



Assemblée générale

Distr.: Limitée
6 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

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-71	2
VII. Priorité	1-71	2
A. Remarques générales	1-63	2
1. Le concept de priorité et son importance	1-5	2
2. Rang des sûretés	6-15	3
a) Classement en fonction de l'ordre d'inscription	6-10	3
b) Classement fondé sur la possession ou le contrôle	11-13	4
c) Diversité des règles de priorité	14-15	5
3. Types de réclamants concurrents	16-45	5
a) Autres créanciers détenant des sûretés conventionnelles	16	5
b) Créanciers chirographaires	17-18	5
c) Vendeurs de biens grevés	19-25	6
d) Acheteurs de biens grevés	26-32	7
e) Créancier judiciaire ou avec droit de saisie	33-37	9
f) Créanciers en vertu d'une loi (privilégiés)	38-39	10
g) Créanciers valorisant ou stockant biens grevés	40-42	10
h) Administrateurs de l'insolvabilité	43-45	11



4.	Classement des sûretés sur des avances futures et des biens à acquérir	46-50	11
a)	Avances futures	46-48	11
b)	Biens à acquérir	49-50	12
5.	Classement des sûretés sur un produit	51-59	13
6.	Modification volontaire du rang de priorité: accords de subordination.	60-61	14
7.	Pertinence du droit de préférence avant réalisation	62-63	14
B.	Résumé et recommandations.	64-71	15

VII. Priorité

A. Remarques générales

1. Le concept de priorité et son importance

1. Le terme “sûreté”, tel qu’il est employé dans le présent Guide, désigne un droit réel (à savoir un droit sur un bien, consenti à un créancier pour garantir le paiement ou une autre forme d’exécution d’une obligation). Le terme “priorité” désigne, quant à lui, la mesure dans laquelle le créancier peut obtenir l’avantage économique de cette sûreté par préférence à d’autres parties faisant valoir un droit sur le même bien (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, par. 9, définition de “priorité”). Comme on le verra ci-après, peuvent figurer parmi ces réclamants concurrents des titulaires de sûretés conventionnelles, des créanciers chirographaires, des vendeurs et des acheteurs, des titulaires de sûretés non conventionnelles (telles que des sûretés découlant de jugements ou créées par une loi) et l’administrateur de l’insolvabilité du constituant.

2. Le concept de priorité est au cœur de tout régime juridique efficace en matière de sûretés. Si certains se demandent pourquoi un créancier devrait toujours être préféré à un autre, il est largement admis qu’une règle de priorité est nécessaire pour encourager l’offre de crédit garanti bon marché. En outre, une règle de priorité claire qui aboutit à des résultats prévisibles permet à tous les créanciers, y compris les créanciers chirographaires, d’évaluer leur situation avant d’octroyer un crédit et de prendre des mesures pour protéger leurs droits.

3. Normalement, un créancier n’octroie un crédit en se basant sur la valeur d’un bien particulier que s’il est en mesure, au moment où il l’accorde, de déterminer avec un degré élevé de certitude, la mesure dans laquelle d’autres créances primeront la sûreté qu’il détient sur ce bien. Le plus difficile pour lui est de déterminer quel sera son rang en cas d’insolvabilité du constituant, en particulier lorsque le bien grevé représente normalement sa principale ou son unique source de remboursement. S’il a la moindre incertitude à ce propos, il se fiera moins au bien grevé. Cela le conduira au minimum à accroître le coût du crédit pour tenir compte de la valeur inférieure qu’il attribue au bien, voire éventuellement à refuser purement et simplement le crédit.

4. Afin de limiter cette incertitude, il est important que les lois sur le crédit garanti prévoient des règles de priorité claires conduisant à des résultats prévisibles. Aux yeux des créanciers, l’existence de telles règles, ainsi que de mécanismes efficaces permettant de déterminer et d’établir le rang de priorité au moment où le crédit est consenti, importe peut-être plus que leur contenu. Un créancier admettra

souvent que certains réclamants concurrents puissent être prioritaires, à condition qu'il puisse établir, avec un degré élevé de certitude, qu'il sera finalement en mesure de réaliser une partie suffisante de la valeur du bien grevé pour obtenir le remboursement de sa créance en cas de défaut de paiement du constituant. Par exemple, un créancier peut être disposé à octroyer un crédit à un constituant, en se basant sur la valeur des stocks existants et futurs de ce dernier, même s'il se trouve que ces stocks servent de garantie aux créances antérieures du fournisseur qui les a vendus au constituant, ou de l'entreposeur qui les a stockés pour lui, tant que le créancier peut s'assurer que, même après règlement de ces créances, il est possible de vendre ces stocks ou d'en disposer autrement de manière à obtenir un montant suffisant pour rembourser l'intégralité de sa créance garantie.

5. Il importe de noter que, quelle que soit la règle de priorité en vigueur dans un État, elle ne jouera que dans la mesure où les règles de conflit de lois applicables prévoient qu'elle gouverne. Cette question est examinée au chapitre XI.

2. Rang des sûretés

a) Classement en fonction de l'ordre d'inscription

6. Comme il a été dit plus haut (voir par. 2 à 4), pour promouvoir efficacement l'offre de crédit bon marché, il faudrait envisager d'établir des règles de priorité permettant aux créanciers de prendre rang avec le plus haut degré de certitude au moment où ils octroient un crédit. Comme le montrent les chapitres V et VI (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, par. ..., et Add.6, par. ...), le meilleur moyen d'apporter une telle certitude est de recourir à un système public d'inscription pour déterminer le rang de priorité.

7. Dans de nombreux pays où existe un système d'inscription fiable, le classement se fait généralement en fonction de l'ordre d'inscription, la préférence étant donnée au créancier ayant le premier pris inscription. Dans certains cas, cette règle s'applique même si toutes les conditions requises pour la constitution d'une sûreté n'ont pas été remplies au moment de l'inscription, ce qui évite à un créancier d'avoir à consulter de nouveau le système d'inscription une fois qu'elles le sont. Cette règle donne au créancier la certitude qu'une fois un avis de nantissement déposé, aucune autre inscription, en dehors des exceptions limitées examinées à la section A.3 ci-dessous, ne primera sa sûreté. Cela permet aux créanciers d'évaluer leur rang de priorité avec un degré élevé de confiance et réduit leur risque crédit. Les autres créanciers sont également protégés, car l'inscription leur indique qu'une sûreté existe ou peut exister, ce qui leur permet de prendre des dispositions pour se protéger. La règle du classement en fonction de l'ordre d'inscription ne s'applique pas dans certains cas (par exemple, dans celui des sûretés afférentes au prix d'achat, examinées à la section A.3 c) ci-dessous, ou des créanciers prioritaires en vertu de la loi, évoqués à la section A.3 f)).

8. Les exemples 2 et 3 illustrent la règle du classement en fonction de l'ordre d'inscription (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, par. 10 et 13). Dans ces exemples, le prêteur B et le prêteur C sont chacun titulaire d'une sûreté sur l'ensemble des stocks et créances de sommes d'argent existants et futurs d'Agrico. Selon cette règle, le prêteur qui le premier a déclaré sa sûreté sur ces stocks et créances primerait l'autre, indépendamment des dates d'obtention de leurs sûretés.

9. La législation de certains pays prévoit que, tant que l'inscription est effectuée dans un certain "délai de grâce" à compter de la date de création de la sûreté, le classement est fondé sur cette date et non sur la date de l'inscription. Ainsi, une sûreté constituée en premier mais inscrite en second peut primer une sûreté créée en second mais inscrite en premier, à condition d'être inscrite avant l'expiration du délai de grâce applicable. De ce fait, tant que le délai de grâce continue à courir, la date d'inscription n'est pas une indication fiable du rang de priorité d'un créancier, ce qui crée une grande incertitude. Dans les systèmes juridiques qui ne prévoient pas de tels délais de grâce, les créanciers ne sont pas défavorisés car ils peuvent toujours se protéger en prenant inscription rapidement.

10. En principe, le classement en fonction de la date d'inscription devrait s'appliquer même si le créancier a acquis sa sûreté en sachant pertinemment qu'il existait une sûreté non inscrite. Des exceptions fondées sur cette connaissance exigent de rechercher les faits et permettraient de remettre en question les inscriptions, ce qui créerait une nouvelle possibilité de litiges et encouragerait les actions en contestation des sûretés inscrites. Il en résulterait une certitude moins grande quant au classement, de sorte que le système perdrait en efficacité. Pas plus que dans le cas des délais de grâce, cette approche n'est injuste pour les créanciers garantis, qui peuvent toujours prendre inscription rapidement.

b) Classement fondé sur la possession ou le contrôle

11. Comme on l'a vu aux chapitres IV et V (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, par. 5 à 14, et Add.4, par. 2 et 52 à 54), les sûretés avec dépossession ont, traditionnellement, été un élément important des législations de la plupart des pays sur le crédit garanti et devraient être prises en considération lors de l'élaboration d'une règle de priorité. C'est pourquoi, dans certains systèmes appliquant la règle du classement en fonction de l'ordre d'inscription, le classement peut aussi être fondé sur la date à laquelle le créancier a obtenu sa sûreté par prise de possession ou de contrôle, sans être tenu de l'inscrire. Dans ces systèmes, la préférence est généralement donnée au créancier qui a le premier soit déposé un avis de nantissement sans dépossession dans le système d'inscription soit obtenu une sûreté par prise de possession ou de contrôle.

12. Si le classement peut être établi tantôt par la date de prise de possession ou de contrôle, tantôt par la date d'inscription, il faudrait examiner si une sûreté avec prise de possession ou de contrôle, devrait toujours primer une sûreté sans dépossession déjà inscrite. Pour certains types de biens grevés, les créanciers exigent souvent la possession ou le contrôle, afin d'empêcher le constituant d'accomplir des actes de disposition interdits. C'est le cas, par exemple, d'instruments tels que des valeurs mobilières constatées par un certificat ou des titres représentatifs, comme des récépissés d'entrepôt et des documents négociables. Pour ces types de biens, il peut être extrêmement utile qu'une sûreté dont le créancier a la possession ou le contrôle prime toujours une sûreté sans dépossession, quelle que soit la date à laquelle cette dernière a été inscrite. Pour d'autres types de biens, il faudrait envisager d'accorder la préférence au premier créancier à avoir déposé un avis de nantissement ou pris possession ou contrôle du bien grevé.

13. L'existence de différents modes de classement (à savoir le contrôle, la possession et l'inscription) soulève la question de savoir si un créancier garanti qui a établi initialement son rang de priorité par une méthode est autorisé à le modifier

par une autre sans perdre son droit de préférence initial sur le bien grevé. En principe, rien ne s'y oppose, à condition qu'il n'y ait pas de solution de continuité du contrôle, de la possession ou de l'inscription (autrement dit, la sûreté est à tout moment soumise à une méthode ou à une autre).

c) Diversité des règles de priorité

14. Dans certains systèmes, le classement est fondé sur la date de constitution de la sûreté, par opposition à la date de son inscription (autre règle fondée sur la chronologie). Cette approche a été adoptée dans certains pays qui autorisent les sûretés sans dépossession mais, ou bien n'ont pas de système d'inscription fiable, ou bien n'en ont pas du tout. Le créancier est alors incapable d'avoir une confirmation indépendante de l'existence de sûretés concurrentes et doit se fier uniquement aux déclarations du constituant affirmant qu'il n'y en a pas. C'est là un obstacle important à l'offre de crédit garanti bon marché.

15. Dans d'autres systèmes, pour certains types de biens tels que les créances de sommes d'argent, le classement est fondé sur le moment où l'existence de la sûreté est notifiée à des tiers spécifiés. Pas plus que le système décrit dans le paragraphe précédent, celui-ci ne favorise le crédit garanti bon marché, car il ne permet pas au créancier de déterminer avec un degré de certitude suffisant, au moment où il consent un crédit, s'il y a des sûretés concurrentes.

3. Types de réclamants concurrents

a) Autres créanciers détenant des sûretés conventionnelles

16. Comme on l'a vu plus haut (voir par. 2 à 4) de nombreux systèmes juridiques permettent au constituant de consentir plusieurs sûretés sur le même bien, le classement de ces sûretés étant fondé sur la règle de priorité (premier à prendre inscription ou autre) en vigueur dans ce système, ou sur l'accord des créanciers. Le fait d'autoriser des sûretés multiples sur le même bien permet à un constituant d'utiliser la valeur intrinsèque d'un bien unique pour obtenir des crédits de sources multiples, ce qui permet d'utiliser le potentiel d'emprunt maximum dudit bien.

b) Créanciers chirographaires

17. Le constituant contracte souvent des dettes qui ne sont pas garanties par des sûretés, et qui représentent souvent la majeure partie de ses engagements non réglés.

18. Certains doutent qu'il soit équitable de donner la préférence aux créanciers garantis sur les créanciers chirographaires, mais il est prouvé que cela est nécessaire pour promouvoir l'offre de crédits garantis. Les créanciers chirographaires peuvent prendre des mesures pour protéger leurs intérêts, par exemple suivre l'état des crédits, demander une garantie dans certains cas ou soumettre leurs créances à une décision judiciaire (voir section A.3 e) ci-dessous) en cas de non-paiement. En outre, l'obtention d'un crédit garanti accroît le capital du constituant, ce dont profitent souvent les créanciers chirographaires, car la probabilité de remboursement de leurs dettes non garanties augmente. Par conséquent, un élément essentiel d'un régime efficace en matière de crédit garanti est que les créances garanties, obtenues régulièrement, priment les créances ordinaires non garanties.

c) Vendeurs de biens grevés

i) Sûretés afférentes au prix d'achat

19. Le plus souvent, le constituant acquiert ses biens par l'achat. S'il obtient à cette fin un crédit du vendeur ou un financement d'un prêteur ("financement du prix d'achat"; voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, par. 2 à 4, et Add.3, par. 31 et 32) et que le vendeur ou le prêteur obtient en garantie une sûreté sur les biens en question, il faut examiner le rang de priorité de cette sûreté par rapport aux sûretés d'autres parties sur les mêmes biens.

20. Reconnaissant que le financement du prix d'achat est un moyen efficace de fournir aux entreprises les capitaux dont elles ont besoin pour acquérir des biens particuliers, de nombreux systèmes juridiques disposent que les détenteurs de sûretés afférentes au prix d'achat priment les autres créanciers (y compris ceux qui ont inscrit avant eux une sûreté sur les biens) pour ce qui est des biens acquis avec le produit de ce financement. Il s'agit là d'une exception importante à la règle du classement en fonction de l'ordre d'inscription examinée à la section A.2 a) ci-dessus.

21. L'attribution de ce rang plus élevé est importante si l'on veut promouvoir l'offre de financement du prix d'achat. Comme le montrent les exemples 2 et 3 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, par. 10 et 13), les entreprises, pour obtenir un tel financement, constituent souvent des sûretés sur la totalité ou sur une partie de leurs stocks et de leur matériel existants et à acquérir. Si l'on n'attribue pas à ces sûretés un rang plus élevé, elles intéresseront moins les sources de financement, car elles seraient primées par des sécurités existantes. Dans l'exemple 1 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, par. 4 à 7), le vendeur A, le prêteur A et le bailleur A hésiteraient à fournir un financement si leurs sûretés sur les biens financés étaient primées par les sûretés du prêteur B dans l'exemple 2 et du prêteur C dans l'exemple 3.

22. Le fait d'attribuer un rang plus élevé aux sûretés afférentes au prix d'achat n'est généralement pas considéré comme préjudiciable aux autres créanciers du constituant, car le financement du prix d'achat, loin de réduire le patrimoine (c'est-à-dire l'actif net ou la valeur nette) de ce dernier, y ajoute au contraire des biens en échange des obligations contractées. Ainsi, dans les exemples 2 et 3, les positions des prêteurs B et C ne sont pas affaiblies par le financement du prix d'achat, car ils conservent toutes leurs sûretés sur les biens grevés, auxquelles s'ajoute une sûreté d'un rang inférieur sur les marchandises supplémentaires financées par l'opération de crédit afférente au financement du prix d'achat ("sûretés non prioritaires"). Pour promouvoir l'offre de financement du prix d'achat et de crédit général garanti, il importe que le rang plus élevé attribué aux sûretés afférentes au prix d'achat s'applique uniquement aux biens acquis à l'aide de ce financement et non à d'autres biens du constituant.

23. Pour éviter que d'autres créanciers ne comptent à tort sur des biens grevés de sûretés afférentes au prix d'achat, il importe que celles-ci fassent l'objet d'une inscription (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, par. ...). Pour un créancier concurrent, il serait avantageux d'exiger que soit déposé un avis de nantissement au moment où elles sont constituées. Ainsi, tout créancier pourrait faire une recherche dans le système d'inscription et déterminer avec certitude si des biens existants du constituant font l'objet d'une sûreté afférente au prix d'achat.

24. Toutefois, afin de faciliter le financement immédiat dans les secteurs des ventes et du crédit-bail, il faudrait envisager une période de grâce pour l'inscription. Cette période devrait être suffisamment longue pour que l'obligation d'inscription ne soit pas trop lourde pour ceux qui offrent un financement du prix d'achat, mais suffisamment courte pour que d'autres créanciers garantis n'aient pas à attendre trop longtemps pour savoir s'il y a des sûretés concurrentes. En outre, il serait peut-être avisé d'exiger des créanciers octroyant un financement du prix d'achat de stocks qu'ils informent les autres créanciers du constituant munis de sûretés sur ces stocks qu'ils ont des sûretés afférentes au prix d'achat. Cela se justifie par le fait qu'il est peu probable que les créanciers qui fournissent des crédits de façon continue sur la base de la valeur des stocks existants et futurs du constituant, fassent des recherches dans le système d'inscription toutes les fois qu'ils consentent un crédit.

ii) Revendication

25. On pourrait aussi envisager d'autoriser un fournisseur qui vend des biens à crédit sans garantie de les revendiquer auprès de l'acheteur dans un délai donné s'il découvre au cours de ce délai que l'acheteur est insolvable. Pour protéger ses intérêts, le fournisseur voudra que ce délai soit aussi long que possible, mais les autres créanciers seront réticents à consentir des crédits garantis par des biens soumis à un droit de revendication. En outre, si le fournisseur est véritablement préoccupé par le risque crédit, il pourrait insister pour que soit constituée une sûreté sur les biens qu'il fournit à crédit. Par conséquent, si un droit à revendication est important pour que les fournisseurs aient des droits sur les biens qu'ils fournissent à crédit sans garantie, le délai de réclamation devrait toutefois être court pour ne pas faire obstacle aux prêts en général. En outre, pour ne pas décourager l'offre de crédit garanti, les revendications portant sur des biens particuliers ne devraient pas primer les sûretés régulièrement inscrites sur les mêmes biens.

d) Acheteurs de biens grevés

26. Le constituant peut aussi vendre des biens sur lesquels sont constituées des sûretés existantes. Dans ce cas, l'acheteur a intérêt à recevoir les biens libres de toute sûreté, tandis que le créancier garanti existant a intérêt à conserver sa sûreté sur les biens vendus. Il importe dans un cas comme dans l'autre d'avoir une règle de priorité.

i) Ventes en dehors du cours normal des affaires du constituant

27. Dans de nombreux pays, les ventes de biens grevés en dehors du cours normal des affaires du constituant n'annulent pas les sûretés qu'a le créancier garanti sur les biens, à moins qu'il n'y consente. Dans ces pays, le créancier garanti peut, en cas de défaillance du constituant, réaliser sa sûreté sur les biens qui sont entre les mains de l'acheteur. À défaut de cette protection, les sûretés du créancier garanti seraient compromises chaque fois que le constituant vend des biens, entraînant une réduction de la valeur des biens grevés en tant que sûreté, ce qui nuirait à l'offre de crédit bon marché.

28. Même si le constituant avait une sûreté sur le produit de la vente des biens, le créancier garanti ne serait pas nécessairement assez protégé, car souvent le produit n'a pas, pour le créancier, la même valeur que les biens initialement grevés. Dans de nombreux cas, les biens grevés peuvent être vendus en échange de biens qui, pour le

créancier, ont peu de valeur, voire aucune, en tant que sûreté. Dans d'autres cas, il serait difficile pour le créancier de déterminer le produit, et sa créance sur celui-ci serait illusoire. Ainsi, il y a un risque que le produit soit dilapidé par le constituant, laissant le créancier démuni.

29. Dans la mesure où la sûreté du créancier est soumise à inscription dans un système d'inscription fiable et facilement accessible, l'acheteur peut se protéger en faisant une recherche dans ledit système pour déterminer si le bien qu'il achète est grevé par une sûreté et, dans l'affirmative, essayer d'obtenir du créancier garanti la levée de la sûreté. Il faudrait peut-être s'interroger sur l'opportunité d'exempter de cette règle les articles bon marché pour lesquels le coût des recherches imposées aux acheteurs potentiels ne serait pas justifié. En revanche, on peut faire valoir que si un article est vraiment bon marché, il est peu probable qu'un créancier garanti réalise sa sûreté contre les biens qui sont entre les mains de l'acquéreur. En outre, le fait de déterminer quels articles sont suffisamment bon marché pour être ainsi exemptés conduirait à établir une limite arbitraire et supposerait des révisions permanentes pour tenir compte des fluctuations de coût dues à l'inflation et à d'autres facteurs. C'est pourquoi il est peut-être préférable de ne pas prévoir une telle dérogation.

30. Dans certains pays qui ont un système d'inscription dans lequel on ne peut faire des recherches que d'après le nom du constituant, et non la désignation des biens grevés, un acquéreur qui achète les biens à un vendeur qui les a lui-même déjà achetés au constituant ("acheteurs éloignés") obtient les biens libres des sûretés consenties par le constituant. Cette approche se justifie par le fait qu'il serait difficile pour un acheteur éloigné de connaître l'existence d'une sûreté consentie par un précédent propriétaire des biens grevés. Dans de nombreux cas, les acheteurs éloignés ne savent pas que le précédent propriétaire n'a jamais possédé le bien et, de ce fait, n'ont pas de raison de faire des recherches sur lui.

ii) Ventes effectuées dans le cours normal des affaires du constituant

31. Une dérogation à la règle examinée à la section A.3 d)i) ci-dessus est généralement prévue pour les biens détenus sous forme de stocks par le constituant et vendus dans le cours normal de ses affaires. Du point de vue commercial, on s'attend que le constituant vende ces biens (et il doit du reste le faire pour assurer sa viabilité) et que l'acheteur des biens grevés les prenne libres de toute sûreté existante. Sans une telle dérogation, la possibilité pour le constituant de vendre des biens dans le cours normal de ses affaires serait gravement compromise, car les acheteurs devraient rechercher les créances existant sur les biens avant de les acheter, ce qui entraînerait des coûts élevés et entraverait considérablement les opérations courantes.

32. De ce fait, de nombreux systèmes juridiques prévoient une exception à la règle générale de continuité des sûretés en faveur de l'acheteur de biens grevés si la vente est effectuée dans le cours normal des affaires du constituant et si les biens vendus constituent le stock de ce dernier. Pour encourager ce type de transfert, de nombreux systèmes juridiques font en sorte que l'acheteur, dans une opération de ce type, puisse obtenir les biens libres de toute sûreté, même s'il sait pertinemment qu'il y a une sûreté. Toutefois, cette exception est limitée dans certains systèmes juridiques si l'acheteur savait que la vente avait été effectuée en violation d'un accord entre le vendeur et son créancier, en vertu duquel les biens ne devaient pas être vendus sans le consentement de ce dernier.

e) Créancier judiciaire ou avec droit de saisie

33. Dans de nombreux systèmes juridiques, une sûreté est consentie à certaines catégories de créanciers pour lesquels cela paraît justifié. En particulier, une sûreté est souvent attribuée aux créanciers chirographaires lorsqu'ils ont soumis leurs créances à une décision judiciaire et ont provoqué la saisie de certains biens.

34. Dans ce cas, un créancier qui a une sûreté conventionnelle antérieure sur certains biens a intérêt à veiller à ce que sa sûreté conserve la priorité sur la sûreté obtenue par jugement, en particulier lorsqu'il s'agit de biens sur lesquels il s'est déjà fondé pour octroyer un crédit. Le créancier judiciaire, quant à lui, a intérêt à obtenir la priorité concernant les biens qui ont une valeur suffisante pour constituer une source de remboursement de sa créance.

35. De nombreux systèmes juridiques qui prévoient un système d'inscription classent les sûretés en fonction du moment de leur inscription, ce qui signifie qu'une sûreté conventionnelle sur un bien inscrite antérieurement aura la priorité sur une sûreté judiciaire subséquente sur le même bien. Inversement, toute tentative de consentir une sûreté conventionnelle sur le bien après que le créancier a obtenu, sous une forme ou une autre, une sûreté judiciaire donnera lieu à une sûreté inférieure à la sûreté judiciaire existante. En général, les créanciers acceptent cette approche dans la mesure où la sûreté judiciaire fait l'objet d'une publicité suffisante pour qu'ils puissent en être informés comme il convient et prennent en compte son existence dans leur décision d'octroyer un crédit. Pour plus de facilité, il faudrait envisager de soumettre les sûretés judiciaires au système général d'inscription des sûretés, afin de les intégrer dans le régime de priorités au premier déposant.

36. Il y a en général une exception à cette règle lorsqu'elle s'applique aux avances futures (examinées de façon plus détaillée à la section A.4 a) ci-dessous). Si, habituellement, une sûreté inscrite antérieurement prime une sûreté judiciaire pour ce qui est des crédits consentis avant la date où la sûreté judiciaire prend effet, ce n'est pas le cas, en général, pour ce qui est des crédits consentis après cette date (à moins qu'ils n'aient été engagés avant). Ainsi, dans l'exemple 2 (voir A/CN.9/WP.VI/WP.2/Add.2. par. 10), le prêteur B accorde périodiquement des prêts à Agrico, qui sont garantis par l'ensemble des créances et des stocks de cette entreprise. Si un créancier chirographaire soumet sa créance à une décision judiciaire contre Agrico et obtient ainsi une sûreté sur les stocks de l'entreprise, la sûreté du prêteur B sur les stocks aura la priorité sur la sûreté judiciaire pour ce qui est des prêts que le prêteur B a consentis avant la date où le jugement a pris effet et pendant une certaine période ultérieurement. Toutefois, la sûreté judiciaire aura la priorité pour ce qui est de tous prêts supplémentaires consentis par le prêteur B après la période spécifiée (dans la mesure où le prêteur B ne s'est pas engagé, avant la date d'effet du jugement, à accorder ces prêts supplémentaires).

37. Pour protéger les créanciers garantis et éviter qu'ils ne consentent des avances supplémentaires fondées sur la valeur de biens soumis à des sûretés judiciaires, il faudrait un mécanisme pour les aviser de l'existence de ces sûretés. Dans de nombreux pays où existe un système d'inscription, on soumet à cette fin les sûretés à inscription. En l'absence de système d'inscription, ou si les sûretés judiciaires n'y sont pas soumises, le créancier judiciaire peut être tenu d'adresser une notification aux créanciers garantis existants. En outre, il peut être prévu que la priorité de ces derniers est maintenue pendant une certaine période (peut-être de 45 à 60 jours)

après l'inscription de la sûreté (ou après que le créancier a reçu notification) de sorte que le créancier peut prendre des mesures pour protéger ses intérêts en conséquence. Moins le créancier garanti disposera de temps pour réagir à l'existence des sûretés judiciaires, moins ces dernières seront portées à la connaissance du public, et plus leur existence potentielle compromettra l'offre des facilités de crédit permettant d'octroyer des avances.

f) Créanciers en vertu d'une loi (privilegiés)

38. De nombreux pays, dans le souci d'atteindre un objectif sociétal général, donnent la priorité à certaines créances non garanties sur d'autres créances non garanties et, dans certains cas, sur des créances garanties (y compris les créances garanties qui antérieurement avaient été soumises à inscription). Par exemple, pour protéger les créances des salariés (salaires non versés) et du Trésor public (impôts non acquittés), il leur sera souvent, à un moment ou à un autre, donné priorité sur des sûretés qui existaient antérieurement. Du fait que les objectifs sociétaux diffèrent selon les pays, les types de créances en cause, et la mesure dans laquelle la priorité leur est attribuée, diffèrent également.

39. L'avantage des créances privilégiées est qu'elles permettent de poursuivre un objectif sociétal. Leur inconvénient éventuel est qu'elles peuvent proliférer au point d'entamer la certitude des créanciers existants et potentiels, et de faire ainsi obstacle à l'offre de crédit garanti bon marché. Pour éviter de décourager le crédit garanti, dont l'offre est également un objectif sociétal, il faudrait soigneusement évaluer les divers objectifs sociétaux avant de décider si l'on va ou non établir une créance privilégiée. On ne devrait le faire que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen efficace de satisfaire l'objectif sociétal poursuivi et que l'impact sur l'offre de crédit bon marché est acceptable. S'il existe des créances privilégiées, les lois qui en portent création devraient être suffisamment précises pour qu'un créancier puisse en calculer le montant potentiel et se protéger.

g) Créanciers valorisant ou stockant des biens grevés

40. Dans certains systèmes juridiques, les créanciers qui améliorent ou remettent en état des biens grevés, tels que des réparateurs de matériel, détiennent sur ceux-ci une sûreté, qui prime généralement les sûretés constituées sur les mêmes biens en garantie d'autres créances. Cette règle de priorité a l'avantage non seulement d'inciter ceux qui apportent cette valeur ajoutée à poursuivre leurs efforts, mais également de faciliter l'entretien des biens grevés. Tant que la créance garantie par elle se limite à un montant reflétant la valeur apportée au bien grevé, cette sûreté et son rang élevé ne devraient pas être contestables par les créanciers garantis existants.

41. Certains systèmes prévoient aussi que les créanciers qui stockent des biens grevés, tels que des bailleurs et des entrepreneurs, ont une sûreté sur ces biens afin de s'assurer le paiement des loyers et des frais de stockage. Cette sûreté prime souvent les sûretés constituées sur les mêmes biens pour garantir d'autres créances.

42. Dans de nombreux systèmes juridiques, les sûretés décrites dans les deux paragraphes précédents ne sont pas soumises à inscription et seule la diligence raisonnable d'un créancier potentiel permet d'en déceler l'existence. En conséquence, elles sont souvent qualifiées de "secrètes". Si elles ont l'avantage de

protéger les droits des parties qui en bénéficient sans que ces dernières soient obligées de supporter les dépenses liées à l'inscription, elles n'en constituent pas moins un sérieux obstacle à l'octroi de crédits garantis, car elles empêchent les créanciers de déterminer s'il existe des sûretés concurrentes. Comme cela a été indiqué aux chapitres V et VI (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, par. ..., et Add.6, par. ...), il faudrait envisager d'exiger que ces sûretés fassent l'objet d'un avis dans le système d'inscription.

h) Administrateurs de l'insolvabilité

43. Il importe particulièrement qu'un créancier garanti soit en mesure de déterminer quel sera son rang si une procédure d'insolvabilité est engagée par ou contre le constituant, car il n'y aura très probablement pas assez de biens pour désintéresser tous les créanciers et les biens grevés lui servant de garantie sont peut-être sa principale ou son unique source de remboursement. C'est pourquoi, lorsqu'ils décident d'octroyer un crédit et qu'ils évaluent leur rang, les créanciers garantis, généralement, se soucient surtout de savoir quel sera ce rang dans le cas où le constituant ferait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Il importe donc qu'une sûreté obtenue régulièrement ne soit pas déclassée ou son rang remis en cause dans une procédure d'insolvabilité. On ne saurait trop souligner combien ce point est essentiel dans l'élaboration d'une loi efficace sur les opérations garanties. Dans la mesure où les lois sur le crédit garanti ne sont pas claires à ce sujet, les créanciers seront beaucoup moins disposés à octroyer ce type de crédit.

44. Afin de rémunérer dûment les administrateurs pour leur travail dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, on leur accorde souvent une créance privilégiée sur les biens de la masse de l'insolvabilité. Tant que son montant peut être déterminé à l'avance par les créanciers garantis avec un degré élevé de certitude, cette créance n'est généralement pas contestable par ces créanciers, car ils peuvent prendre des mesures au préalable pour protéger leurs créances. Toutefois, plus le montant de cette créance privilégiée potentielle sera élevé, plus faible sera la valeur que les éventuels créanciers garantis attribueront aux biens grevés.

45. Comme on le verra plus en détail au chapitre X (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10, par. ...), les lois sur l'insolvabilité de nombreux pays contiennent des dispositions qui autorisent un administrateur de l'insolvabilité à contester, dans un délai limité, la validité ou le rang d'une sûreté conventionnelle pour des motifs tels que l'absence de contrepartie pour le constituant, la conduite inéquitable du créancier ou le fait que la sûreté a été accordée en violation d'une loi particulière. Il importe de souligner que tout régime efficace en matière de sûretés doit s'articuler étroitement avec les lois applicables à l'insolvabilité de manière qu'un créancier potentiel puisse structurer son opération de crédit conformément à ces lois et faire ainsi en sorte que sa sûreté conserve ses effets et son rang en cas d'insolvabilité du constituant.

4. Classement des sûretés sur des avances futures et des biens à acquérir

a) Avances futures

46. Il faut qu'un créancier garanti puisse déterminer quelle part du montant de sa créance se verra accorder un droit de préférence. Certains systèmes juridiques

limitent ce droit au montant de la créance existant à la date de la création de la sûreté. D'autres exigent que soit indiqué, par voie de publicité, le montant maximum de crédit qui bénéficiera d'un droit de préférence. D'autres encore donnent la préséance à tous les crédits octroyés, y compris après la constitution de la sûreté.

47. L'avantage de limiter le droit de préférence au montant de la créance existant initialement au moment de la création de la sûreté est que le rang de la créance correspond aux attentes des parties à ce moment là et n'est préservé que par rapport aux autres créances qui existaient alors. L'inconvénient de cette solution est qu'elle exige une diligence accrue (il faudra par exemple rechercher les nouvelles inscriptions) ainsi que des accords et des inscriptions supplémentaires pour les sommes avancées par la suite. Cela est particulièrement problématique car l'un des moyens les plus efficaces d'octroyer un crédit garanti est de le faire sous la forme de crédit renouvelable, qui correspond le mieux aux besoins de financement du constituant (voir exemple 2 dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, par. 8 à 10, et Add.4, par. 10). En conséquence, il faudrait peut-être envisager d'accorder aux avances futures le même droit de préférence qu'aux avances faites lors de la constitution initiale de la sûreté.

48. Afin d'éviter que tous les biens du constituant soient assujettis à un seul créancier, ce qui a pour effet de décourager les créanciers subséquents d'octroyer un crédit au constituant, de nombreux systèmes juridiques exigent que l'avis de nantissement indique un montant maximum pouvant être garanti par la sûreté, le droit de préférence étant ainsi limité à ce montant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, par. ...). Pour ne pas faire obstacle à l'octroi de crédits renouvelables, comme on vient de le voir (voir par. 47), ou de toute autre forme similaire de crédit, on pourrait peut-être envisager de ne pas limiter le montant pour lequel les avances futures bénéficieront d'un droit de préférence.

b) Biens à acquérir

49. Comme cela a été examiné de façon plus détaillée au chapitre IV (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, par. 19 à 23), une sûreté peut, dans certains systèmes juridiques, être constituée sur des biens à acquérir dans l'avenir. Elle est alors obtenue au moment où le constituant acquiert les biens en question, et il n'est pas nécessaire de prendre des mesures supplémentaires chaque fois que sont acquis de nouveaux biens. En conséquence, les coûts liés à l'octroi d'une sûreté sont réduits au minimum et les attentes des parties sont satisfaites. Cette pratique concerne tout particulièrement les stocks, qui sont acquis pour être revendus, les créances, qui sont recouvrées et naissent en permanence (voir exemple 2 dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, par. 8 à 10) et le matériel qui est remplacé dans le cours normal des affaires du constituant.

50. Avec l'octroi de sûretés sur des biens à acquérir se pose la question de savoir si le classement se fonde sur la date de création initiale ou sur la date d'acquisition des biens par le constituant. Cette question est réglée différemment selon les systèmes. Certains appliquent des critères différents selon la catégorie dans laquelle se situe le créancier réclamant un droit de préférence (à savoir date de constitution de la sûreté pour le classer par rapport aux autres créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle, et date d'acquisition des biens pour le classer par rapport à tous les

autres créanciers). Quelle que soit la règle, l'important est qu'elle soit claire afin que les créanciers puissent protéger leurs intérêts en conséquence.

5. Classement des sûretés sur un produit

51. Si le créancier a une sûreté sur le produit du bien grevé initialement, la question est de savoir quels seront la situation et le rang de cette sûreté par rapport à celles d'autres réclamants concurrents. Peuvent figurer parmi ces derniers, outre ceux qui ont déjà été mentionnés, un créancier du débiteur qui a obtenu une sûreté sur le produit par jugement ou par voie de saisie-vente ou un autre créancier titulaire d'une sûreté sur le produit.

52. Une sûreté sur un produit peut être constituée de deux façons: soit le débiteur accorde au créancier garanti concurrent une sûreté sur le produit après avoir acquis ce dernier; soit le produit est un type de bien sur lequel le créancier garanti concurrent a un droit préexistant qui englobe les biens à acquérir ou futurs affectés en garantie. Par exemple, le créancier A détient une sûreté sur l'ensemble des stocks du débiteur et le créancier B une sûreté sur la totalité des créances du débiteur (y compris les créances futures). Supposons que le débiteur vende ensuite les stocks sur lesquels le créancier A a une sûreté et que cette vente soit réalisée à crédit. La créance née de la vente constitue le produit du bien grevé pour le créancier A et le bien grevé pour le créancier B.

53. Le système juridique régissant les sûretés doit régler plusieurs questions en ce qui concerne le rang du créancier garanti par rapport à chacun des réclamants concurrents mentionnés ci-dessus. La première est de savoir si la sûreté du créancier garanti sur le produit des biens initialement grevés a effet non seulement à l'égard du constituant, mais également à l'égard des réclamants concurrents. La réponse doit être affirmative, du moins dans certains cas, faute de quoi la valeur des biens grevés serait tout à fait illusoire. Les sûretés apportent plus de sécurité économique (et partant, favorisent l'accès au crédit à des taux plus abordables) uniquement lorsqu'elles donnent au créancier le droit d'appliquer la valeur du bien grevé à sa créance avant que cette valeur ne soit appliquée aux créances d'autres réclamants.

54. Il convient néanmoins de reconnaître que la création d'un droit sur le produit suscite de graves préoccupations en raison des risques que cela implique pour les tiers. Les considérations qui conduisent à rendre opposable aux tiers l'obligation de publicité pour une sûreté sur un bien donné peuvent aussi conduire à la conclusion que des obligations analogues se justifient pour le droit sur le produit.

55. Il faudrait donc qu'un régime juridique comporte des règles qui déterminent quand la publicité donnée à la sûreté sur le bien initialement affecté en garantie vaut publicité du droit du créancier sur le produit. Lorsque ce droit doit faire l'objet d'un mode de publicité différent, il faudrait prévoir un laps de temps, après l'opération générant le produit, pendant lequel le créancier peut en donner la publicité sans perdre son droit sur ce produit.

56. Bien qu'il ne soit pas sans importance de déterminer si un nouvel acte de publicité est nécessaire pour que le droit du créancier sur le produit soit opposable aux tiers, une telle détermination n'est pas suffisante en soi pour savoir quel rang donner aux droits du créancier garanti sur le produit. En particulier, des règles de priorité sont nécessaires pour déterminer ce rang.

57. Ces règles peuvent varier en fonction de la nature du réclamant concurrent. S'il s'agit d'un autre créancier garanti, dont les droits dépendent également de la publicité, les règles déterminant le rang des droits des deux créanciers pourraient dépendre de la nature de la publicité et du moment où elle a été faite. S'il s'agit d'un créancier par jugement ou d'un administrateur de l'insolvabilité, elles peuvent dépendre d'autres facteurs (voir par. 33 à 37).

58. Dans nombre des cas où le réclamant concurrent est un autre créancier garanti, les règles de priorité relatives aux droits sur le produit du bien initialement grevé peuvent s'inspirer de celles qui s'appliquent à ce bien et des principes à l'origine de ces règles. Ainsi, dans un système juridique où pour un bien donné, c'est la première sûreté ayant fait l'objet d'une publicité qui prime les sûretés concurrentes, on pourrait appliquer la même règle pour déterminer la priorité lorsque le bien initialement grevé a été transféré et que le créancier garanti prétend avoir une sûreté sur le produit. Si la sûreté sur le bien initialement grevé a fait l'objet d'une publicité avant la sûreté du réclamant concurrent constituée sur le produit, c'est elle qui pourrait avoir la préférence.

59. Dans les cas où le classement de sûretés concurrentes sur le bien initialement grevé n'est pas déterminé par l'ordre des actes de publicité, il sera nécessaire de déterminer de façon séparée la règle de priorité qui s'appliquerait au produit de ce bien. Ce pourrait être le cas, par exemple, si l'une des sûretés concurrentes sur le bien initialement grevé est une sûreté afférente au prix d'achat de ce bien, et se voit attribuer de ce fait un rang supérieur à ce qui serait autrement le cas.

6. Modification volontaire du rang de priorité: accords de subordination

60. Le droit de préférence dont bénéficie tout créancier garanti ne doit pas nécessairement être inaltérable. Dans de nombreux systèmes, il peut être modifié par un contrat privé, ce qui est souvent le cas. Par exemple, un prêteur détenant une sûreté sur tous les biens existants et à acquérir d'un constituant peut convenir que ce dernier pourra donner une sûreté préférentielle sur un bien particulier afin de pouvoir obtenir des fonds supplémentaires d'une source autre que le prêteur, sur la base de la valeur du bien.

61. De tels accords de subordination sont parfaitement acceptables tant qu'ils n'affectent que les parties qui consentent effectivement aux modifications. Ils ne doivent pas léser les droits des créanciers qui n'y sont pas parties. En outre, il est important que le droit de préférence qu'ils consentent continue à s'appliquer dans une procédure d'insolvabilité du constituant.

7. Pertinence du droit de préférence avant réalisation

62. Une question importante est de savoir si le droit de préférence joue uniquement après que le constituant a manqué à l'obligation sous-jacente ou s'il joue aussi avant. De nombreux pays autorisent le détenteur d'une sûreté conventionnelle non prioritaire à recevoir des paiements échelonnés au titre de l'obligation due *avant* que l'obligation garantie ayant la priorité soit intégralement payée, sauf convention contraire entre le réclamant prioritaire et le réclamant non

prioritaire. Si ce dernier était au contraire tenu d'attendre, il aurait beaucoup de mal à fournir un financement.

63. La situation peut être différente si le réclamant non prioritaire reçoit le produit du recouvrement, de la vente ou d'un autre acte de disposition du bien donné en garantie. Dans de tels cas, certains pays obligent le réclamant non prioritaire à remettre le produit au réclamant prioritaire s'il savait, lorsqu'il l'a reçu, que le constituant était tenu de le remettre au réclamant prioritaire. La justification de cette règle est la même que celle qui a été examinée à la section A.3 d) concernant les acheteurs de biens grevés.

B. Résumé et recommandations

64. La notion de priorité est un élément fondamental de tout régime de crédit garanti cherchant à encourager l'accès à des crédits garantis bon marché. Cet accès dépend de la possibilité pour les créanciers de déterminer, avec un degré élevé de certitude avant l'octroi d'un crédit, quel rang ils occuperont s'ils cherchent à réaliser leur sûreté. Du fait qu'une telle réalisation intervient souvent dans une procédure d'insolvabilité du constituant, il est essentiel que le rang du créancier garanti demeure le même dans la procédure.

65. Il est donc important que les lois relatives aux crédits garantis comprennent des règles de priorité claires conduisant à des résultats prévisibles. Ces règles devraient autoriser tous les créanciers, y compris les créanciers chirographaires, à évaluer leur position avant de consentir un crédit et à prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Des règles de priorité claires conduisant à des résultats prévisibles et à des mécanismes efficaces de détermination et d'établissement du rang du créancier au moment où ce dernier octroie un crédit peuvent être plus importantes pour lui que les détails de la règle elle-même.

66. Le moyen le plus efficace d'obtenir un tel résultat est de mettre en place un système d'inscription et d'attribuer le rang de priorité en fonction de l'ordre de dépôt de l'avis de nantissement. Un tel système, qui par hypothèse serait fiable et facilement accessible, permettrait en outre de prévenir efficacement les créanciers de l'existence de sûretés concurrentes.

67. On ne devrait envisager des exceptions à la règle du classement fondé sur l'ordre d'inscription que dans la mesure où il n'existe aucun autre moyen de parvenir à l'objectif sous-jacent de l'exception et où cet objectif justifie les incidences de l'exception sur l'offre de crédit bon marché. Toute exception de ce type devrait être clairement énoncée, afin de permettre aux créanciers d'évaluer la probabilité d'existence de créances privilégiées et de prendre des mesures pour se protéger contre ces créances. Afin de prévenir de la façon la plus efficace possible les créanciers de l'existence de créances concurrentes, il faudrait envisager de soumettre toutes les créances, y compris privilégiées, au système d'inscription des sûretés. Certaines exceptions importantes au classement fondé sur l'ordre d'inscription qui devraient être examinées lors de l'élaboration de lois sur les opérations garanties concernent les sûretés afférentes au prix d'achat, les créanciers qui ajoutent de la valeur aux biens donnés en garantie (comme les réparateurs de matériels) et éventuellement certains réclamants (tels que les salariés et le Trésor

public) que les parlements voudront peut-être protéger dans un souci de politique sociale générale.

68. En reconnaissant la priorité pour les avances futures et les biens à acquérir, on encouragera probablement l'octroi aux entreprises de crédits renouvelables et d'autres types de crédits analogues. Plus il sera simple pour un créancier de prendre rang en ce qui concerne les avances futures et les biens à acquérir, plus ce type de crédit sera d'accès facile.

69. Le droit du créancier garanti sur le produit d'un bien grevé devrait, dans certains cas tout au moins, être opposable non seulement au constituant mais aussi aux réclamants concurrents. Un régime juridique devrait indiquer quand un acte de publicité concernant la sûreté est suffisant pour faire connaître les droits du créancier sur le produit ou quand un nouvel acte est nécessaire. Il devrait en outre comprendre les règles de priorité applicables aux droits sur le produit, règles qui peuvent différer selon la nature du réclamant concurrent.

70. Quelles que soient les règles de priorité d'un régime applicable aux opérations garanties, les créanciers devraient être autorisés à les modifier par convention afin de structurer des mécanismes de financement correspondant au mieux aux besoins du constituant. De telles conventions devraient être reconnues comme valant entre les parties qui les ont conclues dans une procédure d'insolvabilité ouverte à l'initiative du constituant ou à son encontre, mais il ne faudrait pas qu'elles lèsent les droits des personnes qui n'y sont pas parties.

71. Enfin, les régimes portant sur les opérations garanties devraient spécifier les cas dans lesquels les détenteurs de sûretés non prioritaires sur certains biens affectés en garantie ne devraient pas être autorisés à prendre des mesures contraires aux droits des détenteurs de sûretés prioritaires sur le même bien. On citera à titre d'exemple la conservation du produit de la vente ou toute autre forme de disposition des biens lorsque le créancier a connaissance de l'obligation contractuelle du constituant de remettre le produit au créancier prioritaire.
