Nations Unies A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5

Assemblée générale

Distr.: Limitée
12 mars 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 Secrétaire général

Additif

Table des matières

	Paragraphes	*Page*
Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-72	2
V. Publicité	1-72	2
A. Remarques générales	1-68	2
1. Introduction	1-8	2
2. Inscription publique des sûretés sans dépossession sur les biens meubles	9-46	4
a. Opérations touchant le droit ou opérations de nantissement proprement dit	9-14	4
b. Sûretés conventionnelles ou sûretés non conventionnelles	15-17	5
c. Registre des nantissements unique ou registre des nantissements multiples	18-21	6
d. Avis ou dépôt de documents	22-23	6
e. Date de l'inscription	24-28	7
f. Teneur des avis déposés	29-37	8
g. Nécessité d'une protection des cessionnaires éloignés de biens grevés	38-40	10
h. Liens avec des registres de biens immeubles	41-42	11
i. Liens entre un registre des nantissements général et des registres de titres de propriété portant sur certains types de biens	43	12

V.02-52136 (F) 170402 180402

j.	Inscription ou publication privée	44	12
k.	Inscription et réalisation	45-46	13
3.	Dépossession du débiteur et mécanismes de contrôle équivalents	47-58	13
a.	La dépossession du débiteur en lieu et place de l'inscription	47-50	13
b.	Qualité de la possession	51-52	14
c.	Possession symbolique	53	14
d.	Notification à des tiers ou contrôle par des tiers	54-58	15
4.	Effets sur les tiers de sûretés n'ayant pas fait l'objet d'une publicité	59-64	16
5.	Effets sur les tiers de sûretés ayant fait l'objet d'une publicité	65-68	17
B.	Résumé et recommandations	69-72	18

V. Publicité

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Comme expliqué précédemment, (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, par. 10 et 15 à 20), il faut faciliter l'octroi de sûretés sans dépossession. Ce type de sûreté, bien que déjà connu dans le passé, n'a commencé à réapparaître qu'au XIXe siècle et est encore limité, voire entièrement proscrit, dans certains États. L'explication traditionnelle est qu'il est nécessaire de protéger les autres créanciers de l'impression trompeuse de richesse créée par la rétention du bien par le débiteur. Toutefois, les inquiétudes que peut susciter cette impression sont, à elles seules, quelque peu dépassées et insuffisamment justifiées. Dans un monde commercial dominé par le crédit, les tiers ne devraient pas être surpris de découvrir que les biens d'un débiteur sont assujettis à une sûreté ou soumis à un droit prioritaire détenu par un fournisseur ou un bailleur. Toutefois, il ne s'ensuit pas qu'un régime applicable aux opérations garanties puisse, sans inconvénients, se passer de publicité pour les sûretés sans dépossession. Un système effectif et fiable de publicité est d'une grande efficacité et permet d'éviter les conflits.

2. Premièrement, la publicité permet à des créanciers garantis potentiels de vérifier si les biens pertinents font déjà l'objet d'une sûreté en faveur d'un créancier antérieur, et de pouvoir ainsi déterminer le rang de leur sûreté par rapport à des sûretés concurrentes. En l'absence de publicité, les créanciers garantis doivent s'en remettre aux assurances du débiteur ou entreprendre de longues enquêtes factuelles. Cela a pour effet d'entraver l'accès au crédit pour les débiteurs qui n'ont pas de cote de crédit bien établie et de limiter la concurrence sur le marché du crédit en liant les débiteurs aux créanciers avec lesquels ils ont établi une relation de confiance.

3. Deuxièmement, la publicité est nécessaire pour faire face aux conséquences d'une cession non autorisée des biens grevés par le débiteur. En l'absence de publicité, les systèmes juridiques sont obligés de choisir entre la protection des créanciers garantis contre les conséquences d'une faute grave du débiteur, ou la protection des cessionnaires mal informés contre le risque de privilèges secrets dont ils n'ont pas connaissance ou dont ils n'ont pas les moyens d'avoir connaissance. La publicité supprime le besoin de trouver un moyen terme entre ces deux extrêmes et

permet aux systèmes juridiques de préserver la sécurité de toutes les opérations conventionnelles portant sur des biens meubles.

4. Troisièmement, la publicité réduit les cas de litige en ce sens qu'elle permet de dissiper le soupçon qu'une sûreté a pu être frauduleusement antidatée, en offrant un mécanisme objectif permettant d'attester la date effective de la sûreté. Il est vrai que le risque d'antidatage frauduleux est moins omniprésent sur un marché du crédit dominé par des institutions financières spécialisées, soucieuses de leur réputation. On pourrait en outre résoudre le problème en soumettant la convention constitutive de sûreté à certaines formalités, sans exiger que l'avis de nantissement soit également rendu public. Toutefois, l'atout supplémentaire de la publicité est qu'elle permet aux créanciers chirographaires de déterminer plus efficacement s'il existe encore une valeur non grevée parmi les biens du débiteur de nature à satisfaire leurs créances. En l'absence de publicité, la seule source d'information reste le débiteur qui n'est pas nécessairement coopératif ou fiable, de sorte que les créanciers sont obligés d'engager une action qui risque de prendre la forme d'une vaine procédure de réalisation.

5. S'agissant des biens immeubles, le besoin de publicité a été largement satisfait par la mise en place d'un registre accessible au public. Le registre foncier (cadastre) est conçu pour donner à des tiers des renseignements détaillés sur l'état présent d'un droit de propriété sur un bien immobilier donné, y compris de tout nantissement accordé par le propriétaire inscrit. De nombreux États ont mis en place des registres analogues pour un nombre limité de biens meubles de grande valeur (par exemple, navires, aéronefs, camping cars et parfois autres véhicules routiers). Mais, la plupart des biens meubles ne peuvent être désignés de façon suffisamment précise ou sont trop dynamiques ou éphémères pour que le modèle du registre foncier puisse fonctionner. Cela est particulièrement vrai des biens meubles incorporels et des fonds ou universalités d'actifs circulants, comme les stocks et les créances.

6. Pour résoudre ces difficultés pratiques, on a créé le concept de registre des nantissements où les inscriptions, au lieu d'être organisées par référence au droit de propriété sur le bien grevé, se font par référence au nom du constituant à partir duquel se font également les recherches. La question du droit de propriété du constituant et le point de savoir si le bien grevé existe réellement sont déterminés par référence à des événements et faits non consignés dans le registre.

7. L'idée d'un registre des nantissements des biens meubles remonte au début du XIXe siècle et est associée, historiquement, aux États s'inscrivant dans la tradition de la *common law*. Toutefois, le concept n'est plus aujourd'hui considéré comme propre à la *common law* et on estime de plus en plus que de tels registres sont une infrastructure nécessaire dans tout système moderne et global de sûretés sans dépossession. Cette évolution apparaît dans les lois types sur les transactions garanties de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et de l'Organisation des États américains, ainsi que dans la récente Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

8. Le présent chapitre commence par un examen des principales conditions préalables à la mise en place d'un registre des nantissements efficace, avant d'aborder la question de savoir si une inscription publique devrait être exigée même pour les sûretés avec dépossession et si d'autres modes de publicité devraient être admis. Il se termine par l'examen du point de savoir si la publicité devrait être une

condition préalable de l'efficacité de la sûreté entre les parties ou uniquement à l'égard des tiers, ce qui impose une analyse plus générale des effets de la sûreté sur les tiers. Un examen exhaustif de la relation entre publicité et priorité est présenté au chapitre sur la priorité (chapitre VII).

2. Inscription publique des sûretés sans dépossession sur les biens meubles

a. Opérations touchant le droit ou opérations de nantissement proprement dit

9. Si un registre indiquant uniquement les biens grevés n'a pas pour objet de donner la preuve du droit de propriété du constituant sur lesdits biens, il ne s'ensuit pas que toutes les opérations de transfert de propriété devraient être exclues. Les premiers registres de ce type étaient essentiellement conçus pour donner aux créanciers garantis un moyen de faire publiquement la preuve de la sûreté, afin de se protéger, le cas échéant, contre l'accusation d'antidatage frauduleux portée par d'autres créanciers. Cet objectif est demeuré central dans certains systèmes, de sorte que l'inscription publique n'est exigée que pour les sûretés visant des biens dont le débiteur est déjà propriétaire (par exemple, les sûretés (*charges*) des entreprises). Dans la mesure où les sûretés créées par réserve de propriété lors d'une vente ou d'un crédit-bail n'ont pas, par définition, pour objet de diminuer la valeur du patrimoine existant du constituant, l'inscription n'est pas exigée.

10. Dans les régimes d'inscription plus récents, toutefois, la protection contre le risque d'antidatage frauduleux n'est qu'un aspect secondaire de la fonction du registre. L'accent est mis sur la publicité proprement dite. L'objectif est d'optimiser la faculté des tiers de déterminer si des biens en possession et sous le contrôle du débiteur appartiennent à ce dernier ou font l'objet d'un droit réel en faveur d'un tiers. Pour assurer le maximum de publicité, tous les arrangements, qu'il s'agisse d'une constitution de sûretés au sens strict du terme ou du transfert ou de la réserve de propriété, doivent être inscrits pour rester opposables aux tiers.

11. En fait, en matière de publicité, les craintes sont les mêmes chaque fois qu'une personne est autorisée à conserver la possession et le contrôle de biens dont une autre personne est propriétaire, même lorsqu'il n'est pas fait usage du droit de propriété dans le but de garantir une créance. Cet aspect de la question milite en faveur d'un élargissement du registre à toutes les opérations sans dépossession qui sont suffisamment répandues dans la pratique commerciale pour risquer de porter préjudice à des tiers, même si elles n'ont pas pour fonction de garantir une créance. Cette tendance est reflétée par l'élargissement de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles au-delà des *charges* et des accords de réserve de propriété en faveur des vendeurs, pour englober les accords de crédit-bail portant sur des aéronefs, que le bail fasse fonction de sûreté ou représente un véritable bail au sens où le loyer rend compte précisément de la valeur d'usage de l'aéronef pendant la période pertinente. Cette approche s'applique aussi pour réduire le risque de litiges auquel peut donner lieu la caractérisation des opérations situées, du point de vue économique, à la limite entre sûreté et propriété, les accords de vente avec réserve de propriété et les opérations de crédit-bail étant la principale source de difficultés. Cette question ne peut être complètement évacuée étant entendu qu'elle intervient également au niveau de la

réalisation. Mais le fait d'imposer une obligation commune de publicité réduit le risque de conflits.

12. Pour éviter l'excès de réglementation, il faut trouver des moyens de recenser la gamme des opérations visées par le registre. Lorsque l'opération de transfert de propriété a pour objet de garantir une créance, on peut recourir à une définition fonctionnelle de la sûreté qui englobe toute opération visant à garantir l'exécution d'une obligation, quel que soit, du créditeur ou du débiteur, le propriétaire.

13. Si l'opération n'est pas garantie par nature, même d'un point de vue fonctionnel, la législation a tendance en général à adopter une approche plus formaliste. Les opérations qui sont considérées comme la source potentielle la plus courante de difficultés dans un pays donné sont recensées par référence à leur structure formelle. Dans les régimes qui ont adopté cette approche, on arrive à la liste indicative ci-après (encore que tous les régimes n'incluent pas nécessairement les quatre types d'opérations):

i) baux à long terme (par exemple, plus d'un an), même lorsqu'ils n'ont pas pour objet de garantir l'équivalent de la valeur d'acquisition des biens loués;

ii) consignations commerciales en vertu desquelles des stocks sont livrés à un mandataire chargé de les revendre au public, à moins qu'il soit notoirement connu des créanciers que le mandataire s'occupe exclusivement de stocks consignés (commissaire-priseur ou marchand d'œuvres d'art, par exemple);

iii) cessions pures et simples (à savoir ventes) de créances; et

iv) ventes pures et simples de biens, si le vendeur demeure en possession des biens au-delà d'un délai raisonnable.

14. La difficulté de cette approche tient au fait qu'elle se place dans une perspective historique. Les types d'opérations dont la publicité a jadis soulevé des difficultés sont définis par leur structure nominale. Il se peut qu'à l'avenir apparaissent de nouvelles structures qui susciteront des préoccupations analogues en matière de publicité. En conséquence, il serait peut-être préférable d'adopter un concept axé sur la solution des problèmes de manière à exiger l'inscription dans tous les cas où une personne conserve la possession ou le contrôle de biens meubles appartenant à autrui au-delà de ce qui est jugé une période raisonnable prescrite par la loi.

b. Sûretés conventionnelles ou sûretés non conventionnelles

15. En principe, un registre qui a pour vocation d'assurer la publicité des sûretés sur les biens meubles devrait porter sur toutes les sûretés, qu'elles soient constituées par application de la loi ou par convention. Malgré les différences dans leur mode de constitution, elles suscitent des préoccupations identiques en matière de publicité.

16. Toutefois, beaucoup dépend des effets sur les tiers de chaque sûreté non conventionnelle. Si les raisons d'ordre public qui sous-tendent cette sûreté sont suffisamment fortes pour exiger l'attribution au créancier d'un privilège opposable à tous les autres, garantis ou chirographaires, antérieurs ou ultérieurs, alors la publicité aura peu d'avantages concrets. En revanche, si le rang du créancier est fonction de la date d'inscription de la sûreté, ou si le titulaire d'une sûreté non

conventionnelle a un droit général sur le bien grevé même lorsqu'il est entre les mains d'un acheteur de bonne foi (droit de suite), il y aura de bonnes raisons pour soumettre le créancier nanti d'une sûreté non conventionnelle au même mécanisme global de publicité et de priorité que celui qui s'applique aux créanciers nantis d'une sûreté conventionnelle.

17. Un nombre croissant de régimes d'enregistrement autorisent les créanciers judiciaires (à savoir les créanciers dont la créance a été reconnue par décision d'un tribunal) à faire inscrire cette décision judiciaire dans le registre des nantissements portant sur les biens meubles, cette inscription créant l'équivalent d'une sûreté générale sur les biens du débiteur judiciaire. Cette approche favorise indirectement le recouvrement rapide d'une créance judiciaire, sans les dépenses et le souci qu'implique le recours à des mesures d'exécution judiciaire. Dès lors que la décision judiciaire est publiée, le débiteur judiciaire est tenu dans la pratique de liquider la dette et de radier l'inscription afin de pouvoir vendre ses biens ou de les utiliser comme sûreté dans la perspective de nouvelles dettes.

c. Registre des nantissements unique ou registres des nantissements multiples

18. Tenant compte de l'évolution spécifique des sûretés sans dépossession, les régimes d'inscription qui n'ont pas été réformés s'appuient en général sur des registres distincts selon la nature des biens (par exemple, créances comptables), le statut du constituant (par exemple, sociétés), ou la nature formelle de la sûreté (par exemple, hypothèques, *charges*, cessions) ou même le statut du créancier garanti (par exemple, banques).

19. Tant que l'inscription a eu essentiellement pour objet d'assurer une protection contre le risque d'un antidatage frauduleux, le caractère décentralisé et souvent redondant des registres des nantissements n'a pas eu grande importance. Mais vu l'évolution récente qui tend à accorder un maximum de publicité aux sûretés, l'existence de registres multiples faisant double emploi affaiblit le principe de publicité et crée des incertitudes lorsqu'il s'agit de déterminer le rang ou les effets sur les tiers de sûretés concurrentes accordées par le même débiteur sur les mêmes biens mais inscrites dans des registres différents.

20. En conséquence, les régimes plus modernes ont prévu un registre centralisé pour toutes les sûretés et opérations analogues, ce qui a donné lieu à une formule commune permettant de déterminer le rang d'une sûreté selon une règle simple, celle du premier inscrit (encore que les conventions de réserve de propriété et les arrangements analogues du point de vue fonctionnel bénéficient normalement d'une protection particulière contre les conséquences de cette règle).

21. Cette centralisation a été grandement favorisée par le développement de l'informatique. L'informatisation permet, indépendamment de la nature du bien ou du statut des parties, d'entrer toutes les inscriptions dans une seule base de données, en assurant de multiples points d'accès aussi bien pour les personnes désireuses de faire inscrire des sûretés que pour celles qui font des recherches à cet égard.

d. Avis ou dépôt de documents

22. Dans la mesure où leur principale fonction était de donner une preuve objective permettant de contester une sûreté antidatée, les premiers régimes

imposaient en général des conditions d'inscription assez onéreuses. Il fallait déposer une copie de la convention constitutive de sûreté, accompagnée dans certains cas de déclarations écrites de bonne foi (à l'égard des droits d'autres créanciers) et d'exécution. Cette approche faisait supporter aux créanciers des coûts et des risques d'un niveau contreproductif et ne permettait pas de déterminer en toute certitude si l'inscription valait publicité vis-à-vis des tiers pour toute la teneur des documents déposés ou seulement pour certains éléments essentiels.

23. Les régimes modernes de registre ont considérablement simplifié les modalités d'inscription. Au lieu de devoir déposer les documents proprement dits concernant la sûreté, il suffit d'un simple avis renfermant les données élémentaires nécessaires pour informer les tiers de la nature et de l'étendue de la sûreté. Par rapport au dépôt de documents, le dépôt d'un avis offre les avantages suivants:

i) une simplification des formalités administratives et des méthodes d'archivage pour le registre;

ii) une réduction du coût de l'opération pour les créanciers garantis avec pour corollaire une réduction du risque d'erreurs;

iii) une plus grande confidentialité des affaires du débiteur;

iv) une plus grande souplesse dans la négociation et le règlement des clauses de la convention constitutive de sûreté; et

v) une grande certitude et une meilleure publicité pour les tiers faisant des recherches dans un registre.

e. Date de l'inscription

24. Dans un système de dépôt d'avis de nantissement, il n'est pas nécessaire dans la pratique que la convention constitutive de sûreté ait été conclue pour que l'inscription soit effectuée. L'autorisation d'une inscription anticipée comme règle générale est plus controversable. Certains régimes l'autorisent. Dans d'autres, une convention constitutive de sûreté formelle doit d'abord exister, bien qu'il ne soit pas nécessaire que des fonds aient déjà été avancés. Chacune de ces approches présente à la fois des avantages et des inconvénients.

25. À supposer que le rang des créanciers garantis soit attribué en fonction de la date d'inscription, une inscription anticipée permet à un créancier garanti d'établir son rang sans avoir à vérifier s'il existe d'autres inscriptions avant d'avancer effectivement des fonds. Cela évite également le risque d'annulation de la sûreté ou de perte du rang, lorsque la convention constitutive de sûreté sous-jacente était techniquement déficiente au moment de l'inscription mais a ensuite été rectifiée, sans préjudice pour les tiers.

26. En revanche, l'inscription anticipée complique la fonction de hiérarchisation qui y est associée pour ce qui concerne certaines catégories de droits des tiers qui sont acquis après l'inscription mais avant que la convention constitutive de sûreté ne prenne effet et que la sûreté soit ainsi constituée. S'agissant des autres droits susceptibles d'inscription, il n'y a pas de difficultés en ce sens que l'ordre de priorité peut suivre l'ordre d'inscription, chaque sûreté étant à cette fin considérée en fonction de la date de son inscription. Mais, lorsque les biens sont vendus à un acheteur ou lorsqu'un administrateur de l'insolvabilité est désigné, des preuves

factuelles non consignées seront nécessaires pour déterminer si ces droits ont été acquis avant ou après que la sûreté n'ait été effectivement constituée. Toutefois, les faits doivent être établis de façon analogue, même dans les systèmes qui refusent l'inscription anticipée. Étant entendu que la source de la sûreté est la convention et non l'inscription proprement dite, une preuve indépendante de la convention constitutive de sûreté reste nécessaire. Bien que ce principe affaiblisse la valeur de l'inscription en tant que mécanisme propre à éviter le risque d'antidatage frauduleux, il constitue un élément nécessaire du concept de dépôt d'avis de nantissement.

27. L'inscription anticipée accroît également le risque d'inscription frauduleuse lorsque les négociations ont échoué et qu'aucune sûreté n'est accordée. On peut, dans une certaine mesure, se prémunir contre ce risque en recourant à une procédure sommaire pour obtenir la libération de l'obligation, procédure nécessaire, en tout état de cause, lorsqu'il a été satisfait à l'obligation garantie. Certains systèmes recherchent une solution de compromis. L'inscription anticipée peut être autorisée si elle intervient dans un certain délai (par exemple, 30 jours) avant que la convention ne prenne effet. Ce délai de grâce rend plus difficile la recherche de preuves non consignées, quoiqu'il puisse être envisagé pour les opérations de consommateurs, lorsque le constituant n'a peut-être pas connaissance de la situation ou n'est peut-être pas suffisamment avisé pour mettre à profit une procédure libératoire prévue par la loi.

28. La question de l'inscription anticipée renvoie, en partie, à la question de savoir quel type d'information doit figurer dans l'avis de nantissement enregistré. Plus les informations exigées seront détaillées, plus il y aura de raisons d'exiger une convention constitutive de sûreté antérieure, et moins l'inscription anticipée présentera d'intérêt sur le plan pratique.

f. Teneur des avis déposés

29. Pour avoir un minimum de valeur de publicité, un avis de nantissement doit identifier le constituant et le créancier garanti et décrire les biens grevés. Le nom du constituant étant le principal critère de recherche, la raison sociale doit en règle générale être correctement libellée aux fins d'inscription et de recherche. Pour distinguer différents constituants, des données supplémentaires, par exemple la date de naissance, sont parfois exigées pour que les résultats de la recherche puissent être obtenus facilement. Lorsque les constituants sont des entreprises, la base de données du registre est parfois reliée au registre des noms commerciaux tenus par l'État concerné, afin de veiller à l'exactitude des entrées.

30. Habituellement, les registres de propriété exigent l'identification précise du bien grevé et la sûreté est inscrite et recherchée par référence à ce bien. Dans un registre des nantissements, l'inscription du nom du constituant rend superflu le recours à une description unique par article, de sorte que la sûreté dans son ensemble peut faire l'objet d'une publicité efficace. Une inscription unique permet de rendre publique une sûreté constituée sur les biens présents et les biens à acquérir, et sur les fonds de roulement ou les universalités d'actifs (par exemple, "l'ensemble des créances" ou "l'ensemble des stocks"). En l'occurrence, les effets sur les tiers se rattachent à la date d'inscription et non à la date à laquelle le débiteur a effectivement acquis des droits sur le bien particulier. Ce système permet

d'assurer une publicité sur la totalité des biens du débiteur (par exemple, "l'ensemble des biens meubles présents et à acquérir").

31. Du fait de leur large portée, ces sûretés sont sujettes à controverse. En partie, en raison des préoccupations que suscite le monopole acquis par le créancier inscrit en premier sur l'accès du débiteur à un financement garanti. En partie, du fait qu'une sûreté portant sur tous les biens peut réduire, voire éliminer, l'ensemble des biens non grevés qui pourraient être attribués aux créanciers saisissants et aux créanciers de l'insolvabilité. Un régime d'opérations garanties devrait tenir compte de ces préoccupations. Mais il ne faudrait pas en tirer parti pour justifier l'imposition de limites arbitraires à la gamme des biens susceptibles de faire l'objet d'une publicité efficace moyennant une description générique ou supergénérique dans un avis de sûreté déposé. On pourrait répondre à ces préoccupations en énonçant clairement des règles de fond sur les superprivilèges, visant à préserver l'accès du débiteur à des sources plus spécialisées de financement futur ou à protéger des catégories particulièrement vulnérables de créanciers chirographaires. La nécessité de superprivilèges de ce type est abordée au chapitre VII (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, par. 33 à 37). S'agissant du financement dans le domaine de la consommation, il faudrait peut-être compléter ces solutions en interdisant d'emblée l'octroi de sûretés sur des biens de consommation à acquérir, question déjà abordée au chapitre IV (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, par. 22, 23 et 55).

32. Même dans les systèmes juridiques qui autorisent des descriptions génériques et supergénériques, ce qui constitue une description appropriée donne lieu à différentes approches. Dans certains systèmes, la partie qui inscrit la sûreté est tenue uniquement d'indiquer la nature générique du bien grevé (par exemple, des biens meubles corporels), même si la sûreté est en fait limitée à un article donné (par exemple, une automobile). Dans d'autres systèmes, la description doit rendre compte précisément de l'ensemble des biens devant être inscrits.

33. Chacune de ces approches a ses avantages et ses inconvénients. Une description moins précise allège les formalités d'inscription pour les créanciers et réduit le risque d'erreur. Elle permet aussi au créancier garanti et au débiteur de modifier la convention constitutive de sûreté, à savoir d'y ajouter de nouveaux biens dans la même catégorie générique sans avoir à procéder à une nouvelle inscription.

34. En revanche, un tel système offre moins d'intérêt pour les tiers sur le plan de la publicité. Pour s'assurer de la portée exacte de la sûreté, ils doivent obtenir des assurances directement auprès du créancier garanti ou par l'intermédiaire du débiteur. En outre, même si la convention constitutive de sûreté en vigueur porte sur une gamme restreinte de biens, les créanciers garantis concurrents qui constituent une sûreté sur l'un quelconque des biens inscrits devront obtenir du premier créancier enregistré qu'il renonce à son rang. Étant donné que le rang, parmi les créanciers garantis, est fixé en fonction de l'inscription initiale, une renonciation expresse est nécessaire pour protéger le créancier garanti contre le risque que le constituant puisse ultérieurement élargir l'ensemble des biens grevés par une sûreté en vertu d'une nouvelle convention.

35. Différentes approches sont également adoptées quant au point de savoir si l'avis doit préciser la valeur pour laquelle la sûreté est consentie. Pour tenir compte de pratiques financières assorties d'obligations indéterminées (par exemple, fonds

de crédit renouvelable), aucun des systèmes modernes n'exige que l'avis déposé précise la valeur réelle de l'obligation garantie. Toutefois, certains systèmes prescrivent une valeur maximale à déclarer (les clauses visant la somme maximale dans la convention constitutive de sûreté sont abordées dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.2, par. 13 et 16). Le principal objectif de cette disposition est de faire en sorte que le constituant puisse obtenir plus facilement un "financement de deuxième rang" auprès d'autres créanciers garantis en utilisant la valeur résiduelle restant dans les biens grevés par la sûreté inscrite en premier. En l'absence d'une telle disposition, le créancier garanti ultérieur doit obtenir du premier créancier inscrit qu'il renonce à sa priorité. Autrement, dans la mesure où le rang dépend de la date de l'inscription, le deuxième créancier inscrit sera subordonné à toute avance ultérieure effectuée par le premier créancier inscrit. En fait, si le système autorise une seule inscription pour rendre publique une sûreté en vertu de conventions ultérieures entre les mêmes parties, ce risque existe même si la convention constitutive de sûreté en vigueur ne prévoit pas sur le moment de nouvelles avances.

36. Chacune de ces approches a ses avantages et ses inconvénients. S'il n'est pas nécessaire de préciser dans l'avis une valeur maximale, le premier créancier garanti inscrit et le constituant ont toute latitude pour accroître les facilités de crédit, ou même conclure des accords de crédit entièrement nouveaux, sans craindre de perdre le rang de priorité et sans coûts d'opération supplémentaires au niveau de l'inscription. En revanche, la faculté du constituant d'accorder une sûreté sur la valeur résiduelle des biens grevés s'en trouve réduite à moins que le premier créancier inscrit ne consente à renoncer à son rang. Sur un marché du crédit concurrentiel, le débiteur a normalement suffisamment de poids pour obtenir facilement une renonciation. Toutefois, une renonciation ne peut être obtenue dans des conditions raisonnables si la convention constitutive de sûreté prévoit une clause pénale pour perte d'intérêts. Mais en même temps, la protection accordée par la disposition prévoyant une somme maximale est illusoire si des estimations excessives sont régulièrement inscrites. Cela ne devrait pas poser de problème lorsque le débiteur a un pouvoir de négociation suffisant, mais, dans ce cas, la protection ne sera peut-être pas absolument nécessaire. Dans d'autres cas, une procédure devra parfois être engagée pour permettre au constituant, du moins dans le cadre des opérations de consommateurs, d'exiger que le montant enregistré soit réduit s'il ne rend pas compte de l'obligation réelle de prêt du créancier garanti en vertu d'une convention en vigueur passée entre eux.

37. Ces deux approches imposent de faire des recherches complémentaires. Les parties doivent être contactées directement pour déterminer l'état réel des comptes. Cela est vrai même si la valeur maximale doit être rendue publique, étant entendu que ce montant ne rend pas compte de l'obligation garantie réelle en cours à un moment donné, mais simplement de la valeur maximale que le créancier garanti est autorisé à extraire des biens grevés en vertu de sa sûreté.

g. Nécessité d'une protection des cessionnaires éloignés de biens grevés

38. Une véritable sûreté donne généralement au créancier garanti le droit de suivre le bien grevé en quelques mains qu'il se trouve. Sinon, le constituant de la sûreté aurait la possibilité de mettre fin unilatéralement à celle-ci. Cependant, il peut être nécessaire de limiter le droit de suite normal du créancier garanti lorsque le registre des nantissements est indexé sur la base du nom des constituants. Dans les cas où

les biens grevés ont fait l'objet de cessions non autorisées successives, les acheteurs potentiels et les créanciers garantis ne peuvent se protéger en faisant une recherche sur la base du nom du détenteur du bien au moment considéré. En effet, une telle recherche ne révélerait pas l'existence d'une sûreté constituée par un propriétaire antérieur.

39. Il est possible de résoudre ce problème de différentes façons, en fonction de l'équilibre souhaité entre la protection des intérêts des créanciers garantis et la préservation de la fiabilité du registre. Au minimum, les créanciers garantis devraient être tenus de modifier leurs inscriptions pour identifier un cessionnaire de biens grevés en tant que constituant additionnel sous peine d'une subordination des sûretés obtenues sur le bien considéré après que le créancier garanti se rend compte qu'une cession a eu lieu. Cependant, il est possible d'aller plus loin et de protéger tous les tiers ou du moins les tiers particulièrement vulnérables, même si le créancier garanti n'est pas au courant de la cession non autorisée effectuée par le débiteur.

40. Il est possible d'atténuer de façon appréciable le problème posé par le tiers éloigné en prescrivant une identification précise du bien en vue d'une publicité opposable à des acquéreurs et à des créanciers garantis concurrents dans le cas de biens ayant une valeur particulièrement élevée et des identifiants numériques fiables (par exemple, véhicules à moteur, bateaux, camping-cars, roulottes, aéronefs, etc.). Bien que cela réduise l'aptitude des créanciers garantis à rendre publique l'existence d'une sûreté sur les biens à acquérir, dans la pratique une identification précise n'est nécessaire que pour les biens d'équipement utilisés dans le cadre de l'activité professionnelle du constituant et pour les biens de consommation utilisés à des fins personnelles. S'agissant des stocks, le problème ne se pose que dans les cas où un marchand de biens d'occasion acquiert des biens grevés par le vendeur et les revend au public. Il faudrait envisager d'élargir la protection accordée aux acquéreurs de biens cédés dans le cadre des activités ordinaires d'une entreprise, afin de protéger les cessionnaires de ces biens. Ces questions sont examinées plus avant au chapitre VII (voir document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, par. 30).

h. Liens avec des registres de biens immeubles

41. Les législations modernes concernant les opérations garanties permettent généralement la constitution d'une sûreté mobilière sur des biens meubles immobilisés, c'est-à-dire des biens meubles destinés à être incorporés à un bien immeuble sans perte d'identité (une chaudière, par exemple), ainsi que sur des biens immeubles susceptibles de devenir meubles (cultures, par exemple). La sûreté est alors soumise aux mêmes règles de publicité que celles qui s'appliquent aux autres catégories de biens meubles, à une réserve près. Pour qu'elle soit opposable aux personnes qui revendiquent un droit sur l'immeuble auquel les biens meubles sont incorporés, un avis doit généralement être inséré dans le registre foncier, de façon à préserver la fonction de publicité complète du registre des biens immeubles.

42. La création d'un registre des nantissements complet pour les biens meubles soulève la question de la possibilité de coordonner la publicité lorsqu'une convention constitutive de sûreté porte sur des biens meubles et immeubles. Il semble que cela ne soit prévu dans aucun système juridique. Les registres fonciers sont essentiellement centrés sur les biens et répertorient tant les titres de propriété que les nantissements. Dans la mesure où il existe également un index du nom des

propriétaires, il serait possible de mettre en place un système commun d'inscription. Cependant, cela exigerait une grande coordination des conventions relatives aux noms utilisées dans les deux systèmes. En outre, comme il serait nécessaire de maintenir l'intégrité du registre foncier, il faudrait normalement que la sûreté soit inscrite sur la base du bien immeuble considéré et non uniquement sur la base du nom du constituant. En effet, dans un registre des titres de propriété, il n'est normalement pas nécessaire, dans l'optique de la publicité, de se préoccuper de distinctions entre des sûretés classiques et des sûretés créées par cession ou par réserve de propriété en faveur du créancier garanti. En effet, une publicité suffisante est assurée, que le créancier soit mentionné dans le registre en qualité de propriétaire du bien ou en tant que titulaire d'un nantissement sur le droit de propriété du propriétaire inscrit. La distinction entre propriété et sûreté ne devient importante qu'au niveau de la réalisation.

i. Liens entre un registre des nantissements général et des registres de titres de propriété portant sur certains types de biens

43. En raison de considérations similaires, il peut être difficile de coordonner ou d'intégrer des inscriptions dans, d'une part, un registre des nantissements portant sur des biens meubles et des registres des titres de propriété portant sur certains types de biens meubles tels que des navires, des aéronefs, des véhicules à moteur et des droits de propriété intellectuelle. Dans le cas des objets corporels, il est possible d'atténuer cette difficulté si le registre des nantissements permet aussi d'effectuer des recherches sur la base d'identifiants numériques des biens. En ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, les obstacles sont plus importants, étant donné qu'il n'est pas possible de mettre en place un système équivalent d'identification et que les registres de propriété intellectuelle ne sont pas conçus dans le but premier de faciliter les transactions commerciales. Quelle que soit la démarche adoptée, une loi générale sur les opérations garanties doit déterminer la mesure dans laquelle l'inscription dans un registre portant sur certains types de biens l'emporte sur l'inscription dans le registre général des biens meubles, et coordonner les rangs de priorité entre les différents régimes. Cela revêt une importance toute particulière dans le cas des sûretés sur des droits de propriété intellectuelle et sur des paiements relatifs à des licences et à des redevances liées à la propriété intellectuelle, eu égard à l'importance économique croissante des biens de ce type.

j. Inscription ou publication privée

44. Dans certains régimes, il n'existe pas de registre public des nantissements mais des systèmes de divulgation de portée plus limitée, par exemple l'inscription dans les livres du débiteur lui-même ou dans les registres d'un notaire ou d'un greffier, une proclamation orale ou la publication d'avis dans les journaux. Bien que certains de ces moyens de divulgation répondent de façon satisfaisante aux préoccupations relatives à la possibilité d'antidater frauduleusement une sûreté, ils n'ont pas la permanence et l'accessibilité publique nécessaires pour assurer une véritable publicité et établir le rang d'une sûreté par rapport à celles de tiers. Si un registre des nantissements complet est créé, il est possible de mettre fin sans risque à ces systèmes de divulgation.

k. Inscription et réalisation

45. Dans certains systèmes juridiques, un créancier garanti est tenu de faire inscrire sa sûreté avant de pouvoir faire valoir ses droits à l'égard des biens grevés. Dans d'autres systèmes juridiques, l'inscription n'est pas une condition préalable à cet égard. La méthode à retenir dépend en partie de la partie qui est tenue de faire savoir aux tiers ayant un droit inscrit à l'égard des biens grevés qu'une action de réalisation est engagée. Si cela incombe au créancier garanti, l'inscription du droit du créancier qui procède à la réalisation peut être superflue. En revanche, si c'est au responsable du registre ou à un autre fonctionnaire qu'il appartient de le faire, alors l'inscription est nécessaire, afin d'informer le fonctionnaire compétent de la nécessité d'aviser d'autres titulaires de créances inscrits. Dans un système juridique qui a adopté la seconde méthode, une publicité par inscription est nécessaire avant toute réalisation, même dans le cas où l'existence d'une sûreté est initialement divulguée par la dépossession du débiteur.

46. L'inscription préalable de l'intention d'engager une action de réalisation peut également réduire la charge de recherche d'informations qui pèse sur les créanciers concurrents, garantis ou chirographaires, qui envisagent d'agir en vue de faire valoir leurs droits. Sinon, ils devraient se renseigner sur tous les créanciers garantis inscrits, afin de déterminer si une action de réalisation a été entamée. Une concertation entre les créanciers est certes toujours nécessaire dans la pratique afin d'assurer une coordination appropriée, mais l'inscription permettrait au moins aux autres créanciers de mieux orienter leurs efforts d'obtention de renseignements.

3. Dépossession du débiteur et mécanismes de contrôle équivalents

a. La dépossession du débiteur en lieu et place de l'inscription?

47. Les sûretés avec dépossession ne doivent normalement pas faire l'objet d'une inscription, sauf peut-être au niveau de la réalisation. On considère en effet que la dépossession répond de façon appropriée aux principaux risques de préjudice aux dépens de tiers. L'apparence trompeuse de richesse est ainsi éliminée et le débiteur ne peut procéder à une cession non autorisée.

48. Cependant, par comparaison avec une inscription publique, la dépossession résout de façon moins satisfaisante le problème de l'antidate frauduleuse lorsque la date à laquelle la prise de possession a eu lieu est significative, par exemple dans les cas où les opérations se produisent pendant une période suspecte antérieure à l'insolvabilité du constituant ou quand le gage avec dépossession entre en concurrence avec une sûreté sans dépossession. C'est la raison pour laquelle certains systèmes juridiques énoncent des prescriptions formelles supplémentaires qui visent à établir une date certaine pour les gages avec dépossession. Une inscription répondrait de façon plus efficace à la même préoccupation. Bien qu'un registre contenant des avis ne résolve pas pleinement les préoccupations suscitées par la possibilité d'antidate frauduleuse en cas d'insolvabilité, il offre au moins une présomption de preuve solide.

49. L'exemption des sûretés avec dépossession de l'obligation d'inscription réduit également l'intérêt du registre sur le plan de la publicité et complique l'établissement d'un ordre de priorité entre les sûretés. Les tiers, notamment des

créanciers garantis potentiels, ne peuvent se fier pleinement à une recherche dans le registre. Ils doivent se renseigner de façon plus approfondie, pour s'assurer que les biens sur lesquels ils obtiennent une sûreté se trouvent encore en la possession du débiteur et sous son contrôle. Il s'agit d'un élément normal du processus d'évaluation des risques, étant donné qu'un registre des nantissements est foncièrement moins fiable qu'un registre qui vise à enregistrer tant les droits de propriété que les sûretés qui grèvent ces derniers. Même si les sûretés avec dépossession doivent faire l'objet d'une publicité, les créanciers garantis courent malgré tout le risque que des biens grevés d'une sécurité aient été vendus par le débiteur ou saisis par un créancier. Cependant, ce dernier risque est considérablement réduit dans les systèmes qui prescrivent la publicité des jugements par voie d'inscription. Plus un système devient complet, plus il est nécessaire d'exiger l'inscription des sûretés, même si elles sont assorties d'une dépossession.

50. Si la possession du bien grevé peut se substituer à l'enregistrement, il faut se demander si le créancier garanti peut renoncer à la possession en faisant inscrire un avis relatif à la sûreté tout en obtenant que la date d'entrée en vigueur de la sûreté soit la même que la date d'entrée en possession initiale. En principe, rien ne s'y oppose, pour autant qu'il n'y ait pas de solution de continuité dans la publicité. Cependant, il en résulte une nouvelle réduction de l'autorité du registre.

b. Qualité de la possession

51. S'il est décidé que la possession peut remplacer l'inscription, il faut définir cette notion de telle façon que les tiers ne puissent subir de préjudice. Dans cette optique, il faudrait renoncer aux techniques de possession fictives telles que la conservation de la possession par le débiteur en vertu d'un accord aux termes duquel le débiteur détient le bien en qualité de fiduciaire ou de mandataire.

52. Cependant, les sûretés avec dépossession ne devraient pas être écartées uniquement parce que les biens restent dans les locaux du débiteur, notamment lorsqu'il existe un accord en vertu duquel ils sont placés dans une pièce à laquelle seul le créancier garanti a accès ou sont entreposés selon les modalités décrites plus haut dans le présent guide (voir document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, par. 6 et 7). Pour autant qu'il y ait un contrôle continu et exclusif de la part du créancier garanti, le but fondamental de protection des tiers est atteint. On a mis au point un grand nombre de systèmes analogues pour remédier à l'inaptitude antérieure des créanciers garantis à obtenir une sûreté efficace sans dépossession. S'il est possible à tous de recourir à l'option d'une inscription publique, le recours à ces systèmes deviendra bien entendu moins fréquent.

c. Possession symbolique

53. La possession symbolique devrait également rester possible lorsque les indices ou documents pertinents sont largement acceptés dans la pratique commerciale générale en tant que moyen unique ou le plus fiable de procéder à la cession ou au nantissement du bien ou de la valeur qu'il représente. À titre d'exemple, on peut citer la remise, accompagnée des endossements éventuellement nécessaires, d'actions, de titres négociables et de titres de propriété tels que des lettres de voiture ou des récépissés d'entrepôt. Certains systèmes juridiques ont créé des systèmes de certificat de propriété pour les véhicules routiers qui permettent aux créanciers

garantis de donner une publicité appropriée à leurs sûretés en prenant possession du certificat de propriété. Si cette pratique est bien établie et fonctionne bien, ces types de possession devraient également être préservés. En revanche, la remise de listes de créances commerciales ordinaires ne devrait généralement pas être admise à cet effet, car elles ne sont pas assez négociables, dans la pratique commerciale, pour protéger de façon appropriée les tiers contre le risque d'une cession concurrente par le débiteur (bien qu'il puisse y avoir un nombre limité d'exceptions). L'apposition d'une plaque ou d'un autre avis matériel sur le bien grevé pose plus de problèmes en raison des possibilités d'abus. Cependant, cela dépend en grande partie des pratiques commerciales locales: la nature du bien et de l'avis prescrit peut rendre ce type de possession symbolique suffisant.

d. Notification à des tiers ou contrôle par des tiers

54. La possibilité de gager des biens par la remise d'un titre de propriété tel qu'un connaissement ou un récépissé d'entrepôt est largement admise, étant donné que le tiers contrôle les biens. Le transporteur ou l'entreposeur, selon le cas, est tenu, en vertu de la loi, de remettre le bien considéré à la personne en possession du document. Cela illustre l'idée plus générale qu'une dépossession efficace peut s'effectuer par l'intermédiaire d'un tiers. En outre, cette technique ne se limite pas aux objets tangibles. Par exemple, une dépossession efficace de titres de placement peut s'effectuer par l'inscription du nom du créancier garanti dans les livres de la société qui a émis les titres ou par une inscription dans les livres d'un organisme de compensation.

55. De façon analogue, certains systèmes prévoient que des créances peuvent être gagées par une notification à un tiers débiteur portée sur la créance. Comme cette notification oblige ce débiteur à effectuer le paiement de la créance cédée à la personne qui effectue la notification, elle transfère de fait le droit sur la valeur monétaire de la créance du constituant au créancier garanti qui a fait cette notification.

56. Dans le contexte du financement des créances commerciales, la notification au tiers débiteur constitue le mécanisme qui lie le débiteur. Cependant, les systèmes juridiques qui ont adopté un registre public des sûretés relatives aux biens meubles ont généralement rejeté la notification comme mode de publicité opposable aux autres tiers ou comme moyen d'établir le rang de la sûreté. En ce qui concerne le droit à des paiements, le rang des différents créanciers garantis et cessionnaires est déterminé par la chronologie des inscriptions. Cette règle permet aux créanciers garantis et aux cessionnaires d'évaluer de façon plus exacte la valeur des créances cédées et de se fier à celle-ci, et facilite le financement des créances à encaisser en l'absence de notification par le biais d'une sûreté portant sur l'ensemble des créances présentes et futures d'un constituant.

57. Cependant, la notification à des tiers ou le contrôle par des tiers à des fins de publicité peut être utilisé dans une certaine mesure et même se révéler préférable pour certains actifs intangibles correspondant à des versements de montants élevés tels que les paiements dus en application d'une police d'assurance ou en vertu d'une lettre de crédit, ou même dans le cas d'une sûreté constituée sous la forme de comptes en banque, de comptes de placement ou de valeurs mobilières détenues par un intermédiaire. Cependant, il n'existe pas de consensus clair sur la façon de résoudre des questions telles que les suivantes: la mesure dans laquelle le contrôle

devrait être le seul mécanisme de publicité, à l'exclusion de l'inscription; l'opportunité de prescrire que le consentement du tiers doit être une condition préalable à une publicité efficace; et le rang relatif des droits, en particulier dans le cas d'une sûreté prenant la forme d'un placement détenu par un intermédiaire, lorsque le tiers qui détient le contrôle bénéficie d'une sûreté constituée sur le même bien ou a lui-même gagé ce dernier pour garantir une dette qui lui est propre.

58. La question de l'opportunité de substituer la dépossession du débiteur à l'inscription n'est pas tranchée. Si l'on suppose qu'une sûreté avec dépossession ne doit pas faire l'objet d'une publicité par inscription, la notion de dépossession du débiteur devrait être définie d'une façon qui réduise autant que possible l'aptitude du constituant à créer des créances concurrentes sur les actifs grevés en faveur de tiers. Ce critère fonctionnel éliminerait les formes de possession purement fictives, mais il libéraliserait la notion de dépossession, dans la mesure où celle-ci ne devrait pas nécessairement consister en la remise effective des biens grevés mais pourrait aussi prendre la forme d'une possession virtuelle, par l'intermédiaire d'actifs corporels et incorporels documentaires, et de la détention par un tiers d'actifs corporels et incorporels au nom du créancier garanti.

4. Effets sur les tiers de sûretés n'ayant pas fait l'objet d'une publicité

59. Les différents régimes ne prévoient pas tous qu'une publicité est nécessaire pour que la sûreté soit constituée en ce qui concerne les relations entre les parties immédiatement intéressées ou soit opposable aux tiers. S'il est vrai que la publicité vise principalement à informer les tiers, l'opposabilité peut présenter un plus grand intérêt, bien qu'un certain nombre de considérations doivent être prises en compte.

60. En premier lieu, la dépossession est essentielle pour la constitution effective du gage traditionnel. Dans les systèmes juridiques où le gage constitue la forme habituelle de sûreté sur des biens meubles, l'inscription publique des sûretés sans dépossession est considérée comme un substitut de la remise effective du bien et représente logiquement un élément de la constitution de la sûreté.

61. Deuxièmement, de nombreux systèmes juridiques n'incorporent pas la notion de la relativité des titres de propriété, c'est-à-dire l'idée que des droits réels puissent être constitués à l'égard d'une personne déterminée (en l'occurrence le constituant) et non à l'égard d'autres (en l'occurrence des réclamants tiers concurrents). Soit un droit réel absolu existe, soit il n'existe pas.

62. Ces préoccupations d'ordre conceptuel ne peuvent être ignorées dans un guide législatif concernant des opérations garanties censé être adapté aux diverses cultures juridiques. Cependant, les préoccupations concernant la façon de formuler la prescription relative à la publicité (c'est-à-dire en tant que règle déterminant la constitution de la sûreté ou l'opposabilité aux tiers) ne présentent pas d'intérêt pratique, dans la mesure où le résultat est le même selon les deux démarches. La différence ne devient pertinente que si l'on souhaite donner une certaine opposabilité aux tiers à une sûreté n'ayant fait l'objet d'aucune publicité. À cet égard, les solutions retenues varient d'un régime à l'autre.

63. Dans certains régimes, la publicité ou la dépossession du débiteur en lieu et place de la publicité est une condition préalable absolue à l'opposabilité aux tiers. Une sûreté ne peut être opposée aux tiers que si et lorsque soit elle est inscrite, soit la dépossession du débiteur se produit. D'autres systèmes partent de la présomption inverse. Il est présumé que la sûreté prend effet dès que la convention est conclue, sous réserve éventuellement que soient remplies certaines conditions minimales relatives à leur rédaction. Il s'ensuit que les tiers ne sont protégés contre une sûreté n'ayant fait l'objet d'aucune publicité que s'ils peuvent faire valoir qu'il existe un mode de protection rendu obligatoire par la législation ou une décision judiciaire.

64. Les législations modernes en vigueur dans les pays dotés d'un registre des nantissements vraiment complet ont tendance à refuser ou à limiter l'opposabilité aux tiers d'une sûreté n'ayant fait l'objet d'aucune publicité pour les principales catégories de droits de tiers. Les exceptions se limitent aux cessionnaires de biens qui n'ont pas donné de contrepartie et éventuellement aux acquéreurs agissant dans le cadre normal de leurs activités professionnelles qui acceptent un bien alors qu'ils savent qu'il existe une sûreté n'ayant fait l'objet d'aucune publicité, bien que cette dernière exception puisse être plus controversée (voir document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, par. 32). Les exceptions reposant sur la connaissance effective de l'existence d'une sûreté exigent un examen des faits et réduisent l'efficacité des règles légales en encourageant les procédures judiciaires. Assurément, il ne faut pas qu'une telle connaissance puisse annuler le rang découlant de l'ordre d'inscription ou d'une dépossession du débiteur en cas de concurrence entre créanciers garantis. Sinon, cela réduirait la certitude et le caractère prévisible de la règle concernant le rang. Cette démarche n'est pas injuste à l'égard du titulaire de la sûreté n'ayant pas fait l'objet d'une publicité. Le créancier concurrent pourrait toujours s'être protégé en prenant possession du bien ou en faisant inscrire la sûreté en temps utile. C'est pourquoi le créancier garanti qui fait valoir un rang plus élevé malgré sa connaissance des faits n'est pas de mauvaise foi. Si le régime des sûretés exige une inscription en temps voulu ou une dépossession aux fins de la détermination du rang de la sûreté, le créancier garanti doit avoir le droit de se fonder en toute confiance sur le fait que l'autre créancier ne s'est pas conformé aux règles en vue d'établir le rang de sa sûreté.

5. Effets sur les tiers de sûretés ayant fait l'objet d'une publicité

65. Si le régime prévoit que l'inscription ou la dépossession du débiteur est une condition préalable à l'efficacité de toutes les sûretés, il établit un mécanisme commun non seulement pour déterminer le moment auquel la sûreté devient opposable aux tiers qui acquièrent un droit intermédiaire sur les biens garantis mais également pour régler les litiges portant sur les rangs respectifs de sûretés concurrentes.

66. Cependant, un régime d'opérations garanties doit également empêcher toute perturbation injustifiée de la sécurité des transactions ordinaires portant sur les biens meubles. De ce fait, il peut être nécessaire d'énoncer des exceptions concernant les effets de la publicité sur le rang de priorité, afin de protéger les cessionnaires d'actifs garantis qui acquièrent leurs droits dans le cadre des activités commerciales ordinaires du constituant, ainsi que des détenteurs et des

cessionnaires (y compris des requérants détenant une sûreté concurrente) d'actifs monétaires et négociables faisant l'objet d'une sûreté inscrite.

67. En outre, il se peut que, dans certains systèmes juridiques il ne soit pas jugé souhaitable d'obliger des cessionnaires assez peu avertis à effectuer des recherches, qui risquent du reste de ne pas aboutir, même lorsqu'ils acquièrent leurs droits dans le cadre d'une opération qui ne fait pas partie d'activités commerciales courantes. En conséquence, il peut être nécessaire de prévoir d'autres exceptions dans le cas des cessionnaires qui acquièrent des biens garantis à des fins non professionnelles ou dans l'hypothèse où la transaction porte sur un bien d'une valeur relativement faible ou un montant peu élevé. D'autre part, plus larges sont les catégories de cessionnaires non liés par une sûreté enregistrée, moins il est justifié d'obliger le créancier garanti à faire inscrire sa créance. En conséquence, il pourrait également être nécessaire d'envisager d'exempter les créanciers garantis de toute obligation de publicité lorsqu'ils n'ont pas le droit de suivre le bien entré en possession d'un cessionnaire de bonne foi. Cependant, il faut mettre en balance cette considération avec l'utilité d'exiger une publicité susceptible d'être opposée aux créanciers d'un insolvable et aux créanciers désireux de faire procéder à une saisie-vente.

68. Enfin, il peut être nécessaire d'exempter temporairement les créanciers garantis de l'obligation de faire de la publicité ou de préserver celle-ci pour tenir compte de certaines réalités du marché. Par exemple, il serait souhaitable d'accorder aux créanciers protégés par une clause de réserve de propriété un délai de grâce pour procéder à la publicité requise en vue de faciliter l'octroi d'un financement immédiat dans le cadre d'une vente ou d'un crédit-bail. De même, s'il est vrai que les sûretés portant sur des produits devraient, en principe, faire l'objet des mêmes règles en matière de publicité que celles qui s'appliqueraient aux sûretés obtenues sur les biens de la même nature, il peut être nécessaire de prévoir un délai de grâce pour donner aux créanciers garantis la possibilité de s'assurer de l'existence et de la nature des produits. En outre, il devrait être permis aux créanciers garantis qui ont assuré la publicité de la dépossession d'un débiteur, lorsque cela est nécessaire eu égard au contexte commercial, de confier les biens garantis au constituant pendant une période limitée sans perte de leur rang de priorité (par exemple, pour permettre à un débiteur de prendre livraison de biens grevés représentés par un titre de propriété, notamment aux fins d'une vente ou d'un transbordement).

B. Résumé et recommandations

69. En principe, les sûretés devraient être publiques, soit par dépossession ou contrôle, soit par inscription. Il est possible de mettre au point une solution de compromis en vertu de laquelle la publicité serait nécessaire en règle générale, sous réserve d'un nombre très limité d'exceptions.

70. La publicité pourrait être soit une condition de la constitution d'une sûreté efficace ou simplement une condition préalable de son opposabilité à certaines catégories de tiers. La question connexe de l'opportunité de faire de la publicité une condition préalable à l'exercice d'une réalisation portant sur les biens grevés est abordée dans le chapitre IX.

71. La question de l'opportunité de substituer la dépossession du débiteur à l'inscription n'est pas tranchée. S'il n'est pas exigé de rendre public par inscription

les sûretés avec dépossession, il serait possible de définir la notion de dépossession du débiteur d'une façon qui réduise l'aptitude du constituant à créer en faveur des tiers des créances concurrentes portant sur les biens grevés.

72. D'une manière générale, le rang des sûretés de réclamants concurrents devrait être déterminé en fonction de la date à laquelle le créancier garanti a initialement procédé à l'inscription ou à la dépossession du débiteur, qu'il ait ou non eu connaissance effective d'une créance concurrente, pour autant que ne s'écoule pas de période intermédiaire au cours de laquelle la sûreté ne fait l'objet d'aucune publicité. Il peut être nécessaire d'assortir cette règle d'exceptions et de réserves pour tenir compte de considérations d'équité et de pratiques commerciales (voir document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, par. 19 à 32).

[*Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la notion de registre des nantissements complet visant à rendre publics des avis concernant les sûretés et autres droits non assortis d'une dépossession sur des biens meubles, et à établir le rang de priorité de ces droits et leur opposabilité à des tiers. Pour assurer une publicité maximale, il faudrait qu'un tel registre soit centralisé dans sa conception et complet, c'est-à-dire qu'il devrait porter sur toutes les opérations importantes sans dépossession relatives à des biens meubles, qu'elles aient un caractère conventionnel ou non et qu'elles se rapportent à un droit de propriété ou une à une sûreté.*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi envisager que les avis devraient contenir une identification du constituant et du créancier garanti et une description appropriée des actifs grevés.

De plus, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si chaque avis devrait préciser le montant maximal du crédit garanti auquel il se rapporte et si le système de dépôt d'avis devrait permettre le dépôt d'un avis avant la conclusion d'une convention constitutive de sécurité et couvrir tous les types de constituant.]