

**Assemblée générale**

Distr. générale
20 avril 2017
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Vienne, 3-21 juillet 2017

**Travaux législatifs envisageables sur les sûretés mobilières et
des sujets connexes****Note du Secrétariat**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Sujets pouvant faire l'objet de travaux législatifs futurs	4
A. Questions contractuelles	4
1. Introduction	4
2. Utilité	4
3. Faisabilité	5
4. Conclusions	6
B. Questions concernant les opérations et la réglementation	6
1. Utilité	6
2. Faisabilité	7
3. Conclusions	8
C. Financement des microentreprises	8
1. Utilité	8
2. Faisabilité	9
3. Conclusions	11
D. Récépissés d'entrepôt	12
1. Utilité	12
2. Faisabilité	13
3. Conclusions	14
E. Octroi de licences de propriété intellectuelle	15
1. Utilité	15



2. Faisabilité.....	15
3. Conclusions.....	17
F. Modes alternatifs de règlement des litiges dans les opérations garanties.....	17
1. Utilité.....	17
2. Faisabilité.....	18
3. Conclusions.....	18
G. Financement de biens immeubles.....	19

I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée “Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés” (A/CN.9/702 et Add.1) et a décidé que le Groupe de travail VI serait chargé d’élaborer un texte sur l’inscription des sûretés réelles mobilières¹. À cette session, elle a également décidé que les questions suivantes resteraient inscrites à son programme de travaux futurs: a) les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés; b) une loi type sur les opérations garanties; et c) un texte traitant des droits et obligations des parties à une opération garantie². Elle a en outre prié le Secrétariat de réaliser une étude sur l’octroi de licences de propriété intellectuelle³.

2. À sa quarante-sixième session, en 2013, la Commission a adopté le Guide de la CNUDCI sur la mise en place d’un registre des sûretés réelles mobilières⁴. À cette session, elle a examiné une note du Secrétariat intitulée “Projet de loi type sur les opérations garanties” (A/CN.9/WG.VI/WP.55 et Add.1 à 4) et a confié au Groupe de travail VI le soin d’élaborer cette loi type⁵.

3. À sa quarante-septième session, en 2014, après avoir examiné une note du Secrétariat intitulée “Projet de loi type sur les opérations garanties: Sûretés réelles sur les titres non intermédiés” (A/CN.9/811), la Commission est convenue que le projet de loi type élaboré par le Groupe de travail VI porterait aussi sur les sûretés mobilières grevant des titres non intermédiés⁶.

4. À sa quarante-huitième session, en 2015, la Commission est convenue de la nécessité d’élaborer un projet de guide pour l’incorporation du projet de loi type sur les opérations garanties et a confié cette tâche au Groupe de travail VI⁷. Elle a aussi noté qu’à sa quarante-troisième session, elle avait inscrit à son programme de travaux futurs l’élaboration d’un guide contractuel sur les opérations garanties et d’un texte juridique uniforme sur l’octroi de licences de propriété intellectuelle. Elle est convenue de maintenir ces points à son programme de travaux futurs et de les examiner à une session ultérieure en se fondant sur des notes qui seraient établies par le Secrétariat, après un colloque ou une réunion d’experts qui devrait se tenir dans la limite des ressources disponibles⁸.

5. À sa quarante-neuvième session, en 2016, la Commission a examiné les notes du Secrétariat intitulées “Projet de loi type sur les opérations garanties” (A/CN.9/884 et Add.1 à 4) et “Projet de loi type sur les opérations garanties: Compilation de commentaires” (A/CN.9/886, A/CN.9/887 et Add.1) et a adopté la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières⁹. À cette session, elle était saisie d’une note du Secrétariat intitulée “Projet de guide pour l’incorporation du projet de loi type sur les opérations garanties” (A/CN.9/885 et Add.1 à 4) et elle est convenue de donner au Groupe de travail VI deux sessions supplémentaires au maximum pour achever ses travaux et lui soumettre le projet de guide, pour examen final et adoption, à sa cinquantième session en 2017¹⁰.

¹ Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17), par. 268.

² Ibid.

³ Ibid., par. 273.

⁴ Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17), par. 191.

⁵ Ibid., par. 194.

⁶ Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/69/17), par. 163.

⁷ Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 17 (A/70/17), par. 216.

⁸ Ibid., par. 217.

⁹ Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17), par. 119.

¹⁰ Ibid., par. 122.

6. Toujours à cette session, rappelant ses décisions antérieures (voir par. 1 et 4 ci-dessus), la Commission a également examiné les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine des sûretés mobilières et a décidé de maintenir à son programme de travaux futurs l'élaboration d'un guide contractuel sur les opérations garanties et d'un texte juridique uniforme sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle¹¹. Elle a décidé en outre que les sujets suivants devraient aussi être inscrits à son programme de travaux futurs: a) la microfinance; b) les questions contractuelles intéressant les microentreprises (par exemple, les questions de transparence); c) les financements garantis par des récépissés d'entrepôt; et d) les modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) et les financements garantis par des sûretés¹². Elle est convenue que tous ces sujets devraient être examinés à une session ultérieure, sur la base de notes qui seraient établies par le Secrétariat, à l'issue d'un colloque ou d'une réunion d'experts qui devrait se tenir dans la limite des ressources disponibles¹³.

7. Conformément à la décision prise par la Commission à sa quarante-neuvième session (voir par. 6 ci-dessus), le Secrétariat a organisé le quatrième Colloque international sur les opérations garanties, qui s'est tenu à Vienne du 15 au 17 mars 2017, dans le but de recueillir les vues et les conseils d'experts concernant les travaux qui pourraient être menés sur les sûretés mobilières et des sujets connexes. Une centaine d'experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé ont participé à cette réunion de trois jours, dont les discussions ont servi de base au Secrétariat pour établir la présente note. On pourra consulter le texte des exposés qui ont été présentés à ce Colloque sur le site Web de la CNUDCI. Des articles seront également publiés dans la Revue de droit uniforme en coordination avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT). La présente note résume les observations et conclusions formulées lors du Colloque sur les travaux législatifs envisageables, tandis que la note [A/CN.9/919](#) résume les observations et conclusions relatives aux activités qui pourraient être entreprises en matière de coordination et d'assistance technique.

II. Sujets pouvant faire l'objet de travaux législatifs futurs

A. Questions contractuelles

1. Introduction

8. Les experts qui ont débattu des questions contractuelles ont examiné un texte qui fournirait aux parties à une opération garantie des orientations sur les points devant être abordés dans une convention constitutive de sûreté et sur la manière dont ils devraient y être traités conformément aux meilleures pratiques internationales généralement acceptables. Pour leur débat, ils sont partis du principe que la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (la "Loi type") était appliquée dans tous les pays concernés et ils se sont appuyés sur une forme courante et simple de convention constitutive, en laissant de côté les questions de conflit de lois.

2. Utilité

9. Pendant la discussion qui a suivi, on s'est demandé s'il était vraiment nécessaire d'élaborer un guide contractuel fournissant des orientations aux parties ou si la CNUDCI était l'organe le mieux placé pour élaborer un tel guide contenant des conventions constitutives types. La proposition de présenter le texte envisagé sous la forme d'un additif au projet de guide pour l'incorporation de la Loi type, avec interprétation, ou sous une autre forme (par exemple, un guide pratique) a cependant recueilli un large soutien. Il a été noté à cet égard que le projet de guide pour l'incorporation était principalement destiné aux législateurs. Il a donc été proposé de

¹¹ Ibid., par. 124.

¹² Ibid., par. 125.

¹³ Ibid.

développer ou de compléter le projet de guide afin qu'il fournisse des orientations aux utilisateurs de la Loi type et du registre qu'elle prévoit (tels que les juges, les arbitres, les parties aux opérations, les praticiens et les universitaires). Selon un point de vue largement partagé, sans ces orientations, les parties ne seraient pas en mesure de tirer parti de la Loi type. On avait constaté dans les faits, par exemple, que même dans les États qui avaient adopté une loi moderne sur les sûretés mobilières, les prêteurs qui connaissaient mal les pratiques de financement adossé à des biens meubles, tels que des stocks et des créances, continuaient d'exiger essentiellement l'affectation de biens immeubles en garantie de crédits. Dans les cas où seul un faible pourcentage de la population d'un État était propriétaire de la vaste majorité des biens immeubles, il s'ensuivait que, en dépit de l'adoption d'une loi moderne sur les sûretés mobilières, le crédit restait inaccessible au secteur de l'économie qui en avait le plus besoin, à savoir les petites et moyennes entreprises (PME).

3. Faisabilité

10. Les paragraphes qui suivent résument brièvement les observations que les experts ont formulées concernant les questions à traiter et la manière de les traiter dans un texte qu'élaborerait la Commission.

a) Types d'opérations garanties permises par la Loi type

11. Le texte pourrait expliquer les caractéristiques et les avantages des différents types d'opérations garanties rendues possibles par la Loi type (par exemple, financement d'acquisition de stocks et de matériel, financement par des crédits renouvelables adossés à des stocks et des créances, affacturage et forfaiting, titrisation, financement par des prêts à terme, crédits garantis par un transfert de propriété). Il pourrait examiner quelles sont les dispositions de la Loi type qui permettent ces opérations et expliquer exactement comment ces opérations sont rendues possibles.

b) Questions précontractuelles

12. Le texte pourrait examiner les objectifs du créancier garanti et du constituant, ainsi que les documents initiaux nécessaires (par exemple, la manifestation d'intérêt non contraignante du créancier garanti, la lettre de proposition -avec des modèles de formulaires-, l'évaluation du bien qu'il est proposé d'affecter en garantie, la lettre d'engagement contraignante du créancier garanti mentionnant le montant du prêt, les taux d'intérêt et les frais).

c) Diligence raisonnable

13. Le texte pourrait examiner les questions touchant au devoir de diligence raisonnable (par exemple, certificats de recherche – avec formulaires types –, certificats attestant l'opposabilité de la sûreté mobilière, informations essentielles concernant le constituant et le bien proposé en garantie -avec formulaires types-, recherches dans les registres de sûretés et d'autres registres spécialisés et recherches concernant les sûretés judiciaires et les privilèges fiscaux).

d) Clarté et simplicité de la rédaction

14. Le texte pourrait expliquer les avantages d'une rédaction à la fois claire (par exemple, pour éviter les litiges, faire en sorte que les parties comprennent les termes de l'accord, employer des termes qui correspondent à la Loi type, prendre en compte l'expérience et le niveau de connaissance des parties) et simple (par exemple, pour éviter un jargon trop juridique, les longues phrases, les longs paragraphes, utiliser une police de caractères facile à lire, fournir des exemples de rédaction inefficace).

e) Autonomie des parties et dispositions impératives dans la Loi type

15. Le texte pourrait examiner le paragraphe 1 de l'article 3 de la Loi type, qui autorise les parties à adapter leur convention à leurs besoins, en donnant des exemples d'articles particuliers de la Loi type auxquels les parties peuvent déroger ou dont elles

peuvent modifier les effets par convention (par exemple, la définition de la défaillance à l'alinéa u) de l'article 2 et la renonciation aux droits après défaillance prévue au paragraphe 3 de l'article 72). Le texte pourrait aussi expliquer les dispositions impératives qui échappent à l'autonomie des parties, en fournissant des exemples (notamment, les règles générales de conduite énoncées à l'article 4 et les règles de conflit de lois prévues aux articles 85 à 107).

f) Modèle de convention constitutive de sûreté

16. Le texte pourrait comprendre des modèles de conventions constitutives fondés sur les meilleures pratiques internationales généralement acceptables. Il pourrait en outre expliquer les principales clauses de telles conventions (par exemple, l'identification des parties, la constitution de la sûreté mobilière, la description du bien grevé et de l'obligation garantie, les garanties concernant le constituant et le bien grevé, les événements équivalant à une défaillance et les voies de droit pouvant être exercées après défaillance).

g) Conclusion de la convention

17. Le texte pourrait examiner des questions liées à la conclusion de la convention (par exemple, l'inscription préalable, la recherche effectuée après conclusion de la convention à titre de confirmation, les certificats et l'avance de fonds).

h) Suivi de la situation du constituant et du bien grevé après conclusion de la convention

18. Le texte pourrait examiner les questions liées au suivi de la situation du constituant et du bien grevé une fois la convention conclue (par exemple, changement de l'identifiant du constituant, changement du lieu de situation du constituant ou du bien meuble corporel grevé, changement de la valeur du bien grevé).

i) Opposabilité et inscription

19. Le texte pourrait fournir des exemples de modes d'opposabilité autres que l'inscription. Il pourrait également fournir des modèles de formulaires et des orientations pour établir les avis nécessaires et les soumettre à un registre afin de rendre une sûreté mobilière opposable par inscription.

4. Conclusions

20. La Commission voudra peut-être examiner s'il conviendrait d'élaborer un texte pour fournir des orientations aux utilisateurs de la Loi type sur la meilleure façon de tirer parti de cette dernière et du Registre qu'elle prévoit. Il pourrait constituer la deuxième partie du guide pour l'incorporation ou prendre la forme d'un guide pratique, à l'instar du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale, qui fournit des informations aux praticiens de l'insolvabilité et aux juges sur les aspects pratiques de la coopération et de la communication dans les procédures d'insolvabilité internationale, ou de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, destiné à aider les praticiens de l'arbitrage en fournissant une liste annotée de questions qu'un tribunal arbitral souhaitera peut-être trancher durant la procédure arbitrale.

B. Questions concernant les opérations et la réglementation

1. Utilité

21. Plusieurs aspects externes au droit des sûretés peuvent jouer un rôle capital lorsqu'il s'agit de déterminer si un État dispose d'un marché du crédit garanti dont le dynamisme et le bon fonctionnement sont de nature accroître l'offre de crédit à faible coût grâce à l'affectation de biens meubles en garantie des obligations, comme le veut une loi efficace en matière d'opérations garanties. Ces aspects touchent notamment au

“renforcement des capacités”, en particulier parmi les prêteurs, et à l’élaboration d’une réglementation appropriée pour le crédit garanti.

22. Par renforcement des capacités, il faut entendre le fait que les prêteurs deviennent capables en pratique d’utiliser les outils que leur offre une loi moderne sur les sûretés mobilières pour conclure des opérations de crédit efficaces et rentables en s’exposant à un risque réduit de perte en cas de défaillance. On s’accorde généralement à reconnaître qu’il ne suffit pas de doter un État d’une loi moderne sur les opérations garanties, telle que celle recommandée par le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le “Guide sur les opérations garanties”) et donnée en exemple dans la Loi type, pour que les prêteurs disposent automatiquement des outils pratiques leur permettant d’octroyer effectivement des crédits. En fait, les prêteurs n’acceptent de recourir aux nouvelles opérations permises par la réforme du droit des sûretés que lorsque les créanciers sont concrètement en mesure d’utiliser efficacement les nouvelles règles juridiques. En conséquence, une réforme du droit sans renforcement des capacités risque de ne pas produire les résultats escomptés.

2. Faisabilité

23. Les paragraphes qui suivent résument brièvement les observations que les experts ont formulées concernant les questions à traiter et la manière de les traiter dans un texte qu’élaborerait la Commission.

a) Estimation du bien grevé et explication des principaux termes

24. Le texte pourrait traiter des questions liées à l’estimation du bien grevé (par exemple, par des professionnels). L’accord de crédit garanti fait naître des droits. Toutefois, le niveau de protection offert par cet accord dépendra de la valeur du bien grevé et, en particulier, de sa valeur dans le contexte où il pourrait être nécessaire d’en disposer. Ainsi, pour déterminer dans quelle mesure le bien grevé réduit le risque de perte, il faut posséder les compétences nécessaires pour estimer le montant susceptible d’être tiré de l’acte de disposition. Le texte pourrait également expliquer des termes, tels que la “base d’emprunt” servant à établir le montant devant être prêté, en particulier dans les mécanismes de crédit renouvelable et dans le cas d’une masse fluctuante de biens grevés. Lorsque le crédit est renouvelable et que le bien affecté en garantie est composé d’éléments fluctuants trop nombreux pour faire chacun l’objet d’une estimation efficace, il peut être difficile de déterminer le montant maximum de l’emprunt. Les prêteurs garantis participant à de telles opérations acquièrent des compétences spécialisées dans des domaines tels que la définition de la base d’emprunt et l’élaboration de formules permettant de calculer le montant pouvant être prêté en toute sécurité sur le bien grevé (par exemple, un prêteur accordera un crédit correspondant à 70 % de la valeur nominale des “créances éligibles”).

b) Administration des prêts garantis

25. Le texte pourrait examiner des questions touchant à la comptabilité et au suivi de la situation du constituant et du bien grevé. Les créanciers garantis doivent accorder leur confiance mais doivent aussi procéder à des vérifications. Aussi doivent-ils acquérir des compétences en matière d’audit de biens grevés, concernant notamment leur existence continue, leur quantité, leur état et la fluctuation de leur valeur.

c) Recours à la voie extrajudiciaire pour prendre possession du bien grevé, en disposer et en répartir le produit

26. Comme il est possible que la réalisation extrajudiciaire des sûretés mobilières soit une notion nouvelle pour un État qui incorpore la Loi type, le texte pourrait expliquer l’exercice des droits après défaillance par la voie extrajudiciaire, et en particulier la protection des droits du constituant et des tiers, ainsi que l’utilisation de modes alternatifs de règlement des litiges. Il pourrait également expliquer les avis qui devraient être adressés en cas de réalisation extrajudiciaire et fournir des modèles de formulaire. Il pourrait en outre traiter des marchés secondaires de vente des biens

grevés, notamment des plates-formes électroniques, et de leurs avantages et inconvénients.

d) Recouvrement de créances

27. Le texte pourrait examiner des questions qui exigent un renforcement des capacités, telles que le recouvrement de biens grevés prenant la forme de créances (ou d'autres droits à paiement d'une somme d'argent, y compris les titres de créance). Par exemple, le recouvrement de créances auprès d'un débiteur exige des compétences autres que celles nécessaires pour prendre possession de matériel et en disposer. En effet, a) les débiteurs se soucient souvent de l'identité du créancier; b) il peut être difficile de localiser le débiteur; et c) il peut être nécessaire de se fonder sur des données ou informations historiques concernant les différents débiteurs pour déterminer la valeur des créances au moment de l'opération.

e) Investissement dans les capacités juridiques

28. Le texte pourrait traiter de la capacité juridique nécessaire car les lois modernes sur les sûretés sont complexes tout comme les règles régissant l'exercice des droits. Il pourrait également traiter des compétences juridiques supplémentaires qu'il faudrait développer dans des branches de droit connexes, comme le droit de l'insolvabilité.

f) Accroître l'accès au crédit et la stabilité financière

29. Le texte pourrait examiner la coordination entre la Loi type et les règles de capitalisation fixées par les Accords de Bâle du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire car, s'ils ne comprennent pas les aspects en cause (par exemple, concernant les sûretés éligibles au sens des Accords de Bâle), les prêteurs ne seront probablement pas disposés à avancer des fonds à des emprunteurs ou ne le feront qu'à un coût plus élevé. La réglementation part du principe que les créanciers garantis risquent de ne pas pouvoir liquider rapidement des biens meubles grevés en raison du nombre limité de marchés secondaires et du fait que les sûretés sont souvent primées par des droits concurrents (tels que les privilèges). Ces considérations ignorent que la réforme du droit des sûretés renforce la sécurité juridique et la transparence sur les marchés.

3. Conclusions

30. À elle seule, la réforme du droit sera probablement insuffisante pour permettre à une loi moderne sur les opérations garanties de réaliser pleinement ses objectifs. En fait, l'offre de crédit meilleur marché a plus de chances d'augmenter si les créanciers et les organismes chargés de la réglementation connaissent bien les avantages que procure l'adoption de ce type de réforme et se dotent des capacités, respectivement, pour conclure et gérer les opérations rendues possibles par la réforme et pour réglementer la solidité des banques créancières qui concluent de telles opérations. De plus, il va de soi que la mise en œuvre de telles réformes est une tâche dont les caractéristiques dépendront dans une large mesure de facteurs propres à chaque État. La Commission voudra donc peut-être examiner s'il conviendrait d'élaborer un texte sur les questions ayant trait aux opérations et à la réglementation, texte qui pourrait constituer une troisième partie du guide pour l'incorporation de la Loi type ou qui pourrait prendre la forme d'un guide pratique (voir par. 20 ci-dessus). Les questions touchant à la réglementation pourraient être traitées en coopération avec les autorités de contrôle compétentes, comme le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire.

C. Financement des microentreprises

1. Utilité

31. Les microentreprises constituent une part vitale de l'économie mondiale (elles représentent plus de 90 % de l'ensemble des entreprises). Elles jouent aussi un rôle déterminant dans les économies en développement. Il est donc souhaitable de porter une attention spéciale aux aspects particuliers que revêt leur financement.

L'importance des microentreprises a été clairement mise en évidence par les statistiques du Groupe de la Banque mondiale et a été confirmée par les experts travaillant dans ce domaine dans différentes régions du monde.

32. Le financement des microentreprises soulève de nombreuses questions qui ne se posent pas nécessairement en rapport avec le financement d'entreprises plus grandes (y compris les PME). Même si ces microentreprises ont accès au crédit, elles l'obtiennent souvent auprès d'institutions financières non bancaires et non réglementées, qui font l'objet d'une surveillance limitée; il est préférable d'attirer ces microentreprises sur le marché réglementé du crédit, non seulement dans le but de contrôler une part importante du marché du crédit dans les économies en développement, mais également parce que la réglementation et le contrôle des microentreprises permettront de les faire entrer dans le secteur formel de l'économie. Ce faisant, on augmentera les possibilités d'accès au crédit et la probabilité que les décisions d'investissement et de prêt reposent sur des bases saines.

33. La plupart des microentreprises ne disposeront probablement pas de biens immeubles qu'elles peuvent affecter en garantie. Pour pouvoir accéder au marché réglementé du crédit, elles doivent donc pouvoir proposer d'autres types de biens à grever. De surcroît, les microentreprises sont souvent tenues de consentir des garanties personnelles, qui sont apportées par l'entrepreneur lui-même si l'entreprise jouit de la personnalité morale, ainsi que par la famille, des amis ou d'autres entrepreneurs. Cette pratique donne lieu à plusieurs situations particulières. La quantité de biens susceptibles d'être affectés en garantie est généralement très limitée et leur nature diffère de celle des biens habituellement grevés par des entreprises plus grandes. Le fait que les entreprises et les éventuels garants sont généralement des personnes physiques pose des problèmes juridiques. Le montant très faible des prêts peut aussi avoir des conséquences sur le coût de l'opération et le comportement des prêteurs, tant au moment de la genèse de l'opération que durant le cycle de vie du crédit.

34. Ces facteurs soulèvent diverses questions relativement à l'application de la Loi type, comme la question des modalités utilisées pour les diverses notifications exigées dans la Loi type, les nombreuses questions touchant, plus généralement, à la réalisation et au recouvrement, notamment à la complexité de la procédure de réalisation, qui n'est pas particulièrement adaptée aux personnes physiques et aux prêts de très faibles montants, la question de savoir comment les sûretés personnelles s'articulent avec les prêts garantis par des sûretés mobilières. Il est donc nécessaire d'examiner et d'expliquer comment les opérations garanties par des sûretés mobilières (visées par la Loi type) fonctionnent généralement pour les microentreprises, et prévoir peut-être quelques règles spéciales sur ces questions (voir pour plus d'informations les paragraphes 39 et 40 ci-dessous).

35. Par ailleurs, de par la faible taille de sa microentreprise, le commerçant n'a guère de pouvoir de négociation face aux parties qui apportent un financement, d'où le fréquent problème de constitution de sûretés trop importantes par rapport au montant de l'obligation garantie, domaine où la surveillance et la réglementation des banques devraient entrer en jeu si l'on veut parvenir à une solution. Ce faible pouvoir de négociation peut aussi déboucher sur l'imposition de taux d'intérêt abusifs, en particulier s'agissant des taux d'intérêt à verser en cas de défaillance. L'adoption de règles spéciales en matière d'insolvabilité est également souhaitable compte tenu de la faible taille des microentreprises.

2. Faisabilité

36. Les paragraphes qui suivent résument brièvement les observations que les experts ont formulées concernant les questions à traiter et la manière de les traiter dans un texte qu'élaborerait la Commission.

a) Particularités et financement des microentreprises

37. L'une des questions qui devrait être abordée a trait aux particularités des microentreprises et aux problèmes posés par leur financement. Les microentreprises

sont généralement des entreprises individuelles ou de petites entreprises familiales et les prêts sont habituellement de faible montant, qu'il s'agisse de prêts à terme ou de crédits renouvelables. Il faudrait également étudier les types de financements disponibles (non garantis ou garantis par des sûretés réelles mobilières ou des sûretés personnelles), et les types de biens susceptibles d'être grevés.

b) Types d'opérations de microfinance

38. Il faudrait examiner les divers types d'opérations qui conviennent tout particulièrement aux microentreprises et les moyens d'adapter les structures traditionnelles de financement. Les structures possibles comprennent notamment les prêts garantis par des stocks, le financement par cession de créances et ses exigences particulières dans le cas de microentreprises, l'affectation en garantie d'espèces, de devises et de comptes bancaires, ainsi que la constitution de sûretés personnelles.

c) Notifications

39. La Loi type exige dans plusieurs cas l'envoi d'une notification au constituant (par exemple, paragraphe 2 de l'article 15 des Dispositions types sur le registre, et paragraphe 2 b) de l'article 77, paragraphe 4 de l'article 78 et paragraphe 2 a) de l'article 80 de la Loi type). À l'exception du paragraphe 2 de l'article 15 des Dispositions types sur le registre, selon lequel l'avis doit être envoyé au constituant à l'adresse inscrite sauf si le créancier garanti a connaissance d'une adresse plus récente, la Loi type n'énonce pas dans le détail où la notification doit être envoyée. Il en est ainsi en particulier des dispositions sur la réalisation. Lorsque le constituant est une société, il aura un siège statutaire auquel un avis peut être envoyé et le créancier garanti peut être raisonnablement certain que le constituant recevra cet avis ou qu'il ne pourra nier l'avoir reçu. Lorsque le constituant est une personne physique, et plus particulièrement un entrepreneur individuel, il risque fort de changer assez souvent d'adresse et le créancier garanti n'aura pas nécessairement connaissance de ce changement. Il va de même pour l'adresse électronique d'une personne physique (si la notification par voie électronique est permise). Pour que les créanciers garantis aient la certitude que leurs notifications produiront effet, ce qui influe sur leur décision d'octroyer un crédit garanti à un entrepreneur individuel, il serait souhaitable de mettre au point un système simple dans lequel les moyens de notification sont prévus dès le début de l'opération, à charge pour l'entrepreneur de procéder aux actualisations voulues, les conséquences en matière de réalisation découlant du fait que la notification a été faite à la dernière adresse saisie dans le système. Un modèle écrit sur la manière de parvenir à ce résultat serait utile. Il ne faut pas oublier que la notification concourt à établir un équilibre entre, d'une part, la possibilité pour le créancier de réaliser sa sûreté efficacement (et par voie extrajudiciaire) et, d'autre part, la protection du débiteur. Cet équilibre peut être différent lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel ou un garant.

d) Réalisation

40. La réalisation soulève un certain nombre de problèmes lorsque l'entreprise est très petite, en particulier dans le cas d'une entreprise individuelle, ou lorsqu'une sûreté personnelle a été constituée. Par exemple, il est nécessaire avant tout d'envisager la protection des biens personnels en cas de réalisation. Ensuite, les voies de droit extrajudiciaires prévues dans la Loi type risquent d'être trop compliquées et coûteuses pour des prêts d'un très faible montant. Pour la réalisation de sûretés mobilières garantissant des prêts de très faible montant, il pourrait être nécessaire de prévoir une procédure extrajudiciaire simplifiée et d'y incorporer des mesures de protection pour le débiteur. En outre, il pourrait être nécessaire d'opter pour un modèle reposant sur le concept de tribunal chargé "des litiges de faible montant" afin de faciliter la réalisation, au moyen de modèles préétablis avec une possibilité de recours limitée, ou d'envisager des modes alternatifs de règlement des litiges (en ligne ou non) en lieu et place des procédures judiciaires.

e) Sûretés personnelles

41. Les sûretés personnelles, souvent consenties par des membres de la famille, des amis ou des associations de microentreprises, posent des problèmes liés à la protection du garant, par exemple des problèmes d'insolvabilité des ménages et de coordination de la procédure d'insolvabilité. Il serait nécessaire d'examiner si des règles spéciales devraient être élaborées en rapport avec les sûretés personnelles et en particulier leur interaction avec les prêts garantis par des sûretés mobilières.

f) Questions touchant aux moyens de réglementation

42. L'inégalité en matière de pouvoir de négociation se traduit souvent par des clauses abusives dans les conventions de prêt et les conventions constitutives de sûretés. Il faudrait donc se pencher sur la question des clauses abusives, par exemple celles stipulant des taux d'intérêt élevés en cas de défaillance, ou celles définissant de manière injuste les cas de déchéance du terme et de défaillance, et examiner comment remédier à de tels abus. Il faudrait également étudier le contrôle du comportement des banques dans le cadre du financement des microentreprises. Les problèmes qui se posent ici tiennent au fait que le très faible montant des prêts n'incite guère les prêteurs à réaliser une évaluation des risques en bonne et due forme, ce qui favorise la constitution de sûretés trop importantes au regard des prêts accordés, phénomène qui se trouve facilité par l'inégalité criante en matière de pouvoir de négociation. Les faits montrent également que la surveillance est défaillante et les réactions inefficaces en cas de non-remboursement d'un prêt, comme l'illustre la pratique courante du crédit permanent. Une telle pratique est source de problèmes pour les deux parties au processus de prêt. Les banques refinancent le prêt presque aveuglément, sans avoir préalablement évalué la viabilité de l'emprunteur (et donc les chances de remboursement futur), ce qui compromet la véracité de leurs bilans. D'un autre côté, le fait que les créanciers n'exigent pas le remboursement du prêt car la procédure de recouvrement est trop coûteuse au regard du faible montant en jeu a un effet préjudiciable sur les microentreprises, puisque les intérêts continuent de courir, au point qu'il devient pratiquement impossible de rembourser le prêt.

43. Parmi les solutions possibles, on peut envisager notamment des informations plus fiables à partir desquelles évaluer correctement la solvabilité (grâce à des systèmes efficaces de notation), de meilleures pratiques de surveillance et une répartition plus efficace des tâches au sein des institutions financières, une application appropriée de la réglementation concernant les prêts improductifs, voire peut-être une redéfinition des mécanismes de réalisation, qui devraient être moins onéreux, plus rapides et plus simples (voir par. 40 ci-dessus).

3. Conclusions

44. Pour traiter les questions évoquées ci-dessus, la Commission pourrait envisager d'élaborer un texte qui: a) expliquerait l'application de la Loi type aux sûretés grevant des biens meubles d'une microentreprise; b) comprendrait des règles types sur des questions telles que les notifications exigées dans la Loi type et la réalisation; c) contiendrait un commentaire et peut-être des règles sur les sûretés personnelles; et d) examinerait les questions de capacités concernant le droit, les opérations et la réglementation eu égard aux points soulevés plus haut. Le Groupe de travail pourrait déterminer la forme que prendraient ces travaux. Il est possible de traiter les différents aspects précités de diverses façons. Par exemple, les sûretés mobilières constituées par des microentreprises pourraient faire l'objet de règles types qui seraient ajoutées dans la Loi type, et le commentaire sur ces règles pourrait être inséré dans le guide pour l'incorporation de la Loi type. D'autres questions, comme les sûretés personnelles, pourraient faire l'objet de règles types ou d'un guide législatif ou pratique (voir par. 20 et 30 plus haut). Tout travail éventuellement entrepris devra être coordonné avec d'autres activités de la Commission (par exemple, les questions de constitution simplifiée ou d'insolvabilité des microentreprises). Les questions touchant à la réglementation pourraient être traitées en coopération avec les autorités de contrôle

compétentes, comme le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (voir par. 30 ci-dessus).

D. Récépissés d'entrepôt

1. Utilité

45. Les récépissés d'entrepôt ont de nombreuses utilisations commerciales, notamment pour faciliter la vente et la distribution de produits de base et permettre aux entreprises de garantir des crédits. Le financement adossé à des récépissés d'entrepôt permet aux producteurs (exportateurs) et aux vendeurs (importateurs) de produits agricoles ou d'autres produits d'accéder à des prêts en affectant en garantie des récépissés qui sont délivrés contre dépôt de ces produits dans des entrepôts. Comme le montrent plusieurs études, les récépissés d'entrepôt sont sous-utilisés dans le commerce international pour accéder à des crédits faute de législation favorisant cette pratique¹⁴. L'un des principaux obstacles au financement garanti par des récépissés d'entrepôt est donc l'absence de législation favorable¹⁵. D'un autre côté, le risque de fraude lié à ce type de financement pose également problème. Toutefois, un système intégré et dûment contrôlé de récépissés d'entrepôt électroniques peut protéger davantage contre la fraude et la mauvaise gestion qu'un système papier. De plus, des récépissés délivrés sous forme électronique et négociable peuvent conduire à la mise en place de bourses de commerce, ce qui augmente l'offre de liquidités pour les producteurs, les distributeurs et les prêteurs.

46. L'agriculture est l'un des secteurs économiques qui souffre particulièrement du manque d'accès à des crédits pratiqués à des taux raisonnables et de l'absence de récépissés d'entrepôt. Plusieurs organisations internationales, dont la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale), la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et l'Organisation des États américains (OEA), ont examiné et proposé des mécanismes pour remédier à ces difficultés, par exemple dans le but de faciliter l'adoption de lois sur les récépissés d'entrepôt. À ce jour, aucune organisation internationale ou régionale n'a adopté de loi type sur la question, d'où un manque d'harmonisation et des solutions au cas par cas. L'absence de cadre type suscite des problèmes, en particulier pour les opérations dans la chaîne d'approvisionnement mondiale.

47. La CNUDCI a élaboré plusieurs instruments modernes, dont la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam), afin de faciliter l'utilisation de documents de transport et de connaissements en particulier, qu'ils soient émis sous forme papier ou sous forme électronique. La CNUDCI n'a pas encore traité des récépissés d'entrepôt, en particulier des récépissés non négociables.

48. Diverses lois empêchent souvent l'affectation de biens, tels que des récoltes sur pied, en garantie d'un prêt. La Loi type essaie d'aplanir ces difficultés, tant pour les

¹⁴ Voir, par exemple, Accès des pays tributaires des produits de base au financement de ces produits, Note du secrétariat de la CNUCED, TD/B/C.1/MEM.2/10 (2010), p. 11 et 12; Comité juridique interaméricain de l'Organisation des États américains, *Principles for Electronic Warehouse Receipts for Agricultural Products*; Secrétariat de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique, *Regulatory Issues Affecting Trade and Supply Chain Finance*, 2015, p. 13 et 14; Groupe de la Banque mondiale, *A Guide to Warehouse Receipts Financing Reform: Legislative Reform* (2016); Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture et Banque européenne pour la reconstruction et le développement, *Designing Warehouse Receipt Legislation: Regulatory Options and Recent Trends* (2015).

¹⁵ Comité juridique interaméricain de l'Organisation des États américains, *Principles for Electronic Warehouse Receipts for Agricultural Products*, n° 14, p. 6; Comité économique de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique, *Report on Workshop on Supply Chain Finance and Implementation of Secured Transactions in a Cross-Border Context*, 20 et 21 août 2016 (document APEC 2016/SOM3/EC/040), p. 4.

récoltes sur pied que pour les produits récoltés. S'agissant des produits récoltés, elle prévoit des règles claires et modernes sur l'affectation de documents négociables, y compris de récépissés d'entrepôt, en garantie d'un prêt. Cependant, compte tenu de sa nature, elle cède le pas à la législation interne pour un certain nombre de questions, dont celles de savoir: a) quels documents sont négociables; b) qui est autorisé à délivrer des récépissés d'entrepôt; c) quels sont les droits et les obligations des parties aux récépissés; et d) quels sont les droits des acquéreurs de récépissés et de produits représentés par ces derniers. Dans une grande majorité d'économies, surtout des économies en développement, la législation sur les récépissés d'entrepôt est obsolète voire inexistante.

49. De surcroît, pour élaborer la Loi type et le Guide sur les opérations garanties, on est parti de l'hypothèse selon laquelle les instruments et documents négociables sont délivrés sous forme papier. Dans ces textes, une sûreté sur un instrument ou un document négociable ne peut être rendue opposable que par inscription ou possession, cette dernière désignant "la possession effective d'un bien corporel". Il n'est pas fait mention du fait que le "contrôle" est devenu le principal mécanisme utilisé pour les transferts purs et simples de "biens électroniques", tout particulièrement les récépissés d'entrepôt qui sont de plus en plus souvent délivrés sous forme électronique, et pour assurer l'opposabilité des sûretés grevant ces biens. Il est souligné dans le Guide sur les opérations garanties que "étant donné qu'il serait particulièrement difficile de créer un équivalent électronique" pour les instruments et documents papier négociables, si un État adoptant souhaite traiter la question, il "devra formuler des règles spéciales" à cette fin¹⁶. Ni la Loi type ni le Guide sur les opérations garanties ne prévoient de telles règles. Cela étant, le fait que le Guide sur les opérations garanties ne traite pas de documents représentatifs négociables émis sous forme électronique "ne devrait pas être interprété comme décourageant l'utilisation de tels équivalents électroniques"¹⁷. Il est noté dans le projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières que "les États adoptants voudront peut-être envisager d'inclure à leur texte législatif incorporant la Loi type un article dans le sens de la recommandation 12 [Communications électroniques] du Guide sur les opérations garanties"¹⁸.

50. Le projet de loi type sur les documents transférables électroniques prévoit un cadre général pour l'émission et le transfert de documents électroniques, y compris les récépissés d'entrepôt électroniques, mais il n'aborde pas de nombreux aspects habituellement régis par la législation sur les récépissés et les sûretés mobilières, tels que la priorité d'une personne exerçant le contrôle d'un récépissé électronique par rapport à des réclamants concurrents. Ni ce projet de loi ni la Loi type sur les sûretés mobilières n'expliquent comment une sûreté sur des stocks pourrait se reporter automatiquement sur le récépissé électronique correspondant ou sur le produit concernant une facture négociable électronique émise après la vente de ces stocks.

2. Faisabilité

51. Les activités menées à ce jour par les autres organisations internationales mentionnées plus haut donnent de bonnes raisons de penser que la Commission pourrait élaborer avec succès un texte sur les récépissés d'entrepôt (par exemple sous la forme d'une loi type). La participation escomptée de ces organisations au projet envisagé permettrait d'obtenir un produit de qualité susceptible d'être immédiatement déployé dans des projets de réforme et dans des délais relativement brefs. S'agissant des aspects liés aux sûretés mobilières, ce texte pourrait s'appuyer sur les principes, recommandations et dispositions types consacrés par les textes de la CNUDCI dans ce domaine. En ce qui concerne la transférabilité des récépissés électroniques, il pourrait s'inspirer des travaux réalisés par la CNUDCI sur la question des documents

¹⁶ Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, p. 480, note 17.

¹⁷ Ibid., chap. I, par. 121.

¹⁸ A/CN.9/914, par. 66.

transférables électroniques. Afin d'évaluer la faisabilité du projet proposé, la Commission souhaitera peut-être prendre en compte les points suivants:

- a) Définitions claires des concepts et termes clés, notamment de la notion de récépissé d'entrepôt;
 - b) Informations devant être fournies dans un récépissé;
 - c) Forme sous laquelle peut être délivré le récépissé;
 - d) Récépissés d'entrepôt négociables et non négociables;
 - e) Obligations fondamentales des exploitants d'entrepôts;
 - f) Responsabilité en cas de perte ou d'endommagement des biens entreposés;
 - g) Irrégularités et descriptions erronées dans les récépissés d'entrepôt et délivrance d'un nombre de récépissés supérieur à celui autorisé;
 - h) Transfert des récépissés d'entrepôt, par négociation, cession, contrôle ou par une autre méthode;
 - i) Droits du bénéficiaire d'un transfert de récépissé d'entrepôt;
 - j) Droits des acquéreurs de biens représentés par des récépissés d'entrepôt;
 - k) Remplacement ou retrait de biens entreposés;
 - l) Fin de l'entreposage;
 - m) Opposabilité des sûretés grevant des récépissés d'entrepôt électroniques;
 - n) Opposabilité des sûretés grevant des récépissés d'entrepôt non négociables;
 - o) Sûreté détenue par l'exploitant d'un entrepôt et réalisation de cette sûreté;
- et
- p) Questions de transition.

52. La Commission souhaitera peut-être également confier à un groupe de travail le soin d'examiner des aspects supplémentaires liés à l'entreposage et de fournir des orientations sur ces derniers, qui seraient incluses dans le texte envisagé ici ou dans un autre texte séparé (par exemple, dans un guide pour l'incorporation, si le texte envisagé prend la forme d'une loi type). Ces aspects seraient notamment les suivants:

- a) Délivrance des autorisations d'exploiter un entrepôt;
- b) Règlementation des entrepôts;
- c) Assurance et cautionnement des entrepôts;
- d) Maintien de réserves suffisantes; et
- e) Tenue d'une comptabilité.

3. Conclusions

53. La Commission souhaitera peut-être envisager d'élaborer un texte sur les récépissés d'entrepôt. Ce texte pourrait notamment définir un cadre général et moderne pour la délivrance et le transfert des récépissés, les droits et obligations des émetteurs et porteurs de récépissés, et la répartition du risque en cas d'insuffisance de biens meubles corporels représentés par un récépissé. Le texte pourrait aussi traiter de l'affectation de récépissés non négociables en garantie d'un crédit et de l'opposabilité des sûretés grevant des récépissés électroniques. Toute activité éventuelle devrait être menée en consultation avec d'autres organisations internationales qui travaillent sur la question du financement de la chaîne d'approvisionnement et du financement garanti par des récépissés d'entrepôt, en particulier la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), UNIDROIT, la FAO, la BERD, l'OEA et la Banque mondiale.

E. Octroi de licences de propriété intellectuelle

1. Utilité

54. Le groupe d'experts qui a débattu de la question des licences de propriété intellectuelle a tout d'abord discuté de la nécessité d'élaborer un texte de droit uniforme sur l'octroi de licences en raison de l'importance grandissante de cette pratique dans le commerce mondial. Les experts ont mis en avant: a) les études réalisées sur la période 1998-2013, selon lesquelles l'indice des exportations mondiales de biens a progressé de 20 % environ, tandis que les paiements de redevances de propriété intellectuelle ont plus que quadruplé pendant la même période; et b) les études réalisées sur la période 1990-2009, selon lesquelles la part des pays en développement dans les paiements mondiaux pour des biens technologiques a doublé, passant de quelque 13 % à 26 %.

55. Les experts ont constaté toutefois que la législation présentait des lacunes en ce qui concerne les questions contractuelles. Si certaines lois sur la propriété intellectuelle contiennent quelques dispositions sur les clauses contractuelles, il n'existe aucune législation commerciale générale régissant spécifiquement l'octroi de licences de propriété intellectuelle. Les parties à des contrats doivent plutôt s'en remettre à une *lex mercatoria* générale fondée sur des règles et des pratiques ad hoc exigeant souvent des connaissances et une expérience spécialisées, ce qui renchérit les opérations, constitue un frein aux échanges internationaux et défavorise les petites et moyennes entreprises.

56. Les experts ont mentionné des études mettant en avant les avantages que les États retirent d'une augmentation du commerce de la propriété intellectuelle. Parmi ces avantages, on peut citer: a) un accès accru aux financements et au capital-risque; b) une meilleure utilisation sur le plan qualitatif du capital humain national; c) un renforcement de l'activité inventive au niveau local; d) un meilleur accès des entreprises locales aux technologies; et e) un accès simplifié et accru du public aux contenus créatifs. Pour que ces avantages se concrétisent, il est nécessaire que le droit favorise les opérations commerciales portant sur la propriété intellectuelle, par exemple "l'octroi de licences". Faute d'une loi commerciale générale conçue spécialement pour répondre aux besoins particuliers des opérations d'octroi de licences, ces avantages ne peuvent pas se matérialiser.

57. Les experts se sont reportés ensuite à d'autres textes spécialisés qui régissent des opérations commerciales particulières. Ils ont cité principalement la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises mais également d'autres textes comme la Loi type, la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap), et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Il a été constaté que, malheureusement, aucun de ces instruments ne répondait spécifiquement aux exigences particulières en matière d'octroi de licences.

58. Les experts ont noté que la Loi type s'applique aussi aux opérations dans lesquelles des propriétés intellectuelles (y compris des redevances de licences) sont affectées en garantie d'un crédit. Il a été souligné que l'élaboration d'un texte uniforme pour les contrats commerciaux concernant l'utilisation de la propriété intellectuelle s'inscrirait naturellement dans le prolongement des travaux que la Commission avait réalisés. Les experts ont conclu qu'un projet sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle serait particulièrement souhaitable pour le commerce mondial et viendrait naturellement compléter les autres travaux accomplis par la Commission.

2. Faisabilité

59. Afin d'évaluer s'il serait possible d'élaborer un texte de droit uniforme sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle, les experts ont examiné ensuite plusieurs questions commerciales qui se posent dans le cadre des contrats de licence

classiques et la manière dont ces questions pourraient être utilement traitées. Les questions sont les suivantes:

a) Portée des travaux: le texte envisagé devrait traiter les questions liées à l'octroi de licences qui sont susceptibles d'être réglées par des dispositions non impératives auxquelles les parties pourraient déroger ou dont elles pourraient modifier les effets, étant entendu que le texte en question ne vise pas à modifier les règles du droit de la propriété intellectuelle;

b) Définitions et règles d'interprétation: il faudrait définir des termes, tels que "cession", "licence", "exclusive", "portée", "utilisation", et d'autres concepts utilisés dans le texte; il faudrait également mentionner l'obligation générale d'agir de bonne foi et de manière raisonnable;

c) Formation du contrat: il faudrait examiner si la formation des contrats de licence de propriété intellectuelle exigent des règles spéciales, hormis les règles du droit général des contrats régissant des questions comme la forme écrite ou la formation du contrat par voie électronique; il serait peut-être utile à cet égard de revoir les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international;

d) Interprétation du contrat: un certain nombre de questions devraient être abordées, comme celles de savoir: i) si les parties peuvent convenir de limiter l'interprétation aux seuls termes de l'instrument écrit; ii) en cas d'ambiguïté de l'instrument écrit, s'il convient de se reporter au comportement des parties; iii) si un contrat devrait être interprété sur la base de règles neutres ou sur la base d'une règle favorable à l'une des parties (par exemple, un auteur); et iv) s'il faut s'intéresser à l'interprétation des clauses exigeant une exécution successive ou une exécution à la satisfaction de l'autre partie;

e) Clauses tacites: le texte devrait traiter la question de savoir si le contrat de licence doit être réputé contenir des clauses tacites, par exemple selon lesquelles le concédant garantit avoir la propriété ou le contrôle de la propriété intellectuelle, ou selon lesquelles les parties ont un devoir de coopération et une obligation réciproque d'agir de bonne foi;

f) Obligations et leur exécution: il pourrait être nécessaire de traiter des obligations générales des parties (par exemple, l'obligation pour le concédant de permettre l'utilisation de la propriété intellectuelle et l'obligation pour le preneur de licence d'utiliser la propriété intellectuelle conformément aux clauses de la licence et de verser des redevances) et de leur exécution;

g) Transfert des droits et acceptation des obligations: il sera peut-être nécessaire de traiter des transferts de droits de propriété intellectuelle par un accord de licence et des transferts de droits contractuels, notamment par cession du droit à paiement, et d'établir une distinction entre acceptation des obligations et transfert des droits;

h) Contravention au contrat et moyens pouvant être exercés: il sera peut-être nécessaire de traiter des situations qui équivalent à une contravention au contrat de licence et des moyens dont peuvent se prévaloir les parties en conséquence (par exemple, la question de savoir si l'exécution de toutes les obligations stipulées au contrat ou seulement des obligations essentielles est exigée, s'il faudrait opérer une distinction entre la contravention ouvrant droit à la résolution du contrat et la contravention ouvrant droit à réparation seulement, en examinant le montant et la nature de la réparation); et

i) Conflit de lois: il sera peut-être aussi nécessaire d'examiner la loi applicable au contrat de licence de propriété intellectuelle et, en particulier, la question de savoir si les parties peuvent choisir cette loi et, dans l'affirmative, quelles pourront être les questions régies par cette loi.

3. Conclusions

60. La Commission souhaitera peut-être examiner si un texte sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle devrait être élaboré ou si la question devrait rester inscrite à son programme de travaux futurs afin qu'elle l'examine à une session ultérieure, sur la base d'une note que le Secrétariat établirait dans la limite des ressources disponibles (cette même solution peut être appliquée s'agissant de toute question pour laquelle la Commission ne serait pas en mesure de décider si des travaux sont nécessaires ou non). Tout travail éventuel pourrait être entrepris en coopération avec les organisations gouvernementales internationales compétentes, comme l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), et des organisations non gouvernementales internationales.

F. Modes alternatifs de règlement des litiges dans les opérations garanties

1. Utilité

61. Les experts qui ont débattu des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) dans les opérations garanties, modes qui comprennent l'arbitrage, la médiation et la conciliation (conduits en ligne ou non), ont estimé que ces modes devraient pouvoir être utilisés pour régler des différends découlant des conventions constitutives de sûretés ou des sûretés elles-mêmes (il s'agit généralement de litiges survenant après défaillance au moment de la réalisation de la sûreté). Les experts sont également convenus que les MARL avaient une importance majeure lorsque les procédures judiciaires étaient inefficaces, car des problèmes tels que les retards et les frais excessifs étaient nécessairement préjudiciables pour l'offre et le coût du crédit.

62. Les lois diffèrent toutefois s'agissant de savoir dans quelle mesure l'arbitrage permet de régler de tels litiges. Il n'est pas certain non plus, en cas de recours à une procédure arbitrale, que les droits des tiers soient entièrement pris en compte lors de la réalisation d'une sûreté. De plus, s'il devrait être possible en principe d'utiliser la médiation ou la conciliation, il n'est pas certain, du fait que cette procédure débouche sur une décision non contraignante, qu'elle puisse être utilisée en lieu et place d'une procédure judiciaire en cas de réalisation. La médiation ou la conciliation pourraient alléger la charge de travail des tribunaux étatiques et aider les parties à trouver une solution équilibrée qui protège leurs droits et les droits des tiers, et pourraient donc contribuer à l'offre de crédit bon marché.

63. Le paragraphe 3 de l'article 3 de la Loi type dispose que "[a]ucune disposition de la présente Loi n'a d'incidence sur un accord prévoyant le recours à un mode alternatif de règlement des litiges", et renvoie donc la question de l'arbitrabilité à une autre loi applicable. La Loi type ne traite donc pas cette question.

64. L'article 73 de la Loi type prévoit en outre que le créancier garanti peut exercer ses droits après défaillance en saisissant ou sans saisir le tribunal ou autre autorité à préciser par l'État adoptant. Le projet de guide pour l'incorporation explique que les mots "autre autorité" désignent une autorité à qui l'État a délégué le pouvoir de juger (voir [A/CN.9/914/Add.5](#), par. 57). Un tribunal arbitral ne remplirait donc pas cette condition. En revanche, la réalisation sans saisine d'une juridiction étatique ou d'une autre autorité pourrait en principe comprendre la réalisation par voie arbitrale, même si cette question n'est pas expressément traitée dans la Loi type ou le projet de guide pour l'incorporation.

65. En outre, la Loi type comporte un certain nombre de dispositions régissant les droits des tiers sur des biens grevés qui pourraient être concernés par la réalisation d'une sûreté. Plus concrètement: a) l'article 74, option B, prévoit qu'un tiers dont les droits sont lésés du fait du non-respect, par le créancier garanti procédant à la réalisation, des dispositions du chapitre sur la réalisation est fondé à engager un recours; b) l'article 75, paragraphe 1, autorise un tiers à mettre fin au processus de réalisation; c) l'article 76, paragraphe 1, autorise un créancier garanti de rang

supérieur à reprendre le processus de réalisation; d) l'article 77, paragraphe 2, exige du créancier garanti procédant à la réalisation d'aviser tout tiers en possession du bien grevé de la défaillance et autorise ledit tiers à refuser que le créancier prenne possession du bien par voie extrajudiciaire; e) l'article 78, paragraphe 4, exige du créancier garanti procédant à la réalisation qu'il avise tout créancier tiers de son intention de disposer du bien grevé par voie extrajudiciaire; f) l'article 79, paragraphe 2, impose au créancier garanti de suivre certaines règles pour la répartition du produit de tout acte de disposition du bien grevé réalisé par voie extrajudiciaire; et g) l'article 80, paragraphe 2, exige du créancier garanti procédant à la réalisation d'envoyer aux créanciers tiers sa proposition d'acquiescer le bien grevé.

66. Enfin, lorsque la personne en possession du bien grevé refuse que le créancier garanti prenne possession du bien par voie extrajudiciaire, le créancier peut tenter de résoudre le litige en recourant à un mode alternatif de règlement. Par exemple, si aucune autre loi n'interdit expressément de soumettre la question à l'arbitrage, le constituant et le créancier garanti peuvent convenir de recourir à l'arbitrage pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits des tiers; une médiation ou une conciliation (conduite en ligne ou non) serait possible en principe, si les parties sont d'accord, car par définition ces modes de règlement n'aboutissent pas à une décision contraignante et ne portent pas atteinte en particulier aux droits des tiers.

2. Faisabilité

67. Comme toute autre convention, une convention constitutive de sûreté fait naître des droits et des obligations pour les parties, le constituant et le créancier garanti. Les parties pourraient donc en principe convenir de soumettre tout litige à l'arbitrage. Si la sentence arbitrale ordonne au débiteur de payer et si le créancier garanti tente de faire exécuter ladite sentence en saisissant le bien grevé, il faudrait protéger les droits que les tiers détiennent sur ce bien.

68. Ainsi, l'article 68 de la Loi-type interaméricaine relative aux sûretés mobilières traite de questions d'arbitrabilité en disposant ce qui suit: "Tout conflit suscité par l'interprétation ou l'exécution d'une garantie mobilière peut être soumis à l'arbitrage par les parties consentantes et agissant conformément à la législation applicable dans cet État" (il n'est toutefois pas fait référence à la médiation ou à la conciliation).

69. L'article 78 de la loi colombienne sur les sûretés mobilières va plus loin en disposant ce qui suit: "Si les parties en conviennent ainsi, tout litige né de la constitution, de l'interprétation, de l'opposabilité, de l'exécution, de la réalisation ou de la liquidation d'une sûreté peut être soumis à la conciliation, à l'arbitrage ou à tout autre mode alternatif de règlement des litiges, conformément à la législation nationale et aux traités et conventions internationaux applicables". Il conviendrait néanmoins de préciser que les parties à des opérations garanties peuvent être autorisées à engager une procédure arbitrale si elles le souhaitent mais qu'en principe elles ne feront pas l'économie d'un recours à des négociations, une médiation ou une conciliation si cette méthode a des chances réalistes de porter ses fruits (les clauses prévoyant plusieurs étapes et formules de règlement des litiges ne conviennent pas dans tous les cas).

70. En cas de réalisation d'une sûreté par voie judiciaire, la protection des droits des créanciers tiers relève de la loi régissant la réalisation judiciaire. En cas de réalisation extrajudiciaire, la protection devrait être régie par la loi sur les sûretés mobilières suivant les principes décrits ci-dessus (voir par. 65 ci-dessus).

3. Conclusions

71. La Commission voudra peut-être examiner s'il faudrait élaborer une règle type semblable à l'article 68 de la Loi-type interaméricaine relative aux sûretés mobilières ou à l'article 78 de la loi colombienne sur les sûretés mobilières, pour l'insérer dans la Loi type, et s'il faudrait inclure un commentaire sur cette règle dans le projet de guide pour l'incorporation. Cette règle type pourrait exiger des parties qu'elles tentent d'abord de régler leur litige lié à la réalisation par voie de négociation, puis par médiation ou conciliation. Les parties ne seraient autorisées à saisir une juridiction

étatique ou une autre autorité que si la négociation, la médiation ou la conciliation ne produit pas de solution dans un délai raisonnable, à moins qu'elles ne conviennent à un moment ou à un autre de recourir à l'arbitrage. Le commentaire pourrait examiner toutes ces options et en particulier l'utilisation des modes alternatifs de règlement des litiges pour résoudre des différends nés de la réalisation d'une sûreté. Dans ce contexte, il pourrait mettre en avant les moyens de protéger les droits des tiers prévus dans la Loi type en cas de réalisation extrajudiciaire. Ce travail pourrait être entrepris par un groupe composé de spécialistes du droit des sûretés et du droit des règlements des litiges. Il pourrait être coordonné avec les autres travaux menés par la Commission sur le règlement des différends et les questions liées aux MARL et à l'insolvabilité.

G. Financement de biens immeubles

72. Lors du débat général qui a eu lieu à la fin du Colloque, il a été proposé que la Commission élabore un texte sur le financement de biens immeubles. Il a été dit, à l'appui de cette proposition, que les États souhaitant réformer leur droit des sûretés avaient besoin d'orientations également sur ce type de financement. À l'encontre de cette proposition, il a été souligné que le droit régissant ce mode de financement était généralement bien développé et ne se prêtait pas à une unification au niveau international.