priorité peuvent survenir en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières sur des biens qui sont ultérieurement attachés à des biens meubles. Un premier type de conflit peut survenir entre deux sûretés réelles mobilières sur des biens attachés ultérieurement à un ou plusieurs biens meubles. Un autre conflit de priorité peut survenir entre une sûreté sur un bien attaché

ultérieurement à un bien meuble et une sûreté sur le bien meuble concerné lorsque les deux sûretés ont été inscrites sur le registre général des sûretés. Dans ces cas, la priorité peut être déterminée en fonction de l'ordre d'inscription des sûretés sur le registre ou de l'ordre dans lequel elles sont rendues opposables (voir recommandation 173). Un troisième conflit peut survenir entre une sûreté sur un bien attaché ultérieurement qui a été rendue opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété et une sûreté sur le bien meuble concerné qui a été inscrite sur le registre général des sûretés. Dans ce cas, la priorité est accordée au droit antérieur conformément au principe consistant à préserver l'intégrité des registres spécialisés et des systèmes d'annotation sur les certificats de propriété (voir recommandation 74, al. a)). Un quatrième conflit de priorité peut survenir entre deux sûretés sur des biens attachés ultérieurement à un ou plusieurs biens meubles lorsque les deux droits ont été rendus opposables par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété. Un cinquième conflit de priorité peut survenir entre une sûreté sur un bien attaché ultérieurement et une sûreté sur le bien meuble auquel ce bien a été attaché lorsque les deux droits ont été rendus opposables par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété. Dans ces cas, la priorité est déterminée en fonction de la date d'inscription ou d'annotation (voir recommandations 74, al. b), et 86).

i) Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini découlant d'une sûreté sur des biens transformés ou mélangés

121. De nombreux types de biens meubles corporels sont destinés à être fabriqués, transformés ou mélangés à d'autres biens meubles corporels du même type. Cela peut donner lieu à trois types de conflits de priorité qui nécessitent des règles spéciales. Il s'agit: a) des conflits entre sûretés constituées sur les mêmes biens meubles corporels individualisés qui sont finalement mélangés pour former une masse ou un produit fini (par exemple du sucre et du sucre; de l'huile et de l'huile et du blé et du blé); b) des 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, des fibres optiques et de la résine de polyester, de l'étoffe et des colorants dans des tissus); et c) des conflits entre une sûreté initialement constituée sur des biens meubles corporels distincts et une sûreté sur la masse ou sur le produit fini (par exemple, sucre et gâteau, fibre optique et meubles, étoffe et pantalons). Chacun de ces conflits potentiels est examiné ci-après.

i) Priorité des sûretés réelles mobilières sur les mêmes biens meubles corporels qui sont mélangés pour former une masse ou un produit fini

122. Les États prévoient généralement que les sûretés réelles mobilières sans dépossession sur les mêmes biens meubles corporels qui sont mélangés se maintiennent sur une masse ou sur un produit fini et qu'elles conservent le rang de priorité qu'elles avaient les unes par rapport aux autres avant que les biens ne soient mélangés. 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. Entre eux, ils devraient avoir la même position. Il va de soi que, dans ces cas, le montant total disponible pour rembourser les créances de ces créanciers garantis ne peut excéder la valeur des biens meubles corporels grevés par ces

sûretés concurrentes immédiatement avant qu'ils ne soient mélangés pour former une masse ou un produit fini (voir recommandation 22). Le Guide recommande également ce principe (voir recommandation 87).

(ii) *Priorité des sûretés réelles mobilières qui sont intégrées à une masse ou à un produit fini*

123. Si des sûretés sur différents biens meubles corporels qui seront finalement intégrés à une masse ou à un produit fini se maintiennent sur la masse ou sur le produit fini, la question est de savoir comment déterminer la valeur relative des droits qui peuvent être revendiqués par chaque créancier. Les États ont adopté diverses approches pour trancher cette question, en fonction de la manière dont ils déterminent l'étendue des droits du créancier garanti sur la masse ou le produit fini. Le Guide recommande que les créanciers garantis aient droit à une part de la valeur maximum totale de leurs sûretés sur la masse ou le produit fini en proportion de la valeur des biens grevés par leurs sûretés respectives immédiatement avant leur fabrication ou leur incorporation dans la valeur de l'ensemble des éléments (voir recommandation 22). 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 8, les créanciers se verront attribuer 2 et 5, respectivement, mais aucun des créanciers garantis ne recevra un montant supérieur à celui de son obligation garantie. Inversement, 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, respectivement. Dans cette situation, chaque créancier supportera une diminution proportionnelle.

124. Il s'ensuit que, dans ces cas, chaque créancier peut faire valoir son rang de priorité avant fabrication dans la part du produit fini qui correspond à la valeur de l'élément sur lequel il avait pris une sûreté. Cela signifie que, si la créance garantie d'un créancier garanti est inférieure à la valeur de son élément et que celle d'un autre créancier garanti est plus élevée que la valeur de son élément, ce dernier ne peut pas faire valoir un droit de priorité excédant la valeur attribuée à la part du premier créancier garanti. Pour éviter ces limitations, nombre de créanciers garantis élaborent des conventions constitutives de sûretés qui définissent les biens grevés comme comprenant non seulement les éléments constitutifs, mais aussi la masse ou le produit fini fabriqués à partir de ces éléments. Toutefois, les États utilisent généralement la méthode présentée plus haut pour calculer la valeur relative afin de déterminer les droits des créanciers garantis détenant des sûretés réelles mobilières sur les différents éléments constitutifs d'une masse ou d'un produit fini. Cette approche est recommandée dans le Guide (voir recommandation 88).

(iii) *Priorité d'une sûreté réelle mobilière initialement constituée sur des biens meubles corporels par rapport à une sûreté sur la masse ou le produit fini*

125. Le troisième type de conflit que les États doivent résoudre est celui entre des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini et les sûretés réelles mobilières sur la masse ou le produit fini eux-mêmes. En général, les États considèrent que les règles de priorité usuelles s'appliquent pour régir ces conflits. Par exemple, si le créancier garanti A détient une sûreté réelle mobilière sur du sucre qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1^{er} janvier et que le créancier garanti B détient une sûreté réelle mobilière sur les gâteaux présents et futurs qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1^{er} février, le créancier garanti A

aura la priorité, sous réserve de la limitation énoncée dans la recommandation 22 selon laquelle sa sûreté ne porte que sur la valeur des biens immédiatement avant leur intégration dans la masse ou le produit fini. Inversement si le créancier garanti A détient une sûreté réelle mobilière sur du sucre qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1^{er} février et que le créancier garanti B détient une sûreté réelle mobilière sur les gâteaux présents et futurs qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1^{er} janvier, le créancier garanti B aura la priorité.

126. Il y a toutefois une exception à ce principe qui survient lorsque le créancier garanti constitue une sûreté réelle mobilière sur un élément constitutif en tant que partie finançant l'acquisition (voir chapitre XI sur le financement des acquisitions). Dans ces cas, et conformément au traitement général des parties finançant des acquisitions, les États accordent habituellement la priorité à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sur toutes les sûretés sur la masse ou le produit fini qui s'étendent au bien futur. Pour maintenir un régime cohérent qui encourage l'offre de crédit pour l'acquisition de biens meubles corporels, le Guide recommande également d'adopter ce principe (voir recommandation 89).

5. Portée et interprétation des règles de priorité

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

127. Un des éléments essentiels d'un régime moderne en matière d'opérations garanties est que, quel que soit le principe de base adopté, la priorité sera déterminée en fonction de données objectives (par exemple, inscription d'un avis, prise de possession, conclusion d'un accord de contrôle ou annotation sur un certificat de propriété). Pour qu'un tel système de priorité apporte une certaine sécurité, ces données objectives doivent être les seuls moyens de déterminer la priorité. C'est pourquoi, dans la plupart des États qui ont modernisé leur régime de sûretés, l'ordre de priorité établi par exemple par la date d'inscription d'un avis ou la prise de possession par un créancier s'applique même si un créancier ultérieur ou un autre réclamant concurrent a acquis son droit en sachant qu'il existait à ce moment une sûreté qui n'était pas inscrite ou autrement opposable.

128. Cette règle part 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 société ou d'une autre personne morale ayant de nombreux employés. Les règles de priorité qui dépendent de la connaissance subjective des inscriptions peuvent compliquer le règlement des conflits, ce qui diminue la certitude quant au rang de priorité des créanciers garantis et réduit l'efficacité du système. Bien qu'il semble étrange d'accorder la priorité à un créancier qui avait connaissance de l'existence d'une sûreté, fonder la priorité sur l'ordre d'un événement publiquement vérifiable par lequel un créancier a rendu ses droits opposables apporte une certaine sécurité dans les relations entre les éventuels réclamants concurrents. Cette considération vient appuyer la recommandation énoncée dans le Guide selon laquelle la seule connaissance de l'existence d'une sûreté est sans importance pour déterminer la priorité (voir recommandation 90).

129. Cela dit, il est important de distinguer entre le simple fait d'avoir connaissance de l'existence d'une sûreté réelle mobilière et le fait de savoir qu'une opération particulière viole les droits d'un créancier garanti. Par exemple, si un acheteur sait

qu'il existe une sûreté réelle mobilière non inscrite, cela ne perturbera pas le régime de priorité établi pour les droits inscrits. En revanche, si l'acheteur sait également que le bien qu'il acquiert est vendu en violation des termes d'une convention constitutive de sûreté (par exemple, l'interdiction faite au constituant de vendre des biens grevés), cela pourrait avoir des implications juridiques considérables (par exemple, acquérir la propriété d'un bien déjà grevé de sûretés; voir ci-dessus par. 70 à 72; voir également recommandations 78, 98, al. b), 102 et 103).

b) La liberté contractuelle en ce qui concerne la priorité: cession de rang

130. Le régime de priorité de la plupart des États établit des règles qui s'appliquent sauf si les parties concernées y apportent des modifications particulières. En d'autres termes, la plupart des États prévoient qu'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 de premier rang 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 (par exemple, sur une pièce de matériel) 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). L'utilité des accords de cession de rang étant largement reconnue, le Guide recommande leur autorisation (voir recommandation 91).

131. 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. Cela signifie que, dans les États qui exigent que les créanciers indiquent dans l'avis d'inscription le montant maximum pour lequel une sûreté est constituée (voir recommandation 57, al. d)), la cession de rang sera limitée à la valeur indiquée du droit de rang supérieur. Ainsi, par exemple, si le prêteur A a limité sa sûreté réelle mobilière à 100 000 et que le prêteur B est titulaire d'une sûreté d'une valeur de 50 000, un accord de cession de rang entre le prêteur A et le prêteur C titulaire d'une sûreté d'une valeur de 200 000 ne peut pas être conclu pour permettre au prêteur C de revendiquer plus de 100 000 en vertu de sa priorité sur le prêteur B.

132. L'objet d'un accord de cession de rang est de permettre aux créanciers garantis de se mettre d'accord entre eux sur la détermination la plus efficace de l'ordre de priorité de leurs droits sur les biens grevés. Pour tirer pleinement parti de ces déterminations consensuelles, il est indispensable que la priorité reconnue dans un accord de cession de rang continue à s'appliquer dans le cas d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du constituant. Une telle disposition existe déjà dans le régime d'insolvabilité de certains pays. Dans d'autres pays, il peut être nécessaire de modifier la législation sur l'insolvabilité pour que les tribunaux puissent faire exécuter l'accord de cession de rang 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 chapitre XVI sur les incidences de l'insolvabilité sur les sûretés réelles mobilières, par. 63, et recommandation 237).

133. La subordination de sûretés et d'autres droits réels sur des biens grevés ne signifie pas subordination des paiements avant défaillance. Cette question relève du droit général des obligations. Généralement, avant la défaillance et tant que le constituant rembourse 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. Ceci dit, tant qu'aucun acte frauduleux n'est commis et en l'absence d'accord contraire entre un constituant et un créancier garanti, il n'est pas interdit à un constituant de faire des paiements au titre des obligations garanties par des sûretés subordonnées.

c) Impact de la continuité de l'opposabilité sur la priorité

134. Lorsque l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière peut être obtenue par plusieurs méthodes (par exemple, automatiquement, par inscription, par prise de possession, par prise de contrôle ou par annotation sur un certificat de propriété), la question se pose de savoir si un créancier garanti ayant au départ établi la priorité de sa sûreté réelle mobilière par une de ces méthodes devrait être autorisé à changer de méthode sans perdre son rang de priorité initial. Certains États n'autorisent pas les créanciers à changer de méthode pour rendre leur sûreté opposable, autrement dit, le rang de priorité d'un créancier ne pourra pas être maintenu s'il change de méthode. Par exemple, si un créancier inscrit un avis sur le registre général des sûretés le jour 1, prend possession du bien grevé le jour 10 et annule son inscription le jour 20, à compter de ce moment, la date pertinente pour établir la priorité serait le jour 10 et non le jour 1. Si la méthode initiale pour établir une priorité est caduque, la priorité peut seulement remonter à la date à laquelle une méthode encore existante pour l'établir a été appliquée.

135. Dans d'autres États, il est possible de conserver son rang de priorité même après avoir changé de méthode pour assurer l'opposabilité. La possibilité de conserver son rang de priorité est fonction de la manière dont les différentes méthodes utilisées pour obtenir l'opposabilité sont intégrées. Dans ces États, le principe est qu'une sûreté réelle mobilière ne perdra pas son rang de priorité, à condition qu'elle ne soit inopposable à aucun moment par une méthode ou une autre. Par exemple, si une sûreté sur un bien est initialement rendue opposable par prise de possession et que le créancier garanti inscrit ultérieurement un avis concernant cette sûreté sur le registre général des sûretés et restitue le bien au constituant, la sûreté reste opposable et la priorité remonte à la date de la prise de possession initiale à condition que l'inscription ait eu lieu avant la restitution de la possession par le créancier. Si, toutefois, le créancier garanti inscrit un avis après avoir restitué la possession du bien, la priorité de la sûreté remonte seulement à la date à laquelle il a inscrit l'avis. Les règles régissant la continuité de la priorité jouent un rôle particulièrement important dans les cas où l'opposabilité a été initialement établie par prise de possession et où la durée du crédit se prolonge au-delà du moment où le constituant a besoin d'utiliser le bien grevé. Conformément aux recommandations sur la continuité de l'opposabilité (voir recommandations 46 et 47), le Guide considère que, aux fins de l'application des règles de priorité temporelle recommandées dans le Guide, le rang de priorité devrait être conservé même si la méthode par laquelle il est déterminé a changé (voir recommandations 92 et 93).

136. Il convient de noter que la règle susmentionnée ne s'applique que lorsque l'on utilise les règles de priorité temporelle pour déterminer la priorité et non d'autres règles, auquel cas un changement dans la méthode utilisée pour obtenir l'opposabilité aura des incidences sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, même si l'opposabilité est maintenue. Par exemple, si le titulaire d'un instrument négociable inscrit un avis de sûreté sur l'instrument avant de le restituer, le rang de priorité spécial attaché à la possession de l'instrument ne sera pas maintenu par la simple inscription de cet avis. Si un deuxième créancier garanti a inscrit un avis avant que le premier créancier garanti qui restitue l'instrument ait inscrit le sien, il se verra accorder la priorité en raison de son inscription antérieure (voir par. 155 à 157 ci-après; voir également recommandation 98). De même, si un créancier garanti qui a pris le contrôle d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire inscrit un avis de sûreté et renonce ensuite au contrôle, la priorité spéciale accordée au contrôle devient caduque. Si un autre créancier garanti a inscrit un avis sur le registre général des sûretés avant la prise de contrôle initiale, il aura la priorité lorsque le contrôle sera abandonné en raison de son inscription antérieure (voir par. 158 à 164 ci-après; voir également recommandation 100).

d) Portée de la priorité: avances futures, et obligations futures et conditionnelles

137. Les chapitres précédents ont pris en compte le fait que, dans les régimes modernes en matière d'opérations garanties, une sûreté réelle mobilière peut garantir non seulement des obligations existantes au moment où la sûreté est constituée, mais également des obligations futures et conditionnelles (voir chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]; voir également recommandation 16). La plupart des États prévoient que la sûreté initiale couvre le principal et les intérêts conformément à l'accord ainsi que l'ensemble des frais et coûts liés au recouvrement du paiement.

138. S'agissant des avances futures en vertu d'accords de crédit existants et des obligations conditionnelles, les États ont adopté différentes positions. Certains accordent le même rang de priorité aux avances futures et au crédit initialement octroyé, mais pour que la priorité initiale s'étende aux obligations futures et conditionnelles, ils exigent que celles-ci soient déterminables quant à leur type et à leur montant (par exemple, l'accord spécifie que seules les avances futures accordées au titre d'une ligne de crédit plafonnée à 100 000 seront garanties). Dans d'autres États, une sûreté réelle mobilière peut s'appliquer à l'ensemble des obligations monétaires et non monétaires garanties qui sont dues au créancier garanti, quel que soit leur type ou leur montant, à condition que l'accord le spécifie expressément. Dans ces États, les obligations futures et conditionnelles accordées en vertu d'une convention constitutive de sûreté auront la même priorité que le crédit initialement octroyé.

139. Dans la pratique, cela signifie qu'un créancier garanti a l'assurance, au moment où il s'engage à octroyer un crédit, que le rang de priorité de sa sûreté réelle mobilière s'étendra non seulement au crédit qu'il accorde au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, mais aussi: 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 à la partie garantie

en vertu d'une garantie). Par exemple, dans le cas d'un mécanisme de crédit permanent en vertu duquel 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 les 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.

140. Dans le cas d'un crédit consenti pour permettre à un constituant d'acheter des biens meubles corporels ou des services payables par paiements échelonnés, cette approche conduit à considérer que la totalité de la créance naît au moment où le contrat pour l'achat des biens ou des services est conclu, et non à chaque fourniture de biens ou de services. Un argument en faveur de cette approche est que c'est la plus économique, parce qu'elle épargne au créancier garanti la nécessité de déterminer le rang de priorité chaque fois qu'il accorde un crédit, processus qui implique la recherche de nouvelles inscriptions par d'autres créanciers, la conclusion d'accords et d'inscriptions supplémentaires pour les montants de crédit consentis après la date de constitution d'une sûreté. Étant donné que les frais occasionnés par ces mesures supplémentaires sont invariablement répercutés sur le constituant, directement ou sous forme d'une augmentation du taux d'intérêt, leur suppression peut réduire le coût du crédit pour le constituant. Un autre argument positif est que cette approche 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'a pas le même rang de priorité que les avances initiales. Pour ces raisons, le Guide recommande l'adoption de règles de priorité qui étendent la priorité aux obligations futures (voir recommandation 94).

141. Les règles de priorité susmentionnées sont toutefois soumises à deux limitations possibles. Premièrement, comme il a été indiqué, dans certains États où la priorité accordée à une sûreté réelle mobilière s'étend à l'octroi de crédits futurs, la priorité est limitée au montant maximum spécifié dans l'avis inscrit sur un registre public concernant la sûreté. La justification de cette approche est qu'elle pourrait encourager le financement subordonné en incitant les créanciers futurs de rang inférieur à accorder des crédits sur la base de la valeur résiduelle 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) dans la mesure où le créancier potentiel est en mesure de s'assurer que la valeur résiduelle est suffisante (voir recommandation 95). D'autres États n'ont pas adopté cette approche au motif qu'elle pourrait encourager 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 d'éventuelles avances futures imprévues (voir chapitre VI sur le système de registre, par. [...]; voir également recommandation 57, al. d)).

142. Deuxièmement, le Guide reconnaît que, dans certaines circonstances, un créancier garanti ne devrait pas pouvoir faire valoir sa priorité en ce qui concerne des avances futures face à un créancier qui obtient un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et prend des mesures pour réaliser sa sûreté sur les biens grevés (voir ci-dessus par. 99 à 107; voir également recommandations 81 et 94).

e) Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir

143. Comme il est indiqué de façon plus détaillée au chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, une sûreté peut, dans certains États, être créée sur des biens que le constituant pourra acquérir à l'avenir ("biens à acquérir"). Dans ces États, si l'on part du principe que la description des biens à acquérir permet de les identifier, une sûreté réelle mobilière sur les biens en question sera obtenue automatiquement au moment où le constituant les acquerra, 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 chapitre II sur le champ d'application et autres règles générales, section 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.

144. La reconnaissance de la constitution automatique d'une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir soulève la question de savoir si la priorité devrait 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 États. Certains États adoptent une solution différente selon la nature du créancier réclamant un droit de préférence. Dans ces États, la priorité remonte à la date d'inscription ou d'opposabilité pour le classement par rapport aux autres créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle, et à la date d'acquisition des biens par le constituant pour le classement par rapport à tous les autres réclamants concurrents. Dans d'autres États, la priorité de tous les biens à acquérir est déterminée face à tous les réclamants concurrents en fonction de la date à laquelle la priorité a été initialement établie.

145. Il est généralement admis que la deuxième approche réussit mieux et plus efficacement à promouvoir l'offre de crédit garanti. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties prévoient donc généralement que, dans ces cas, la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'applique à tous les biens grevés visés par l'avis inscrit, indépendamment de la question de savoir s'ils existaient avant l'inscription, au moment de l'inscription, ou après l'inscription. Le Guide a adopté cette approche (voir recommandation 96).

f) Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur le produit

146. Si un créancier détient une sûreté sur le produit (pour la définition de "produit", voir Introduction, section B, Terminologie), la question est de savoir quel sera le rang de cette sûreté par rapport aux droits des 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.

147. Des biens constituant un produit pour un créancier garanti peuvent constituer des biens initialement grevés 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 en tant que biens initialement grevés. 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.

148. L'approche en matière de priorité adoptée dans les États qui reconnaissent une sûreté réelle mobilière sur le produit varie souvent en fonction de la nature des réclameurs concurrents et du type de bien qui donne naissance au produit. Dans les conflits de priorité entre titulaires de sûretés concurrentes, 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. Par conséquent, la date à laquelle une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé a été rendue opposable ou la date à laquelle un avis a été inscrit sur le registre général des sûretés serait également la date à laquelle une sûreté sur le produit de ce bien grevé serait devenue opposable ou aurait été inscrite, selon le cas.

149. En cas de concurrence entre les créanciers garantis détenant des sûretés réelles mobilières sur des biens en tant que produit et les créanciers garantis détenant des sûretés sur des biens en tant que biens initialement grevés, certains États font une distinction entre le produit sous forme de créances et le produit sous forme de biens meubles corporels (par exemple, des biens meubles corporels obtenus en échange). Ces États font habituellement aussi une distinction entre le produit résultant de la vente de stocks et le produit résultant de la vente de matériel. La règle générale est qu'un créancier garanti qui constitue une sûreté sur des créances nées de la vente de stocks en tant que biens initialement grevés aura la priorité sur un créancier qui revendique les créances en tant que produit, indépendamment de la date à laquelle leurs sûretés ont respectivement été rendues opposables.

150. D'autres États ne font aucune distinction en fonction de la forme du produit ou de la nature des biens. La règle veut que c'est la première sûreté ayant fait l'objet d'une inscription qui prime les sûretés d'un réclameur concurrent. Par exemple, si la date d'inscription d'une sûreté réelle mobilière sur des biens dont la vente génère le produit est antérieure à la date d'inscription d'une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé, c'est la sûreté sur les biens donnant naissance au produit qui a la priorité. Inversement, si un avis de sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé a fait l'objet d'une inscription avant la sûreté du réclameur concurrent sur les biens donnant naissance au produit, c'est la sûreté du créancier sur le produit en tant que bien initialement grevé qui aura la priorité. Cette dernière approche est recommandée dans le Guide (voir recommandation 97).

151. Dans les cas où l'ordre de priorité de sûretés concurrentes sur le bien initialement grevé n'est pas déterminé par l'ordre de leur inscription sur le registre général des sûretés (par exemple lorsque les droits liés au financement d'une acquisition bénéficient d'un rang de priorité spécial), il faudra déterminer séparément la règle de priorité devant s'appliquer au produit (voir chapitre XI sur les droits liés au financement d'une acquisition, par. [...]; voir également recommandations 181 et 182 (approche unitaire) et 194 à 196 (approche non unitaire)).

B. Remarques sur des biens particuliers

152. Les conflits de priorité particuliers qui surviennent généralement dans le cas des biens meubles corporels ont été examinés ci-dessus. Le principe du “premier arrivé” est un point de départ utile pour établir les priorités.

153. Comme il a toutefois été indiqué, ce principe doit être adapté dans certaines situations. Certains aménagements concernent les autres créanciers garantis (par exemple, les sûretés réelles mobilières grevant des biens attachés, des masses ou des produits finis). D’autres aménagements concernent les réclamants concurrents qui ne sont pas des créanciers garantis (par exemple, les bénéficiaires d’un transfert, les preneurs à bail, les titulaires d’une licence ou les représentants de l’insolvabilité).

154. Outre ces aménagements dus à la diversité des obligations garanties et des réclamants concurrents, les régimes modernes en matière d’opérations garanties établissent également un certain nombre de règles de priorité spéciales qui s’appliquent uniquement à certains types de biens et qui sont le fait de l’utilisation de méthodes particulières pour rendre l’opposabilité applicable à ces types de biens. La présente section examine les questions de priorité afférentes à ces types de biens.

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

155. 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. Ces règles reflètent l’importance du concept de négociabilité dans ces États.

156. Comme on l’a vu ailleurs (voir chapitre V sur l’opposabilité d’une sûreté réelle mobilière), dans de nombreux États 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 recommandation 37). Dans ces États, la sûreté rendue opposable par transfert de la possession prime souvent celle rendue opposable par inscription, indépendamment du moment où l’inscription intervient. 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. Afin de maintenir la cohérence des lois régissant les instruments négociables (pour une règle d’interprétation concernant l’expression “loi régissant les instruments négociables”, voir Introduction, sect. B, Terminologie), le Guide recommande d’adopter ce principe de priorité (voir recommandation 98).

157. Pour la même raison, la priorité est souvent accordée dans ces États 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. La priorité est également accordée à l’acheteur ou au bénéficiaire du transfert qui 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. 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. L’acheteur doit savoir que le transfert libre de sa sûreté est interdit en vertu de la convention

constitutive de sûreté. Là aussi, le Guide adopte une règle de priorité qui suit les principes susmentionnés de la loi régissant les instruments négociables (voir recommandation 99).

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

158. 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, section B, Terminologie). Certains États considèrent le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire simplement comme une créance. Dans ces États, aucune règle spéciale ne régit la constitution ou l'opposabilité des sûretés réelles mobilières sur le droit au paiement de fonds. Dans d'autres États, l'opposabilité peut également être assurée par prise de contrôle. Dans ces cas, les États doivent également déterminer les conséquences en termes de priorité du recours à cette méthode pour obtenir l'opposabilité (voir par. 39 et 40 plus haut). Plusieurs types de conflit de priorité peuvent survenir.

159. Un type de conflit de priorité 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, les États ont adopté la position selon laquelle la priorité est accordée à la sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle. La raison en est que cela 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. Cette position a également été adoptée dans le Guide (voir recommandation 100, première phrase).

160. Un deuxième type de conflit de priorité concerne deux sûretés dont chacune est rendue opposable par prise de contrôle. Dans ce cas, la logique, généralement adoptée dans les États qui reconnaissent les accords de contrôle, est d'accorder la priorité à la sûreté qui a été rendue opposable la première (c'est-à-dire dans l'ordre dans lequel les accords de sûretés respectifs ont été conclus). 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. Néanmoins, le conflit peut théoriquement survenir, et la position adoptée dans le Guide est donc que le principe de priorité habituel du "premier arrivé" devrait s'appliquer dans ces situations (voir recommandation 100, deuxième phrase).

161. 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. Étant donné que cette dernière aura généralement gain de cause dans une telle situation en raison du droit à compensation dont elle jouit habituellement en vertu de la loi régissant les opérations non garanties (à moins d'avoir expressément renoncé à son droit), 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. Le Guide recommande d'adopter ce principe (voir recommandation 100, troisième phrase).

162. Les États qui adoptent la règle de priorité spéciale qui vient d'être indiquée ont seulement noté qu'ils 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. Dans ces cas, ils estiment généralement que la priorité devrait être accordée au client. Cette approche s'explique par le fait que, en acceptant le créancier garanti concurrent comme client, la banque dépositaire libère en général sa créance dans l'accord de dépôt conclu avec son client. En outre, elle perdrait souvent son droit à compensation dans cette situation; puisque le compte bancaire n'est pas au nom du constituant, il n'y aurait pas de réciprocité entre elle et lui et donc, aucun droit à compensation (voir recommandation 100, troisième phrase).

163. 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 règles de compensation donnent en général la priorité au droit à compensation de la banque dépositaire. Dans certains États, cette notion de priorité a été explicitement incorporée dans la loi régissant les opérations garanties. C'est aussi la position qui est recommandée dans le Guide (voir recommandation 101).

164. Un cinquième type de conflit de priorité peut survenir entre une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et les droits du bénéficiaire du transfert de fonds effectué par le constituant depuis ce compte bancaire. Le terme "transfert de fonds" recouvre divers transferts, y compris par chèque et par voie électronique. Dans ces situations, 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 ne sache pas que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. Si, en revanche, le bénéficiaire du transfert savait que le transfert était effectué en violation de la convention constitutive de sûreté, il prendrait les fonds grevés de la sûreté. C'est la recommandation qui a été adoptée dans le Guide, étant entendu qu'elle ne vise pas à porter atteinte aux droits des bénéficiaires d'un transfert de fonds crédités sur un compte bancaire en vertu de la loi autre que la loi sur les opérations garanties (voir recommandation 102).

3. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des espèces

165. Afin de maximiser la négociabilité des espèces, de nombreux États permettent au bénéficiaire d'un transfert de prendre des espèces libres des droits d'autres personnes, y compris des titulaires de sûretés réelles mobilières grevant des espèces (pour la définition du terme "espèces", voir Introduction, section B, Terminologie). 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 sait que le transfert d'espèces se fait en violation de la convention constitutive de sûreté conclue entre le titulaire du compte et la partie garantie (par exemple, si le bénéficiaire s'est entendu avec le titulaire du compte pour priver le créancier garanti de ses droits). Comme dans des situations similaires comportant le transfert de fonds depuis des comptes bancaires, la seule connaissance de l'existence de la sûreté n'empêcherait pas le bénéficiaire du transfert d'exercer ses droits. Là aussi,

conformément à la pratique généralement acceptée en ce qui concerne les espèces, le Guide recommande d'adopter ce principe de priorité (voir recommandation 103).

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

166. La loi régissant les engagements de garantie indépendants se fonde essentiellement sur les pratiques des lettres de crédit et des garanties bancaires. Comme il a déjà été mentionné (voir chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir 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 peut uniquement être obtenu à l'égard de chaque garant/émetteur, confirmateur ou personne désignée qui a donné une acceptation. La règle de priorité se concentre donc normalement sur la personne qui est le payeur.

167. Normalement, dans la rare éventualité d'un conflit de priorité entre le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant rendue opposable par prise de contrôle et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière rendue opposable en raison du fait qu'elle garantit le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel, le premier primera (voir recommandations 48 et 104). Comme dans le cas des comptes bancaires, 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 pour déterminer si la créance garantie par l'engagement indépendant est également grevée d'une sûreté, encourageant ainsi la confiance dans les engagements de garantie indépendants. Dans la pratique, ce type particulier de conflit de priorité est assez rare, car dans la plupart des cas le bénéficiaire d'une créance sera simultanément le bénéficiaire de l'engagement de garantie indépendant. En tout état de cause, conformément au principe général du "premier arrivé", entre deux sûretés rendues opposables par prise de contrôle au moyen de l'acceptation, la priorité est accordée à celle qui est acceptée en premier par le payeur. Cette règle spéciale se fonde essentiellement sur la pratique, en ce sens qu'elle est nécessaire pour maintenir les coûts des engagements de garantie indépendants à un niveau faible. Étant donné que ces derniers relèvent d'un domaine hautement spécialisé du droit commercial qui a été largement développé par la pratique, le Guide recommande que les règles de priorité respectent ces principes (voir recommandation 104).

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

168. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties 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. 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 plupart des

États prévoient que la sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable et les biens meubles corporels représentés par ce dernier sont subordonnés à tout droit supérieur acquis par le bénéficiaire du transfert du document conformément à la loi régissant les documents négociables. Pour cette même raison, c'est la position recommandée dans le Guide (voir recommandation 105).

169. 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 opération (par exemple, la constitution d'une sûreté directement sur les biens). Ce type de conflit peut survenir soit lorsque la sûreté constituée directement sur les biens meubles corporels est devenue opposable alors que les biens étaient représentés par le document négociable, soit lorsqu'elle est devenue opposable avant que les biens ne soient représentés par un document négociable. Dans un cas comme dans l'autre, la priorité est habituellement accordée à la sûreté sur le document négociable. Cette règle de priorité encourage la confiance dans les documents négociables en tant que moyen commercial, en particulier en liaison avec les connaissements émis dans le cadre de ventes internationales. Cette position a donc été adoptée dans le Guide (voir recommandation 106).

170. Toutefois, une exception à cette règle est justifiée dans le cas particulier où le bien meuble corporel représenté par le document négociable est un bien autre que des stocks. Normalement, les créanciers s'attendent à ce que les stocks soient expédiés et à ce qu'un connaissement ou un récépissé d'entrepôt soit émis, et ils peuvent donc escompter que pendant une courte période les biens grevés directement par leur sûreté seront couverts par un connaissement ou un récépissé, ce qui n'est généralement pas le cas pour le matériel. Par conséquent, la règle donnant la priorité absolue à la sûreté par rapport aux documents négociables a moins d'importance dans ce cas et une exception peut se justifier. La règle ne s'applique donc pas si les biens meubles corporels sont des biens autres que des stocks et que la sûreté réelle mobilière directement constituée (à savoir, la sûreté du créancier garanti qui n'est pas en possession du document négociable) a été rendue opposable avant l'une des deux dates suivantes, la plus rapprochée étant retenue: a) celle à laquelle les biens sont devenus des biens représentés par le document négociable; et b) celle à laquelle le constituant de la sûreté et un créancier garanti en possession du document ont conclu un accord prévoyant que les biens seront représentés par un document négociable pour autant que les biens deviennent ainsi représentés dans un délai (par exemple de 30 jours) à compter de la date de l'accord. Dans ce cas particulier, la règle de priorité usuelle du "premier arrivé" s'appliquerait, et le premier créancier qui a rendu opposable sa sûreté sur les biens (directement ou en prenant une sûreté sur un document négociable représentant ces biens) aura la priorité. Cette exception offre une certaine protection aux titulaires de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels autres que des stocks lorsque le constituant, sans informer lesdits titulaires et sans leur autorisation, fait représenter ces biens par un document négociable. Pour ces raisons, le Guide recommande également de prévoir une telle exception (voir recommandation 106, deuxième phrase).

C. Recommandations

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, le document A/CN.9/637 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.]
