



# Assemblée générale

Distr.: Limitée  
13 juin 2003

Français  
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail VI (Sûretés)  
Quatrième session  
Vienne, 8-12 septembre 2003

## 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 . . . . .       | 1-90               | 3           |
| VII.    Priorité . . . . .                                              | 1-90               | 3           |
| A.    Remarques générales . . . . .                                     | 1-77               | 3           |
| 1.    Le concept de priorité et son importance . . . . .                | 1-5                | 3           |
| 2.    Règles de priorité . . . . .                                      | 6-17               | 4           |
| a.    Priorité en fonction de l'ordre d'inscription . . . . .           | 7-11               | 4           |
| b.    Priorité fondée sur la possession ou le contrôle . . . . .        | 12-14              | 5           |
| c.    Autres règles de priorité . . . . .                               | 15-17              | 6           |
| 3.    Types de réclamants concurrents . . . . .                         | 18-59              | 7           |
| a.    Autres créanciers détenant des sûretés conventionnelles . . . . . | 18                 | 7           |
| b.    Créanciers chirographaires . . . . .                              | 19-20              | 7           |
| c.    Vendeurs de biens grevés . . . . .                                | 21-33              | 8           |
| d.    Acheteurs de biens grevés . . . . .                               | 34-43              | 10          |
| e.    Créanciers judiciaires . . . . .                                  | 44-49              | 12          |



---

|                                                                              | <i>Paragraphes</i> | <i>Page</i> |
|------------------------------------------------------------------------------|--------------------|-------------|
| f. Créanciers légaux (privilégiés) . . . . .                                 | 50-53              | 14          |
| g. Créanciers valorisant ou stockant des biens grevés . . . . .              | 54-57              | 15          |
| h. Représentants de l'insolvabilité . . . . .                                | 58-59              | 16          |
| 4. Classement des sûretés sur des avances et des biens à acquérir . . . . .  | 60-64              | 16          |
| a. Avances futures . . . . .                                                 | 60-62              | 16          |
| b. Biens à acquérir . . . . .                                                | 63-64              | 17          |
| 5. Classement des sûretés sur le produit de biens . . . . .                  | 65-73              | 17          |
| 6. Modification volontaire du rang de priorité: accords de subordination . . | 74-75              | 19          |
| 7. Pertinence de la priorité avant réalisation . . . . .                     | 76-77              | 19          |
| B. Résumé et recommandations . . . . .                                       | 78-90              | 20          |

## VII. Priorité

### A. Remarques générales

#### 1. Le concept de priorité et son importance

1. Le terme “sûreté mobilière”, 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.6/Add.1, par. 14, définition de “priorité”). Comme on le verra ci-après, peuvent figurer parmi ces réclamants concurrents des titulaires de sûretés conventionnelles constituées sur le bien, des créanciers non garantis, des vendeurs ou des acheteurs du bien, des titulaires de sûretés non conventionnelles sur le bien (telles que des sûretés découlant de jugements ou des sûretés légales) et le représentant de l’insolvabilité du constituant.

2. Le concept de priorité est au cœur de tout régime juridique efficace en matière de sûretés mobilières. Il est largement admis qu’une règle de priorité est nécessaire pour encourager l’offre de nombreuses formes de crédit garanti bon marché. La priorité permet aux constituants de constituer plus d’une sûreté sur leurs biens et donc de mettre à profit toute la valeur de ceux-ci pour obtenir plus de crédit, ce qui est l’un des grands objectifs de tout régime efficace en matière d’opérations garanties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 27). En outre, dans la mesure où les règles de priorité sont claires et aboutissent à des résultats prévisibles, les créanciers, y compris les créanciers non garantis, peuvent apprécier leur situation avant de consentir un crédit et prendre des mesures pour protéger leurs droits, ce qui réduit leurs risques et a ainsi un effet positif sur l’offre de crédit et le coût de ce dernier.

3. Normalement, un créancier ne consent un crédit en se basant sur la valeur d’un bien particulier que s’il peut, au moment où il accorde le crédit, 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 important pour lui est de savoir quel sera son rang en cas d’insolvabilité du constituant, en particulier lorsqu’il s’attend à ce que le bien grevé soit sa principale ou son unique source de remboursement. S’il a la moindre incertitude quant à son rang de priorité au moment de décider s’il va ou non consentir le crédit, il tablera moins sur le bien grevé. Cette incertitude pourra l’amener 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 réduire au minimum cette incertitude, il est important que les lois sur les opérations garanties 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 autant que le contenu des règles elles-mêmes. Un créancier acceptera souvent que certains réclamants concurrents aient un rang de priorité plus élevé, à condition qu’il puisse établir qu’il sera finalement en mesure de tirer du bien grevé une somme suffisante pour obtenir le

remboursement de sa créance en cas de défaut de paiement du constituant. Par exemple, un créancier pourra 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 qu'il peut s'assurer que, même après règlement de ces créances, il sera 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. Bien entendu, même si le Guide est axé sur les sûretés mobilières conventionnelles, une législation efficace sur les opérations garanties devra aussi comporter des règles permettant de résoudre les conflits de priorité entre sûretés conventionnelles et non conventionnelles.

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 l'admettent. Cette question est examinée au chapitre X (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, par. ...).

## **2. Règles de priorité**

6. Diverses approches possibles pour déterminer le rang de priorité sont examinées dans la présente section. Il importe de noter que plusieurs de ces règles peuvent coexister dans le même système juridique dans la mesure où elles peuvent s'appliquer à différents types de conflits de priorité.

### **a. Priorité en fonction de l'ordre d'inscription**

7. 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 constituants de mettre à profit toute la valeur de leurs biens pour obtenir du crédit et aux créanciers de déterminer leur rang de priorité avec le plus haut degré de certitude au moment où ils octroient un crédit. Comme le montre le chapitre V (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...), l'un des meilleurs moyens d'apporter une telle certitude, du moins dans le cas des sûretés mobilières sans dépossession, est de recourir à un système public d'inscription.

8. Dans de nombreux pays où existe un système d'inscription fiable, le rang de priorité est généralement déterminé en fonction de l'ordre d'inscription, la préférence étant donnée au créancier ayant le premier pris inscription (ce qu'on appelle souvent la "règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription"). Dans certains pays, cette règle s'applique même si une ou plusieurs des conditions requises pour la constitution d'une sûreté n'étaient pas 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'il a été satisfait à toutes les conditions. Cette règle donne au créancier la certitude qu'une fois un avis de sûreté mobilière 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 de se faire une bonne idée de leur rang de priorité et réduit ainsi leur risque de crédit. Les autres créanciers existants ou potentiels sont également protégés, car l'inscription leur indique qu'une sûreté existe ou peut exister, et ils peuvent alors prendre des dispositions pour se protéger. Nonobstant ce qui précède, la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription peut ne pas être d'usage dans certains cas, comme

dans celui des sûretés en garantie du prix d'achat, examinées à la section A.3.c. ci-dessous, ou dans celui des créanciers prioritaires en vertu de la loi (par exemple, les créanciers privilégiés, évoqués à la section A.3.f. ci-dessous.

9. Les exemples 2 et 3 illustrent la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 18 et 23). 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 déposé un avis de sûreté sur ces stocks et créances aurait priorité sur l'autre, indépendamment des dates auxquelles il a été satisfait à toutes les autres conditions de constitution de la sûreté de chacun des prêteurs.

10. 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 constitution de la sûreté, le rang de priorité sera fonction de la date de constitution et non pas de la date d'inscription. Ainsi, une sûreté constituée en premier, mais inscrite en second, peut primer une sûreté constituée en second mais inscrite en premier, à condition d'avoir été 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 de 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. C'est pourquoi, afin d'éviter de compromettre l'avantage de la certitude apportée par la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, certains pays n'autorisent les délais de grâce que dans des cas bien particuliers, tels que i) celui des sûretés en garantie du prix d'achat de matériel (voir par. 21 à 29), ii) celui où les circonstances sont telles que l'inscription avant la constitution ou en même temps que celle-ci n'est logiquement pas possible, ou iii) celui dans lequel le délai entre constitution et inscription ne peut être réduit au minimum grâce au recours à l'inscription électronique ou à d'autres techniques d'inscription.

11. La fixation du rang de priorité en fonction de la date d'inscription peut être valable même si le créancier a acquis sa sûreté en sachant pertinemment qu'il existait une sûreté non inscrite. Des restrictions fondées sur une telle connaissance nécessitent des investigations pour établir celle-ci et rendent les inscriptions sujettes à contestation, ce qui crée une nouvelle cause de litige et une incitation à attaquer les inscriptions. Il en résulte une sécurité moindre quant au rang de priorité, de sorte que le système perd en efficacité. Pas plus que dans le cas des délais de grâce, cette approche n'est injuste pour les créanciers garantis, puisqu'ils peuvent toujours se protéger en prenant inscription rapidement.

#### **b. Priorité fondée sur la possession ou le contrôle**

12. Comme on l'a vu aux chapitres III et V (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, par. 5 à 14, et A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...), les sûretés mobilières avec dépossession sont traditionnellement un élément important des législations sur le crédit garanti de la plupart des pays. C'est pourquoi, même dans certains pays appliquant la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, la priorité peut aussi être établie en fonction de la date à laquelle le créancier a obtenu la possession ou le contrôle du bien grevé, sans aucune condition d'inscription. Dans ces systèmes, la priorité est souvent donnée au créancier qui le premier soit a déposé un avis de

sûreté auprès du système d'inscription soit a obtenu une sûreté par prise de possession ou de contrôle.

13. 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 (par exemple dans le cas de titres comme des valeurs mobilières constatées par un certificat ou de titres représentatifs, comme des connaissements ou des récépissés d'entrepôt). La priorité d'une sûreté constituée sur des biens de ce type peut être établie soit par la possession ou le contrôle soit par l'inscription. Une sûreté rendue opposable aux tiers ("parfaite") par possession ou contrôle prime une sûreté rendue opposable uniquement par inscription, même si l'inscription est intervenue en premier. Dans les pays qui sont dotés d'un système d'inscription, sauf dans des cas rares tels que celui évoqué ci-dessus, la coexistence d'autres systèmes de priorité avec la règle de la priorité en fonction de la date d'inscription n'est pas autorisée.

14. Dans les systèmes juridiques dans lesquels la priorité peut être établie soit par inscription soit par possession ou contrôle, la question se pose de savoir si un créancier garanti qui a initialement établi sa priorité par une méthode devrait être autorisé à changer de méthode sans perdre son rang de priorité initial à l'égard du bien grevé. En principe, rien ne s'oppose à ce que le créancier soit autorisé à conserver son rang de priorité, à condition qu'il n'y ait pas rupture de continuité au niveau de l'inscription, de la possession ou du contrôle, de sorte que la sûreté soit tout le temps soumise à une méthode ou à une autre.

**c. Autres règles de priorité**

15. Dans certains systèmes juridiques, la priorité est fonction non pas de la date d'inscription mais de la date de constitution de la sûreté (autre forme de règle fondée sur la chronologie). Cette approche a été adoptée dans certains pays qui autorisent les sûretés sans dépossession mais qui ne se sont pas dotés d'un système d'inscription fiable, ou qui n'ont aucun système d'inscription. Dans ces pays, le créancier devra généralement pour savoir s'il existe ou non des sûretés concurrentes s'en remettre aux dires du constituant ou aux informations disponibles sur le marché.

16. Dans d'autres systèmes juridiques, pour certains types de biens tels que les créances de sommes d'argent, la priorité est fonction de la date à laquelle les débiteurs des créances ("les débiteurs du compte") reçoivent notification de l'existence de la sûreté. Pas plus que les systèmes décrits dans le paragraphe précédent et dans le paragraphe suivant, ce système n'est propre à favoriser le crédit garanti bon marché car il ne permet pas au créancier de déterminer, avec un degré de certitude suffisant, au moment où celui-ci consent le crédit, s'il existe ou non des sûretés concurrentes. Toutefois, en cas de sûretés constituées sur des créances de sommes d'argent, même si la notification des débiteurs du compte n'est pas une condition pour que la sûreté soit opposable aux tiers, elle peut néanmoins avoir son importance pour d'autres questions, comme la libération du débiteur du compte par paiement effectué à la bonne personne ou la réalisation au détriment du débiteur du compte, même dans les pays qui se sont dotés d'un système d'inscription.

17. La réserve de propriété est un bon exemple de sûretés pour laquelle il n'y a pas obligation d'inscription dans la plupart des pays qui la reconnaissent et qui n'ont pas un régime de sûretés mobilières global (c'est-à-dire un régime dans lequel

de telles sûretés sont considérées comme des sûretés soumises à inscription). Dans ces pays, on fait valoir que ce système présente l'avantage non seulement d'être simple mais aussi d'être d'un bon rapport coût-efficacité, puisque la réserve de propriété ne donne généralement pas lieu au versement d'intérêts. Néanmoins, le fait que ce système marche bien dans certains pays ne signifie pas nécessairement qu'il offre un modèle utile. En premier lieu, il n'y a pas de modèle unique puisqu'il existe de grandes divergences entre les pays qui suivent ce système (dans un pays au moins, la réserve de propriété est soumise à inscription). Deuxièmement, la concurrence avec d'autres créanciers potentiels est réduite dans la mesure où la réserve de propriété ne vaut que pour les fournisseurs, comme c'est le cas dans certains pays. En troisième lieu, même si la réserve de propriété ne donne souvent lieu au versement d'aucun intérêt, en l'absence de concurrence, le crédit pourrait devenir plus cher, le renchérissement se faisant sentir non pas au niveau du taux d'intérêt mais à celui du coût des marchandises. Enfin, même si de tels systèmes peuvent être extrêmement efficaces dans des pays qui ont une longue expérience du crédit, il est généralement admis que l'établissement d'un système de priorité en fonction de l'ordre d'inscription est le meilleur moyen d'introduire rapidement une économie fondée sur le crédit dans un pays qui n'en est pas doté.

### **3. Types de réclameurs concurrents**

#### **a. Autres créanciers détenant des sûretés conventionnelles**

18. Comme on l'a vu plus haut (voir par. 2 à 4), de nombreux systèmes juridiques autorisent le constituant à consentir plusieurs sûretés sur le même bien, ces sûretés étant classées selon la règle de priorité (premier à prendre inscription ou autre) en vigueur dans le système ou conformément à l'accord des créanciers (voir par. 76 et 77). Le fait d'autoriser ainsi la constitution de plusieurs sûretés sur le même bien permet à un constituant de tirer parti de la valeur intrinsèque de ce bien pour obtenir des crédits de sources multiples et, partant, d'exploiter au maximum le potentiel d'emprunt dudit bien.

#### **b. Créanciers chirographaires**

19. Le constituant contracte souvent des dettes non garanties par des sûretés, qui représentent souvent la majeure partie de ses engagements non réglés.

20. Certains doutent qu'il soit équitable de faire primer les créanciers garantis sur les créanciers chirographaires, mais il est amplement démontré que ce droit de préférence 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 sûreté dans certains cas, appliquer des intérêts de retard ou obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances (voir à ce sujet la section A.3.e. ci-dessous), en cas de non-paiement. En outre, l'obtention d'un crédit garanti peut accroître le fonds de roulement du constituant, ce dont profitent souvent les créanciers chirographaires, car la probabilité de remboursement de leurs créances non garanties augmente. Par conséquent, un élément essentiel d'un régime efficace en matière de crédit garanti est que les créances assorties de sûretés, obtenues régulièrement, priment les créances ordinaires non garanties. Enfin, dans de nombreux systèmes juridiques, certaines catégories de créanciers qui normalement ne détiennent pas de sûretés bénéficient d'un privilège légal spécial (voir section A.3.f. ci-dessous).

**c. Vendeurs de biens grevés**

**i. Sûretés mobilières en garantie du prix d'achat**

21. 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.6/Add.1, par. 16 à 18, et A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. ...) et si le vendeur ou le prêteur obtient en garantie une sûreté sur les biens en question, il faut examiner le rang de cette sûreté par rapport aux sûretés d'autres parties sur les mêmes biens.

22. 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 en garantie du 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, à condition qu'un avis concernant la sûreté en garantie du prix d'achat soit déposé dans un délai approprié (un "délai de grâce" pouvant être accordé pour certaines catégories de biens).

23. L'attribution de ce rang plus élevé (parfois appelé "superprivilège") est une exception importante à la règle du classement en fonction de l'ordre d'inscription examinée à la section A.2.a. ci-dessus, exception qui est nécessaire pour promouvoir l'offre de financement du prix d'achat. Comme le montrent les exemples 2 et 3 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 23 et 26), les entreprises, pour obtenir un tel financement, consentent souvent des sûretés sur la totalité ou sur une partie de leurs stocks et de leur matériel existants et futurs. Dans ce cas, si les sûretés en garantie du prix d'achat ne bénéficiaient pas d'un rang plus élevé, elles ne pourraient guère intéresser les personnes octroyant ce genre de financement, car elles seraient primées par des sécurités existantes. Dans l'exemple 1 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 18 à 20), 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 existantes du prêteur B dans l'exemple 2 et du prêteur C dans l'exemple 3.

24. Le fait d'attribuer un rang plus élevé aux sûretés en garantie du 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 la masse des biens (c'est-à-dire l'actif net ou la valeur nette) de ce dernier, y ajoute au contraire de nouveaux biens en échange des obligations contractées. Ainsi, dans les exemples 2 et 3, la position des prêteurs B et C n'est pas affaiblie par une opération de financement du prix d'achat, car ils conservent toutes leurs sûretés existantes, auxquelles s'ajoute une sûreté d'un rang inférieur à la sûreté en garantie du prix d'achat sur les nouveaux biens financés par cette opération.

25. Pour promouvoir l'offre de financement du prix d'achat sans décourager le crédit ordinaire garanti, le droit de préférence accordé aux titulaires de sûretés en garantie du prix d'achat ne doit s'appliquer qu'aux biens acquis à l'aide de ce financement et non à d'autres biens du constituant.

26. Dans certains systèmes juridiques, les sûretés en garantie du prix d'achat ne sont pas soumises à inscription (au motif notamment que les vendeurs sont probablement des parties peu averties qui ne devraient pas en principe inscrire leur sûreté ou consulter le registre). En revanche, dans d'autres systèmes, elles le sont pour éviter

que d'autres créanciers ne comptent à tort sur des biens grevés de ce type de sûretés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...).

27. Pour un créancier concurrent, il serait avantageux d'exiger que soit déposé un avis au moment où la sûreté en garantie du prix d'achat est constituée. Ainsi, tout créancier pourrait faire une recherche dans le système d'inscription et, ce faisant, déterminer avec certitude si des biens existants du constituant font l'objet d'une telle sûreté. Toutefois, afin de faciliter le financement immédiat dans les secteurs des ventes et du crédit-bail, certains systèmes prévoient un délai de grâce pour l'inscription des sûretés en garantie du prix d'achat lorsque celles-ci sont constituées sur du matériel. Pour concilier au mieux les intérêts de chacun, ce délai doit être suffisamment long pour que l'obligation d'inscription ne soit pas trop lourde pour ceux qui financent le prix d'achat, mais suffisamment court pour que d'autres créanciers garantis n'aient pas à attendre longtemps avant de pouvoir consulter le registre et déterminer s'il y a des sûretés concurrentes.

28. En règle générale, ce délai de grâce ne s'applique pas à l'inscription des sûretés en garantie du prix d'achat de stocks. Au lieu de cela, pour obtenir un superprivilège sur les stocks, le détenteur d'une sûreté de ce type doit, dans certains systèmes juridiques, non seulement inscrire celle-ci mais également en notifier l'existence à d'autres créanciers garantis existants. Cette obligation de notification se justifie par le fait que les fournisseurs de crédit sur stocks devraient être avisés de la constitution de la sûreté afin de ne pas accorder d'autres prêts sur la base des stocks existants du débiteur en croyant à tort qu'ils bénéficieront d'un droit de préférence sur ces stocks. Sans cette obligation, ils devraient, pour éviter toute méprise, vérifier le registre tous les jours avant d'octroyer une nouvelle avance sur stocks pour s'assurer qu'aucune sûreté en garantie du prix d'achat n'est revendiquée sur ces mêmes stocks (ce qui pourrait accroître considérablement le coût de ce type de financement). Cette vérification quotidienne est du reste insuffisante si un délai de grâce était accordé pour l'inscription de ces sûretés.

29. Une question importante à trancher lors de l'instauration d'un superprivilège pour le financement du prix d'achat est de savoir si ce superprivilège devrait être accordé uniquement aux vendeurs des biens ou également aux banques et à d'autres prêteurs qui financent l'acquisition de ces biens. Les arguments en faveur d'une limitation du superprivilège aux vendeurs sont généralement historiques, à savoir que le crédit fournisseur (par exemple sous la forme d'une clause de réserve de propriété) a été conçu pour remplacer efficacement et à moindre frais le financement bancaire. Un des principaux arguments en faveur de l'octroi du superprivilège aux banques et à d'autres prêteurs est que cette égalité de traitement renforce la concurrence, qui à son tour devrait avoir un effet positif sur l'offre de crédit et le coût du crédit.

## **ii. Droit de revendication**

30. Dans de nombreux systèmes juridiques, un fournisseur qui vend des biens à crédit sans garantie peut les revendiquer auprès de l'acheteur dans un délai spécifié (appelé "délai de revendication") après avoir découvert que l'acheteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou qu'il est tout simplement insolvable. Après restitution des biens à l'acheteur, le contrat dans le cadre duquel ceux-ci ont été initialement vendus est généralement réputé résolu.

31. Bien que le fournisseur souhaite que ce délai soit aussi long que possible pour protéger ses intérêts, les autres créanciers seront réticents à consentir des crédits garantis par des biens pouvant faire l'objet d'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 en garantie de leur prix d'achat. Par conséquent, s'il importe que les fournisseurs soient autorisés à revendiquer les biens qu'ils fournissent à crédit sans garantie pour avoir certains droits sur eux, le délai de revendication devrait toutefois être court (30 à 45 jours au plus) pour ne pas faire obstacle aux prêts en général.

32. Une question importante est de savoir si le droit de revendication sur des biens particuliers devrait primer les sûretés déjà constituées sur les mêmes biens, autrement dit, si, dans le cas où un tiers octroyant un financement détient des sûretés effectives sur les stocks de l'acheteur, y compris les biens revendiqués, ces derniers devraient être restitués au vendeur libres de ces sûretés. Dans certains systèmes juridiques, la revendication a un effet rétroactif, si bien que le vendeur se retrouve dans la même situation qu'avant la vente (à savoir qu'il détient des biens ne faisant l'objet d'aucune sûreté en faveur des créanciers de l'acheteur). En revanche, dans d'autres systèmes, les biens restent grevés, au motif que tout autre résultat non seulement serait injuste pour un créancier préexistant de l'acheteur qui aurait consenti un crédit sur la base de ces biens mais créerait également des incertitudes et, partant, découragerait le financement sur stocks.

33. Dans de nombreux systèmes juridiques, le droit de revendication sur des biens particuliers est éteint dès que ces biens sont incorporés à d'autres biens dans le processus de fabrication ou ne peuvent simplement plus être identifiés.

**d. Acheteurs de biens grevés**

34. Le constituant peut aussi vendre des biens déjà grevés de sûretés. Dans ce cas, l'acheteur souhaite recevoir les biens libres de toute sûreté, tandis que le créancier garanti existant est soucieux de conserver sa sûreté sur les biens vendus. Il importe d'avoir une règle de priorité conciliant les intérêts des deux parties et de trouver un équilibre approprié. Si les droits d'un créancier garanti sont menacés chaque fois que le constituant vend les biens grevés, la valeur de ces biens en tant que sûreté serait considérablement réduite et l'obtention de crédits bon marché sur cette valeur serait impossible.

35. On fait parfois valoir que le créancier garanti n'est pas lésé par la vente des biens libérés de la sûreté à condition qu'il conserve une sûreté sur le produit de la vente. Toutefois, celle-ci ne le protégera pas nécessairement car le produit n'a souvent pas la même valeur pour lui que les biens initialement grevés. Dans de nombreux cas, le produit a peu de valeur, voire n'en a pas du tout, en tant que sûreté (par exemple, une créance qui ne peut être recouvrée). Dans d'autres cas, le créancier pourrait avoir des difficultés à identifier le produit et son droit sur ce dernier risque alors d'être illusoire. En outre, le produit, même s'il a de la valeur pour le créancier garanti, risque d'être dilapidé par le vendeur qui le reçoit, laissant le créancier démuni.

**i. Règle fondée sur le cours normal des affaires**

36. Les systèmes juridiques ont adopté différentes règles pour trouver un équilibre entre les intérêts des créanciers garantis et ceux des personnes achetant des biens

grevés aux constituants non dépossédés. Par exemple, nombre d'entre eux prévoient que la vente par le constituant de biens grevés sous la forme de stocks dans le cours normal de ses affaires entraînera l'extinction de toutes les sûretés que le créancier garanti détient sur lesdits biens, automatiquement et sans qu'aucune autre action de la part de l'acheteur, du vendeur ou du créancier garanti ne soit nécessaire. En revanche, la vente de stocks en dehors du cours normal des affaires du constituant n'éteindra pas les sûretés, le créancier garanti pouvant, en cas de défaillance de ce dernier, réaliser sa sûreté sur les stocks qui se trouvent entre les mains de l'acheteur (à moins, bien sûr, qu'il n'ait consenti à la vente).

37. Cette règle constitue sans doute un moyen simple et transparent de déterminer si les biens sont vendus libres de toute sûreté. Par exemple, dans le cas d'une concession automobile, un concessionnaire vendant une voiture à un consommateur réalise de toute évidence une vente de stocks dans le cours normal de ses affaires et le consommateur devrait automatiquement prendre la voiture libérée de toutes sûretés constituées en faveur des créanciers du concessionnaire. Par contre, la vente par ce dernier de plusieurs voitures à la fois à un autre concessionnaire n'entrerait probablement pas dans le cours normal des affaires. Cette règle correspond à ce que l'on attend d'un point de vue commercial, à savoir que le constituant vendra ses stocks de biens (et il doit du reste le faire pour assurer sa viabilité) et que les acheteurs de ces biens les acquerront libres de toute sûreté. Sans cette exception, la faculté du constituant de vendre des biens dans le cours normal de ses affaires serait gravement compromise, car les acheteurs devraient s'enquérir des droits existant sur les biens avant de les acheter, ce qui entraînerait des coûts élevés et entraverait considérablement les opérations courantes.

38. Afin d'encourager ce type de transferts dans le cours normal des affaires, de nombreux systèmes juridiques prévoient que les acheteurs obtiennent les biens libres de toute sûreté même s'ils savent effectivement que ceux-ci sont grevés. Cette exception est cependant limitée, dans certains systèmes, si l'acheteur savait que la vente a été réalisée en violation d'une convention entre le vendeur et son créancier interdisant la vente des biens sans le consentement de ce dernier.

39. En ce qui concerne les ventes réalisées en dehors du cours normal des affaires du constituant, à condition que la sûreté du créancier soit 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 et, dans l'affirmative, essayer d'obtenir du créancier garanti la mainlevée 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 le bien qui est entre les mains de l'acquéreur. En outre, le fait de déterminer quels articles sont suffisamment bon marché pour être ainsi exemptés conduirait à des choix arbitraires 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.

40. 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 ("acheteur éloigné") obtient les biens libres des sûretés consenties par le

constituant. Cette règle se justifie par le fait qu'il serait difficile pour un acheteur éloigné de découvrir l'existence d'une sûreté consentie par un précédent propriétaire des biens grevés. Dans de nombreux cas, les acheteurs éloignés ignorent que le bien avait un propriétaire antérieur et, de ce fait, n'ont pas de raison de faire des recherches sur lui.

41. Un inconvénient possible de la règle fondée sur le cours normal des affaires est qu'un acheteur ne saura peut-être pas toujours avec certitude (en particulier dans le commerce international) quelles activités pourraient ou non s'inscrire dans le cours normal des affaires du vendeur. Un autre inconvénient éventuel serait que, si cette règle était appliquée uniquement aux ventes de stocks à l'exclusion d'autres biens, l'acheteur risquerait de ne pas savoir exactement si les biens qu'il acquiert sont considérés comme des stocks par le vendeur. Toutefois, il est à noter que, dans une relation acheteur-vendeur normale, les acheteurs sauront très probablement à quel type d'activité se livre le vendeur. En outre, cette règle correspond effectivement à une nécessité de la pratique sans compromettre le crédit garanti ou créer de complications inutiles. De plus, ces inconvénients éventuels ne concerneraient pas le commerce de détail (dans lequel la vente est présumée entrer dans le cours normal des affaires du vendeur et où l'acheteur n'est pas tenu de vérifier le registre), tandis que dans d'autres cas les acheteurs pourraient se protéger en négociant avec les vendeurs (et leurs créanciers garantis) pour obtenir les biens libres de toute sûreté.

#### **ii. Règle fondée sur la bonne foi**

42. Une autre solution adoptée par certains systèmes juridiques pour régler le problème est de prévoir qu'un acheteur obtient les biens libres de toute sûreté s'il les achète "de bonne foi" (autrement dit s'il n'a pas ou n'est pas censé avoir connaissance de l'existence des sûretés). On justifie cette règle notamment par le fait que la notion de "bonne foi" est connue de tous les systèmes juridiques et qu'elle a déjà été très souvent appliquée aux niveaux tant national qu'international. On fait également valoir qu'un acheteur devrait être présumé agir de bonne foi sauf preuve contraire.

43. Il existe plusieurs façons possibles de combiner la règle fondée sur la "bonne foi" et celle fondée sur le "cours normal des affaires". L'une d'elles consiste à retenir la notion de "cours normal des affaires" comme critère principal et à appliquer le critère de "bonne foi" à la situation des "acheteurs éloignés" décrite plus haut (voir par. 40). Ainsi, l'acheteur éloigné prendrait les biens libres des sûretés constituées par la partie à laquelle son vendeur direct a acheté les biens, sauf s'il avait ou était censé avoir connaissance de l'existence des sûretés. Même si cette solution peut involontairement donner lieu à des abus, un constituant pouvant en effet léser les droits du créancier garanti en vendant les biens en dehors du cours normal des affaires à une partie qui les vendrait ensuite dans le cours normal des affaires, il y est impérativement nécessaire de protéger les acheteurs éloignés. Un moyen de protéger les créanciers garantis dans ce cas est d'obliger le constituant de mauvaise foi à les dédommager.

#### **e. Créanciers judiciaires**

44. Dans de nombreux systèmes juridiques, une sûreté est octroyée à certaines catégories de créanciers pour lesquels cela paraît justifié. Par exemple, de nombreux systèmes prévoient que, lorsque les créanciers chirographaires ordinaires ont obtenu une décision judiciaire concernant leurs créances et ont pris certaines mesures

prescrites par la loi (telles que la saisie de certains biens ou l'enregistrement de la décision), ils se voient accorder l'équivalent d'une sûreté sur lesdits biens.

45. Les créanciers judiciaires priment les autres créanciers chirographaires en reconnaissance des dispositions juridiques qu'ils ont prises pour recouvrer leurs créances, ce qui n'est pas injuste pour ces autres créanciers car ils ont également le droit d'obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances. Pour ne pas donner un pouvoir excessif aux créanciers judiciaires dans les systèmes juridiques où un seul créancier peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les législations sur l'insolvabilité prévoient que les sûretés créées par décision judiciaire prise pendant une période spécifiée antérieure à la procédure peuvent être annulées par le représentant de l'insolvabilité.

46. Lorsqu'un créancier judiciaire se voit attribuer l'équivalent d'une sûreté, un créancier existant qui détient 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.

47. De nombreux systèmes juridiques qui ont 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 primera une sûreté judiciaire subséquente sur le même bien. Inversement, toute tentative de consentir une sûreté conventionnelle sur le bien après qu'un créancier a obtenu, sous une forme ou une autre, une sûreté judiciaire donnera lieu à une sûreté de rang inférieur à la sûreté judiciaire existante. En général, les créanciers acceptent cette approche à condition que la sûreté judiciaire fasse 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 (voir par. 48).

48. Cette règle admet généralement une exception 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 promis avant). Ainsi, dans l'exemple 2 (voir A/CN.9/WP.VI/WP.6/Add.1, par. 23), le prêteur B accorde périodiquement des prêts à Agrico, qui sont garantis par l'ensemble des créances de sommes d'argent et des stocks de cette entreprise. Si un créancier chirographaire obtient pour sa créance une décision judiciaire contre Agrico et se voit ainsi accorder 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 aussi bien avant la date où le jugement a pris effet que pendant une période spécifiée ultérieure à cette date. Toutefois, la sûreté judiciaire aura la priorité pour ce qui est de tous prêts supplémentaires consentis par le prêteur B après la période spécifiée (à condition que le prêteur B ne soit pas engagé, avant la date d'effet du jugement, à accorder ces prêts supplémentaires).

49. Pour éviter que les créanciers garantis existants 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 pourrait 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 (éventuellement 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, et moins ces dernières seront portées à la connaissance du public, plus leur existence potentielle compromettra l'offre de facilités de crédit sous forme d'avances futures.

**f. Créanciers légaux (privilégiés)**

50. De nombreux systèmes juridiques, dans le souci d'atteindre un objectif sociétal général (par exemple, la protection des recettes fiscales ou des salaires), donnent la priorité à certaines créances non garanties (dans le cadre voire en dehors d'une procédure d'insolvabilité) sur d'autres créances non garanties et, dans certains cas, sur des créances garanties (y compris des créances garanties antérieurement inscrites). Par exemple, pour protéger les créances salariales (salaires non versés) et fiscales (impôts non acquittés), certains systèmes juridiques leur donnent la priorité sur des sûretés qui existaient antérieurement. Les objectifs sociétaux différant selon les pays, les types de créances protégées, et la mesure dans laquelle la priorité leur est attribuée, diffèrent également.

51. L'avantage de privilégier certaines créances est la possibilité de poursuivre un objectif sociétal. L'inconvénient éventuel est que ces types de privilèges 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. En outre, même si un créancier existant ou potentiel peut en déterminer l'existence avec certitude, ces créances privilégiées (qu'elles naissent dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité) compromettront l'offre de crédit garanti d'une autre manière: les créanciers répercuteront généralement le fardeau économique que représentent ces créances sur le constituant en augmentant les taux d'intérêt ou en déduisant le montant estimatif de ces créances du crédit octroyé.

52. Pour éviter de décourager le crédit garanti, dont l'offre est également un objectif sociétal, il faudrait soigneusement peser les divers objectifs sociétaux avant de décider de privilégier telle ou telle créance. Les créances privilégiées devraient être aussi limitées que possible et n'être autorisées que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen efficace d'atteindre l'objectif sociétal poursuivi et que l'impact sur l'offre de crédit bon marché est acceptable. Par exemple, certains systèmes juridiques protègent d'une part les recettes fiscales en incitant les dirigeants d'entreprise à régler rapidement leurs problèmes financiers sous peine d'être tenus personnellement responsables, et d'autre part les créances salariales grâce à un fond public.

53. S'il existe des créances privilégiées, les lois qui en portent création devraient être suffisamment claires et transparentes pour qu'un créancier puisse en calculer le montant potentiel et se protéger. Dans certains systèmes juridiques, cette clarté et cette transparence sont assurées par l'énumération de toutes les créances privilégiées dans une loi ou en annexe à la loi. D'autres systèmes exigent, à cette fin, que les créances privilégiées soient inscrites sur un registre public et ne leur accordent la priorité que

sur les sûretés inscrites ultérieurement. Dans ces systèmes, les sûretés qui sont inscrites soit avant les créances privilégiées soit dans un délai spécifié, par exemple 45 à 60 jours après les créances privilégiées, ont la priorité, si elles ont été constituées contre l'engagement de fournir des avances futures. Toutefois, cette obligation d'inscription présente un inconvénient pour certaines créances privilégiées qui naissent immédiatement avant une procédure d'insolvabilité: il risque en effet d'être difficile d'en calculer le montant ou des les inscrire dans les délais.

**g. Créanciers valorisant ou stockant des biens grevés**

54. 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.

55. Certains systèmes prévoient aussi que les créanciers, tels que des bailleurs et des entreposeurs, qui stockent les biens grevés ou louent à un constituant les locaux dans lesquels sont stockés les biens grevés, 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.

56. 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 d'"occultes". 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 au chapitre V (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...), il faudrait envisager d'exiger qu'un avis concernant ces sûretés soit déposé dans le système d'inscription.

57. Si les législateurs donnent la priorité aux droits de ces prestataires de services, la question est de savoir si ces droits devraient porter sur un montant limité et s'ils devraient être considérés comme des créances privilégiées sous certaines conditions. Une solution serait de limiter le montant (par exemple, un mois de loyer dans le cas des bailleurs) et d'accorder la priorité sur des sûretés préexistantes seulement si la valorisation profite directement aux titulaires de ces sûretés. Une autre solution serait de ne pas fixer de limite car cela restreindrait injustement l'offre de crédit à ces prestataires de services. En outre, une limitation du montant serait sans doute inutile car les créanciers garantis peuvent se protéger contre les créances nées de cette prestation de services de différentes manières, par exemple en restreignant contractuellement la mesure dans laquelle les constituants peuvent conclure des contrats pour ce type de services ou en réservant une fraction suffisante du crédit octroyé pour pouvoir payer les prestataires en cas de défaillance du constituant.

#### **h. Représentants de l'insolvabilité**

58. 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. Si les lois sur le crédit garanti et sur l'insolvabilité ne sont pas claires à ce sujet, les créanciers seront beaucoup moins disposés à octroyer ce type de crédit.

59. Afin de rémunérer dûment les représentants de l'insolvabilité pour leur travail dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, on leur accorde souvent une créance superprivilégiée sur les biens de la masse de l'insolvabilité. Cette créance et la mesure dans laquelle un représentant de l'insolvabilité peut être habilité à contester les sûretés dans différentes circonstances sont examinées en détail au chapitre IX (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...).

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

##### **a. Avances futures**

60. Pour pouvoir déterminer le montant du crédit à consentir et les conditions pertinentes, il faut qu'un créancier garanti puisse savoir, au moment de la conclusion de l'opération garantie, 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 constitution de la sûreté. D'autres exigent que soit indiqué, par voie de publicité, le montant de crédit maximum qui bénéficiera d'un droit de préférence. D'autres encore reconnaissent un droit de préférence à tous les crédits, y compris ceux consentis après la constitution de la sûreté.

61. L'avantage de limiter le droit de préférence au montant de la créance qui existait déjà au moment de la constitution de la sûreté est que le rang de la créance peut ainsi (sans que ce soit toutefois automatique) correspondre aux attentes des parties à ce moment-là et n'est préservé que par rapport aux 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 de consentir un crédit garanti est de le faire sous la forme de crédit renouvelable, puisque c'est ce type de crédit qui correspond le mieux aux besoins de financement du constituant (voir exemple 2 dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 21 à 23, et Add.3, par. 9). En conséquence, les avances futures pourraient se voir accorder le même droit de préférence que les avances faites lors de la constitution initiale de la sûreté. Dans le cas d'un crédit consenti dans le cadre de contrats prévoyant des livraisons ou prestations échelonnées de biens ou de services, la totalité de la créance devrait être

considérée comme ayant pris naissance au moment de la signature du contrat et non à chaque livraison ou prestation de biens ou de services.

62. Afin d'éviter que tous les biens du constituant soient potentiellement grevés au profit d'un seul créancier, ce qui aurait pour effet de décourager d'autres créanciers d'octroyer par la suite un crédit au constituant, de nombreux systèmes juridiques exigent que l'avis de sûreté indique un montant maximum pouvant être garanti par la sûreté, le droit de préférence étant limité à ce montant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...). Certains craignent que le fait d'indiquer un montant maximum pose un problème de confidentialité. Cependant, on peut leur objecter que le montant maximum indiqué dans l'avis déposé ne correspond pas nécessairement au montant effectif de l'obligation garantie, mais uniquement au montant maximum qui pourra être recouvré si la sûreté est réalisée.

**b. Biens à acquérir**

63. Comme indiqué de façon plus détaillée au chapitre IV (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 19 à 23), une sûreté peut, dans certains systèmes juridiques, être créée sur des biens que le constituant pourra acquérir à l'avenir. La sûreté est alors obtenue au moment où le constituant acquiert les biens en question, sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures supplémentaires chaque fois que sont acquis de nouveaux biens. Les coûts liés à l'octroi d'une sûreté sont ainsi 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.6/Add.1, par. 21 à 23) et le matériel qui est remplacé dans le cours normal des affaires du constituant.

64. Avec l'octroi de sûretés sur des biens à acquérir se pose la question de savoir si la priorité doit être fonction de la date de constitution initiale ou de la date d'acquisition des biens par le constituant. Cette question est réglée différemment selon les systèmes juridiques. Certains adoptent une solution différente selon le statut du créancier réclamant un droit de préférence (la date de constitution de la sûreté étant retenue pour le classement par rapport aux autres créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle, et la date d'acquisition des biens pour le classement par rapport à tous les autres créanciers). Il est généralement admis que le moyen le plus efficace de favoriser l'offre de crédit garanti bon marché est de retenir, pour déterminer le rang de priorité, la date de constitution initiale de la sûreté plutôt que celle à laquelle le constituant acquiert des droits sur les biens grevés (voir, par exemple, l'article 8.2 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances).

**5. Classement des sûretés sur le produit de biens**

65. Si le créancier détient une sûreté sur le produit et les fruits civils du bien grevé initialement, la question est de savoir quels seront le statut et le rang de cette sûreté par rapport à celles d'autres réclameurs concurrents. Peuvent figurer parmi ces derniers un créancier du constituant qui a obtenu une sûreté judiciaire sur le produit ou la saisie de ce dernier et un autre créancier titulaire d'une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé, ainsi que d'autres réclameurs concurrents tels que ceux mentionnés ci-dessus (pour une définition de ce qui constitue le produit, voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 36 à 40).

66. Un créancier garanti peut détenir une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé ou en tant que produit à acquérir d'autres biens grevés. Supposons, par exemple, que le créancier A détienne une sûreté sur l'ensemble des stocks du constituant et le créancier B une sûreté sur la totalité des créances du constituant (y compris les créances futures). Supposons que le constituant débiteur vende ensuite à crédit les stocks sur lesquels le créancier A détient une sûreté. Les deux créanciers ont une sûreté sur la créance née de la vente. Le créancier B a une sûreté sur la créance en tant que bien initialement grevé et le créancier A une sûreté sur la créance en tant que produit des stocks grevés.

67. Un régime des sûretés complet doit régler plusieurs questions en ce qui concerne les créances concurrentes des créanciers garantis mentionnés ci-dessus. L'une est de savoir si la sûreté du créancier A sur la créance en tant que produit des stocks a effet non seulement à l'égard du constituant, mais également à l'égard des réclamants concurrents. La réponse doit être affirmative, dans la plupart des cas, faute de quoi la valeur des biens initialement grevés (par exemple les stocks) 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'obtenir que la valeur économique du bien grevé soit affectée à son désintéressement avant de pouvoir servir à désintéresser d'autres réclamants.

68. Il convient néanmoins de reconnaître que la constitution d'une sûreté sur le produit de biens soulève d'importantes questions concernant les risques créés pour les tiers. En particulier, les considérations qui ont amené à exiger la publicité pour qu'une sûreté soit opposable aux tiers peuvent porter à croire qu'une telle exigence se justifie également pour les sûretés sur le produit.

69. La législation sur les sûretés devrait donc comporter des règles qui déterminent quand la publicité donnée à la sûreté sur le bien initialement grevé suffira pour assurer la publicité de la sûreté du créancier sur le produit. Dans les cas où un mode de publicité différent (par exemple, la notification des débiteurs du compte au lieu de l'inscription), est exigé pour cette dernière sûreté, il faudrait laisser, après l'opération générant le produit, un certain délai au créancier pour assurer la publicité de sa sûreté.

70. Bien qu'il soit très important de déterminer si un nouvel acte de publicité est nécessaire pour que la sûreté du créancier sur le produit soit opposable aux tiers, une telle détermination ne suffit pas en soi pour hiérarchiser les droits sur le produit du créancier garanti et d'autres créanciers. En particulier, des règles de priorité sont nécessaires pour déterminer dans quelle mesure c'est le créancier garanti qui prime.

71. Ces règles peuvent varier en fonction de la nature du réclamant concurrent. Par exemple, s'il s'agit d'un autre créancier garanti, dont les droits dépendent également de la publicité, les règles permettant de départager les 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 judiciaire ou d'un administrateur de l'insolvabilité, elles pourraient dépendre d'autres facteurs.

72. Dans nombre des cas où le réclamant concurrent est un autre créancier garanti, les règles de priorité relatives aux sûretés sur le produit du bien initialement grevé peuvent se déduire de celles qui s'appliquent à ce bien et des principes dont celles-ci procèdent. Par exemple, 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 se prévaut d'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 sur le produit, c'est elle qui pourrait avoir la préférence.

73. Dans les cas où l'ordre de priorité de sûretés concurrentes sur le bien initialement grevé n'est pas fonction de l'ordre des actes de publicité (comme c'est le cas, par exemple, pour les sûretés en garantie du prix d'achat qui bénéficient d'un superprivilège), il faudra déterminer séparément la règle de priorité devant s'appliquer au produit de ce bien.

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

74. Dans de nombreux systèmes juridiques, la priorité peut être modifiée – et l'est souvent – par un créancier garanti, unilatéralement ou par contrat privé avec d'autres créanciers garantis. Par exemple, un prêteur détenant une sûreté sur tous les biens existants et à venir d'un constituant peut convenir que ce dernier pourra donner une sûreté de premier rang sur un bien particulier afin de pouvoir obtenir d'une autre source des moyens de financement supplémentaires sur la base de la valeur du bien. Ces accords doivent être distingués des accords de subordination entre créanciers non garantis qui renoncent au principe d'égalité de traitement des créances non assorties d'une sûreté. La reconnaissance de la validité de la subordination de sûretés, unilatéralement ou conventionnellement, correspond à une politique bien établie (voir, par exemple, l'article 25 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances).

75. De tels accords de subordination sont parfaitement acceptables tant qu'ils n'ont d'incidence que pour 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 essentiel que la priorité reconnue dans un accord de subordination continue à s'appliquer en cas d'insolvabilité du constituant, ce que devraient prévoir les lois sur l'insolvabilité. En fait, dans certains pays, il peut être nécessaire qu'une telle disposition figure dans la législation sur l'insolvabilité pour que les tribunaux puissent faire exécuter les accords de subordination et pour que les représentants de l'insolvabilité puissent trancher les conflits de priorité entre parties à de tels accords sans s'exposer à une responsabilité civile (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...).

#### **7. Pertinence de la priorité avant réalisation**

76. Une autre question importante est de savoir si la priorité joue uniquement après que le constituant a manqué à l'obligation sous-jacente ou si elle joue aussi avant. De nombreux pays adoptent la première approche, autorisant ainsi le détenteur d'une sûreté conventionnelle non prioritaire à recevoir des paiements échelonnés au titre de l'obligation due même si l'obligation garantie ayant la priorité n'a pas été intégralement payée, sauf convention contraire entre le réclamant prioritaire et le réclamant non prioritaire. Cette approche repose sur l'idée que, sauf convention contraire et avant défaillance, un constituant devrait être libre de disposer de ses biens et d'utiliser le produit pour acquitter ses obligations à mesure qu'elles viennent à terme, indépendamment de la priorité relative des sûretés constituées sur ces biens. Imposer au réclamant non prioritaire d'attendre en l'absence d'une telle convention expresse, représenterait un obstacle majeur à l'octroi de moyens de financement par celui-ci.

77. 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 grevé. 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 donnée à la section A.3.d. ci-dessus concernant les acheteurs de biens grevés.

## **B. Résumé et recommandations**

78. La notion de priorité est un élément fondamental de tout régime d'opérations garanties cherchant à favoriser l'office de crédit garanti bon marché. L'offre de crédit dépend de la possibilité pour les créanciers de déterminer, avec un degré élevé de certitude avant de consentir un crédit, quel sera leur rang de priorité s'ils cherchent à réaliser leur sûreté. Du fait qu'une telle réalisation intervient souvent en cas d'insolvabilité du constituant, il est essentiel que le créancier garanti conserve son rang dans la procédure d'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...).

79. Il est donc important que les lois relatives aux opérations garanties comprennent des règles de priorité claires et réalistes qui aboutissent à des résultats prévisibles. Ces règles devraient permettre à tous les créanciers, y compris les créanciers non garantis, de connaître leur position avant de consentir un crédit et de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Le fait que les règles de priorité soient claires et aboutissent à des résultats prévisibles et l'existence de mécanismes efficaces de détermination et d'établissement du rang qui sera le sien s'il consent le crédit sont aussi importants pour le créancier que le détail des règles elles-mêmes.

80. Le moyen le plus efficace d'obtenir un tel résultat est de mettre en place un système d'inscription et d'accorder la priorité au créancier qui dépose le premier un avis de sûreté. En outre, à supposer qu'il soit fiable et facilement accessible, le système d'inscription pourrait offrir un mécanisme efficace pour faire connaître aux créanciers l'existence de sûretés concurrentes (voir par. 7 à 9).

81. Un élément essentiel d'un régime d'opérations garanties efficace est que les créances garanties, obtenues régulièrement, aient la priorité sur les créances ordinaires non assorties de sûretés.

82. Si les sûretés avec dépossession doivent demeurer un élément du régime des sûretés mobilières, il faut qu'elles soient prises en compte dans l'élaboration de la règle de priorité. Il serait donc sans doute bon de prévoir que la priorité d'une sûreté puisse être établie soit par la possession ou le contrôle soit par inscription, selon ce qui interviendrait en premier. Dans de telles situations, il serait aussi bon de permettre à un créancier garanti qui a initialement établi son rang de priorité par une méthode de changer de méthode sans perdre son rang initial concernant le bien grevé, à condition qu'il n'y ait pas rupture de continuité de l'inscription, de la possession ou du contrôle, de sorte que la sûreté soit à tout moment soumise à une méthode ou à une autre. En outre, pour certains types de biens, il pourrait être bon de prévoir qu'une sûreté rendue opposable aux tiers (ou "parfaite") par la possession ou le contrôle prime une sûreté rendue opposable uniquement par inscription, même si l'inscription est intervenue en premier (voir par. 12 à 14).

83. On ne devrait envisager des exceptions à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription que dans la mesure où il n'existe pas d'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 de l'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 les créances privilégiées, au système d'inscription des sûretés (voir par. 50 à 53). Certaines exceptions importantes à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription qui devraient être examinées lors de l'élaboration de lois sur les opérations garanties concernent les sûretés en garantie du prix d'achat et les créanciers qui ajoutent de la valeur aux biens grevés (comme les réparateurs de matériels; voir par. 54 à 57).

84. Le financement du prix d'achat étant un moyen efficace de fournir aux entreprises les capitaux dont elles ont besoin pour acquérir certains biens, un régime d'opérations garanties efficace devrait prévoir que les détenteurs de sûretés en garantie du 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. En ce qui concerne les opérations relatives aux stocks, il faudrait, en plus de l'inscription, dûment informer les autres créanciers inscrits de l'existence d'une sûreté en garantie du prix d'achat. Outre aux vendeurs de biens, ce rang de priorité plus élevé devrait être attribué aux banques et aux autres prêteurs qui financent l'acquisition de biens (voir par. 21 à 29).

85. Un régime d'opérations garanties efficace devrait établir un juste équilibre entre les droits des acheteurs de biens et ceux des créanciers garantis qui détiennent des sûretés sur ces biens. Il devrait notamment prévoir que les acheteurs de stocks vendus dans le cours normal des affaires du constituant devraient prendre ceux-ci libres de toute sûreté accordée par le vendeur, et que le créancier garanti devrait recevoir une sûreté sur le produit de la vente (voir par. 34 à 43).

86. En reconnaissant un droit de préférence aux sûretés sur les avances futures et sur les biens à acquérir, on encouragera probablement l'octroi aux entreprises de crédits renouvelables et autres formes de crédit analogues. Plus la procédure à suivre par un créancier pour prendre rang en ce qui concerne les avances futures et les biens à acquérir sera simple, plus grande sera l'offre de ces formes de crédit (voir par. 60 à 63).

87. Pour ne pas faire obstacle à l'octroi de crédits renouvelables, comme on l'a vu plus haut (voir par. 47 et 60), ou de toute autre forme similaire de crédit, le montant pour lequel les sûretés sur les avances futures bénéficient d'un droit de préférence ne devrait pas être limité.

88. La sûreté du créancier garanti sur le produit d'un bien grevé devrait, dans certains cas au moins, être opposable non seulement au constituant mais aussi aux réclamants concurrents. La législation devrait indiquer quand un acte de publicité concernant la sûreté sur le bien initialement grevé est suffisant pour faire connaître les droits du créancier sur le produit et quand un nouvel acte de publicité est nécessaire. Elle devrait en outre comprendre des règles de priorité concernant les sûretés sur le

produit, règles qui pourront différer selon la nature du réclamant concurrent (voir par. 65 à 73).

89. Quelles que soient les règles de priorité retenues dans un régime d'opérations garanties, les créanciers devraient être autorisés à les modifier conventionnellement 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, en cas d'insolvabilité du constituant, mais il ne faudrait pas qu'elles lèsent les droits de personnes qui n'y sont pas parties (voir par. 74 et 75).

90. Enfin, les régimes d'opérations garanties devraient spécifier les cas dans lesquels les détenteurs de sûretés non prioritaires sur des biens déterminés ne devraient pas être autorisés, avant défaillance et réalisation, à prendre des mesures contraires aux droits des détenteurs de sûretés prioritaires sur les mêmes biens. On peut citer à titre d'exemple la conservation du produit de la vente ou de toute autre forme de disposition des biens lorsque le créancier a connaissance de l'obligation contractuelle du constituant de remettre celui-ci au créancier prioritaire (voir par. 76 et 77).