



Assemblée générale

Distr.: Limitée
26 février 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail VI (Sûretés)
Première session
New York, 20-24 mai 2002

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Rapport du Directeur général

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-45	2
III. Principaux mécanismes de garantie	1-45	2
A. Remarques générales	1-41	2
1. Introduction	1-2	2
2. Instruments traditionnellement conçus comme garanties	3-26	2
a. Les sûretés sur meubles corporels	3-22	2
b. Les sûretés sur meubles incorporels	23-26	6
3. L'utilisation de la propriété comme garantie	27-39	7
a. Transfert de propriété au créancier	28-30	7
b. La réserve de propriété	31-39	8
4. Une sûreté uniforme globale	40-41	9
B. Résumé et recommandations	42-45	10



III. Principaux mécanismes de garantie

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Au fil du temps, des pratiques très diverses se sont développées dans différents pays pour garantir les créances (généralement une somme d'argent) d'un créancier vis-à-vis de son débiteur. Le présent Guide traite principalement des pratiques fondamentales qui, dans de nombreux pays, se sont révélées particulièrement efficaces (à savoir la création contractuelle d'un droit réel).

2. Schématiquement, on peut distinguer trois grands types d'instruments utilisés à des fins de garantie. Premièrement, les instruments conçus pour cela et appelés sûretés (voir section A.2); deuxièmement, le recours à la propriété, associé à divers types d'arrangements contractuels (voir section A.3); et troisièmement, une sûreté uniforme globale (voir section A.4).

2. Instruments traditionnellement conçus comme garanties

a. Les sûretés sur meubles corporels

3. Traditionnellement, la plupart des pays font une distinction entre les sûretés réelles qui portent sur des biens meubles corporels (voir section A.2.a) et celles qui portent sur des biens meubles incorporels (voir section A.2.b). En fait, les biens corporels donnent lieu à des formes de garanties qui n'existent pas pour les biens incorporels.

4. Dans le groupe des sûretés portant sur des meubles corporels, la plupart des pays établissent une distinction selon que le débiteur (ou un tiers) constituant la sûreté perd ou non la possession du bien grevé. Dans le premier cas, on parle de sûreté avec dépossession, et dans le second de sûreté sans dépossession.

i. Sûreté avec dépossession

a) Le gage

5. La forme de sûreté mobilière avec dépossession de loin la plus courante (et aussi la plus ancienne) est le gage. Pour que le gage soit valable, il faut que le débiteur (ou un tiers constituant) renonce effectivement à la possession du bien gagé et que celui-ci soit remis au créancier gagiste ou à un tiers convenu par les parties (par exemple un entrepôt). La dépossession du débiteur (ou d'un autre constituant), non seulement doit intervenir au moment de la constitution du gage, mais doit aussi être maintenue pendant toute sa durée. En général, la restitution du bien gagé au débiteur éteint le gage.

6. La dépossession n'implique pas toujours l'enlèvement physique des biens gagés des locaux du débiteur, à condition que ce dernier soit empêché d'y accéder. Il peut par exemple y avoir remise au créancier gagiste des clefs des pièces dans lesquelles ces biens sont entreposés, à condition que le débiteur non autorisé ne puisse y accéder.

7. La dépossession du débiteur peut aussi s'effectuer par remise des biens gagés à un tiers ou par l'utilisation de biens déjà détenus par un tiers. C'est le cas par exemple de marchandises ou de matières premières stockées dans un entrepôt ou un réservoir appartenant à un tiers. Un arrangement institutionnel (et plus coûteux) peut faire intervenir une société d'entrepôt indépendante, qui exerce un contrôle sur les biens gagés en qualité de mandataire du créancier garanti. Pour que cet arrangement soit valable, il ne faut pas que le débiteur puisse accéder sans autorisation aux pièces dans lesquelles sont entreposés les biens gagés. En outre, les employés de la société d'entrepôt ne doivent pas travailler pour le débiteur (s'ils sont recrutés parmi son personnel, en raison de leurs connaissances spécialisées, ils doivent cesser de travailler pour lui).

8. Dans le cas de biens de nature spéciale, tels que des documents et des instruments (négociables ou non) représentant des droits sur des biens corporels (par exemple connaissements ou récépissés d'entrepôt) ou incorporels (par exemple instruments négociables, obligations ou titres d'actions), la dépossession peut s'effectuer par remise des documents ou des instruments au créancier nanti. Toutefois, dans ce contexte, il n'est peut-être pas toujours facile de faire une distinction entre sûretés avec dépossession et sans dépossession.

9. Le gage avec dépossession, du fait précisément de la dépossession du débiteur, présente trois avantages importants pour le créancier gagiste. Premièrement, celui-ci doit donner son consentement pour que le débiteur puisse disposer des biens gagés. Deuxièmement, il ne court pas le risque de voir la valeur réelle desdits biens diminuer parce que le débiteur en aurait négligé la conservation et l'entretien. Troisièmement, si une réalisation devient nécessaire, il se voit épargner les soucis, le temps, les dépenses et le risque d'avoir à réclamer au débiteur la livraison des biens gagés.

10. Mais le gage avec dépossession a aussi des inconvénients. Pour le débiteur, le principal est l'obligation de dépossession, qui l'empêche d'utiliser les biens grevés. La dépossession est particulièrement gênante lorsque les biens gagés sont nécessaires pour que le débiteur génère les recettes qui lui permettront de rembourser (cas par exemple de matières premières, de produits semi-finis, de matériel et de stocks).

11. Pour le créancier gagiste, l'inconvénient du gage avec dépossession est qu'il l'oblige à entreposer, préserver et entretenir les biens grevés, sauf si un tiers s'en charge. Lorsque lui-même n'est ni capable d'assumer ces charges ni disposé à le faire, le recours à des tiers comporte des frais supplémentaires qui seront supportés directement ou indirectement par le débiteur. Un autre inconvénient est qu'il peut être éventuellement tenu responsable des dommages pouvant être causés aux biens grevés en sa possession (ou en possession du détenteur d'un récépissé-warrant ou d'un connaissement). Ce problème est particulièrement grave en cas de contamination de l'environnement, car il est fréquent que les conséquences monétaires (nettoyage, dommages-intérêts) dépassent largement la valeur du bien grevé, sans parler du préjudice à la réputation et à l'image du prêteur. Très peu de lois traitent de la responsabilité environnementale du créancier nanti en possession. Certaines l'écartent (voir par exemple le Code suédois de l'environnement du 11 juin 1998, dont le principe fondamental d'exonération a ensuite été adopté par le Livre blanc sur la responsabilité environnementale de la Commission de l'Union européenne, en date du 9 février 2000). D'autres limitent la responsabilité dans

certaines conditions (par exemple la loi générale sur la protection de l'environnement, l'indemnisation et la responsabilité des États-Unis d'Amérique, telle que modifiée).

12. Toutefois, lorsque les parties sont capables d'éviter les inconvénients mentionnés ci-dessus, le gage avec dépossession peut être utilisé avec succès. Il a deux principaux domaines d'application: le premier lorsque les biens grevés sont déjà détenus par un tiers ou peuvent facilement être mis en sa possession, en particulier s'il s'agit d'une entreprise qui assure commercialement la garde des biens d'autrui, le second lorsque des instruments et documents représentant des biens corporels ou des droits incorporels peuvent être facilement gardés par le créancier lui-même (ces cas sont traités dans des lois spéciales).

b) Le droit de rétention

13. Le droit de rétention est un droit contractuel (et non réel). Il permet à une partie dont le partenaire contractuel manque à son obligation de s'abstenir lui-même d'exécuter son obligation, et en particulier de retenir une chose qui devrait, en vertu du contrat, être restituée à l'autre partie. Par exemple, un atelier de réparation n'est pas tenu de rendre l'article réparé à un client qui n'aurait pas payé le prix convenu au départ.

14. Cependant, si au droit contractuel de rétention s'ajoute la faculté de vendre la chose retenue, le rétenteur obtient sur cette chose un droit réel. Dans certains systèmes juridiques, ce droit réel est considéré comme un gage, bien que la méthode de sa création s'écarte de celle du gage à proprement parler (voir par. 5 à 8). On peut aussi considérer qu'un droit de rétention renforcé a certains des effets du gage.

ii. La sûreté sans dépossession

15. Comme on l'a noté plus haut (voir par. 10), un gage avec dépossession sur des biens meubles corporels nécessaires pour la production ou la vente (tels que matériel, matières premières, produits semi-finis et stocks) est économiquement irréaliste. L'entreprise débitrice a besoin de ces biens pour son activité. Si elle n'y avait pas accès et n'avait ni le droit ni la faculté d'en disposer, elle serait incapable de générer les recettes qui lui permettraient de rembourser le prêt. Ce problème est particulièrement critique pour les entreprises débitrices de plus en plus nombreuses qui ne possèdent pas d'immeubles pouvant servir de garantie.

16. Aussi a-t-on vu apparaître dans les lois, au cours des 50 dernières années, des sûretés mobilières en dehors des limites étroites du gage avec dépossession. Certains pays ont introduit une nouvelle sûreté fonctionnelle, mais la plupart, historiquement, ont insisté sur le "principe du gage" comme seule méthode légitime de constituer une sûreté mobilière. Pendant un certain temps, la "charge" de la *common law* anglaise a été la seule véritable sûreté sans dépossession. Au XX^e siècle, les législateurs et les tribunaux en sont venus à reconnaître la nécessité économique d'instituer une sûreté indépendamment du gage avec dépossession.

17. Les différents pays ont essayé de trouver des formules appropriées en fonction des besoins et des goûts locaux. Il en résulte une grande diversité de solutions, dont témoigne la multiplicité des dénominations de ces mécanismes, parfois à l'intérieur d'un seul et même pays, par exemple: dépossession "fictive" du débiteur; gage sans

dépossession; gage inscrit; nantissement; warrant; hypothèque; connaissance; hypothèque mobilière; fiducie; etc. Plus pertinent est le champ d'application limité des approches adoptées. Seuls quelques pays ont promulgué une loi générale sur les sûreté sans dépossession (pour une approche plus globale, voir la section A.4). Certains ont une double législation, l'une traitant des sûretés pour le financement des entreprises industrielles et artisanales, l'autre des sûretés pour le financement des entreprises des secteurs de l'agriculture et de la pêche. Dans la plupart des pays, toutefois, il existe diverses lois visant uniquement de petits secteurs de l'économie, comme l'acquisition d'automobiles ou de matériel, ou la production de films.

18. Certains pays hésitent même à autoriser la constitution de sûretés sur des stocks. Cela tient parfois à une prétendue incompatibilité entre la sûreté que détient le créancier et le droit et la faculté qu'a le débiteur de vendre des biens. Une autre objection est que l'aliénation des stocks donnera souvent lieu à des conflits difficiles entre de multiples cessionnaires ou créanciers garantis. Une autre objection encore peut découler d'un choix délibéré d'utiliser les stocks pour satisfaire les créances des créanciers chirographaires du débiteur.

19. Pour diverses que soient les lois prévoyant des sûretés sans dépossession, elles ont un trait commun: elles exigent en général une forme ou une autre de publicité. L'objet de cette publicité est de dissiper la fausse impression de richesse du débiteur que peut donner le fait que les sûretés sur les biens qu'il détient ne sont pas apparentes ("secret"; pour des détails, voir le chapitre V, Publicité).

20. Il semble nécessaire de réduire l'écart entre la demande économique de sûretés sur ces biens commerciaux qui sont et doivent être détenus par le débiteur, et l'accès souvent limité à de telles sûretés. L'un des principaux objectifs de la réforme juridique des sûretés sans dépossession en général, et du présent Guide en particulier, est de proposer des améliorations dans ce domaine spécial et dans le domaine connexe des sûretés portant sur des biens meubles incorporels (voir section A.2.b).

21. Bien que les régimes modernes aient montré que les difficultés peuvent être surmontées, la législation sur les sûretés sans dépossession est plus complexe que la réglementation du gage traditionnel avec dépossession. Cela tient principalement aux quatre caractéristiques principales ci-après de ces sûretés. Premièrement, du fait que le débiteur conserve la possession, il a la faculté d'aliéner les biens grevés ou de créer sur eux un droit concurrent, même contre la volonté du créancier garanti. Cette situation rend nécessaire l'adoption de règles concernant les effets et la priorité de tels actes (voir le chapitre VII, Priorité). Deuxièmement, le créancier garanti doit s'assurer que le débiteur en possession prend bien soin des actifs grevés, les assure comme il se doit, et les protège pour préserver leur valeur commerciale. Il doit donc aborder ces questions avec le débiteur dans la convention constitutive de sûreté (voir le chapitre VIII, Droits et obligations des parties avant défaillance). Troisièmement, si la réalisation de la sûreté devient nécessaire, le créancier garanti préférera souvent que les biens grevés lui soient remis. Toutefois, si le débiteur ne veut pas s'en séparer, il peut être nécessaire d'engager une procédure judiciaire. Il faut peut-être prévoir des recours appropriés et éventuellement une procédure accélérée (voir les chapitres IX, Défaillance et réalisation et X, Insolvabilité). Quatrièmement, il peut être nécessaire de réagir, en cas de besoin, contre la fausse apparence de richesse du débiteur que crée l'absence de divulgation des sûretés dont

sont grevés ses biens en prévoyant diverses formes de publicité (voir les chapitres V, Publicité et VI, Publicité par inscription).

22. Étant donné les modèles législatifs antérieurs (voir par. 16 à 19), les législateurs peuvent avoir le choix entre trois possibilités. La première est d'adopter une législation uniforme pour les sûretés avec dépossession et sans dépossession (voir section A.4). La deuxième est d'adopter une législation uniforme pour les sûretés sans dépossession et traiter du régime des sûretés avec dépossession dans une autre loi interne (voir la loi modèle de l'Organisation des États américains; voir aussi par. 40). Et la troisième est d'adopter une législation spéciale permettant les sûretés sans dépossession pour l'octroi de crédits aux débiteurs de branches d'activité particulières. La tendance dominante de la législation moderne, au niveau national comme au niveau international, est à l'adoption d'une approche uniforme, au moins pour ce qui est des sûretés sans dépossession. Une approche sélective risquerait de se traduire par des écarts et des incohérences, et de mécontenter des secteurs d'activité qui pourraient être exclus.

b. Les sûretés sur meubles incorporels

23. Les meubles incorporels englobent une grande diversité de droits (par exemple droit au paiement d'une somme d'argent ou à l'exécution d'une autre obligation contractuelle, telle que livraison de pétrole dans le cadre d'un contrat de production). Ils comprennent certains types de biens relativement nouveaux (par exemple titres, constatés ou non par un certificat, détenus directement par le propriétaire ou par un intermédiaire). Les droits de propriété intellectuelle (c'est-à-dire brevets, marques commerciales et droits d'auteur) forment un autre groupe de biens incorporels. Étant donné l'importance économique considérable qu'ont prise ces dernières années les biens incorporels, il est de plus en plus demandé de les utiliser à des fins de garantie. Même dans les opérations de financement de stocks ou de matériel, une sûreté est constituée sur des droits de propriété intellectuelle liés aux stocks ou au matériel, et la valeur principale de la sûreté réside souvent dans ces droits.

24. Par définition, les droits incorporels échappent à toute possession (matérielle). Néanmoins, la plupart des codes des pays dits de "droit romain" ont traité de la constitution de gages avec dépossession (voir par. 5 à 12), au moins sur des créances de sommes d'argent. Certains ont essayé d'instituer un semblant de dépossession en exigeant du débiteur qu'il transfère tout écrit ou document relatif à la créance nantie (par exemple le contrat dont elle découle) au créancier. Un tel transfert ne suffit toutefois pas à constituer le gage. En général, un substitut (quelque peu artificiel) de la "dépossession" du débiteur consiste à exiger que soit donné à ce dernier une notification du gage.

25. Certains pays ont mis au point des techniques qui donnent des résultats comparables à ceux de la possession de biens corporels. La plus radicale est le transfert intégral du droit grevé (ou de la partie grevée du droit) au créancier garanti. Ce faisant, toutefois, elle va au-delà de la constitution d'une sûreté et équivaut à un transfert de propriété (voir ci-dessous A.3.a). Dans une technique plus restreinte, la propriété des droits grevés n'est pas affectée, mais les actes de disposition qui ne sont pas autorisés par le créancier garanti sont bloqués. Cette technique peut être utilisée lorsqu'une personne autre que celle qui doit assurer

l'exécution sur laquelle est constituée la sûreté du créancier garanti (le tiers détenteur) a la faculté de disposer du droit grevé. Dans le cas d'un compte bancaire, si le débiteur, en tant que détenteur du compte, accepte que celui-ci puisse être bloqué en faveur du créancier garanti, ce dernier a l'équivalent de la possession d'un bien meuble corporel. Cela est encore plus vrai si c'est la banque qui est le créancier garanti.

26. Ces techniques d'obtention de la "possession" de biens incorporels sont regroupées à juste titre, dans la terminologie actuelle, sous le terme de "contrôle". Toutefois, le degré de ce contrôle peut être variable. Dans certains cas, il est absolu et toute disposition par le débiteur est impossible. Dans d'autres, le débiteur est autorisé à effectuer certains actes de disposition ou à disposer à concurrence d'un maximum fixé, aussi longtemps que le créancier garanti a accès au compte. Le contrôle peut être une condition de la validité d'une sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, par. ...) ou d'une priorité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, par. ...).

3. L'utilisation de la propriété comme garantie

27. Outre les instruments conçus spécifiquement à des fins de garantie (voir section A.2), la pratique et parfois aussi la législation, dans de nombreux pays, ont développé une autre forme de sûreté sans dépossession sur des biens corporels et incorporels: la propriété-sûreté. La propriété peut être constituée comme sûreté par transfert de la propriété au créancier (voir section A.3) ou par réserve du droit de propriété par ce dernier (section A.3.b). Aussi bien le transfert de propriété que la réserve du droit de propriété permettent au créancier d'obtenir une sûreté sans dépossession (pour la nécessité économique et la justification des sûretés sans dépossession, voir par. 15).

a. Transfert de propriété au créancier

28. Dans certains systèmes juridiques, le transfert de propriété à titre de sûreté est intéressant pour les créanciers pour deux raisons. La première est que les conditions d'un transfert de propriété à une autre personne sont souvent moins strictes que les conditions requises pour constituer une sûreté. La seconde est qu'en cas de réalisation et en cas d'insolvabilité du débiteur, un créancier est souvent mieux placé comme propriétaire que comme détenteur d'une simple sûreté. Dans d'autres systèmes juridiques, il n'y a pas de différence entre la propriété à des fins de garantie et les sûretés pour ce qui est des conditions de constitution ou de la réalisation.

29. Le transfert de propriété à titre de sûreté a été autorisé par la loi dans certains pays et par la jurisprudence dans d'autres. Dans beaucoup d'autres, en particulier ceux de droit romain, il est considéré comme un contournement du régime ordinaire des sûretés à proprement parler et est donc tenu pour nul. Certains pays adoptent une solution de compromis en réduisant les effets d'une sûreté-propriété à ceux d'une sûreté ordinaire, en particulier lorsque le détenteur de la première est en concurrence avec des détenteurs de la deuxième.

30. Les législateurs ont le choix entre deux possibilités: soit autoriser le transfert de propriété à titre de sûreté avec les conditions (généralement) moins strictes que cela suppose et les effets plus importants d'un transfert intégral, ce qui évite le régime général des sûretés; soit autoriser ce transfert, mais en limitant les conditions ou les effets, ou les deux à la fois, à ceux d'une simple sûreté. La première option peut avoir pour résultat de renforcer la position du créancier garanti, tout en affaiblissant celle du débiteur et de ses autres créanciers. Cette solution peut se comprendre si le régime ordinaire des sûretés sans dépossession est peu développé. Dans la seconde option, une réduction graduée des avantages des créanciers garantis et des inconvénients correspondants des autres parties est possible, en particulier si les conditions d'un transfert ou ses effets, ou bien les deux, sont limités à ceux qui sont liés à une sûreté. Toute variante de cette solution peut également se justifier pour pallier certaines faiblesses du régime ordinaire des sûretés sans dépossession.

b. La réserve de propriété

31. Le second moyen d'utiliser le droit de propriété comme sûreté consiste à ménager une réserve contractuelle de ce droit (la réserve de propriété). Le vendeur ou un autre prêteur de l'argent nécessaire à l'achat de biens corporels, voire incorporels, peut rester propriétaire jusqu'à complet paiement du prix d'achat. Ce type d'opération est souvent appelé "financement du prix d'achat" (voir description et exemple dans A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, par. 3 à 5).

32. Une variante de la réserve de propriété (ou du financement du prix d'achat) consiste à assortir un contrat de crédit-bail d'une option d'achat (à une valeur symbolique), qui ne peut être exercée qu'une fois payée la majeure partie du "prix d'achat" sous forme de loyer par versements échelonnés (voir l'exemple donné dans A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, par. 7). Dans certains cas, lorsque le crédit-bail porte sur la durée utile, par exemple de matériel, il s'agit d'une réserve de propriété même sans option d'achat.

33. Économiquement, un tel arrangement fournit une sûreté particulièrement bien adaptée aux besoins des vendeurs pour garantir les crédits consentis, et il est donc largement utilisé par eux. Dans de nombreux pays, ce type de crédit remplace très souvent le financement bancaire qui n'est pas un financement du prix d'achat. Une banque peut offrir un financement du prix d'achat, par exemple lorsque c'est à elle que le vendeur vend et lorsqu'elle-même vend à un acheteur avec réserve de propriété ou lorsque l'acheteur paie le vendeur au comptant avec l'aide d'un prêt et donne le droit de propriété à la banque en garantie. Si l'on veut encourager la concurrence, il convient d'accorder une attention particulière à cette source de crédit et à la sûreté spécifique qui l'accompagne.

34. Du fait qu'elle a pour origine la clause d'un contrat de vente ou de bail, de nombreux pays considèrent la réserve de propriété comme une simple quasi-sûreté, qui n'est donc pas soumise aux règles générales applicables aux sûretés, telles que conditions de forme, de publicité ou effets (principalement la priorité). Contrairement au transfert de propriété, elle a dans de nombreux pays un statut privilégié. Cela peut être justifié par la volonté de promouvoir le financement du prix d'achat par les fournisseurs au lieu de faire appel à un crédit bancaire qui n'est pas un financement du prix d'achat. Un autre argument souvent avancé, mais moins

convaincant, est que le vendeur, en se séparant des biens vendus sans en avoir reçu paiement, a besoin d'une protection.

35. Inversement, un certain nombre de pays ne reconnaissent pas, voire interdisent, les clauses de réserve de propriété. D'autres limitent leur champ d'application en leur refusant tout effet pour ce qui est de certains biens, en particulier les stocks, l'idée étant que la réserve de propriété est incompatible avec l'octroi à l'acheteur du droit et de la faculté de disposer des stocks.

36. Plusieurs options peuvent être envisagées. L'une est de conserver le caractère spécial de la réserve de propriété comme mécanisme d'obtention de la propriété. Une autre pourrait être de limiter la réserve de propriété: uniquement au prix d'achat du bien visé à l'exclusion de tout autre crédit; et/ou au bien acheté à l'exclusion du produit ou de la production. Une autre encore consisterait à intégrer la réserve de propriété dans le régime ordinaire des sûretés. Certains avantages devraient alors être consentis au vendeur créancier. On pourrait enfin envisager de mettre la réserve de propriété sur le même plan exactement que n'importe quelle autre sûreté sans dépossession.

37. Les deux premières options préserveraient ou même créeraient un régime spécial en dehors d'un système global de sûretés sans dépossession. La première, en particulier, donnerait au vendeur créancier des privilèges étendus, ce qui aurait des inconvénients pour les créanciers concurrents de l'acheteur, notamment en cas de saisie-vente et d'insolvabilité. Un inconvénient technique est que ce mécanisme empêcherait l'acheteur d'utiliser les biens achetés pour consentir une sûreté de deuxième rang à un autre créancier. Un autre inconvénient encore est que la saisie-vente par d'autres créanciers de l'acheteur serait impossible ou difficile sans le consentement du vendeur.

38. Les deux dernières options indiquées au paragraphe 36 s'inséreraient mieux dans un système global de sûretés. Elles reconnaissent au vendeur qui accorde un crédit une certaine position privilégiée, puisqu'il se défait du bien vendu à crédit (et, pour des raisons économiques, le crédit pour financement du prix d'achat devrait être encouragé). D'un autre côté, dans l'intérêt des créanciers concurrents, le privilège est limité au prix d'achat du bien en question, à l'exclusion de son ou de ses produits, qui sont soumis aux règles applicables aux sûretés ordinaires.

39. La conversion d'une réserve de propriété en sûreté renforcerait la position de l'acheteur-débiteur, car elle lui permettrait de constituer une sûreté (sans dépossession) de deuxième rang pour garantir un prêt d'un autre créancier. Elle améliorerait également la position d'autres créanciers en cas de saisie-vente du bien grevé et en cas d'insolvabilité du débiteur.

4. Une sûreté uniforme globale

40. L'idée d'une sûreté unique, uniforme et globale a fait son apparition aux États-Unis d'Amérique au milieu du XX^e siècle dans le contexte de l'Uniform Commercial Code ("UCC"). Ce code, qui est une loi type adoptée par les 50 États, a créé une sûreté unique globale. Son Livre 9 a unifié les multiples sûretés, avec et sans dépossession, constituées sur des biens corporels et incorporels, y compris le transfert et la réserve de propriété, qui existaient dans la législation des États et dans

la *common law*. L'idée a gagné le Canada et la Nouvelle-Zélande, et a été adoptée par quelques pays d'Europe. Elle est recommandée dans la loi modèle de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement. La loi modèle de l'Organisation des États américains, qui suit à de nombreux égards une approche similaire, se limite aux sûretés sans dépossession, les sûretés avec dépossession relevant du droit des États, compte tenu de la division des pouvoirs législatifs dans les États fédéraux¹.

41. La principale caractéristique d'une approche globale est la fusion des règles applicables au gage traditionnel avec dépossession et des règles concernant le gage sans dépossession ainsi que le transfert ou la réserve de propriété à des fins de garantie. Une telle approche aboutit à la création d'un système de sûretés unique et global qui évite les lacunes et les incohérences. Les principes sous-jacents ainsi que les différentes dispositions concernant sa mise en œuvre peuvent être déterminés librement par chaque parlement. Il est possible par exemple, à l'intérieur de ce système unitaire, de traiter des intérêts spéciaux au moyen de règles de priorité (par exemple pour garantir le paiement du prix d'achat).

B. Résumé et recommandations

42. Dans certaines situations concrètes, qui sont cependant limitées, le gage avec dépossession fonctionne utilement comme une sûreté efficace.

43. Un droit contractuel de rétention, s'il s'accompagne pour le créancier de la faculté de vendre, fonctionne comme un gage avec dépossession (voir par. 14).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de soumettre un tel droit contractuel de rétention aux règles qui s'appliquent au gage avec dépossession, sauf peut-être, au moins dans certains cas, pour ce qui est de sa création].

44. Les sûretés sans dépossession sont de la plus haute importance pour un régime moderne et efficace en matière d'opérations garanties. Les débiteurs ont besoin de conserver la possession des biens grevés et les créanciers garantis ont besoin d'être protégés contre des créances concurrentes en cas de défaillance, et en particulier d'insolvabilité, du débiteur (voir par. 15).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si un tel régime devrait régir à la fois les sûretés avec dépossession et sans dépossession ou seulement les sûretés sans dépossession (voir par. 22).]

45. Compte tenu de l'importance croissante des biens meubles incorporels comme sûretés et des règles souvent insuffisantes applicables à ces sûretés, il serait souhaitable d'élaborer un régime juridique moderne pour les biens meubles incorporels (voir par. 23).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Dans un souci de cohérence, le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer qu'un régime des sûretés sur les biens meubles incorporels devraient être aussi proche que possible d'un régime des sûretés sans dépossession sur les biens meubles corporels.]

¹ Dans des États tels que l'Argentine, le Brésil et le Mexique, seules les provinces ont le pouvoir législatif de promulguer des lois sur les gages avec dépossession.

Il souhaitera peut-être aussi discuter des recommandations à formuler dans le Guide au sujet des biens meubles incorporels et de types particuliers de ces biens, tels que les titres et les droits de propriété intellectuelle ainsi que les créances de sommes d'argent qui en découlent. Il souhaitera peut-être alors tenir compte: des travaux d'autres organisations; du fait que des biens meubles incorporels peuvent être pris comme garantie dans le cadre d'opérations liées à des sûretés sur des biens meubles corporels (par exemple financement de stocks ou de matériel); et de la complexité ainsi que de la faisabilité d'un régime des sûretés sur les biens meubles incorporels.

Il souhaitera peut-être en outre examiner si le transfert de propriété à des fins de garantie est utile et devrait être retenu dans un système efficace de sûretés sans dépossession sur des biens corporels et incorporels (voir par. 30). Il souhaitera peut-être encore examiner si la réserve de propriété devrait être traitée comme un mécanisme d'obtention de la propriété ou comme un mécanisme de garantie (voir par. 36 et 37).

S'il décide de traiter la réserve de propriété comme un mécanisme de garantie, il souhaitera peut-être conférer au vendeur-créancier ou à un autre fournisseur de crédit pour le financement du prix d'achat un droit de préférence spécial équivalant à celui du détenteur d'un droit de propriété. Un tel droit de préférence pourrait être limité au bien vendu et à la fraction du prix d'achat restant à payer (à l'exclusion du produit et d'autres crédits (voir par. 38). Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi considérer que le fait de traiter la réserve de propriété comme l'équivalent d'une sûreté "ordinaire" ne devrait pas empêcher sa qualification à d'autres fins (par exemple fiscalité, comptabilité, etc.).

De plus, il souhaitera peut-être examiner les avantages et les inconvénients de l'approche adoptée dans plusieurs lois modernes sur les sûretés qui introduisent une sûreté uniforme globale (voir par. 40 et 41).]