



Assemblée générale

Distr.: Générale
24 septembre 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Quarantième session, deuxième partie
Vienne, 10-14 décembre 2007**

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Note du secrétariat

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VIII. Droits et obligations des parties	1-80	3
A. Remarques générales	1-68	3
1. Introduction	1-7	3
2. Autonomie des parties	8-15	4
a) Remarques générales	8-13	4
b) Sources des droits et des obligations des parties	14-15	6
3. Règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance	16-39	6
a) Remarques générales	16-23	6
b) Obligation de conserver les biens grevés	24-31	8
c) Obligation de préserver la valeur des biens grevés	32-34	10
d) Obligation de restituer les biens grevés et de faire radier tout avis inscrit	35-39	11
4. Règles non impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance	40-46	12



5.	Règles non impératives types régissant les droits et obligations avant défaillance	47-68	14
	a) Remarques générales	47-49	14
	b) Règles non impératives lorsque le créancier est en possession des biens grevés	50-58	15
	c) Règles non impératives lorsque le constituant est en possession des biens grevés	59-65	17
	d) Règles non impératives quelle que soit la personne en possession des biens grevés	66-68	19
B.	Remarques sur des biens particuliers	69-80	19
C.	Recommandations		23

VIII. Droits et obligations des parties

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Comme pour toute autre convention, les questions qui ont trait à la formation, à l'interprétation, à l'effet, à l'inexécution et à la résolution d'une convention constitutive de sûreté sont soumises au droit général des contrats. En outre, du fait qu'une convention constitutive de sûreté exprime l'accord passé entre le constituant et le créancier garanti, elle est normalement soumise à des règles spéciales. Il s'ensuit qu'elle a habituellement effet entre les parties, même si elle n'est pas opposable aux tiers.

2. Le contenu d'une convention constitutive de sûreté varie selon les besoins et les souhaits des parties. En règle générale, ses clauses portent sur trois éléments principaux. Premièrement, la convention comporte un certain nombre de dispositions qui sont impératives pour la constitution d'une sûreté. Celles-ci concernent, par exemple, l'identification des biens grevés et de l'obligation garantie (pour la définition des termes "bien grevé" et "obligation garantie", voir Introduction, section B, Terminologie). Au chapitre IV (Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)), le Guide recommande que les conditions de forme pour l'établissement d'une convention produisant ses effets entre les parties soient réduites au minimum et faciles à satisfaire (voir recommandations 12 à 14).

3. Deuxièmement, la convention constitutive de sûreté comprend habituellement un certain nombre de dispositions précisant quels seront les droits et les obligations des parties une fois qu'elle aura pris effet entre celles-ci. Nombre de ces dispositions ont trait aux conséquences d'une défaillance du constituant ou d'un manquement par le créancier garanti à l'une de ses obligations. Souvent, les faits constitutifs d'une défaillance du constituant et les moyens dont dispose le créancier garanti pour faire exécuter les dispositions de la convention sont énumérés en détail. Les conséquences importantes que la réalisation peut avoir pour les droits des tiers ont généralement amené les États à énoncer de manière assez précise un ensemble de règles impératives régissant la défaillance et la réalisation (voir chapitre X (Réalisation)). Ces règles visent le plus souvent à protéger les droits des constituants et des tiers. Du fait de leur nature impérative, elles l'emportent nécessairement sur toutes les dispositions de la convention accordant au créancier des droits et moyens contraires, sauf à faire l'objet d'une renonciation de la part du constituant après la défaillance (voir recommandation 129) ou de la part du créancier garanti à un moment quelconque (voir recommandation 130). Si elles ne sont pas contraires à ces règles, en revanche, les dispositions de la convention régissent la relation entre les parties après défaillance.

4. Troisièmement, les conventions constitutives de sûreté comportent en général un certain nombre de dispositions destinées à régir certains aspects de la relation entre les parties après la constitution mais avant la défaillance. Pour que les opérations garanties soient efficaces et prévisibles, il faut souvent ajouter des clauses détaillées sur certains de leurs aspects. De nombreux États encouragent activement les parties à adapter les dispositions de leur convention à leurs propres

besoins. Cependant, comme dans le cas des droits et obligations après défaillance, ces mêmes États posent également diverses règles impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance (en particulier lorsque les droits des tiers peuvent être affectés). Cela étant, afin d'offrir aux constituants et aux créanciers garantis un maximum de souplesse pour élaborer leur convention "sur mesure", ils limitent généralement ces règles impératives au minimum.

5. Si les États se refusent généralement à imposer un ensemble exhaustif de règles impératives régissant les droits et obligations avant défaillance, ils souhaitent toutefois offrir aux constituants et aux créanciers garantis des orientations sur la question. En effet, beaucoup d'entre eux adoptent un nombre plus ou moins important de règles non impératives (ou supplétives) qui s'appliquent sauf disposition contraire des parties dans leur convention constitutive de sûreté. Le présent chapitre ne traite pas l'ensemble des situations dans lesquelles les États pourraient, s'ils le souhaitent, élaborer de telles règles, mais propose plutôt une simple liste indicative et non exhaustive des règles supplétives avant défaillance que l'on rencontre fréquemment dans les législations nationales actuelles.

6. La discussion ci-après porte sur trois principaux points. Le premier, examiné dans la section A.2, concerne le principe de l'autonomie des parties et la mesure dans laquelle celles-ci devraient être libres de façonner les dispositions de leur convention (si l'on part du principe que cette dernière satisfait aux conditions de fond et de forme exigées pour la constitution d'une sûreté). Le deuxième, analysé à la section A.3, concerne les règles impératives qui devraient régir les droits et obligations des constituants et des créanciers garantis avant défaillance. Le troisième, qui fait l'objet des sections A.4 et A.5, concerne le type de règles non impératives qui pourraient figurer dans une législation moderne relative aux opérations garanties.

7. La section B du présent chapitre examine différentes règles impératives et non impératives concernant les droits et obligations avant défaillance pour certains types de biens et d'opérations. Enfin, la section C du chapitre présente une série de recommandations.

2. Autonomie des parties

a) Remarques générales

8. Au chapitre II (Champ d'application et autres règles générales), le Guide pose le principe de l'autonomie des parties qui est l'un des piliers de son approche fondamentale (voir recommandation 8). Dans la plupart des États, ce principe relève du droit général des contrats et s'applique à la loi sur les opérations garanties du simple fait qu'une convention constitutive de sûreté est un contrat. L'idée centrale est que, à moins qu'un État n'en dispose autrement, le créancier garanti et le constituant devraient être libres de façonner leur convention constitutive de sûreté comme ils l'entendent. Si l'autonomie des parties confère aux fournisseurs de crédit une grande latitude pour déterminer la teneur de la convention, l'idée ici est qu'en donnant la possibilité aux créanciers garantis et aux constituants de structurer leur opération et de répartir les droits et obligations avant défaillance de la manière la mieux adaptée à leurs objectifs, on permettra aux constituants de bénéficier d'un accès plus large au crédit garanti.

9. Le principe de l'autonomie des parties comporte deux dimensions distinctes lorsqu'il s'applique aux droits et obligations avant défaillance. La première concerne les États. Si ceux-ci devraient être libres d'adopter des règles impératives destinées à régir les aspects essentiels de la relation entre les parties, ces règles devraient être limitées en nombre et leur portée clairement précisée. La deuxième concerne les effets recherchés par le constituant et le créancier garanti dans leur convention. Toute disposition dérogeant aux règles non impératives ou les modifiant, ou traitant de questions non visées par les règles supplétives d'un État, n'oblige que les parties elles-mêmes et, sauf dans la mesure prévue par les principes généraux du droit des contrats, n'a aucune incidence sur les droits des tiers.

10. Les lois, qu'il s'agisse de celles sur les opérations garanties ou d'autres, limitent parfois l'autonomie des parties par des règles impératives. Ainsi, de nombreux États ont fortement réglementé les opérations de consommateurs, en limitant souvent strictement la possibilité pour les créanciers garantis et les constituants de concevoir leur propre régime de droits et d'obligations avant défaillance. Par exemple, une règle interdit aux créanciers garantis de restreindre le droit des consommateurs-constituants à vendre les biens grevés ou à en disposer. De même, de nombreux États limitent l'autonomie des parties lorsque des "biens de famille" ou des "acquêts" sont en jeu. Une règle, par exemple, interdit aux créanciers garantis de limiter l'utilisation que peuvent faire les constituants de ces "biens de famille" (voir recommandation 2, alinéa b)).

11. Outre ces règles impératives applicables à certains constituants et à certains biens, il est fréquent que les États imposent différentes règles impératives de nature plus générale. Ces règles figurent habituellement dans les lois créant le régime d'opérations garanties. Comme on l'a vu, elles ont trait le plus souvent à la défaillance et à la réalisation (par exemple, la règle de conduite dans le contexte de la réalisation ne peut faire l'objet d'une renonciation ni unilatérale ni par convention; voir recommandation 128). Certaines, cependant, concernent aussi les droits et obligations avant défaillance (par exemple, la partie en possession des biens grevés doit en prendre raisonnablement soin, les restituer et faire radier tout avis inscrit dès le complet paiement de l'obligation garantie; voir recommandation 107). Elles sont examinées à la section suivante du présent chapitre.

12. L'autonomie des parties étant le principe fondamental, le créancier garanti et le constituant énonceront généralement en détail, dans leur convention constitutive de sûreté, un certain nombre d'éléments structurant leur accord. Ils préciseront souvent au moins six points relatifs à leurs droits et obligations avant défaillance, à savoir:

- a) Les biens qui seront grevés et les conditions dans lesquelles des biens non grevés à l'origine peuvent le devenir ultérieurement;
- b) L'obligation qui sera garantie dans le cadre de la convention (ainsi que les obligations futures susceptibles d'être garanties);
- c) Ce que le constituant peut et ne peut pas faire des biens grevés (notamment le droit de les utiliser, de les transformer, d'en percevoir les fruits et les recettes et d'en disposer);

d) Quand et comment le créancier peut prendre possession des biens grevés avant défaillance, ainsi que ses droits et obligations à l'égard des biens grevés en sa possession;

e) Un ensemble de déclarations, garanties et obligations du constituant; et

f) Les faits constitutifs de la défaillance (essentiellement celle du constituant, mais aussi celle du créancier garanti).

13. C'est dans ce contexte d'autonomie des parties et compte tenu de sa portée habituelle telle que définie dans la convention constitutive de sûreté que devraient être interprétées les différentes règles impératives et non impératives énoncées ci-après.

b) Source des droits et des obligations des parties

14. Comme on l'a vu, la plupart des règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance ont trait à la manière dont les prérogatives et les devoirs attachés au droit de propriété sont répartis entre le constituant et le créancier garanti. Conformément au principe de l'autonomie des parties et sous réserve des limites éventuellement applicables (voir par. 9 à 11 ci-dessus), la plupart des États considèrent que ce sont les parties elles-mêmes qui devraient déterminer leurs droits et obligations réciproques avant défaillance. Il importe donc de déterminer la source de ces droits et obligations.

15. En principe, ces droits et obligations sont déterminés par les conditions particulières que les parties ont prévues dans leur convention, y compris toutes conditions générales incorporées par référence. En outre, la législation nationale de la plupart des États prévoit que, puisque la convention constitutive de sûreté peut se fonder sur une relation continue entre les parties qui est courante dans un secteur ou un domaine précis, celles-ci devraient être liées par les usages auxquels elles ont consenti. Enfin, à moins d'en décider autrement, les parties devraient dans l'exécution de leur convention être liées par toutes les habitudes qui se sont établies entre elles. Le Guide part de l'idée que la convention entre les parties constitue la source première de leurs droits et obligations réciproques, à quoi s'ajoutent les usages auxquels elles ont consenti et, en l'absence d'accord contraire, leurs propres habitudes (voir recommandation 106).

3. Règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance

a) Remarques générales

16. On trouve des règles impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance aussi bien dans les lois sur les opérations garanties que dans d'autres lois. Ces règles relèvent en général de trois grandes catégories. La première, qui figure habituellement dans les législations sur la protection des consommateurs ou sur les biens de famille, est d'une portée et d'une application très particulières. Le Guide reconnaît l'importance que les États peuvent attacher à ces questions (voir recommandation 2, alinéa b)). Cependant, afin de tirer le meilleur parti, sur le plan économique, du régime des opérations garanties, ils devraient préciser clairement la portée de ces limites à la liberté des parties d'adapter les droits et obligations avant défaillance à leurs besoins et à leurs souhaits.

17. La deuxième catégorie de règles porte sur les éléments de fond que les parties peuvent inclure dans leur convention. Ces règles sont généralement conçues comme des limites générales aux droits des créanciers garantis et s'appliquent que le constituant soit un consommateur ou une entreprise. Elles peuvent varier énormément d'un État à l'autre. Par exemple, dans le contexte de l'insolvabilité, certains États réservent aux créanciers chirographaires un traitement spécial généralement assez restreint. D'autres États ne permettent pas aux créanciers de limiter le droit d'un constituant à utiliser ou à transformer les biens grevés si l'utilisation ou la transformation est conforme à la nature et à la destination des biens. D'autres encore ne permettent pas à un créancier garanti d'utiliser les fruits et recettes générés par les biens grevés en sa possession ni de les affecter au paiement de l'obligation garantie.

18. En raison de l'importance qu'il attache au principe de l'autonomie des parties, le Guide estime que les États ne devraient généralement pas adopter de règles impératives sur la relation avant défaillance restreignant le nombre ou la nature des obligations que les créanciers garantis et les constituants peuvent exiger les uns des autres. Cependant, les préoccupations évoquées plus haut sont souvent fondées et, selon la nature particulière de leur économie ou de l'entreprise commerciale qui octroie la sûreté réelle mobilière, les États peuvent ressentir le besoin de réglementer cette relation de manière plus stricte. Dans ce cas, ces règles impératives devraient toutefois: a) être formulées de façon claire; b) être rédigées en termes précis et restrictifs et non généraux; et c), comme les règles analogues relatives à la relation après défaillance, reposer sur des motifs d'ordre public reconnus tels que la bonne foi, la loyauté commerciale et le comportement "commerciallement raisonnable" (voir recommandations 127 et 128).

19. Une troisième catégorie de règles impératives avant défaillance vise à empêcher que les objectifs fondamentaux du régime d'opérations garanties soient détournés. Les États mettent généralement en place des règles impératives de ce type pour imposer des obligations minimums à la partie qui est en possession ou a le contrôle des biens grevés. Par exemple, l'objet de la sûreté étant de fournir au créancier, en cas de défaillance, le droit prioritaire au paiement de la somme d'argent générée par la vente des biens grevés, il serait conforme à cet objectif que le constituant soit tenu de ne pas dilapider les biens ou d'éviter toute détérioration des biens autre que celle liée à une utilisation normale, afin d'en préserver la valeur économique dans l'intérêt du créancier garanti.

20. Les règles imposant au constituant et, lorsqu'il est en possession des biens grevés, au créancier garanti, l'obligation de prendre raisonnablement soin de ces biens, et plus généralement les règles destinées à conserver les biens grevés, visent à inciter les parties à une convention constitutive de sûreté à se conduire de manière responsable. Ce type de règles n'a cependant pas le même impact que les règles de protection du consommateur ou les règles impératives énonçant les éléments de fond d'une convention constitutive de sûreté. Ces dernières doivent être respectées pour que la sûreté elle-même soit créée et ne peuvent être écartées ni au moment de la négociation de la convention ni ultérieurement.

21. De la même manière, les parties ne peuvent déroger par convention aux règles impératives fixant leurs droits et obligations généraux avant défaillance. Les États ne leur permettent habituellement pas, par exemple, d'écarter par contrat leur obligation de prendre raisonnablement soin des biens grevés. Cela ne les empêche

pas toujours, cependant, de renoncer à se prévaloir d'un manquement à cette obligation une fois le manquement survenu. De nombreux États prévoient que le créancier garanti peut ultérieurement libérer le constituant de ses obligations avant défaillance (y compris celles imposées par des règles impératives) ou renoncer à se prévaloir de tout manquement de sa part. En revanche, compte tenu du rapport de forces habituel entre les parties, nombre de ces mêmes États estiment que le constituant ne devrait pas être autorisé à libérer le créancier garanti des obligations, avant défaillance, qui lui seraient imposées par des règles impératives.

22. Les règles impératives sur la relation avant défaillance recommandées dans le Guide visent des objectifs généraux qui sont conformes à ce qui a été défini comme étant les principes essentiels d'un régime efficace d'opérations garanties (voir recommandation 1). Elles fixent des droits et obligations avant défaillance qui a) encouragent les parties en possession des biens grevés à les conserver; et b) garantissent qu'une fois l'obligation payée, le constituant recouvrera l'utilisation et la jouissance pleines et entières des biens précédemment grevés.

23. Le chapitre XI (Financement des acquisitions) du Guide envisage que certains États puissent choisir de conserver la réserve de propriété et le crédit-bail en tant que techniques indépendantes de financement d'acquisitions. Le vendeur ou le bailleur bénéficie alors non pas d'une sûreté réelle mobilière, mais plutôt d'un droit de revendiquer la propriété du bien, jusqu'au paiement complet du prix d'achat dans le cas d'une vente et pendant toute la durée de l'opération dans le cas d'un crédit-bail (pour la définition des termes "sûreté réelle mobilière", "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "droit de réserve de propriété" et "droit de crédit-bail", voir Introduction, section B, Terminologie). Pour cette raison, même si les objectifs économiques fondamentaux de ces opérations sont identiques à ceux d'une sûreté réelle mobilière ordinaire en garantie du paiement d'une acquisition, les règles impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance (le vendeur qui reste propriétaire et l'acheteur qui est en possession du bien mais n'a qu'un droit de propriété éventuel ou le bailleur qui est propriétaire et le preneur à bail qui n'a qu'un droit de possession et d'usage) devront être formulées de manière légèrement différente. Ces adaptations nécessaires sont examinées au chapitre XI, section A.8.

b) Obligation de conserver les biens grevés

24. Le bien grevé est l'un des principaux éléments assurant au créancier le remboursement de l'obligation garantie. C'est aussi un bien que le constituant espère et souhaite normalement continuer d'utiliser librement une fois le prêt ou le crédit remboursé. Ils ont donc l'un comme l'autre intérêt à le conserver.

25. Le plus souvent, la personne qui est en possession du bien grevé sera la mieux placée pour en assurer la conservation. Cela explique pourquoi les États font normalement peser sur elle l'obligation de prendre raisonnablement soin du bien. Ce n'est qu'exceptionnellement, et presque toujours dans le cas de biens meubles incorporels, qu'une personne n'ayant pas la possession symbolique du bien grevé pourrait être la mieux placée pour en prendre soin. L'objectif étant de répartir équitablement l'obligation de prendre soin des biens grevés et d'inciter les parties à les préserver, il importe peu que ces biens soient en la possession du constituant ou du créancier garanti. Le devoir impératif incombant à la personne en possession des biens devrait être identique dans les deux cas.

26. La teneur précise de cette obligation peut varier considérablement selon la nature du bien grevé. Dans le cas de biens meubles corporels, la partie en leur possession est avant tout tenue à leur conservation matérielle (pour la définition des termes “biens meubles corporels” et “biens meubles incorporels”, voir Introduction, section B, Terminologie). Lorsqu’il s’agit de biens meubles corporels inanimés, elle serait tenue en particulier de les maintenir en bon état et de ne pas les utiliser dans un but différent de leur usage normal compte tenu des circonstances. Par exemple, si le bien grevé est une machine, la partie qui est en sa possession et l’utilise ne doit pas la laisser dehors sous la pluie et doit également en assurer l’entretien régulier. Ou encore, si une sûreté est prise, par exemple, sur un véhicule destiné au transport de passagers, la personne qui se trouve en sa possession et qui est autorisée à l’utiliser ne peut s’en servir comme camionnette à des fins commerciales.

27. Lorsque les biens grevés sont des stocks, l’obligation de conservation pourrait exiger d’autres mesures, plus contraignantes, de la part de la personne en leur possession. À la différence du matériel, les stocks sont souvent exposés et plus faciles à voler. De ce fait, le constituant (la partie la plus susceptible d’en avoir la possession) doit fournir une garantie suffisante contre le “coulage” des stocks et les exposer convenablement pour éviter la casse ou les stocker de manière à prévenir toute détérioration. Par exemple, s’il s’agit de matériel électronique coûteux, ou de verrerie particulièrement fragile, il pourrait être nécessaire de les conserver dans des caisses fermées à clef; et s’il s’agit de denrées alimentaires périssables, la personne en leur possession devrait les stocker dans des locaux réfrigérés.

28. Dans le cas de biens meubles corporels vivants comme des animaux, l’obligation devrait être la même. Il ne suffit pas de maintenir l’animal en vie. La personne en possession doit veiller à ce qu’il soit bien nourri et maintenu en bonne santé (par exemple à ce qu’il reçoive des soins vétérinaires adéquats). Lorsque l’animal nécessite un entretien particulier pour le maintenir en bonne condition (par exemple un exercice adapté pour un cheval de course, une traite régulière pour une vache), l’obligation de soin comprend aussi cet entretien. Enfin, comme pour le matériel, l’animal ne peut pas non plus être utilisé dans un but anormal. Ainsi, on ne saurait utiliser un taureau primé dont la valeur repose dans le prix des saillies comme bête de somme.

29. Si le bien grevé est un droit au paiement d’une somme d’argent représenté par un instrument négociable, l’obligation de soin comprendra indiscutablement la conservation matérielle de l’instrument. En pareil cas, cependant, elle consistera en outre à prendre les mesures nécessaires pour maintenir ou préserver les droits du constituant à l’encontre des signataires antérieurs liés par l’instrument (par exemple présenter l’instrument, faire dresser protêt, si la loi l’exige, et notifier le refus). Il peut également incomber à la personne en possession d’un instrument négociable d’éviter que le constituant ne perde ses droits à l’encontre des signataires antérieurs en prenant certaines mesures contre les personnes tenues au paiement à titre subsidiaire (par exemple les garants). Lorsque le bien corporel est un document négociable, là encore, la personne en possession doit le conserver matériellement. De plus, si celui-ci est limité dans le temps, elle doit le présenter avant sa date d’expiration pour demander la remise matérielle des biens qu’il représente.

30. Lorsque le bien grevé est incorporel, il est plus difficile de définir l’obligation de soin raisonnable par rapport à la personne en possession du bien. Souvent, le bien en question est un simple droit contractuel à recevoir un paiement. Le caractère de

l'obligation de conservation en pareil cas est examiné plus loin à la section B. Lorsque le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, un bien de propriété intellectuelle ou le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, les États prévoient généralement les droits et obligations respectifs des parties à l'opération dans une législation spéciale régissant ce type de biens particulier.

31. Lorsqu'ils déterminent l'étendue de l'obligation de conservation qui incombe à la personne en possession des biens grevés, les États font une analyse coût-avantages pour en dégager la meilleure manière de garantir une répartition équitable de cette obligation. Le problème principal est d'éviter de faire peser une charge excessive sur la personne en possession des biens, en particulier lorsqu'il s'agit du créancier garanti et non du constituant. Compte tenu de ce qui précède, le Guide recommande aux États d'adopter une règle impérative générale sur la relation avant défaillance imposant aux parties en possession des biens grevés l'obligation d'en prendre raisonnablement soin pour les conserver (voir recommandation 107).

c) Obligation de préserver la valeur des biens grevés

32. Dans de nombreux cas, la conservation matérielle du bien grevé suffit pour en préserver la valeur. Parfois, toutefois, des mesures supplémentaires sont nécessaires. Le cas particulier des biens meubles incorporels est examiné ci-dessous dans la section A.5. S'agissant des biens meubles corporels, les États font habituellement une distinction entre les obligations du constituant et celles du créancier garanti. Étant donné que le bien grevé représente pour le second une garantie de paiement, le premier est parfois tenu d'accomplir des actes, non seulement pour le conserver matériellement, mais aussi pour en préserver la valeur. Le constituant pourrait, par exemple, être tenu d'installer des mises à jour de logiciel ou de restituer du matériel à un fournisseur pour réparation dans le cadre d'une procédure de rappel. Là encore, pour déterminer l'étendue de cette obligation du constituant, les États doivent en peser les avantages et les contraintes.

33. Les États n'imposent que rarement aux créanciers garantis d'obligation de préservation de la valeur des biens grevés au motif que, si les créanciers garantis doivent assumer la lourde obligation de surveiller de près le bien grevé, ce dernier perdra tout simplement sa valeur de garantie au détriment du constituant. Par exemple, les créanciers garantis ne devraient pas être tenus de prendre de mesures pour maintenir la valeur marchande d'une marque, ni de procéder à une analyse des investissements pour préserver la valeur d'un portefeuille d'actions. En tout état de cause, il est toujours dans l'intérêt du constituant que le bien grevé conserve sa valeur et, de ce fait, les parties prévoient normalement la possibilité pour celui-ci d'indiquer au créancier garanti en possession du bien les mesures à prendre pour en préserver la valeur dans de tels cas. En règle générale, toute somme dépensée à cette fin est soit payée à l'avance par le constituant soit ajoutée à l'opération garantie.

34. Du fait que les parties prévoient normalement dans leur convention constitutive de sûreté des obligations supplémentaires visant à préserver la valeur des biens grevés, les États n'adoptent pas en général de règle impérative imposant directement une telle obligation aux constituants ou aux créanciers garantis. Conformément à cette tendance générale, le Guide ne recommande pas aux États d'adopter de règle impérative sur la relation avant défaillance obligeant les parties en possession des biens grevés à en préserver la valeur avant défaillance.

d) Obligation de restituer les biens grevés et de faire radier tout avis inscrit

35. L'objectif central d'une sûreté est d'accroître les chances d'exécution de l'obligation garantie, soit du fait que le constituant sera incité à rembourser cette obligation, soit du fait que la valeur du bien grevé sera affectée à son paiement. Une sûreté n'est ni un moyen d'obtenir du constituant un excédent de valeur ni un transfert déguisé du bien grevé au créancier. Dès que l'obligation garantie a été satisfaite juridiquement, la sûreté prend fin et le constituant a le droit de reprendre possession et de jouir pleinement de la propriété du bien libre de toute sûreté. Pour donner effet à ce droit, la plupart des États adoptent des règles impératives régissant les obligations du créancier garanti une fois que l'obligation garantie a été remboursée en totalité et qu'il a été mis fin à l'ensemble des engagements de crédit. Ces obligations sont de deux types: certaines concernent la restitution au constituant des biens grevés dans le cas où le créancier garanti était en possession desdits biens au moment de l'exécution de l'obligation garantie, d'autres visent les mesures à prendre pour permettre au constituant de jouir de ses droits sur ces biens en levant tous les obstacles découlant de l'existence antérieure de la sûreté.

36. Le Guide envisage la possibilité que les créanciers garantis rendent leurs droits opposables, dans la plupart des cas, en prenant possession du bien grevé (voir recommandation 36). En outre, même si la sûreté est rendue opposable par inscription et non par prise de possession, les constituants peuvent néanmoins, compte tenu du principe de l'autonomie des parties, consentir à ce que les créanciers garantis prennent possession des biens. Ce consentement peut être donné soit au moment de la constitution de la sûreté soit ultérieurement. Dans le second cas, il n'est même pas nécessaire que le constituant contrevienne à la convention constitutive de sûreté. Quelle que soit son origine, la possession du créancier garanti est fondée sur la convention entre les parties et est liée aux objectifs de celle-ci.

37. L'objectif d'une sûreté étant de garantir l'exécution d'une obligation, le constituant devrait pouvoir, une fois cette obligation exécutée, recouvrer soit la possession des biens grevés, soit l'accès sans restriction à ces biens, soit les deux, d'où l'obligation formelle faite par de nombreux États au créancier garanti de lui restituer les biens dès le complet paiement de l'obligation garantie et la fin de tous les engagements de crédit. Dans ces États, il incombe au créancier de remettre les biens et non au constituant de les réclamer ou les reprendre. Dans d'autres États, le créancier n'est pas tenu de les remettre, mais doit uniquement permettre au constituant de les réclamer. Lorsqu'un tiers, du fait de la création de la sûreté, détient pour le compte du créancier garanti des biens meubles corporels qu'il possédait initialement pour le compte du constituant, de nombreux États exigent que le créancier indique à ce tiers que l'obligation garantie a été payée et que la possession se fait de nouveau pour le compte exclusif du constituant. De nombreux États prévoient une obligation analogue lorsque le créancier garanti a conclu un accord de contrôle (pour la définition du terme "contrôle", voir Introduction, Section B, Terminologie) avec une institution de dépôt. Ils exigent généralement que le créancier informe expressément le dépositaire que l'accord de contrôle n'a plus d'effet. Ces différentes exigences ont toutes pour but de permettre au constituant d'exiger effectivement son droit d'utiliser librement les biens grevés une fois que l'obligation garantie a été payée en totalité et qu'il a été mis fin à l'ensemble des engagements de crédit.

38. Certains États considèrent que le créancier doit également accomplir certains actes pour que le constituant soit placé dans la même position que celle qu'il occupait avant la constitution de la sûreté. Dans le cas de biens meubles incorporels, il serait tenu d'aviser tout tiers débiteur (par exemple le débiteur d'une créance) que l'obligation garantie a été payée en totalité et que le constituant est de nouveau fondé à recevoir paiement de l'obligation. De manière plus générale, certains États font obligation aux créanciers garantis de libérer les biens grevés et, dans les cas où la sûreté a été rendue opposable par inscription d'un avis sur un registre, de prendre des mesures pour supprimer les effets attachés à l'inscription. Ainsi, par exemple, lorsque les inscriptions ne sont pas automatiquement supprimées d'un registre à l'expiration d'une période relativement courte, de nombreux États imposent aux créanciers de demander leur radiation. De même, lorsque la sûreté a fait l'objet d'une annotation sur un certificat de propriété, certains États font obligation au créancier garanti de faire le nécessaire pour que cette annotation soit retirée du certificat. Le point commun à ces différentes exigences est que le créancier garanti doit prendre des mesures pour supprimer toute preuve formelle de son droit antérieur qui risquerait de laisser croire à des tiers que sa sûreté pourrait encore grever les biens du constituant.

39. La règle impérative que le Guide recommande d'adopter pour régir la relation entre les parties après paiement de l'obligation garantie reflète dans une large mesure les considérations susmentionnées. Son objectif premier est d'assurer que le constituant recouvre l'usage et la jouissance complets des biens précédemment grevés et puisse effectivement les utiliser dans des opérations avec des tiers libre de tout obstacle découlant de la sûreté qui n'existe plus (voir recommandations 68 et 108).

4. Règles non impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance

40. Outre différentes règles impératives régissant les droits et obligations des parties avant défaillance, la plupart des États ont établi un ensemble de règles non impératives plus ou moins nombreuses sur d'autres questions se posant avant la défaillance. Ces règles qui sont applicables "sauf convention contraire des parties" sont appelées différemment d'un État à l'autre (par exemple *jus dispositivum*, lois supplétives, *normas supletorias*, règles supplétives, règles par défaut). Elles ont toutefois une particularité commune: elles ont vocation à s'appliquer automatiquement, en tant que clauses supplémentaires de la convention constitutive de sûreté, sauf s'il est avéré que les parties avaient l'intention de les écarter ou de les modifier.

41. Différents motifs sont invoqués pour justifier ces règles non impératives. Certains États les utilisent pour protéger la partie la plus faible, en partant du principe que la partie la plus forte s'en servirait comme référence si elle cherchait à négocier une disposition contractuelle différente. D'autres les considèrent comme des règles qui reflètent simplement les conditions d'une convention que les parties auraient elles-mêmes négociées si leur attention s'était portée sur ces points particuliers. Dans le Guide, on estime que ces règles non impératives se justifient véritablement par le fait qu'elles peuvent être utilisées pour promouvoir des objectifs généraux conformes à la logique d'un régime d'opérations garanties. Il n'est pas difficile de trouver des exemples de règles non impératives fondées sur ce motif. Dans de nombreux États, la loi dispose que, sauf convention contraire des

parties, le constituant déposera toute somme obtenue d'une assurance en raison de la perte ou de l'endommagement du bien grevé sur un compte de dépôt contrôlé par le créancier garanti, ou que, toujours à moins d'une convention contraire entre les parties, les recettes générées par le bien grevé peuvent être conservées par le créancier garanti pendant la durée de la convention constitutive de sûreté, à titre de biens grevés supplémentaires, de manière à être affectées, en cas de défaillance, au paiement de l'obligation garantie. Compte tenu de cet objectif général, il y a au moins quatre raisons pour lesquelles les États pourraient choisir de mettre en place un ensemble de règles non impératives.

42. Premièrement, en répartissant les droits et les obligations entre le créancier garanti et le constituant de la manière dont ils auraient eux-mêmes vraisemblablement convenu, et compte tenu des objectifs fondamentaux d'un régime d'opérations garanties, un ensemble de règles non impératives contribue à réduire le coût des opérations, car il évite aux parties d'avoir à négocier et à rédiger de nouvelles dispositions dans la mesure où il apporte déjà une solution satisfaisante. Les règles non impératives jouent ici un rôle de clauses tacites ou supplétives (c'est-à-dire applicables en l'absence de convention contraire) qui, à moins qu'une intention différente n'ait été exprimée dans la convention constitutive de sûreté, sont réputées en faire partie intégrante. Un exemple de clause tacite serait la règle permettant à un créancier garanti en possession du bien grevé d'obtenir toutes les recettes qu'il génère et de les affecter directement au paiement de l'obligation garantie.

43. Deuxièmement, même les parties les plus avisées et les plus expérimentées n'ont pas une connaissance infaillible de l'avenir. Quel que soit le soin qu'elles aient mis à rédiger leur convention, des imprévus se produiront. Pour parer à la nécessité d'une décision judiciaire ou arbitrale destinée à combler ces lacunes lorsqu'elles se présentent et à réduire le nombre de litiges potentiels, les États prévoient généralement des règles d'interprétation. Ces règles de base, non impératives, renvoient les parties à d'autres principes juridiques plus généraux auxquels il peut être fait appel pour résoudre les problèmes imprévus. Un exemple de règle de ce type prévoit que le constituant reste titulaire du droit principal (qu'il s'agisse du droit de propriété, d'un droit réel moindre ou d'un droit personnel) sur lequel la sûreté a été prise. Ainsi, pour faire face à n'importe quel événement imprévu, les parties peuvent commencer par se référer au principe selon lequel l'exercice de tout droit n'ayant pas expressément été attribué au créancier garanti reste réservé au constituant.

44. Troisièmement, le fait de prévoir dans la loi un ensemble relativement complet de droits et d'obligations des parties avant défaillance accroît l'efficacité et la prévisibilité en attirant l'attention des parties sur les points qu'elles devraient examiner lors de la négociation de leur convention. Un ensemble de règles supplétives qu'elles peuvent choisir d'écarter peut servir d'outil d'aide à la rédaction en leur fournissant une liste récapitulative de questions qu'elles souhaiteront peut-être aborder au moment de la finalisation de la convention. Même lorsqu'elles décident de modifier ces règles non impératives afin de mieux réaliser leurs objectifs, le fait de les avoir prises en considération garantit que ces questions ont été examinées et n'ont pas été oubliées par inadvertance.

45. Enfin, les règles non impératives permettent au principe de l'autonomie des parties de fonctionner de manière très efficace. Cet avantage est particulièrement

évident dans les opérations à long terme dans lesquelles les parties ne peuvent anticiper toutes les éventualités. Ces règles permettent une plus grande souplesse et réduisent les coûts d'exécution. En considérant la convention comme complète en elle-même, par exemple, et en imposant aux parties de formaliser toutes les modifications qu'elles y apporteront par la suite, on ne fait qu'accroître le coût de l'opération pour le constituant. Puisqu'il s'agit de règles non impératives, les parties peuvent toujours les écarter par une clause contractuelle expresse, prévoyant par exemple qu'un document écrit contient l'ensemble de la convention des parties et que les modifications orales sont interdites.

46. Les avantages de laisser les parties définir leur relation à l'aide d'un ensemble de règles non impératives sont largement reconnus par de nombreux systèmes juridiques internes (voir par exemple les articles 2736 à 2742 du Code Civil du Québec (Canada) et les articles 9-207 à 9-210 du Code de commerce uniforme des États-Unis), par les organisations proposant des lois types régionales (par exemple l'article 15 de la Loi modèle sur les sûretés (Model Law on Secured Transactions) de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et l'article 33 de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains (OEA)) et par les conventions internationales relatives à la vente internationale (par exemple l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes)¹ ou à certains aspects des opérations garanties sur les biens meubles (par exemple l'article 11, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et l'article 15 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)).

5. Règles non impératives types régissant les droits et obligations avant défaillance

a) Remarques générales

47. Le présent chapitre ne traite pas de toutes les situations dans lesquelles les États pourraient souhaiter élaborer des règles non impératives. Il n'aborde pas, par exemple, la question des règles non impératives qui pourraient être mises en place concernant des clauses additionnelles à celles qui sont exigées pour que la sûreté existe (par exemple, les éléments pouvant figurer dans la convention constitutive et qui s'ajouterait au minimum nécessaire à la constitution). Ces règles remplissent une fonction différente, et leur opportunité, leur portée et leur teneur relèveraient donc de considérations de principe différentes. Pour la même raison, ce chapitre n'aborde pas non plus la question des règles non impératives destinées à régir les droits et obligations des parties après défaillance. Celles-ci sont examinées au chapitre X (Réalisation).

48. Les règles non impératives examinées dans la présente section sont celles qui portent sur les droits et obligations des parties avant défaillance. Étant donné qu'elles reflètent généralement les besoins, les pratiques et les politiques respectifs des États, leur configuration varie énormément. Un certain nombre d'entre elles sont cependant communes à de nombreuses législations nationales actuelles et entrent généralement dans deux grandes catégories; celles qui viennent compléter les règles impératives relatives aux droits et obligations des créanciers garantis en possession

¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

des biens grevés et celles qui énoncent les droits conservés par le constituant indépendamment de savoir qui est en possession de ces biens.

49. Comme les règles impératives, ces règles non impératives visent à inciter ceux qui ont le contrôle et la garde des biens grevés à se comporter de manière responsable. Les États les organisent donc le plus souvent selon que les biens grevés sont en la possession du créancier garanti ou du constituant. Toutefois, certaines règles non impératives ont vocation à s'appliquer que ce soit le créancier ou le constituant qui ait la possession des biens grevés. Ces trois possibilités sont envisagées ci-après.

b) Règles non impératives lorsque le créancier est en possession des biens grevés

50. Comme on l'a vu plus haut, la plupart des États ont adopté des règles impératives imposant aux créanciers garantis en possession des biens grevés d'en prendre raisonnablement soin, de les conserver et de les entretenir. Généralement, lorsque le créancier garanti a le droit d'utiliser les biens grevés, il est également tenu de faire effectuer toutes les réparations nécessaires pour les maintenir en bon état. La teneur essentielle de ces règles impératives a déjà été expliquée. En outre, certains États adoptent un ensemble de règles non impératives imposant aux créanciers d'autres obligations de soin, en particulier lorsque les biens grevés génèrent des fruits civils et naturels ou d'autres sortes de revenus. Les paragraphes ci-après portent sur les règles non impératives de ce type les plus fréquentes.

51. S'agissant de l'obligation fondamentale de soin et de conservation, de nombreux États imposent expressément au créancier garanti de veiller à ce que les biens meubles corporels grevés restent clairement identifiables. S'il s'agit de biens fongibles mélangés à d'autres biens de même nature, cette obligation devient une obligation de conserver une quantité suffisante de biens de même qualité que ceux initialement grevés. De plus, lorsque l'entretien nécessite des mesures dépassant les capacités mêmes du créancier, les États lui imposent souvent d'en aviser le constituant et permettent à celui-ci, si nécessaire, de reprendre temporairement possession des biens pour les réparer, en prendre soin ou les conserver, ou encore en préserver la valeur.

52. Lorsque le bien grevé est un instrument représentant le droit du constituant au paiement d'une somme d'argent, l'obligation de soin incombant au créancier garanti ne se limite pas toujours à la conservation matérielle de l'instrument. De nombreux États imposent au créancier garanti en possession d'un instrument négociable d'éviter que le constituant ne perde ses droits à l'encontre des signataires antérieurs en prenant certaines mesures contre les personnes tenues au paiement à titre subsidiaire (par exemple les garants). Ces États prévoient en outre souvent que soit le constituant soit le créancier garanti peut demander par voie judiciaire l'exécution de l'obligation de paiement.

53. Une règle non impérative corollaire de l'obligation du créancier garanti de prendre soin du bien grevé consiste à lui permettre d'être remboursé des dépenses raisonnables exposées pour conserver le bien et de faire ajouter ces dépenses à l'obligation garantie. De nombreux États lui permettent également d'utiliser ou d'exploiter raisonnablement le bien grevé (voir recommandation 109, alinéa b)). En contrepartie, le créancier garanti doit permettre au constituant d'inspecter le bien grevé à tout moment raisonnable et sera tenu de verser des dommages-intérêts pour

toute détérioration du bien autre que celle liée à un usage normal (recommandation 109, alinéa c)).

54. Le créancier garanti étant en possession du bien grevé, il sera le plus souvent le mieux placé pour en percevoir le produit monétaire (recettes ou fruits civils) ou non monétaire (fruits naturels, qui sont aussi inclus dans la définition du terme “produit”, voir Introduction, section B, Terminologie). Pour cette raison, il est fréquent que les États adoptent une règle non impérative selon laquelle le produit monétaire et le produit non monétaire sont recouverts par le créancier garanti en possession du bien. Le constituant étant normalement en mesure de retirer le meilleur prix des fruits naturels du bien grevé (par exemple du lait d’un troupeau de vaches, des œufs d’un poulailler, de la laine d’un troupeau de moutons), les États prévoient habituellement que, dans les rares cas où le créancier garanti prend possession d’animaux vivants, il doit remettre au constituant les fruits afin que ce dernier puisse en disposer. Lorsque les fruits découlent d’une augmentation naturelle du nombre d’animaux, une règle non impérative fréquente veut que les progénitures soient automatiquement grevées de la sûreté et détenues par le créancier dans les mêmes conditions que leurs parents.

55. Lorsque le produit est monétaire, il n’est souvent guère logique d’obliger le créancier, après l’avoir perçu, à le remettre au constituant. La règle non impérative habituelle est que le créancier garanti peut soit affecter le produit en espèces au remboursement de l’obligation garantie, soit le conserver sur un compte distinct à titre de sûreté supplémentaire. Ce principe s’applique que l’argent reçu soit des intérêts, un mélange d’intérêts et de capital, ou un dividende en actions. Certains États donnent même au créancier le choix entre vendre les actions supplémentaires reçues à titre de dividende (le produit de la vente étant traité comme des dividendes en espèces) ou les conserver (comme les petits des animaux) à titre de bien grevé supplémentaire. Cependant, il arrive aussi souvent que le créancier garanti et le constituant prévoient dans leur convention constitutive de sûreté que, tant que le second n’est pas défaillant, il peut conserver les dividendes (qu’ils prennent la forme d’espèces ou d’actions).

56. On observe une grande diversité dans les règles non impératives régissant le droit du créancier garanti de disposer des biens grevés en sa possession. Certains États prévoient qu’il peut céder l’obligation garantie et la sûreté, c’est-à-dire qu’il peut effectivement transférer la possession du bien grevé à la personne à laquelle il cède l’obligation garantie. Certains États prévoient également que le créancier garanti peut constituer une sûreté sur le bien grevé pour garantir sa propre dette (“renantissement du bien grevé”) du moment qu’il n’est pas porté atteinte au droit du constituant de recouvrer les biens après avoir payé l’obligation garantie. Ces conventions de “renantissement” sont souvent limitées aux actions, obligations et autres instruments détenus sur un compte de valeurs mobilières, mais dans certains États, les créanciers peuvent renantir des biens meubles corporels tels que diamants, métaux précieux et œuvres d’art. De nombreux autres États, en revanche, interdisent au créancier garanti en possession de renantir les biens grevés, même s’il peut le faire sans porter atteinte au droit du constituant de recouvrer ses biens une fois l’obligation garantie exécutée.

57. Le risque de perte ou de détérioration des biens est normalement attaché à la propriété et non à la possession. Néanmoins, de nombreux États prévoient que lorsque les biens grevés en possession du créancier garanti sont détruits ou subissent

une détérioration anormale, le créancier est présumé fautif et doit réparer le préjudice. Cependant, la même règle non impérative prévoit généralement que le créancier n'est pas responsable s'il peut démontrer que la perte ou la détérioration sont intervenues sans qu'il ait commis de faute. Étant donné qu'il sera toujours de l'intérêt du créancier garanti de veiller au maintien de la valeur des biens grevés, de nombreux États prévoient qu'il a un intérêt assurable. S'il assure les biens contre la perte ou le dommage, quelles qu'en soient les causes, il est fondé à ajouter le coût de l'assurance à l'obligation garantie.

58. Cette dernière règle est un exemple particulier d'un principe plus général adopté en tant que règle non impérative dans de nombreux États et recommandé par le Guide: les dépenses raisonnables engagées par le créancier garanti dans l'exécution de son obligation de prendre raisonnablement soin des biens grevés dont il a la garde peuvent être mises à la charge du constituant et sont automatiquement ajoutées à l'obligation garantie (voir recommandation 109, alinéa a)). Le paiement d'impôts, les factures de réparation, les frais de stockage et les primes d'assurance sont des exemples de ces dépenses raisonnables dont le paiement incombe en définitive au constituant.

c) Règles non impératives lorsque le constituant est en possession des biens grevés

59. L'un des objectifs principaux d'un régime d'opérations garanties efficace est d'inciter un constituant qui demeure en possession des biens grevés à se conduire de manière responsable. Le fait d'empêcher tout acte qui entraînerait une diminution de la valeur des biens grevés supérieure à leur dépréciation liée à une utilisation normale va dans le sens de cet objectif. La plupart des États imposent donc au constituant non dépossédé la même obligation de soin et de conservation qu'aux créanciers garantis en possession des biens grevés. Le constituant non dépossédé est notamment tenu de faire correctement assurer les biens et de payer les impôts sans retard. S'il engage lui-même ces dépenses alors que le constituant demeure en possession des biens, le créancier garanti a le droit d'être remboursé par celui-ci et peut ajouter ces dépenses à l'obligation garantie.

60. Cependant, de nombreux États adoptent, outre ces règles impératives, des règles non impératives applicables aux sûretés sans dépossession qui visent à maximiser le potentiel économique des biens grevés. En particulier, le fait d'encourager l'utilisation et l'exploitation par le constituant des biens grevés est considéré comme un moyen de faciliter la production de recettes et le remboursement de l'obligation garantie. Pour cette raison, les États prévoient souvent que, sauf convention contraire, le constituant non dépossédé ne renonce pas aux prérogatives générales liées au droit de propriété (le droit d'utiliser le bien, d'en jouir, d'en percevoir les fruits ainsi que d'en disposer) du simple fait qu'une sûreté a été constituée. Cela signifie qu'en temps normal, il peut utiliser, louer, transformer et mélanger les biens grevés avec d'autres biens de manière raisonnable et conforme, d'une part, à leur nature et à leur destination et, d'autre part, aux objectifs que les parties ont énoncés dans la convention constitutive de sûreté. En pareil cas, le créancier garanti devrait avoir le droit de surveiller les conditions dans lesquelles les biens grevés sont conservés, utilisés et transformés par le constituant en leur possession, et d'inspecter les biens à tout moment raisonnable (voir recommandation 108, alinéa c)).

61. Si les biens grevés en possession du constituant génèrent des revenus, dans la mesure où la sûreté du créancier s'étend aux revenus ou aux recettes desdits biens, le constituant peut aussi être obligé de tenir des livres appropriés et de rendre raisonnablement des comptes concernant la disposition et la gestion de ce produit. Ses obligations particulières dans le cas de biens meubles incorporels (par exemple droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, redevances pour concession de brevets, de droits d'auteur ou de marques), notamment son droit au paiement sous forme de créances, sont examinées à la prochaine section.

62. De nombreux États disposent actuellement d'une règle non impérative empêchant que les fruits et les recettes (par opposition au produit d'actes de disposition au sens strict) soient automatiquement grevés en vertu de la convention constitutive de sûreté, l'objectif étant de donner au constituant la chance d'obtenir un financement supplémentaire en séparant ces nouveaux biens de la sûreté existante. D'autres prévoient une règle supplétive qui veut que les fruits et les recettes soient automatiquement grevés par la sûreté initiale, l'objectif étant alors de refléter les attentes et les intentions normales des parties. En tout état de cause, cette règle étant toujours supplétive, si les parties souhaitent exclure les fruits et les recettes de la sûreté, soit au moment de sa négociation, soit à tout moment ultérieur, elles sont libres de le faire.

63. Le Guide prévoit au chapitre IV sur la constitution (voir recommandation 18) qu'une sûreté s'étend à tous les produits générés par le bien grevé. Ainsi, sauf convention contraire, tous biens additionnels tirés des biens grevés lorsqu'ils se trouvent en possession du constituant sont automatiquement grevés par la sûreté, qu'ils soient considérés comme des fruits civils ou naturels ou comme un produit (au sens strict). Si les fruits sont en nature (par exemple augmentation du nombre d'animaux ou encore dividendes en actions), le constituant peut les utiliser et les exploiter dans les mêmes conditions que les biens initialement grevés. Lorsqu'il s'agit de produits agricoles (lait, œufs, laine...), la plupart des États prévoient que le constituant peut les vendre et que les droits du créancier garanti s'étendent au produit de leur disposition. Lorsque les fruits civils sont des recettes (par exemple des loyers perçus pour la location d'un bien ou des intérêts perçus sur un prêt octroyé), la sûreté s'étend à ces recettes pour autant qu'elles restent identifiables. Cependant, en règle générale, le constituant non dépossédé ne recueille pas seulement les fruits et les recettes, il dispose également des fruits dans le cours normal de ses affaires sans être soumis à la sûreté (en générant probablement un produit qui deviendra un bien grevé).

64. L'obligation de conserver le bien grevé implique normalement que le constituant qui en a la possession est responsable de la perte ou de la détérioration, que celle-ci soit causée par sa faute ou résulte d'un événement fortuit. En d'autres termes, à la différence du créancier garanti en possession du bien qui n'est pas responsable envers le constituant pour une perte ou une détérioration résultant d'un événement fortuit, le constituant, lui, est responsable quelle que soit la cause de la perte, et serait en tout état de cause défaillant en vertu de la convention.

65. En principe, le constituant ne peut disposer des biens grevés sans l'autorisation du créancier garanti. S'il le fait, l'acheteur prendra le bien sous réserve de la sûreté (voir recommandation 75). Par exception, cependant, le constituant peut disposer des biens grevés libres de la sûreté s'il s'agit de stocks ou de biens de consommation et s'il les vend dans le cours normal de ses affaires (voir

recommandation 77). Malgré cette limite à la disposition, comme le constituant conserve normalement le plein usage du bien grevé, la plupart des États adoptent des règles non impératives l'autorisant à constituer des sûretés supplémentaires sur des biens déjà grevés, leurs fruits et leurs recettes et le produit de leur disposition. Les recommandations du Guide sont compatibles avec cette approche. En outre, si le constituant n'est pas autorisé à accorder des sûretés additionnelles, cela ne l'empêche pas d'en constituer, même si, ce faisant, il violera probablement la convention constitutive de sûreté.

d) Règles non impératives quelle que soit la personne en possession des biens grevés

66. Outre les droits conférés et les obligations imposées expressément soit aux créanciers garantis soit aux constituants parce qu'ils sont en possession des biens grevés, il existe des règles non impératives, adoptées par de nombreux États, qui s'appliquent tant au créancier garanti lorsqu'il y a dépossession qu'au constituant en l'absence de dépossession. On rencontre fréquemment deux règles de ce type, l'une concernant les obligations du constituant, l'autre les droits du créancier garanti.

67. La première est un corollaire de l'idée selon laquelle le constituant en possession des biens grevés devrait en maintenir la valeur. Lorsque celle-ci vient à diminuer de manière significative, même pour des raisons qui ne sont imputables à aucune négligence de sa part, certains États prévoient que le constituant devra apporter des sûretés (ou des biens) supplémentaires pour compenser cette dépréciation imprévisible. De plus, cette règle est souvent étendue à la dépréciation normale des biens grevés due à l'usure ou aux conditions du marché, dès lors qu'elle atteint un pourcentage important de la valeur initiale des biens. En général, les parties prévoient des clauses de garantie complémentaire dans leur convention et indiquent précisément dans quelles conditions le constituant sera tenu d'apporter des biens supplémentaires en garantie, en cas de chute vertigineuse de la valeur des biens grevés.

68. Une deuxième règle non impérative fréquente a trait au droit du créancier garanti de céder à la fois l'obligation garantie et la sûreté qui s'y rattache. En l'absence de convention contraire, un créancier garanti peut librement effectuer une telle cession (voir, par exemple, l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession et la recommandation 24). Certains États prévoient en outre qu'il peut le faire même en dépit de limitations contractuelles à la cession (voir l'article 9, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et la recommandation 23). Lorsque le créancier garanti est en possession du bien grevé, il peut également, par voie de conséquence, transférer cette possession au nouveau créancier garanti. En tout état de cause, cependant, en l'absence d'une convention contraire entre le constituant et le créancier garanti initial (le cédant) qui autorise expressément un tel arrangement, le cessionnaire de l'obligation garantie ne peut acquérir ou faire valoir à l'égard du constituant ou du bien grevé de droits ou de prérogatives supérieurs à ceux dont pourrait se prévaloir le cédant.

B. Remarques sur des biens particuliers

69. Les règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance ont trait à la manière dont les prérogatives et les

devoirs liés au droit de propriété sont répartis entre le constituant et le créancier garanti. Les plus importants sont: a) l'obligation, invariablement assignée à la partie en possession du bien grevé, d'en prendre soin, de l'entretenir et de le conserver; b) le droit d'utiliser, de transformer, de mélanger et de fabriquer le bien grevé; c) le droit de recueillir les fruits, recettes et produits générés par le bien et de les utiliser; et, dans certains États, d) le droit du créancier garanti de nantir ou renantir le bien grevé ou d'en disposer, sous réserve ou non de la sûreté.

70. Ces règles envisagent généralement des situations où des biens meubles corporels sont concernés. Néanmoins, au chapitre III (Approches fondamentales en matière de sûretés), le Guide reconnaît l'importance des biens meubles incorporels et, en particulier, des droits au paiement en tant que biens grevables. Si certaines catégories de biens incorporels sont exclues du Guide (à savoir les valeurs mobilières et les droits au paiement en vertu de contrats de financement; voir recommandation 4, alinéas c) et d)), il s'applique à nombre d'autres types de biens incorporels, notamment les créances contractuelles et non contractuelles, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (voir recommandation 2, alinéa a)).

71. La constitution d'une sûreté sur un droit à paiement concerne forcément des parties autres que le constituant et le créancier garanti, et bien évidemment le débiteur de la créance. Étant donné que le bien grevé constitue l'obligation due au constituant par un tiers, les États ont été tenus d'élaborer des règles détaillées sur la relation triangulaire entre les parties, d'une part, et entre les parties et les tiers, d'autre part. Ces règles traitent des droits et obligations des parties et des tiers, que le droit à paiement soit attaché à un bien corporel (par exemple, un instrument ou un document négociable) ou incorporel (par exemple, une créance, des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant). La plupart des règles relatives à la relation entre le constituant et le créancier garanti, d'une part, et le débiteur de l'obligation (désigné dans le Guide par l'expression "tiers débiteur"), d'autre part, sont impératives. D'autres, en revanche, ne le sont pas. Les droits et obligations des tiers débiteurs sont présentés en détail au chapitre IX.

72. La présente section porte sur les droits et obligations avant défaillance entre le cédant (le constituant) et le cessionnaire (le créancier garanti) (pour la définition des termes "cédant" et "cessionnaire", voir Introduction, section B, Terminologie). Comme dans le cas des biens meubles corporels, la plupart des États considèrent que ce sont les parties elles-mêmes qui devraient déterminer leurs droits et obligations réciproques avant défaillance (voir recommandation 106). Aussi la majorité des règles relatives à ces droits et obligations sont-elles non impératives. Cependant, compte tenu de l'incidence que ces règles pourraient avoir sur des tiers, les États adoptent souvent une combinaison de règles impératives et non impératives. Les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession sont un bon exemple de cette pratique pour le cas des cessions internationales de créances.

73. Certains des aspects les plus importants de la convention entre le cédant et le cessionnaire ont trait aux garanties que le premier donne au second. En temps normal, il est présumé que: a) le cédant a le droit de céder la créance; b) la créance n'a pas déjà été cédée; et c) le débiteur de la créance ne peut opposer au cédant

aucune exception ni aucun droit à compensation. En d'autres termes, si le cédant a des doutes sur l'un quelconque de ces points, il doit les mentionner expressément dans la convention, ou déclarer expressément qu'il ne garantit rien au créancier garanti concernant ces points. En tout état de cause, parallèlement aux obligations du constituant à l'égard des biens corporels avant défaillance, le cédant doit prendre toutes les mesures raisonnables nécessaires au maintien de son droit de recouvrer la créance. Par ailleurs, à moins d'une mention expresse contraire de sa part, le cédant est présumé ne pas garantir que le débiteur de la créance peut effectivement payer. Ces différentes obligations sont énoncées sous forme de règles non impératives dans la législation nationale de la plupart des États et font l'objet d'une recommandation en ce sens dans le Guide (voir recommandation 110).

74. La valeur de la créance cédée étant constituée par le paiement qu'effectue le débiteur de la créance, et ce dernier n'étant obligé de payer le cessionnaire que s'il a connaissance des droits de ce dernier (voir recommandations 114 et 115), il importe de donner au cessionnaire tous les moyens lui permettant de porter la cession à la connaissance du débiteur. La plupart des États prévoient donc que soit le cédant soit le cessionnaire peut notifier la cession au débiteur et lui donner des instructions relatives à la manière dont le paiement doit être effectué. Néanmoins, pour éviter que des instructions contradictoires ne soient données, ces États prévoient généralement aussi, qu'une fois la cession notifiée, seul le cessionnaire peut indiquer au débiteur le mode et le lieu de paiement. Le Guide adopte également ce cadre bien établi pour la notification au débiteur de la créance (voir recommandation 111).

75. Il peut, bien sûr, se trouver des situations dans lesquelles le cédant et le cessionnaire (ou l'un des deux seulement) ne souhaitent pas que le débiteur de la créance ait connaissance de la cession. Ce souhait peut être lié aux caractéristiques particulières de l'activité du constituant ou aux conditions économiques générales. Pour cette raison, les États prévoient habituellement que le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de différer la notification de la cession au débiteur de la créance. Tant que cette notification n'est pas intervenue, le débiteur continuera de payer le cédant conformément à la convention initiale qui les lie ou à toute instruction de paiement ultérieure. Le manquement de la part d'une des parties (généralement le cessionnaire) à une obligation de ne pas notifier la cession ne devrait pas nuire au débiteur de la créance. Ce dernier sera alors tenu de payer conformément aux instructions données et pourra être libéré de sa dette à hauteur des montants ainsi versés (voir recommandation 115). Néanmoins, de nombreux États prévoient également que, sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, un tel manquement à l'obligation de ne pas notifier la cession peut faire naître une responsabilité pour tout préjudice en résultant. Le Guide recommande que ces principes généraux s'appliquent à la notification de la cession au débiteur de la créance (voir recommandation 111).

76. La sûreté portant en fait sur le droit au paiement, il importe de préciser l'effet de tout paiement fait par le débiteur de la créance, soit au cédant soit au cessionnaire, sur les droits respectifs de ces derniers. De nombreux États ont adopté des règles non impératives destinées à régir les paiements effectués de bonne foi qui n'étaient pas forcément conformes à l'intention du cédant ou du cessionnaire, ce qui arrive parfois lorsque le débiteur de la créance a reçu des instructions de paiement

contradictoires ou qu'il a pris connaissance de la cession sans avoir reçu de notification formelle.

77. En général, ces règles couvrent deux cas de figure. Premièrement, il est possible, même si le débiteur de la créance n'a pas été avisé de la cession, que le paiement soit fait dans les mains du cessionnaire. Étant donné l'objectif de la sûreté sur la créance, il est plus efficace de permettre au cessionnaire de conserver ce paiement en l'affectant au règlement de l'obligation du cédant. Deuxièmement, si le paiement est fait dans les mains du cédant postérieurement à la cession, et là encore indépendamment de la question de savoir si le débiteur de la créance avait été avisé de la cession, le cédant devrait être tenu de remettre le paiement reçu au cessionnaire. Pareillement, une fois le débiteur avisé, si l'obligation de paiement consiste en partie à restituer certains biens meubles corporels au cédant, les États prévoient souvent que ceux-ci doivent être remis au cessionnaire. Par exemple, si cette obligation du débiteur vise en partie le transfert d'un instrument négociable au cédant, une fois que la notification a été reçue, cet instrument devrait être transféré au cessionnaire. Le Guide recommande l'adoption de cet ensemble de pratiques pour régir les paiements effectués à la mauvaise personne (voir recommandation 112, alinéa a)). Dans tous ces cas, bien entendu, les règles adoptées par de nombreux États sont non impératives et le cédant et le cessionnaire pourraient donc adopter une solution différente dans leur convention.

78. En cas de cessions multiples de la créance, le débiteur peut recevoir de multiples notifications et ne pas savoir quel cessionnaire est le plus fondé à recevoir paiement. Il arrive alors qu'il paie de bonne foi dans les mains d'un cessionnaire ayant un rang de priorité moins élevé. En pareil cas, les États prévoient généralement que le cessionnaire de rang plus élevé ne doit pas être privé de ses droits à obtenir paiement ni, lorsque l'obligation de paiement comprend la restitution de biens au cédant, de ses droits à recevoir également lesdits biens. Le cessionnaire de rang moins élevé doit alors remettre le paiement au cessionnaire de rang plus élevé. Conformément à son approche générale en matière de répartition des droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire avant défaillance, le Guide recommande que ces principes généraux régissent les cas où le paiement a été fait de bonne foi dans les mains d'une personne qui n'était pas en réalité fondée à le recevoir (voir recommandation 112, alinéa a)).

79. Quelles que soient les circonstances dans lesquelles le cessionnaire obtient paiement, les États prévoient systématiquement une règle impérative selon laquelle il ne peut le conserver qu'à hauteur de ses droits sur la créance. En d'autres termes, contrairement au cas d'une réalisation ordinaire après défaillance (voir chapitre X (Réalisation)), si le débiteur effectue un paiement supérieur au montant du solde de la dette du cédant, le cessionnaire ne peut conserver le surplus (voir recommandation 151), mais doit le remettre à la personne à laquelle il revient (le cessionnaire de rang immédiatement inférieur ou le cédant, selon le cas). De la même manière qu'un créancier garanti qui a été entièrement remboursé doit, soit remettre les biens meubles corporels au constituant, soit faire en sorte que tout avis concernant ses droits soit radié du registre général des sûretés, les États imposent généralement aussi à un cessionnaire qui a été entièrement remboursé d'en aviser le débiteur de la créance et d'indiquer à ce dernier qu'il ne devrait plus recevoir de paiements. Telle est l'approche recommandée dans le Guide (voir recommandation 112, alinéa b)).

80. Ces règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance des cédants et des cessionnaires de biens meubles incorporels contribuent à structurer la relation qui les lie. À bien des égards, les règles non impératives illustrent ce à quoi sont destinées des règles supplétives, ce qui explique qu'elles soient explicitement mentionnées dans la législation nationale de nombreux États. C'est aussi pour cette raison que le Guide recommande de les faire figurer dans toute loi relative aux opérations garanties, afin de favoriser l'efficacité de la cession et du recouvrement de créances, tout en permettant aux cédants et aux cessionnaires de structurer leurs propres opérations de manière différente afin qu'elles correspondent à leurs propres besoins et à leurs propres souhaits.

C. Recommandations

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, le document A/CN.9/637 présentant l'ensemble des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, celles-ci ne sont pas reproduites ici. Une fois finalisées, elles figureront à la fin de chaque chapitre.]
