Nations Unies A/CN.9/WG.VI/WP.14

Assemblée générale

Distr.: Limitée
29 juillet 2004*

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail VI (Sûretés)
Sixième session
Vienne, 27 septembre-1er octobre 2004

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Rapport du Secrétaire général

Table des matières

		Paragraphes	*Page*
V.	Opposabilité aux tiers	1-75	3
A.	Remarques générales	1-75	3
1.	Introduction	1-5	3
2.	Dépossession	6-9	4
a)	Considérations d'ordre général	6	4
b)	Détention par un tiers des biens grevés	7-9	4
3.	Transfert au créancier garanti du contrôle sur les obligations incorporelles	10-14	4
a)	Créances d'exploitation et autres créances de somme d'argent	10-12	4
b)	Comptes de dépôt	13-14	5
4.	Modes de publicité fondés sur les titres de propriété	15-17	6
a)	Registre des titres de propriété	15-16	6
b)	Systèmes des certificats de titre de propriété	17	6

* Le présent document est soumis avec deux semaines de retard par rapport au délai prescrit de 10 semaines avant le début de la réunion car il a fallu attendre la fin des consultations.

V.04-56642 (F) 010904 020904

5.	Inscription d'un avis de sûreté dans un registre général des sûretés	18-64	6
a)	Considérations d'ordre général	18-22	6
b)	Classement par bien ou par constituant	23-27	7
c)	Teneur de l'avis inscrit	28-38	8
d)	Accès à des informations plus détaillées	39-40	10
e)	Durée de l'inscription	41-43	11
f)	Questions administratives	44-52	11
g)	Inscription précoce	53-55	13
h)	Autres droits soumis à inscription	56-62	13
i)	Autres moyens de notification	63-64	15
6.	Sûretés sans dépossession: formules autres que l'inscription dans un registre des sûretés	65-70	15
a)	Considérations d'ordre général	65-66	15
b)	Créanciers garantis concurrents	67	16
c)	Acquéreurs de biens grevés	68	16
d)	Représentant de l'insolvabilité et créanciers judiciaires du constituant	69-70	16
7.	Opposabilité aux tiers de sûretés sur le produit	71-75	17
B.	Recommandations		18

V. Opposabilité aux tiers

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les régimes applicables aux opérations garanties obligent généralement le créancier garanti à prendre quelques mesures supplémentaires avant de pouvoir faire valoir ses sûretés mobilières sur les biens grevés à l'égard des tiers. Cette exigence supplémentaire a un objectif double. Elle sert tout d'abord à protéger les tiers intéressés par les biens meubles du constituant contre le risque que ces biens soient grevés d'une sûreté. Deuxièmement, elle établit une référence temporelle pour l'établissement du rang de priorité entre créanciers garantis et entre un créancier et d'autres réclamants concurrents.

2. Le présent chapitre traite des cinq méthodes les plus couramment utilisées pour obtenir qu'une sûreté produise des effets de droit réel à l'égard des tiers. La première n'est applicable qu'à des biens meubles corporels spécifiques et consiste à priver le constituant de la détention des biens engagés. La deuxième méthode constitue un développement de principe de la dépossession: il s'agit de conférer au créancier garanti le contrôle sur la valeur des obligations incorporelles qu'un tiers doit au constituant. La troisième méthode n'est utilisée que si les biens grevés sont des biens meubles corporels spécifiques pour lesquels l'État adoptant a établi un registre où sont enregistrés les titres de propriété desdits biens et les sûretés dont ils sont grevés. La quatrième méthode requiert la notation de la sûreté sur un certificat de titre de propriété. Cette méthode n'est aussi utilisée que si les biens grevés sont des articles spécifiques de biens meubles corporels pour lesquels, en vertu d'une autre loi de l'État adoptant, la propriété est attestée par un certificat de titre de propriété.

3. La cinquième méthode, la plus complète, consiste à inscrire un simple avis concernant la sûreté dans un registre général des sûretés. Les avis sont classés selon l'identité du constituant et non selon le bien spécifique. Un seul avis peut donc être utilisé pour rendre opposable aux tiers une seule sûreté grevant un quelconque article ou type de biens meubles corporels ou incorporels, qu'il soit déjà détenu ou à acquérir ultérieurement. L'inscription d'un avis ne constitue de preuve matérielle ni de l'existence d'un droit de propriété du constituant en ce qui concerne les biens grevés ni même de l'existence de la sûreté. L'inscription au registre est toutefois une condition préalable de l'opposabilité aux tiers de toute sûreté qui peut avoir été constituée. En l'absence d'avis inscrit, les tiers ne sont pas liés.

4. L'inscription d'un avis n'est pas seulement une condition préalable de l'opposabilité aux tiers d'une sûreté réelle sans dépossession. Elle contribue également à l'établissement concret des rangs de priorité. De toute évidence, l'avis constitue une référence temporelle objectivement vérifiable pour l'établissement des rangs de priorité entre les créanciers garantis et entre un créancier garanti et les réclamants concurrents.

5. La priorité fait l'objet d'un chapitre distinct du présent Guide (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1). La relation entre l'inscription d'un avis et la

priorité constitue un fil conducteur que l'on suivra tout au long du présent chapitre, et les deux chapitres devraient être lus l'un en rapport avec l'autre.

2. Dépossession

a) Considérations d'ordre général

6. Même si le fait d'ôter au constituant la détention des biens grevés ne constitue pas une preuve matérielle de l'existence d'une sûreté, il réduit autant que possible le risque de voir la propriété apparente du constituant sur le bien induire en erreur les créanciers et autres parties. Aussi, la dépossession est-elle traditionnellement considérée comme suffisante non seulement pour constituer une sûreté mais aussi pour rendre cette sûreté opposable aux tiers (voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 57).

b) Détention par un tiers des biens grevés

7. La dépossession du constituant ne signifie pas obligatoirement la possession directe par le créancier garanti. La détention par un tiers, comme un agent ou représentant du créancier garanti, est suffisante, à condition qu'un observateur objectif soit raisonnablement porté à conclure que les biens grevés ne sont pas en possession du constituant ni sous son contrôle.

8. La dépossession par un tiers ne nécessite pas toujours l'enlèvement matériel des biens grevés des locaux du constituant. Conformément à la méthode des magasins de campagne, le tiers assume le contrôle sur les stocks et autres biens grevés du constituant par l'intermédiaire d'un représentant établi dans les locaux du constituant. Les tiers sont protégés du fait que l'accès du constituant aux biens grevés ne peut se faire qu'avec le consentement et la coopération du créancier garanti agissant par l'intermédiaire d'un tiers (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 7).

9. Si les biens grevés font l'objet d'un titre représentatif négociable, par exemple, un connaissement ou un récépissé d'entrepôt, le transporteur ou entrepositaire est tenu de remettre les biens concernés à la personne qui détient le document. La délivrance d'un document négociable correctement endossé constitue donc un autre moyen de priver le constituant de la détention des biens concernés.

3. Transfert au créancier garanti du contrôle sur les obligations incorporelles

a) Créances d'exploitation et autres créances de somme d'argent

10. Dans les systèmes juridiques qui acceptent la négociabilité des certificats de valeurs mobilières (pour les actions ou obligations), la délivrance du certificat portant tout endossement requis transfère au créancier garanti le bénéfice de l'obligation due par l'émetteur. La délivrance du certificat est donc l'équivalent fonctionnel d'une dépossession par l'intermédiaire d'un agent du créancier garanti. Le même résultat peut être obtenu pour les titres certifiés déposés auprès d'un établissement de compensation si l'on inscrit le nom du créancier garanti dans les livres de cet établissement, de même pour les titres non certifiés, si l'on inscrit le nom du créancier garanti dans les livres de l'émetteur. Pour ce qui est des titres d'investissement détenus indirectement, le contrôle sur les obligations dues par le courtier ou autre intermédiaire peut être transféré soit en mettant le compte de

placement au nom du créancier garanti soit en obtenant le consentement de l'intermédiaire à suivre les consignes du créancier garanti.

11. Le présent Guide ne traite pas des questions relatives aux sûretés sur les titres d'investissement. Cependant la notion de contrôle comme moyen d'assurer l'opposabilité aux tiers d'une sûreté peut être appliquée à d'autres types d'obligations incorporelles qu'un tiers doit au constituant. Par exemple, la constitution d'une sûreté sur une créance d'exploitation ordinaire ou autre créance de somme d'argent permet généralement au créancier garanti, en cas de défaillance du constituant, d'exiger le paiement de la personne tenue d'exécuter l'obligation. La demande de paiement transfère donc au créancier garanti le contrôle concret sur la créance de somme d'argent.

12. En revanche, un créancier garanti n'exige généralement pas le paiement direct d'une obligation de somme d'argent due au constituant tant qu'il n'y a pas de défaillance de la part de ce dernier. Même en cas de cession directe d'une créance de somme d'argent, le cessionnaire laissera le plus souvent le recouvrement aux mains du cédant. En raison de ces points pratiques, il peut être préférable de considérer tout simplement la demande de paiement comme une technique de recouvrement ou de réalisation et non comme une méthode qui permette d'assurer l'opposabilité aux tiers de la sûreté. Cela est particulièrement opportun lorsque la possibilité d'inscrire un avis dans un registre des sûretés est offerte au créancier garanti et au cessionnaire. L'inscription dans un registre constitue un moyen plus efficace d'évaluer, en début de transaction, le risque encouru en matière de priorités surtout lorsque la sûreté couvre l'ensemble des biens meubles incorporels monétaires présents ou à acquérir.

b) Comptes de dépôt

13. Lorsque les biens grevés prennent la forme d'un compte de dépôt détenu par le constituant auprès d'un organisme financier ou autre établissement recevant des dépôts, on peut transférer le contrôle à la partie garantie en mettant le compte au nom du créancier garanti. Un autre moyen constituerait pour les parties de conclure un contrat de contrôle en vertu duquel l'établissement s'engage à suivre uniquement les instructions du créancier garanti dans la gestion du compte. Pour répondre aux besoins d'information des créanciers du constituant et autres tiers intéressés, il peut être nécessaire d'obliger l'établissement recevant des dépôts à répondre à toute demande de confirmation de l'existence d'un tel contrat.

14. Il se peut que le constituant doive lui-même de l'argent à l'établissement recevant des dépôts. Plutôt que de conclure un contrat de contrôle, il peut être plus simple de considérer que l'établissement recevant des dépôts, qui acquiert une sûreté sur les comptes de dépôt d'un client, exerce, en vertu de la loi applicable, le contrôle automatique sur ces comptes. Une fois de plus toutefois, pour répondre aux besoins d'information des tiers, il peut être nécessaire d'obliger l'établissement à indiquer aux tiers ayant un intérêt légitime s'il a conclu un accord de contrôle portant sur le compte de dépôt.

4. Modes de publicité fondés sur les titres de propriété

a) Registre des titres de propriété

15. La dépossession et d'autres techniques de contrôle équivalentes ne peuvent être utilisées que si le constituant accepte de renoncer à l'utilisation et à la jouissance continues des biens grevés. On ne peut y recourir si le constituant doit conserver le contrôle sur les biens grevés afin de fournir des services, de produire des biens ou de dégager d'autres bénéfices.

16. Pour certaines catégories restreintes de biens de grande valeur, un État peut avoir mis en place un registre spécialisé des titres de propriété analogue au livre foncier. Lorsqu'il existe, ce registre offre un moyen pratique d'inscrire les sûretés sans dépossession sur les biens de grande valeur afin de les rendre opposables aux tiers. Navires, aéronefs, autocaravanes et droits de propriété intellectuelle (notamment brevets et marques de fabrique ou de commerce) sont les exemples les plus courants de biens pour lesquels il existe des registres des titres de propriété.

b) Systèmes des certificats de titre de propriété

17. Certains systèmes juridiques ont établi des systèmes de certificats de titre de propriété pour attester l'acquisition ou le transfert des titres de propriété d'articles spécifiques de biens meubles (par exemple, véhicules automobiles). L'inscription d'un avis concernant une sûreté constituée par le propriétaire dont le nom figure sur le certificat suffit normalement pour rendre la sûreté opposable aux tiers.

5. Inscription d'un avis de sûreté dans un registre général des sûretés

a) Considérations d'ordre général

18. Un cinquième mode de publicité consiste à déposer un avis faisant connaître la sûreté dans un registre public établi à cette fin. À la différence des quatre modes déjà examinés, l'inscription d'un avis offre un moyen universel d'obtenir l'opposabilité aux tiers, quelle que soit la nature des biens grevés. À ce titre, il aide à établir un ordre de priorité exact, ce qui permet de trancher les conflits de concurrence entre créanciers garantis et entre un créancier garanti et d'autres tiers en se référant à la date d'inscription.

19. Un registre des sûretés fondé sur l'inscription d'avis est très différent d'un registre des titres de propriété et d'un registre des opérations garanties fondé sur le dépôt de documents. Le registre des titres de propriété fait office de source de renseignements concrets et à jour sur l'état d'un titre de propriété de biens spécifiques. Pour protéger l'intégrité du registre des titres de propriété, la personne qui inscrit est généralement tenue de déposer les documents attestant le transfert de titres de propriété ou de les soumettre pour examen au conservateur. De même, dans un registre des opérations garanties fondé sur le dépôt de documents, la documentation réelle sur la constitution d'une sûreté est présentée au conservateur qui la vérifie et établit ensuite le certificat d'inscription qui constitue du moins une preuve par présomption de l'existence d'une sûreté.

20. Un registre des avis inscrits fonctionne en revanche selon le principe de la publicité négative. L'inscription d'un avis constitue non une preuve concrète de l'existence de la sûreté mais plutôt une mise en garde quant à l'existence éventuelle d'une sûreté, qui permet aux tiers de prendre d'autres mesures pour protéger leurs

intérêts (voir par. 39). L'inscription d'un avis étant une condition préalable de l'opposabilité aux tiers d'une sûreté, c'est sur l'absence d'inscription que se fondent les tiers pour conclure qu'ils acquerront les biens grevés exempts de toute sûreté antérieure. Il n'est donc pas nécessaire d'obliger les créanciers garantis à faire inscrire la convention constitutive de sûreté ni à prouver son existence par d'autres moyens. Du point de vue du constituant, la protection contre les inscriptions non autorisées peut se faire par l'obligation d'informer le constituant en question de toute inscription et par la mise en place d'une procédure administrative simplifiée pour faciliter la radiation de toute inscription non autorisée.

21. Le dépôt d'un avis simplifie considérablement le processus d'inscription et réduit autant que possible l'ampleur des tâches administratives et d'archivage incombant au registre. Il offre aussi une plus grande souplesse tout au long de la période de financement. Tant que la description des biens grevés figurant dans l'avis inscrit ne change pas, un avis unique suffit pour rendre opposable aux tiers toute convention constitutive de sûreté conclue par les mêmes parties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 19 à 22).

22. De nombreux pays ont adopté le principe d'un registre fondé sur l'inscription d'avis. Des lois types ont été mises au point par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (Principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés, 1997; Loi type sur les transactions garanties, 1994), l'Organisation des États américains (Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières, 2001) et la Banque asiatique de développement (Réforme de la législation et des politiques générales: Guide sur les registres des biens meubles, décembre 2002). La Convention de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les protocoles y relatifs portant sur les matériels d'équipement aéronautique prévoient un régime international de priorités basé sur un système d'inscription des garanties portant sur les aéronefs créées par un contrat constitutif de sûreté, un contrat de bail ou un contrat de vente réservant un droit de propriété. La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international propose elle aussi la méthode d'enregistrement comme fondement de l'un des systèmes permettant de déterminer les priorités présentés dans son annexe.

b) Classement par bien ou par constituant

23. Pour pouvoir être retrouvé, un avis de sûreté doit être classé en fonction de critères bien établis. Dans un registre des sûretés, le critère retenu est généralement le nom du constituant. Le classement par bien n'est possible que pour les biens individualisés par un numéro de série ou un autre élément d'identification. Même dans ce cas, la valeur d'articles relevant d'une catégorie générique (tous les biens meubles corporels, par exemple) peut être trop modique pour justifier le coût d'un classement des inscriptions article par article. Qui plus est, le classement en fonction des biens ne permet pas l'inscription d'un avis portant sur les biens acquis ultérieurement ou sur les actifs circulants, par exemple les stocks et les créances de somme d'argent.

24. Le classement par constituant simplifie considérablement l'inscription. Les créanciers garantis peuvent en effet, par une seule inscription, rendre opposables aux tiers les sûretés sur tous les biens meubles, présents ou à acquérir, d'un constituant ou sur toute une catégorie générique de biens. Ils n'ont pas à se soucier

de faire une mise à jour chaque fois que le constituant acquiert un nouvel article qui entre dans la catégorie générique visée dans l'avis inscrit.

25. Le classement par constituant a cependant un inconvénient. Si les biens grevés font l'objet de cessions non autorisées successives, les futurs créanciers garantis ou acheteurs ne peuvent se protéger en faisant une recherche d'après le nom du propriétaire apparent immédiat. Étant donné le classement par constituant, la recherche ne fera pas apparaître de sûreté octroyée par un propriétaire antérieur.

26. Pour apporter une solution partielle à ce problème, il faudrait classer par bien les biens de grande valeur, comme par exemple les véhicules automobiles, bateaux, autocaravanes, remorques aéronefs, pour lesquels existent des éléments d'identification numériques fiables. Même si l'identification de biens spécifiques limite la possibilité d'utiliser un avis unique pour rendre les sûretés à acquérir opposables aux tiers, elle ne s'impose généralement que pour les biens de capital dont le constituant a besoin dans le cours normal de ses affaires (et pour les biens de consommation utilisés à des fins personnelles dans la mesure où ils sont visés par la loi sur les opérations garanties de l'État adoptant). Lorsque le constituant détient ses biens sous forme de stocks, ce problème est résolu puisqu'un acheteur acquerra, en tout cas, dans le cours normal de ses affaires, ces biens libres de sûretés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1).

27. Une solution de rechange ou complémentaire consisterait à exiger des créanciers garantis qui ont connaissance d'un transfert ou d'une cession par le constituant qu'ils ajoutent sur l'avis inscrit le nom du bénéficiaire du transfert ou de la cession en qualité de constituant additionnel, afin de garantir la priorité par rapport aux réclamants concurrents postérieurs. On pourrait également envisager d'étendre la protection à tous les acheteurs postérieurs, voire à tous les tiers intéressés postérieurs, même si le créancier garanti n'a pas connaissance de la disposition non autorisée de la part du débiteur (voir également A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 64 à 72).

b) Teneur de l'avis inscrit

i. Identification du constituant

28. Étant donné que l'identité du constituant est le critère habituel qui permet de retrouver un avis de sûreté, les personnes qui inscrivent et celles qui font une recherche ont besoin de conseils sur la manière correcte d'indiquer l'identité du constituant sur l'avis inscrit. Ce sont le nom et l'adresse du constituant qui sont le plus souvent utilisés à cette fin.

29. S'agissant des entreprises et autres personnes morales constituantes, on peut généralement vérifier le nom exact en consultant le registre public du commerce et des sociétés tenu dans la plupart des États. Si les renseignements figurant dans ce registre et dans le registre des sûretés sont archivés sous forme électronique, on peut éventuellement aménager un accès commun aux deux bases de données pour simplifier les vérifications.

30. Quand le constituant est un particulier, la vérification du nom exact peut être un peu plus difficile. En effet, il peut y avoir divergence entre le nom de naissance du constituant et le nom sous lequel il est généralement connu ou entre les noms figurant sur différents documents. Des changements de nom peuvent être intervenus

depuis la naissance, à la suite d'un choix délibéré ou d'un changement de la situation matrimoniale. La définition, par le législateur, de directives explicites sur la manière de faire face à ces éventualités permet à la personne qui inscrit et à celle qui fait une recherche d'utiliser les mêmes critères. Par exemple les règles ou le règlement administratif régissant le fonctionnement du registre peuvent établir une hiérarchie de sources officielles, qui commence par le nom indiqué sur l'acte de naissance du constituant et renvoie à d'autres sources (le passeport ou le permis de conduire par exemple) si l'acte de naissance manque ou n'est pas accessible.

31. Si plusieurs constituants ont le même nom, l'adresse du constituant permet souvent à la personne qui fait une recherche d'établir l'identité exacte. Dans les pays où un patronyme est très répandu, il peut être utile de demander des renseignements supplémentaires, tels que la date de naissance du constituant. Dans les États qui affectent à leurs ressortissants un numéro d'immatriculation, celui-ci peut être utilisé, sous la double réserve du droit au respect de la vie privée et de la détermination d'un autre moyen d'identifier les non-ressortissants.

32. Les effets d'une erreur de nom de constituant sur la valeur juridique d'un avis dépendent du mode d'organisation du registre considéré. Par exemple, certains registres électroniques sont conçus pour n'afficher que les correspondances totales entre le nom recherché par la personne qui fait la recherche et le nom figurant dans la base de données. Dans un tel système, toute erreur d'entrée annulera l'inscription de l'avis puisque l'avis ne pourra être retrouvé par une personne faisant une recherche à l'aide du nom exact du constituant. Dans d'autres systèmes, il peut être possible de retrouver aussi des correspondances partielles, auquel cas le nom inscrit pourrait être trouvé lors d'une recherche à l'aide d'un élément d'identification correct, même s'il y a erreur d'entrée. La question de savoir si l'erreur annule ou non l'inscription dépendra du cas d'espèce. Un test à la fois souple et utile consisterait à ne traiter l'erreur comme fatale que lorsque l'information divulguée sur l'avis risque d'induire en erreur une personne avisée effectuant une recherche.

ii. Identification du créancier garanti

33. Le nom et l'adresse du créancier garanti ou du représentant du créancier garanti qui figurent sur l'avis inscrit permettent aux tiers de contacter, le cas échéant, le créancier garanti. Ils constituent aussi une preuve par présomption que le créancier garanti qui invoque par la suite la priorité en se fondant sur l'avis est en fait la personne habilitée à le faire. Les règles utilisées pour déterminer le nom exact du constituant peuvent également s'appliquer au créancier garanti. Toutefois, le nom du créancier garanti n'est pas un critère de classement. Les erreurs d'inscription intéressant le créancier garanti ne posent donc pas le même risque d'induire en erreur un tiers qui fait une recherche et n'entraîneraient pas l'annulation d'avis.

iii. Description des biens grevés

34. Une description des biens grevés doit également figurer dans l'avis. L'absence de description limiterait la capacité d'un constituant à vendre des biens qui demeurent non grevés ou à constituer des sûretés sur ces biens, les acheteurs et créanciers garantis futurs demandant une forme quelconque de protection (par exemple, une mainlevée par le créancier garanti) avant d'engager une opération portant sur un bien quelconque du constituant. L'absence de description réduirait

également la valeur de l'avis pour les administrateurs de l'insolvabilité et les créanciers judiciaires.

35. Même si une description des biens grevés est généralement exigée, la description article par article n'est pas nécessaire. Une description générique (l'ensemble des biens corporels, l'ensemble des créances), voire supergénérique (l'ensemble des biens meubles présents et à acquérir) suffit à la personne qui fait une recherche. La description générique est même indispensable pour assurer l'inscription correcte d'une sûreté constituée sur des biens à acquérir ou sur des catégories permanentes de biens, telles que les stocks ou les créances de somme d'argent.

36. Une question plus délicate est celle de savoir si l'avis ne doit indiquer que la nature générique des biens grevés (biens meubles corporels, par exemple), même si la sûreté ne porte que sur un article spécifique (une seule voiture automobile, par exemple) ou si la description doit correspondre à la gamme réelle des biens visés par la documentation de base relative à la sûreté.

37. La première méthode allège les formalités d'inscription et réduit le risque d'erreur de description. Elle permet aussi aux parties de modifier la convention constitutive de sûreté pour y ajouter de nouveaux biens de la même catégorie générique sans avoir à procéder à une nouvelle inscription. Cette méthode peut d'autre part compliquer l'accès du constituant à des financements garantis par la partie non grevée des biens décrits. Puisque le rang de priorité est fixé en fonction de la date d'inscription, les acheteurs et créanciers garantis postérieurs exigeront une radiation ou une renonciation expresse pour se protéger contre le risque que le constituant élargisse ultérieurement la gamme des biens grevés par une sûreté constituée en vertu d'une nouvelle convention.

iv. Valeur maximale de l'obligation garantie

38. Une autre question se pose: celle de savoir si un avis doit ou non indiquer la valeur monétaire d'une obligation garantie. Il n'est guère souhaitable d'exiger que l'avis indique la valeur réelle ou prévue, ce qui réduirait la souplesse des opérations de crédit et notamment de crédit renouvelable. Toutefois, les créanciers garantis pourraient être tenus de préciser le montant maximal à garantir par la sûreté. De cette façon, le constituant pourrait obtenir plus facilement un financement auprès d'autres créanciers garantis en engageant la valeur résiduelle des biens grevés faisant l'objet d'une sûreté générale. Par ailleurs, le premier créancier garanti qui obtient une sûreté générale sur les biens du constituant représente généralement le bailleur de fonds le moins coûteux et le plus accessible. En outre, si des estimations excessives étaient systématiquement inscrites au registre, l'obligation d'indiquer le montant maximal perdrait tout intérêt.

d) Accès à des informations plus détaillées

39. Les acheteurs et créanciers garantis futurs peuvent normalement supporter les risques en matière de priorité afférents aux avis inscrits sans avoir à approfondir leurs recherches. Ils peuvent refuser de continuer à faire affaire avec le constituant, ou exiger que le constituant fasse annuler l'inscription (dans les cas où l'inscription ne représente pas une sûreté existante ou lorsqu'un nouveau créancier garanti

accepte de dégager suffisamment de fonds pour rembourser le précédent créancier garanti inscrit).

40. Les tiers en position de créancier chirographaire ou de représentant de l'insolvabilité, tout comme les copropriétaires des biens grevés, sont dans une situation quelque peu différente. Ils détiennent déjà une créance réelle ou éventuelle sur les biens grevés. Cela dit, la valeur de leur créance ne peut être déterminée que s'ils connaissent le montant de l'engagement non réglé dû au créancier garanti, puisque cette créance doit être payée par priorité. Étant donné que le constituant de la sûreté peut ne pas être une source d'information très crédible, ou qu'il peut faire preuve de mauvaise volonté, il peut être souhaitable d'obliger, au plan juridique, les créanciers garantis à répondre directement, et dans un délai raisonnable, aux demandes de renseignements sur l'état de financement émanant de tiers intéressés.

e) Durée de l'inscription

41. La durée des opérations financières garanties peut varier considérablement. Il peut être répondu au besoin de souplesse qui en découle de deux façons. Premièrement, on peut permettre aux personnes qui inscrivent de choisir elles-mêmes la durée de l'inscription, avec possibilité de renouvellement. Deuxièmement, on peut fixer une durée universelle (cinq ans, par exemple), là encore avec la possibilité de renouvellement.

42. Pour le financement à moyen et long terme, la première approche diminue le risque pour les créanciers garantis de perdre leur rang de priorité s'ils manquent de renouveler l'avis en temps voulu. S'agissant d'arrangements à court terme, la seconde approche diminue le risque pour le constituant de voir les créanciers garantis accroître excessivement la durée de l'inscription, par excès de prudence.

43. Quelle que soit la démarche adoptée, il convient, du point de vue du constituant, d'effacer l'avis du registre après un délai raisonnable suivant le désintéressement du créancier garanti. Au nombre des solutions possibles on pourrait imaginer l'imposition d'une amende au créancier garanti qui n'annulerait pas l'avis, assortie de la mise en place de formalités simplifiées d'annulation obligatoire si le créancier garanti ne répond pas à la demande justifiée du constituant. Pour inciter plus encore à prendre les mesures voulues en temps opportun, il serait peut-être souhaitable d'assurer aux créanciers la gratuité de l'annulation.

f) Questions administratives

i. Considérations d'ordre technique

44. Si les registres sont établis sur une base régionale ou locale, il faut des règles complexes pour déterminer le lieu d'inscription approprié et pour faire face aux conséquences du déplacement des biens ou du constituant. En revanche, l'existence d'un registre national unique peut être source d'inégalité d'accès. L'informatisation des données résout ces deux problèmes car elle permet non seulement l'inscription de tous les avis dans un registre central, mais aussi les inscriptions et recherches à distance.

45. Une base de données électroniques peut fort bien accueillir un registre pleinement informatisé, auquel les utilisateurs ont directement accès, pour les

inscriptions comme pour les recherches. Les frais de fonctionnement et de mise à jour du système en sont réduits d'autant. Avec ce type de système, les formalités d'inscription sont facilitées, car la partie qui procède à l'inscription contrôle directement le calendrier des opérations, ce qui élimine tout écart entre le dépôt de l'avis et l'entrée effective des renseignements figurant dans l'avis dans la base de données. Peut-être plus important encore, avec un système totalement informatisé, ce sont les personnes qui procèdent à l'inscription et qui font une recherche qui sont responsables de l'exactitude des données, ce qui réduit les effectifs et les dépenses de fonctionnement.

46. Le niveau optimal d'informatisation dépend du montant des frais d'établissement du registre, du bagage informatique de ses utilisateurs, mais aussi de la qualité de l'infrastructure de télécommunication et de la réponse à la question de savoir si les recettes attendues suffiront pour recouvrer le coût d'investissement du système mis en place dans des délais raisonnables. L'objectif global est de rendre le système d'inscription et de recherche aussi simple, aussi transparent et aussi accessible que possible, dans le contexte propre à chaque État.

ii. Responsabilité en cas d'erreur

47. Si le système est entièrement informatisé, il n'y a aucun risque d'erreur humaine de la part d'agents du registre, que ce soit au stade de l'inscription ou à celui de la recherche. La responsabilité retombe sur les personnes qui s'inscrivent ou qui font une recherche. Pour ce qui est du risque de défaillance du système, les conséquences peuvent en général être atténuées si l'on en avise rapidement les clients et que l'on proroge les délais qui auraient pu arriver à échéance durant la période de défaillance. Dans la mesure où le personnel du registre entre les données et transcrit les demandes de consultation, il y a risque d'erreur humaine lors de la transcription et de la recherche des données. Toutefois, on peut y pallier en mettant en place des contrôles électroniques de validation et en veillant à faire parvenir au client, en temps utile, une copie de l'inscription ou du résultat des recherches.

48. Quelle que soit la conception du système, il faut établir des règles spécifiques concernant les limites de l'éventuelle responsabilité juridique du registre, en cas d'erreur humaine ou de système. Une solution de compromis consisterait à affecter une partie des recettes du registre à un fonds d'indemnisation obligatoire et à fixer le montant maximal des indemnités dues en cas d'incident.

49. Dans l'hypothèse d'une demande d'indemnisation, il faut établir d'autres règles pour préciser le partage des responsabilités entre les personnes qui inscrivent et les tiers qui font une recherche. Pour trancher cette question, les règles pourraient, par exemple, prévoir qu'une erreur d'indexation imputable au personnel du registre ne nuit pas à l'opposabilité aux tiers d'une sûreté, sauf lorsqu'un créancier garanti ou un acquéreur peut prouver concrètement qu'il a fait une recherche et subi un préjudice réel pour avoir agi contre ses propres intérêts en se fondant sur les renseignements trompeurs figurant dans le registre.

iii. Frais d'inscription

50. Des frais élevés d'inscription et de recherche qui servent à procurer des recettes et non à financer le coût du système, constituent en fait une taxe sur les sûretés, en dernière instance à la charge du constituant. Pour favoriser l'accès au

crédit garanti à un coût raisonnable, il faut assurer le succès du système en maintenant les frais peu élevés, ce qui incite à utiliser le système, tout en permettant à celui-ci de recouvrer les dépenses d'équipement et de fonctionnement dans un délai raisonnable.

iv. Considérations relatives à la confidentialité

51. Dans un système fondé sur l'inscription d'avis, la relation entre le constituant et le créancier garanti est plus confidentielle, dans la mesure où les détails sur leurs affaires qui apparaissent dans le registre public sont limités.

52. La question de la confidentialité en soulève une autre: celle de savoir si le système doit être conçu de manière à permettre au public une recherche à partir du nom du créancier garanti en plus de celui du constituant. Le nombre et la teneur des avis déposés par un organisme financier ou autre créancier particulier peuvent avoir une valeur marchande comme source de listes de clients ou pour des entreprises qui cherchent à vendre des produits financiers ou autres semblables. Se procurer des recettes supplémentaires pourrait être intéressant, mais la recherche et la vente de ce type de renseignements ne relèvent pas du mandat officiel du registre et peuvent entraver l'utilisation du système par les créanciers garantis.

g) Inscription précoce

53. La création d'un registre des sûretés permet de résoudre la question des sûretés concurrentes sur le même bien grevé en adoptant la règle générale de classement en fonction de l'ordre d'inscription. Les exceptions à cette règle sont examinées en détail dans le chapitre consacré à la priorité (voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 13 à 17). À ce stade, un point est pourtant particulièrement pertinent, celui de savoir si un créancier garanti doit être autorisé à déposer un avis de sûreté avant la conclusion effective de la convention constitutive de sûreté (notion analogue à celle de prénotation d'une hypothèque dans un livre foncier).

54. L'inscription précoce permet à un créancier garanti d'établir sa priorité par rapport à d'autres créanciers garantis sans avoir à vérifier si d'autres avis de sûreté ont été déposés avant de prêter des fonds. Elle permet aussi d'éviter le risque d'annulation de l'inscription lorsque la convention constitutive de sûreté sous-jacente à inscrire présente un problème technique, qui est réglé par la suite, ou lorsqu'il y a incertitude quant au moment exact auquel la convention constitutive de sûreté a été conclue.

55. Du point de vue du constituant, la protection adéquate contre le risque de non-conclusion de convention constitutive de sûreté peut être assurée par les mesures mêmes qui sont utilisées dans le cas d'inscriptions non autorisées (c'est-à-dire le constituant nommément désigné doit être informé de toute inscription et il faut établir une procédure administrative simplifiée pour permettre au constituant de faire annuler l'inscription si le créancier garanti n'agit pas dans un délai raisonnable).

h) Autres droits soumis à inscription

56. Les tiers s'intéressant à des biens meubles corporels en possession d'un acheteur qui les a acquis dans le cadre d'une vente de biens sur lesquels le vendeur

s'est réservé un droit de propriété pour garantir le paiement du prix courent les mêmes risques que les tiers ayant affaire à un constituant en possession des biens grevés. En l'absence d'un système public d'inscription, les tiers, y compris les futurs créanciers garantis, n'ont aucun moyen objectif de vérifier si les biens font l'objet d'une réserve de droit de propriété par le vendeur.

57. Un moyen de réduire ce risque consiste à obliger le vendeur à déposer un avis concernant le contrat réservant un droit de propriété au registre des sûretés à titre de condition préalable permettant au vendeur de faire valoir son droit de propriété contre les tiers qui acquièrent postérieurement une garantie portant sur les biens entre les mains de l'acheteur.

58. On trouvera ci-après d'autres opérations sans dépossession pour lesquelles l'inscription d'un avis pourrait être imposée comme condition de l'opposabilité aux tiers:

- Contrat de bail d'une durée considérable (par exemple, une année) portant sur des biens corporels;
- Cession pure et simple de créances de somme d'argent:
- Expédition de biens corporels en vue de la vente.

59. La question de savoir si les règles régissant les sûretés inscrites doivent également s'appliquer à ce genre d'opérations est plus complexe. La règle du classement en fonction de l'ordre d'inscription présente manifestement un intérêt lorsqu'une cession de créances vient concurrencer une sûreté sur les mêmes créances. En revanche, quand il s'agit d'un bail, d'une expédition de biens ou d'une vente assortie d'une clause de réserve d'un droit de propriété, il convient de limiter l'application du classement en fonction de l'ordre chronologique afin de préserver le droit de propriété du bailleur, du vendeur ou de l'expéditeur vis-à-vis d'autres sûretés antérieures inscrites, sous réserve peut-être de l'obligation d'effectuer l'inscription avant l'expiration d'un certain délai suivant l'opération. Ces détails sont repris au chapitre consacré à la priorité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 47 à 55 et 77 à 79).

60. L'extension de l'obligation d'inscription des sûretés aux opérations commerciales qui ne sont pas désignées comme des opérations intéressant les garanties mais qui ont des fonctions identiques a trouvé son reflet au niveau international dans deux conventions. La première est la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, qui étend l'inscription au registre international prévu, non seulement aux sûretés, mais aussi aux contrats réservant un droit de propriété au vendeur et aux contrats de bail d'aéronefs. La seconde est la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international en vertu de laquelle le choix des règles juridiques régissant les questions d'opposabilité aux tiers et de priorité s'appliquent à la fois à la cession pure et simple de créances et à la constitution de sûretés sur ces créances.

61. Quelques systèmes juridiques ont élargi la compétence des registres des sûretés afin d'autoriser l'inscription d'un avis de décision portant sur des sommes d'argent classés d'après l'identité du débiteur judiciaire, qui confère à un créancier judiciaire un équivalent de sûreté sur les biens meubles du débiteur judiciaire. Cette méthode peut inciter indirectement les débiteurs à satisfaire de plein gré et

rapidement les créanciers judiciaires puisque les tiers hésiteront à acquérir les biens grevés ou à accepter des garanties sur ces biens tant que le débiteur judiciaire n'a pas payé les sommes dues et a fait annuler l'inscription.

62. Si cette méthode est adoptée, il faut veiller à ce que le droit des créanciers judiciaires inscrits ne soit pas incompatible avec le principe selon lequel, en cas d'insolvabilité, les créanciers chirographaires du débiteur sont traités sur un pied d'égalité. Pour résoudre ce problème, on peut établir une règle autorisant l'administrateur de l'insolvabilité à réclamer que le bénéfice monétaire de la priorité du créancier judiciaire inscrit profite à de tous les créanciers non garantis (sous réserve peut-être d'un privilège spécial en faveur du créancier judiciaire inscrit afin de compenser les frais, et efforts d'inscription; voir aussi A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 56 à 61).

i) Autres moyens de notification

63. De préférence à un registre public, certains systèmes juridiques ont opté pour des moyens de notification de moindre portée (par exemple, inscription d'un avis dans les livres comptables du constituant, dans le registre d'un notaire ou d'un officier ministériel, ou publication d'un avis dans les journaux du lieu de résidence du constituant ou dans un bulletin officiel). Même si certains de ces moyens de notification tiennent suffisamment compte du risque d'antidatage frauduleux, ils manquent, par rapport à un registre public global des sûretés, du caractère permanent et de la facilité d'accès nécessaires pour protéger comme il convient les tiers. Par ailleurs, ils n'offrent pas les avantages que procure la règle de classement en fonction de l'ordre d'inscription.

64. Dans certains systèmes juridiques, une plaque ou autre avis matériel fixé sur le bien grevé peut remplacer l'inscription dans un registre. La fiabilité de ce moyen est limitée car le constituant peut en faire abus. Toutefois, dans certains secteurs, la spécificité des biens et des pratiques commerciales peut rendre cette forme de possession symbolique acceptable (par exemple, le marquage au fer du bétail).

6. Sûretés sans dépossession: formules autres que l'inscription dans un registre des sûretés

a) Considérations d'ordre général

65. Dans les systèmes juridiques qui décident de ne pas établir de registre général des sûretés, il y a trois possibilités de déterminer l'opposabilité légale aux tiers des sûretés sans dépossession. Le premier consiste à considérer comme inopposables toutes les sûretés sans dépossession sauf celles pour lesquelles l'État a déjà établi un registre des titres de propriété ou un système de certificat de titres de propriété qui permet d'informer le public des sûretés. Étant donné les besoins actuels de financement sur stocks, créances et autres actifs commerciaux d'une entreprise, cette formule n'est pas acceptable. La deuxième consiste à considérer les sûretés sans dépossession comme produisant des effets dès leur constitution, à la fois entre les parties et contre les réclamants concurrents. La troisième est en fait une variante de la deuxième et consiste à faire bénéficier d'une protection spéciale des catégories spécifiques de tiers, par exemple ceux qui se fient, à leurs dépens, à la propriété apparente du constituant.

66. Afin de comparer comme il convient ces deux dernières formules avec un système de registre des sûretés, il faut étudier la question dans l'optique des principales catégories des réclamants concurrents.

b) Créanciers garantis concurrents

67. Dans un système dans lequel les sûretés sans dépossession sont opposables les unes aux autres en fonction de leur ordre de constitution et non de l'ordre d'inscription, les frais et risques d'inscription sont éliminés et il n'y pas lieu d'engager des frais pour établir un registre général des sûretés. En revanche, un système de registre public permet aux futurs créanciers garantis de mieux évaluer le risque relatif qu'ils encourent en fonction de leur rang de priorité. En l'absence de registre, ils doivent se fier aux affirmations du constituant selon lesquelles les biens ne sont pas encore grevés et s'en remettre à leurs propres recherches ou à leur intuition. Cette nécessité pour les créanciers garantis de procéder à de recherches supplémentaires peut entraver l'accès au crédit de certains emprunteurs futurs qui n'ont pas de dossier de crédit solide et limiter la concurrence sur le marché du crédit en en écartant les établissements de prêt moins importants qui n'ont pas accès à un réseau d'information sur la solvabilité.

c) Acquéreurs de biens grevés

68. Les sûretés étant de la nature des droits réels, le créancier garanti est supposé pouvoir saisir les biens entre les mains d'un tiers qui acquiert un droit de propriété du constituant dans le cadre d'une cession non autorisée (droit de suite). En l'absence de système de registre, il faut trouver un juste milieu entre la conservation du droit de suite du créancier garanti et la nécessité de protéger la sécurité de cession des biens meubles. Il peut être nécessaire d'établir une règle protégeant le droit de propriété acquis par un acheteur qui ne connaît pas ou est censé ne pas connaître l'existence d'une sûreté sans dépossession n'ayant pas fait l'objet d'une publicité. Un système de registre évite le choix entre ces deux principes, à savoir le respect du droit de suite d'une part et la sécurité de cession des biens meubles d'autre part. La sûreté peut, à juste titre, prendre effet contre les tiers dès l'inscription dans le registre, puisque les acheteurs peuvent se protéger avant l'achat en effectuant une recherche dans le registre (sous réserve que les acheteurs, dans le cours normal de leurs affaires, les futurs acheteurs de bonne foi et les acheteurs peu informés acquièrent les biens libres même de toute sûreté inscrite dans l'intérêt de la commodité commerciale; voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 64 à 72).

d) Représentant de l'insolvabilité et créanciers judiciaires du constituant

69. Dans les systèmes juridiques n'ayant pas établi de système de registre général, une sûreté sans dépossession est normalement considérée comme opposable au représentant de l'insolvabilité du constituant et aux créanciers judiciaires, à condition d'avoir été constituée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de réalisation (ou avant le début de la période de soupçon précédant l'insolvabilité), ce que l'on justifie parfois en affirmant que les créanciers chirographaires ne comptent pas sur les droits de propriété du constituant sur les biens non grevés puisque le fait même de consentir un crédit sans demander de sûreté signifie l'acceptation du risque de subordination par rapport aux droits réels de créanciers garantis postérieurs.

70. En revanche, faire de l'inscription une condition préalable de l'opposabilité de sûretés sans dépossession au représentant de l'insolvabilité et aux créanciers chirographaires présente un certain nombre d'avantages. Tout d'abord, l'inscription constitue une date certaine pour l'établissement des rangs de priorité, ce qui réduit le risque d'antidatage frauduleux des instruments constitutifs de sûreté. Deuxièmement, elle réduit les frais de procédure d'insolvabilité en donnant au représentant de l'insolvabilité un bon moyen de vérifier lesquelles des sûretés sont présumées opposables (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 2). En dehors de procédures formelles d'insolvabilité, l'inscription permet également aux créanciers judiciaires de déterminer, avant d'engager une procédure de réalisation coûteuse, si les biens du débiteur sont ou non déjà grevés.

7. Opposabilité aux tiers de sûretés sur le produit

71. Si la législation sur les opérations garanties confère à la partie garantie une sûreté légale automatique sur le produit identifiable des biens initialement grevés, certains régimes prévoient l'opposabilité automatique de cette sûreté aux tiers dès que le produit est généré. D'autres régimes obligent le créancier garanti de prendre de son propre chef certaines mesures pour rendre les sûretés sur le produit opposables aux tiers. Cette obligation peut aller à l'encontre des motifs pour lesquels le créditeur garanti se voit automatiquement concéder une sûreté sur le produit, puisque ce produit sera souvent obtenu à la suite de la cession non autorisée, par le constituant, des biens initialement grevés (ce dont le créancier garanti ne sera normalement informé que bien après le fait). En revanche, donner automatiquement effet aux sûretés sur le produit est contraire aux raisons pour lesquelles le créancier garanti doit, pour rendre la sûreté opposable aux tiers, prendre possession des biens initialement grevés ou faire inscrire sa sûreté dans un registre (voir aussi A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 26 à 35).

72. Pour concilier ces principes contradictoires, il est utile d'établir une distinction entre différentes catégories de produit. Premièrement, supposons qu'un avis concernant la sûreté sur les biens initialement grevés a été inscrit dans un registre général des sûretés et que le produit est d'un type qui correspond à la description donnée dans l'avis inscrit. Par exemple, l'avis inscrit concerne l'ensemble des objets meubles corporels présents et à acquérir du constituant et le bien initialement grevé, un article d'équipement a été échangé contre un autre article d'équipement du même type. Dans ce cas, la sûreté serait automatiquement opposable aux tiers, puisque ces derniers sont déjà suffisamment protégés par l'avis inscrit existant qui porte en effet sur le produit comme sur les biens initialement grevés sous la forme d'équipement à acquérir.

73. Si en revanche, le produit prend la forme de somme d'argent, d'instrument négociable ou de titre représentatif négociable, on pourrait, sans trop de risque, autoriser que les sûretés sur les produits soient automatiquement opposables aux tiers, puisque le cessionnaire acquerra normalement les biens non grevés de sûreté du fait de la nature négociable du produit.

74. L'affaire se complique lorsque le produit prend la forme de créances résultant de la cession de biens initialement grevés, comme par exemple de stocks. Afin de faciliter le financement des stocks, il peut être utile de rendre les sûretés sur le produit automatiquement opposables aux tiers, en se fondant sur le principe selon lequel les créances font implicitement partie des biens initialement grevés ou le

principe de la subrogation réelle, selon lequel les créances ayant simplement remplacé les biens initialement grevés, on ne manque pas d'équité à l'égard des créanciers si l'on autorise le créancier garanti à exercer son droit sur ces créances.

75. Hormis ces trois exceptions, les éléments fondamentaux sous-tendant les règles régissant l'opposabilité aux tiers s'appliquent en principe aux sûretés sur le produit (c'est-à-dire un créancier garanti doit faire inscrire séparément ses sûretés sur le produit). Il peut toutefois être équitable d'impartir au créancier garanti un délai limité après que le produit a été généré afin de lui permettre de prendre les mesures nécessaires. La législation pourrait prévoir qu'une sûreté sur le produit prend effet à l'égard des tiers dès que le produit a été généré à condition que le créancier garanti, disposant d'un délai de 15 jours, par exemple, prenne possession de ce produit, dépose un avis, ou prenne une autre mesure qui soit suffisante pour rendre opposable aux tiers une sûreté sur des biens grevés qui sont du même type que le produit.

B. Recommandations

[*Note du Groupe de travail: Étant donné que le document A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1 présente déjà un ensemble de recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, les recommandations sur l'opposabilité aux tiers ne sont pas reprises ici. Dès que ces recommandations auront été finalisées, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si elles doivent être reprises à la fin de chaque chapitre ou dans un appendice à la fin du guide ou à la fin de chaque chapitre et dans un appendice*.]