

UNIDROIT 1993
Etude LXXII - Doc. 8
(original: anglais)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

COMITE D'ETUDE CHARGE DE L'ELABORATION D'UNE REGLEMENTATION UNIFORME
RELATIVE A CERTAINS ASPECTS INTERNATIONAUX DES SURETES
GREVANT LE MATERIEL DEPLACE D'UN PAYS DANS UN AUTRE

OBSERVATIONS

relatives à une Convention proposée d'Unidroit sur les sûretés
grevant le matériel déplacé d'un pays dans un autre

préparées par le Professeur R.C.C. CUMING
(Université de Saskatchewan)

Rome, décembre 1993

OBSERVATIONS RELATIVES A UNE CONVENTION PROPOSEE D'UNIDROIT SUR LES SURETES GREVANT LE MATERIEL DEPLACE D'UN PAYS DANS UN AUTRE

Aux membres du sous-comité restreint du Comité d'étude d'Unidroit chargé de l'élaboration d'une Convention sur les sûretés grevant le matériel mobile

de: Professeur Ronald C.C. Cuming
Université de Saskatchewan
Saskatoon, Canada

Date: 5 novembre 1993

I. INTRODUCTION

1. Le cadre dans lequel s'insèrent ces observations

Les observations qui sont ici soumises visent à fournir des orientations éventuelles pour les débats qui se dérouleront à la réunion du sous-comité restreint en février 1994. Je me suis efforcé dans ce document d'exposer l'éventail des questions qui pourraient être traitées dans une Convention portant sur certains types de sûretés internationales grevant du matériel susceptible être déplacé d'un pays dans un autre ("mobile").

Je sou mets ci-après des dispositions qui reflètent les conclusions provisoires auxquelles je suis *personnellement* parvenu, à la lumière des discussions qui ont eu lieu à la réunion de mars 1993 du Comité d'étude. Chaque fois que nécessaire, j'ai incorporé des suggestions représentant d'autres solutions possibles pour refléter des opinions minoritaires jouissant d'un soutien significatif entre les membres du Comité d'étude. Le projet de ces dispositions n'est pas une tentative de ma part de consigner ou de mettre sous forme de règles juridiques les conclusions du Comité d'étude, ou de préjuger la forme finale de la Convention; elles visent essentiellement à une analyse dépassant les considérations générales.

2. L'approche: une Convention de droit matériel

Dans un court document que j'ai présenté à la réunion de mars 1993, je notais que l'on pourrait choisir entre deux approches possibles pour une Convention internationale sur les sûretés grevant les biens meubles. L'une serait de créer un code international réglementant de façon exhaustive les contrats de garantie internationaux constitutifs de sûretés sur le matériel mobile. L'autre consisterait à créer un système de droit international permettant la reconnaissance entre systèmes juridiques différents, des "sûretés" ("security interests") grevant le matériel mobile, créés en vertu du droit national, et remplissant certaines conditions.

La première possibilité est celle qui a recueilli le plus de suffrages entre les membres du Comité d'étude à la réunion de mars 1993. Bien que cette approche n'exclue pas le recours aux règles de conflit pour certaines questions, elle ne s'en remet pas au droit interne pour les questions fondamentales à caractère conceptuel ou structurel. Elle implique nécessairement un régime juridique bien plus complet, et même presque autonome. En fait, et cela résulte clairement du texte exposé ci-après, il faudrait une réglementation très proche de celle qui est contenue dans les législations nord-américaines qui ont un droit moderne pour les sûretés grevant les biens meubles.

II. DOMAINE

1. Les bénéficiaires de la Convention

Une question importante qui n'a pas été débattue à la réunion de mars 1993 du Comité d'étude est celle de savoir si la Convention ne devrait bénéficier qu'à des personnes domiciliées dans des Etats parties à la Convention ou bien si elle pourrait être invoquée par tout créancier titulaire d'une sûreté grevant un matériel mobile tel que décrit dans la Convention. Mon point de vue est que la Convention devrait avoir un champ d'application aussi large que possible compte tenu des possibilités effectives de la mettre en oeuvre.

La raison d'être de la Convention est de fournir un régime international qui éliminerait les risques juridiques les plus importants afférents au financement garanti de matériel mobile. Les traits essentiels de la Convention consisteraient dans un ensemble de règles de priorités, accompagné d'un registre international pour les sûretés et, éventuellement, des règles fondamentales traitant des effets *inter partes*. Il n'y a pas nécessairement de liens entre ces aspects du régime et le domicile du créancier garanti ou du débiteur. En définitive, ce qui importe au créancier garanti c'est, en cas de défaillance du débiteur, de pouvoir saisir le bien grevé par préférence à d'autres personnes qui le revendiqueraient. Il suffit donc à cette fin que le bien se trouve matériellement situé dans un Etat qui reconnaisse le rang attribué au créancier garanti et le droit de celui-ci d'exécuter sa sûreté. Le facteur pertinent à cet égard serait donc qu'au moment de la réalisation de la sûreté à l'égard des tiers ou du débiteur, le matériel soit situé dans un Etat partie à la Convention ou qui reconnaît la Convention comme loi applicable.

2. Définition du champ d'application

Ailleurs dans le présent document, je suggère que la Convention devrait prévoir la possibilité que les parties à un contrat de garantie pourraient vouloir écarter la loi normalement applicable et considérer que la seule loi qui leur est applicable est la Convention. Si cette approche était retenue, la Convention s'appliquerait à toute sûreté qui satisfait aux conditions de la Convention, de sorte que toute sûreté grevant un matériel mobile pourrait être inscrite dans le registre international établi en vertu de la Convention. Toutefois, le seul fait qu'un contrat de garantie crée une sûreté sur un matériel mobile n'entraîne pas que les droits dérivant du contrat ou que les droits des tiers constitués sur le matériel mobile après la création de la sûreté se trouvent affectés par la Convention. Cela signifie simplement qu'il se pourrait que les questions de priorités à l'égard du bien ou d'exécution de la sûreté vis-à-vis du débiteur se trouvent soumises aux règles de la Convention, l'application effective de ces règles dépendant de la réalisation de certaines conditions établies par la Convention.

Article _____

La présente Convention s'applique à un contrat de garantie créant une sûreté sur un matériel mobile.

3. Type de biens: le "matériel mobile"

Il semblait y avoir le sentiment général au sein du Comité d'étude que la Convention proposée devrait s'appliquer au "matériel mobile". Il existait également un consensus quant à la manière de déterminer ce qui constitue un "matériel". Le terme "matériel" serait utilisé, de même que dans la

législation nord-américaine sur les sûretés grevant les biens meubles, pour désigner les biens utilisés par le débiteur principalement dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale, mais n'inclurait pas les biens destinés à la revente. Cela exclurait donc les biens de toute nature que le débiteur détient en stock ou qu'il utilise comme des biens de consommation. Dans cette optique, la nature des biens lorsqu'ils étaient en possession du vendeur n'importe pas (dans le cas d'une vente à tempérament garantie); il pourrait s'agir de stocks, de biens d'équipement et même de biens de consommation. Ce qui importe, c'est l'usage auquel le débiteur les destine.

Une difficulté évidente dans cette approche est qu'elle exclut certains types de biens de grande valeur que le débiteur détient comme biens de consommation. Des exemples courants sont des bateaux de plaisance de grande taille et les avions, utilisés principalement à des fins non professionnelles. Il serait nécessaire de compléter ce critère (ainsi qu'on a tenté de le faire ci-dessous) si de tels biens devaient être inclus dans la Convention.

Une autre difficulté de cette approche est qu'un changement de destination des biens par le débiteur après la création de la sûreté ne sera pas connu des tiers qui doivent décider si consulter ou non le registre international. Dans la législation nord-américaine, la qualification des biens se fait à la date où la sûreté est créée. Un changement ultérieur dans la destination des biens par le débiteur, de stock en biens d'équipement, ou de biens de consommation en biens d'équipement, n'impose pas au titulaire de la sûreté une nouvelle obligation de procéder à l'enregistrement requis s'agissant de biens utilisés par le débiteur à des fins différentes. A moins de considérer qu'un changement de destination du bien par le débiteur ultérieurement à la création de la sûreté entraîne ou exclut dès ce moment l'application de la Convention, il faut accepter que c'est au moment de la création de la sûreté que l'on doit se placer quant à la qualification des biens. Cela permet aux tiers qui veulent s'assurer que toutes les sûretés antérieurement constituées leur sont connues d'obtenir le renseignement correspondant auprès du registre international et de prendre toutes les mesures prévues par la loi normalement applicable afin de protéger leur droit lorsqu'ils constituent une sûreté sur des biens qui auraient pu être des biens d'équipement à un moment antérieur.

Il y a au moins trois façons possibles de déterminer les types de "matériel mobile" auxquels la Convention devrait s'appliquer.

Le critère de la mobilité: une possibilité est de retenir la "mobilité" comme élément de définition. De la sorte, la mobilité est déterminée, non sur la base de ce qui advient à un bien particulier, mais selon le sort que connaît habituellement le matériel de ce type. En conséquence, la Convention s'appliquerait à du "matériel" d'un type "généralement déplacé d'un Etat à un autre par les utilisateurs".

Une difficulté afférente à ce type d'approche est qu'elle pourrait être trop large. Telle quelle, elle inclurait des biens de faible valeur que les débiteurs utilisent comme du "matériel" (selon la définition *supra*) tel que des automobiles, des camions légers, des petites embarcations, ou du matériel de construction d'une valeur relativement modeste utilisé par des entreprises commerciales. Il ne serait guère pratique ni acceptable dans le principe de penser que les titulaires de sûretés sur ce type de matériel ou les acheteurs doivent connaître l'existence d'un registre international, et se soumettre à l'enregistrement. L'on pourrait résoudre cette difficulté en établissant dans la Convention une définition restrictive de la mobilité et une liste de types particuliers de biens qui sont exclus (ainsi que proposé ci-dessous). On pourrait aussi établir une règle de priorité spéciale qui protégerait les acheteurs de biens de faible valeur (non proposé). Une combinaison de ces mesures pourrait être nécessaire.

Une liste: une autre solution possible est de préciser dans des termes génériques les types de biens sur lesquels peuvent grever les sûretés régies par la Convention.

Cette solution présente une difficulté évidente, celle d'énumérer tous les types de matériels qui relèveraient du champ de la Convention. Toute tentative d'utiliser des éléments descriptifs larges comporte le risque d'une application non souhaitable de la Convention à des biens de faible valeur.

Solution intermédiaire: une autre solution serait de combiner les deux approches susindiquées. De cette façon, la Convention contiendrait un critère de mobilité restreint complété par i) une liste de types de biens meubles qui ne satisfont pas au critère de mobilité restreint, ii) une liste de types particuliers de biens de consommation de valeur élevée qui seraient couverts par la Convention et iii) une liste de biens qui satisferaient au critère mais qui pour une raison ou une autre (par exemple, des biens de faible valeur unitaire ou des biens tels que des navires de mer qui sont soumis à un autre régime international) ne sont pas couverts par la Convention.

Une définition du "matériel mobile" reflétant cette approche est présentée ci-après. La définition contient un critère de mobilité qui, cependant, est nuancé par la condition générale que le matériel soit muni d'un système de propulsion autonome. Cet élément est destiné à limiter le champ de définition à des biens de valeur élevée, compte tenu de l'hypothèse que si le matériel est muni d'un système de propulsion, il sera d'une valeur suffisamment élevée pour justifier que les sûretés dont il serait grevé relèvent du domaine de la Convention. Toutefois, il faut reconnaître qu'il y a des matériels de grande valeur qui ne sont pas à autopropulsion, et ces types seraient alors couverts par des termes génériques.

La définition tient compte de la suggestion que la Convention devrait s'appliquer aussi à des types particuliers de biens de consommation de valeur élevée. Là encore de tels types de biens seraient visés dans des termes génériques.

Article _____

"Matériel mobile"

a) désigne des biens, et les accessoires fixés à de tels biens, utilisés par le débiteur principalement à des fins professionnelles ou commerciales à l'exclusion des marchandises destinées à la revente, qui sont d'un type généralement déplacé d'un Etat dans un autre en vue d'être utilisés dans cet autre Etat, et

- (i) qui sont munis d'un système de propulsion autonome; ou
- (ii) qui appartiennent à l'une des catégories suivantes:
 - conteneurs de transport
 - pipelines de gaz naturel ou de pétrole
 - matériel ferroviaire roulant
 -, (à compléter par tout autre type de biens approprié)

b) et comprend:

- les aéronefs
- les bâtiments de plus de ____ tonnes, mais moins de ____ tonnes de déplacement,
-, (à compléter par tout autre type de biens approprié)

que le débiteur utilise principalement à des fins non professionnelles,

c) à l'exclusion:

- des automobiles
 - des camions d'un poids brut de véhicule de moins de ____ tonnes,
 - des bâtiments de plus de ____ tonnes de déplacement
 -, (à compléter par autre type de biens approprié)
-

4. Biens grevés autres que le "matériel mobile"

- Les biens incorporels

Durant les délibérations du Comité d'étude, la suggestion a été faite que la Convention pourrait s'appliquer aux sûretés grevant certains types de biens incorporels tels que les créances. Toutefois, étant donné que la question n'a pas été approfondie, je n'ai pas examiné en détail les implications de la suggestion. Une condition préalable à toute tentative de soumettre les créances au domaine de la Convention serait de savoir s'il est ou non nécessaire de prévoir un régime international pour réglementer les cessions successives de créances.

- Les produits

Bien qu'ait été mentionné le produit de la vente du bien à la réunion de mars 1993 du Comité d'étude, la question n'a pas été approfondie.

L'on a reconnu dans les pays d'Amérique du Nord qu'un régime juridique qui n'envisage que les sûretés constituées sur le bien d'origine est insuffisant. Il faut donc un régime qui reconnaisse qu'une sûreté constituée à l'origine sur un bien, est transférée (se poursuit) sur le produit reçu par le débiteur par suite de la disposition du bien grevé. La reconnaissance des sûretés sur les produits est d'une importance souveraine pour les sûretés grevant les stocks car, par la force des choses, le contrat de garantie qui est à l'origine de la sûreté (ou les règles impératives applicables) donne expressément ou implicitement au débiteur la faculté de vendre les marchandises en stock grevées dans la marche normale des affaires. Toutefois, la législation nord-américaine sur les sûretés ne limite pas la notion de produits à ceux dérivant de la vente des stocks; elle s'applique aussi au produit de la vente des biens d'équipement (et des biens de consommation).

Il y a deux raisons pour ne pas tenter d'intégrer dans la Convention la solution retenue par la législation nord-américaine concernant les produits. La première est qu'il n'existe pas le même besoin de disposer d'un régime complexe pour protéger les sûretés sur les produits lorsque les biens grevés ne sont pas des stocks. La plupart des types de matériels grevés en vertu de contrats de garantie enregistrés sont des biens de nature telle que le plus souvent, le créancier garanti est en mesure de le reprendre dans les mains d'un tiers à qui il a été transféré. La deuxième raison est que toute tentative d'élaborer dans la Convention un régime sophistiqué pour les sûretés sur les produits impliquerait de devoir élaborer des règles de priorités détaillées traitant du rang des droits sur tous les produits, y compris ceux dérivant des biens autres que le matériel, les meubles incorporels et les effets négociables tels que l'argent et les actions. Toutefois l'idée de comprendre les sûretés légales automatiques sur le produit ne doit pas être totalement écartée car celles-ci peuvent être importantes pour les financeurs de biens d'équipement dans certains cas.

Il existe une autre approche qui consiste à reconnaître de façon limitée les produits sans devoir traiter des questions difficiles de priorités. De cette façon, une sûreté sur des produits autres qu'un matériel mobile serait automatiquement créée en vertu de la Convention mais sa reconnaissance dépendrait de l'existence d'un type semblable de sûreté en vertu de la loi applicable. La sûreté sur les

produits de la Convention trouverait une analogie dans une sûreté équivalente (pour autant qu'il en existe) de la loi applicable (en presumant qu'il s'agirait de la loi d'un Etat partie à la Convention) et serait soumise aux règles de cette loi en matière d'enregistrement et de priorités. Par exemple, si le matériel grevé d'une sûreté enregistrée en vertu de la Convention est vendu par le débiteur sans le consentement du créancier garanti et, pour une raison quelconque, ne peut être saisi par celui-ci, le créancier garanti détiendrait une sûreté sur le produit en vertu de la Convention sur le montant payable par l'acheteur (le débiteur de l'obligation monétaire) et pourrait donc être exécutée par le créancier garanti. Toutefois, si le vendeur du matériel (le débiteur d'origine) a cédé la créance à un tiers, le rang du créancier garanti vis-à-vis du cessionnaire serait déterminé conformément (par exemple) à la loi du lieu de l'établissement du débiteur de l'obligation monétaire.

Même s'il est possible d'établir dans la Convention des règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable, il pourrait être difficile de parvenir à un accord sur le contenu de telles règles. Cette question devrait sans doute être déterminée par la loi du for.

Cette solution ne prévoit qu'une protection limitée des sûretés sur les produits. Ce n'est que si la loi applicable est celle d'un Etat partie à la Convention qui reconnaît les sûretés sur les produits, que les sûretés sur les produits soumises à la Convention seront opposables. En outre, pour que le créancier garanti ait préséance sur des droits concurrents sur les produits faisant l'objet de la garantie, il doit accomplir les formalités requises pour l'opposabilité prescrites par la loi applicable (enregistrement).

Article _____

"Produits" signifie:

- a) des biens mobiliers dérivant de toute opération portant sur le matériel mobile ou des produits dérivant de celui-ci et sur lesquels le débiteur est titulaire d'un droit,
- b) un droit au paiement d'une assurance ou à tout autre paiement à titre d'indemnité ou d'indemnisation pour la perte du matériel mobile ou des produits de celui-ci, ou pour les dommages causés à ce matériel ou à ces produits.

Article _____

- 1) Les articles _____ (règles en matière d'enregistrement et de priorités) ne s'appliquent pas à une sûreté sur les produits autres que provenant d'un matériel mobile.
- 2) Une sûreté sur les produits autres que provenant d'un matériel mobile, est considérée comme une sûreté correspondante en vertu de la loi applicable et, sous réserve des dispositions contraires de la présente Convention, est régie par la loi applicable.

Voir également la définition de "sûreté", ci-dessous.

5. Le "débiteur" et l'"obligation garantie"

Il y a eu un accord général au sein du Comité d'étude à la réunion de mars 1993 qu'il ne devrait pas être posé de restriction aux types d'obligations garanties couvertes par une Convention sur les sûretés. La législation nord-américaine sur les sûretés grevant les biens meubles concerne les obligations non pécuniaires; toutefois cet aspect de la réglementation n'a guère retenu l'attention et soulève des problèmes délicats. [Par exemple un acheteur peut-il détenir une sûreté sur des marchandises déterminées que lui fournira le vendeur et avoir recours au système d'opposabilité pour

obtenir l'exécution forcée du contrat de vente par la saisie des marchandises entre les mains du vendeur?).

Une question qui fut brièvement discutée à la réunion de mars 1993 du Comité d'étude est celle de savoir si une sûreté régie par la Convention pourrait garantir des obligations du débiteur (ou d'un tiers) qui naissent après la conclusion du contrat de garantie. Les paiements futurs en vertu d'un accord de prêt échelonné ou les frais encourus par le créancier garanti pour le compte du débiteur (par exemple le versement des primes d'assurance non payées sur le matériel) relèveraient de cette catégorie. Le Comité d'étude a appuyé l'idée que les sûretés relevant de la Convention devraient être suffisamment larges pour garantir les obligations futures du type indiqué dans le contrat de garantie (et figurant le cas échéant dans l'inscription au registre international). J'ai abordé cette question plus amplement dans la partie du présent document traitant des priorités car c'est dans ce contexte que les problèmes afférents aux paiements futurs se poseront.

A sa réunion de mars, le Comité d'étude a appuyé le principe que la Convention devrait reconnaître qu'une sûreté peut être constituée pour garantir l'obligation d'un tiers. Dans la pratique, la situation mettant en présence deux débiteurs sera susceptible de se poser lorsqu'une personne concède une sûreté sur son matériel pour garantir une obligation d'un tiers vis-à-vis du créancier garanti. De ce fait, il y a deux débiteurs; le débiteur qui est propriétaire du matériel et qui peut en deuxième instance répondre à l'égard du titulaire de la sûreté à concurrence de la valeur du bien; et le débiteur qui n'est pas propriétaire du matériel mais qui est le débiteur principal. Ce type de situation peut également se présenter lorsqu'une personne fournit une sûreté personnelle pour garantir l'obligation d'une autre personne qui a concédé une sûreté sur son matériel. A moins que l'on choisisse d'étendre la Convention pour inclure des dispositions traitant de l'obligation du débiteur *simpliciter*, il n'y a pas lieu de se préoccuper des "débiteurs" qui ne sont pas propriétaires du matériel grevé par la sûreté.

Je pense que la Convention devrait inclure tant les personnes physiques que les personnes morales dans sa définition de "débiteur".

"Débiteur" signifie:

a) une personne qui, en qualité de débiteur principal ou de garant de celui-ci, est tenu à l'exécution d'une obligation garantie et qui est détenteur d'un droit sur le (est propriétaire du) matériel grevé par la sûreté, et

[b) un locataire en vertu d'une location constitutive de sûreté].

6. La "sûreté"

- Définition fonctionnelle du "contrat de garantie" et de la "sûreté"

Le Comité d'étude a décidé que la "sûreté" devrait être définie selon un critère fonctionnel, de façon à éviter les problèmes soulevés par les conceptions divergentes qu'ont les systèmes juridiques nationaux des sûretés. De la sorte, il n'importerait pas qu'une sûreté ne soit pas considérée comme valable selon la loi du lieu où est situé le matériel, de l'Etat de l'établissement de l'une ou de l'autre partie, ou d'un tiers titulaire d'une sûreté sur le matériel. Si la sûreté relève de la définition de la Convention, des Etats parties à la Convention reconnaîtront sa validité dans le contexte du régime de la Convention.

Les membres du Comité d'étude ont convenu que le concept de sûreté de la Convention devrait être limité aux sûretés conventionnelles constituées entre le créancier garanti (prêteur ou vendeur) et le débiteur (emprunteur ou acheteur). Ils ont également concordé que seraient couvertes les conventions de réserve de propriété dans lesquelles la finalité commerciale recherchée par le vendeur titulaire du droit de réserve de propriété est de garantir le paiement du prix d'achat du matériel et l'exécution des obligations accessoires dérivant du contrat de vente.

Plus loin dans le présent document, je décris deux situations dans lesquelles la Convention s'appliquerait. La première est celle où une sûreté est créée sur un matériel mobile en vertu du droit national (mais remplissant en même temps les conditions de la Convention), et par la suite un élément international survient qui la soumet au régime de la Convention. On peut présumer que, hormis pour les Etats-Unis et la plupart des provinces canadiennes, la loi nationale sera celle du lieu où se trouve le matériel mobile au moment de la naissance de la sûreté, puisque telle est la règle que les tribunaux de la plupart des Etats du monde appliquent. Cette hypothèse reflète le point de vue majoritaire au sein du Comité d'étude que, aux fins de l'application des règles de la Convention en matière d'opposabilité et de priorités, il doit exister un élément international. Les règles de la Convention ne s'appliqueraient pas aux situations purement nationales où est en jeu une sûreté sur un matériel mobile.

Dans cette optique, l'élément international pourrait élargir (ou peut-être diminuer) l'étendue et les caractéristiques de la sûreté créée en vertu de *lex situs* d'origine. En conséquence, le fait que la *lex situs* du matériel au moment de la naissance de la sûreté ne permette pas la constitution de sûreté sur les obligations futures du débiteur ou grevant un matériel à acquérir à une date ultérieure, ou ne reconnaisse pas la sûreté automatique sur les produits, n'a aucun effet sur l'application de la Convention pour autant que celle-ci reconnaisse de telles possibilités.

Certaines des caractéristiques énoncées par la Convention pourront relever de stipulations contractuelles entre la partie garantie et le débiteur. Cela dit, un accord de garantie conclu strictement dans la perspective de la loi de situation du matériel au moment de la naissance de la sûreté pourrait ne pas faire état de telles caractéristiques. Le titulaire de la sûreté qui voudrait pleinement bénéficier des règles de la Convention doit être conscient de l'importance de rédiger convenablement son contrat de garantie.

- Les sûretés grevant le matériel à acquérir

Le Comité d'étude a exprimé son soutien à la réunion de mars 1993 à la suggestion que la sûreté régie par la Convention puisse être valablement constituée sur un matériel à acquérir (c'est-à-dire un matériel sur lequel le débiteur acquiert des droits, y compris la propriété, après la conclusion du contrat de garantie). Dans cette optique, un contrat de garantie pourrait être rédigé de façon à constituer une sûreté sur la totalité du matériel (ou le matériel précisé) acquis par le débiteur durant la vie du contrat. J'ai traité cette question plus à fond dans la partie du document relatif aux priorités car c'est dans ce contexte que se posent les problèmes dérivant des sûretés sur le matériel à acquérir.

- Les baux constitutifs de sûretés

Plusieurs membres du Comité d'étude ont reconnu le problème pratique constitué par le fait que la Convention ne puisse s'appliquer qu'aux contrats de garantie formellement désignés comme tels, alors que dans de très nombreux cas, le prix d'achat du matériel mobile est financé par des opérations de bail ("equipment leases"). Ces membres ont suggéré qu'il serait souhaitable (ou peut-être même nécessaire) d'étendre la définition pour inclure des opérations comme la location de biens meubles qui sont, non d'un point de vue conceptuel, mais bien fonctionnel, des contrats de garantie. Le problème de la qualification de telles opérations comme des locations proprement dites ou comme des contrats de garantie a été très complexe dans la plupart des systèmes nord-américains, et a engendré un

contentieux très important et une confusion considérable. Cela devrait être évité dans le contexte de la Convention.

Bien qu'il soit nécessaire d'étudier plus à fond cette question, je suis d'avis que ce problème ne peut être laissé de côté. S'il n'était pas directement résolu dans la Convention, l'efficacité de celle-ci en serait diminuée au point qu'elle ne présenterait guère plus d'intérêt pour un grand nombre d'Etats. Si les acheteurs et les financeurs de matériel savent que les règles en matière d'enregistrement et de priorités de la Convention ne s'appliquent pas à une gamme étendue d'opérations qui visent *de facto* au financement sous la forme de location de matériel, ils perdront probablement une large part d'intérêt à soutenir l'acceptation de la Convention dans leurs pays. Il y aurait en outre une grande incertitude et irrégularité dans l'application de la Convention entre les Etats qui la mettent en oeuvre. Les tribunaux dans certains Etats adopteraient une démarche formaliste et refuseraient d'aller au-delà de la qualification donnée au contrat par les parties, tandis que dans d'autres Etats, les tribunaux appliqueraient un critère substantiel ou "fonctionnel" et concluraient que les opérations qualifiées de "location" ou "bail" par les parties sont au fond ou quant à leur finalité des contrats de garantie soumis à la Convention.

Afin d'éviter de tels problèmes, il serait nécessaire d'inclure de telles opérations de bail à des fins de financement dans le champ de la Convention. L'on peut choisir entre deux possibilités. L'une est de disposer que, quant au fond, le concept de "sûretés" vise à inclure les contrats de sûreté sous forme de bail. L'autre est d'énoncer dans la définition de "sûretés" un ensemble de critères assez précis pour déterminer les types de baux relevant de la Convention. La première solution est plus souple, mais donne lieu à une grande incertitude et à une irrégularité d'application. C'est la raison pour laquelle je préfère la deuxième possibilité. Malgré une certaine mesure d'arbitraire qui lui est inévitablement liée parce que certaines opérations qui sont, de par leur finalité, des systèmes de garanties seront laissées de côté, la certitude qu'elle procure est assez élevée. Voir la Variante I, ci-dessous.

Les observations de certains membres du Comité d'étude à la réunion de mars 1993 ont fait apparaître clairement qu'il pourrait être inacceptable d'étendre la Convention aux baux constitutifs de sûretés qui sont considérés dans certains Etats comme des baux proprement dits. Il sera important d'explorer la question plus avant pour établir quelle est la base de l'objection. Deux directions pourraient être étudiées.

Si certains Etats trouvent contestable de considérer à tous les effets ces types de baux constitutifs de sûretés comme des contrats de sûretés, ils pourraient être disposés à les voir traiter comme des contrats de sûreté seulement pour ce qui est de l'enregistrement et des priorités mais non pour ce qui est de la réglementation des droits *inter partes*. (Il s'agirait là d'une variante de la conception qui prévaut dans plusieurs provinces canadiennes selon laquelle tout bail d'une durée supérieure à un an est soumis aux règles de conflits de lois, de "perfection" et de préférence du *Personal Property Security Act*). Cette voie est exposée ci-dessous comme Variante II.

Par ailleurs, ces mêmes Etats pourraient accepter que des types particuliers de locations qui remplissent les mêmes fonctions que les contrats de sûretés soient soumis aux dispositions de la Convention concernant l'efficacité et les priorités si de telles opérations ne sont pas identifiées comme étant des contrats de sûretés mais des baux soumis à enregistrement. Cette démarche n'est pas différente dans ses effets, à la Variante II; ce sont les moyens qui changent. Cette voie apparaît ci-dessous comme Variante III.

Variante I:

"Contrat de sûreté" signifie un contrat qui crée une "sûreté" et s'entend aussi d'un contrat de bail constitutif de sûreté.

"Sûreté"

a) signifie un droit réel sur un matériel mobile et sur les produits, en garantie d'un paiement ou de l'exécution d'une obligation

et inclut

b) la réserve de propriété du vendeur sur le bien meuble en garantie du prix d'achat du bien,

c) le droit d'un bailleur en vertu d'un bail constitutif de sûreté,

à l'exclusion d'un privilège, d'une charge ou d'un droit ne dérivant pas d'un contrat.

"Bail constitutif de sûreté" s'entend d'un contrat, quelle qu'en soit la dénomination et celle des parties, qui prévoit ou non le transfert de la propriété du matériel entre les parties, en vertu duquel

a) la personne désignée comme preneur est tenue d'acheter le matériel ou de renouveler le contrat pour une ou plusieurs périodes correspondant au total à toute, ou à presque toute, la durée de vie économique résiduelle du matériel,

b) la propriété est transférée automatiquement à la personne désignée comme preneur après le versement de la totalité des loyers ou d'un nombre déterminé de loyers,

c) la personne désignée comme preneur a la jouissance du matériel pendant toute ou presque toute, la durée de vie économique résiduelle du matériel; ce droit ne peut résulter d'accords négociés ultérieurement à la conclusion du contrat,

d) la personne désignée comme preneur a le droit d'acheter le matériel pour un prix convenu à la date du contrat ou établi selon un calcul prévu au contrat, d'un montant substantiellement inférieur à la valeur sur le marché du matériel à la date où le droit d'achat est exercé; cependant un bail n'est pas considéré comme constitutif de sûreté par le seul fait que le preneur a le droit d'acheter le matériel,

e) la personne désignée comme preneur a le droit de renouveler ou d'étendre le droit à la jouissance du matériel pour un prix convenu à la date du contrat ou selon un calcul prévu au contrat, d'un montant substantiellement inférieur à la valeur sur le marché de la location du matériel à la date où le droit de renouveler ou d'étendre le bail est exercé.

Variante II

"Contrat de sûreté" signifie un contrat qui crée une "sûreté" et, sauf aux fins des articles _____ (dispositions traitant des droits *inter partes* en cas de défaillance du débiteur), s'entend aussi d'un contrat de bail constitutif de sûreté.

"Sûreté"

a) signifie un droit réel sur un matériel mobile et sur les produits, en garantie d'un paiement ou de l'exécution d'une obligation

et inclut

b) la réserve de propriété du vendeur sur le bien meuble en garantie du prix d'achat du bien,

c) sauf aux fins des articles _____ (dispositions traitant des droits *inter partes* en cas de défaillance du débiteur) le droit d'un bailleur en vertu d'un bail constitutif de sûreté,

à l'exclusion d'un privilège, d'une charge ou d'un droit ne dérivant pas d'un contrat.

"Bail constitutif de sûreté" s'entend d'un contrat, quelle qu'en soit la dénomination et celle des parties, qui prévoit ou non le transfert de la propriété du matériel entre les parties, en vertu duquel

a) la personne désignée comme preneur est tenue d'acheter le matériel ou de renouveler le contrat pour une ou plusieurs périodes correspondant au total à toute, ou à presque toute, la durée de vie économique résiduelle du matériel,

b) la propriété est transférée automatiquement à la personne désignée comme preneur après le versement de la totalité des loyers ou d'un nombre déterminé de loyers,

c) la personne désignée comme preneur a la jouissance du matériel pendant toute ou presque toute, la durée de vie économique résiduelle du matériel: ce droit ne peut résulter d'accords négociés ultérieurement à la conclusion du contrat,

d) la personne désignée comme preneur a le droit d'acheter le matériel pour un prix convenu à la date du contrat ou établi selon un calcul prévu au contrat, d'un montant substantiellement inférieur à la valeur sur le marché du matériel à la date où le droit d'achat est exercé; cependant un bail n'est pas considéré comme constitutif de sûreté par le seul fait que le preneur a le droit d'acheter le matériel,

e) la personne désignée comme preneur a le droit de renouveler ou d'étendre le droit à la jouissance du matériel pour un prix convenu à la date du contrat ou selon un calcul prévu au contrat, d'un montant substantiellement inférieur à la valeur sur le marché de la location du matériel à la date où le droit de renouveler ou d'étendre le bail est exercé.

Variante III

"Contrat de sûreté" signifie un contrat qui crée une "sûreté".

"Sûreté" signifie un droit sur un bien meuble en garantie d'un paiement ou de l'exécution d'une obligation, et inclut la réserve de propriété du vendeur sur le bien meuble en garantie du prix d'achat du bien, à l'exclusion d'un privilège, d'une charge ou d'un droit ne dérivant pas d'un contrat.

Les articles _____ (règles en matière d'enregistrement et de priorités) s'appliquent à un bail de matériel mobile en vertu duquel,

a) le preneur est tenu d'acheter le matériel ou de renouveler le contrat pour une ou plusieurs périodes correspondant au total à toute, ou à presque toute, la durée de vie économique résiduelle du matériel,

b) la propriété est transférée automatiquement au preneur après le versement de la totalité des loyers ou d'un nombre déterminé de loyers,

c) le preneur a la jouissance du matériel pendant toute ou presque toute, la durée de vie économique résiduelle du matériel: ce droit ne peut résulter d'accords négociés ultérieurement à la conclusion du contrat,

d) le preneur a le droit d'acheter le matériel pour un prix convenu à la date du contrat ou établi selon un calcul prévu au contrat, d'un montant substantiellement inférieur à la valeur sur le marché du matériel à la date où le droit d'achat est exercé,

e) le preneur a le droit de renouveler ou d'étendre le droit à la jouissance du matériel pour un prix convenu à la date du contrat ou selon un calcul prévu au contrat, d'un montant substantiellement inférieur à la valeur sur le marché de la location du matériel à la date où le droit de renouveler ou d'étendre le bail est exercé.

III. LE CONTRAT DE GARANTIE

Il est apparu un accord général à la réunion de mars 1993 du Comité d'étude que la Convention devrait établir des conditions minimums concernant le contrat de garantie créant une sûreté sur du matériel mobile. Compte tenu de la démarche suggérée ailleurs dans le présent document, un contrat de sûreté pourra revêtir la forme requise par la loi applicable (la *lex situs* à la date de la conclusion ou la loi de l'établissement du débiteur) pour autant que les conditions additionnelles qui pourraient être prescrites par la Convention seront remplies; ou encore, il pourra s'agir d'un contrat de sûreté véritablement international visant à être conforme à la Convention, sans égard à son éventuelle conformité au regard des conditions de la loi nationale.

Il s'est dégagé un accord général que la Convention devrait exiger un contrat écrit contenant:

- (i) l'identification des parties,
- (ii) une clause descriptive de la garantie constituée (qui pourrait être une clause de réserve de propriété, une clause de transfert du droit, ou toute autre indication de la volonté des parties de créer une sûreté),
- (iii) une description du bien grevé permettant de l'identifier, et
- (iv) la signature du débiteur.

Compte tenu de l'utilisation croissante des communications électroniques dans les opérations commerciales internationales, il sera nécessaire d'accepter d'autres formes que les actes traditionnels écrits pour le contrat et les signatures sur les contrats.

Si l'opération est à l'origine un contrat de financement interne, les formalités requises en matière contractuelle par la loi applicable devront être remplies si le contrat doit produire des effets dans le pays concerné. En revanche, si les parties ne se soucient pas de la loi interne parce le matériel doit aussitôt être déplacé dans d'autres Etats et ne reviendra pas dans le pays d'origine, il n'est pas nécessaire que le contrat soit conforme aux prescriptions de la loi nationale.

Les membres du Comité d'étude n'ont pas discuté des conséquences de l'inobservation des conditions de la Convention concernant la forme écrite. Il existe deux précédents suggérant des approches assez différentes. L'une consiste à considérer le contrat totalement dépourvu d'effets. C'est la solution de l'article 9 du Code de commerce uniforme américain. L'autre solution est celle du *Personal Property Security Act* canadien qui sanctionne la non conformité à l'exigence de l'écrit par l'inopposabilité aux tiers du contrat de garantie, le contrat étant valable *inter partes*. Le choix entre les deux démarches résulte de conceptions fondamentales quant à l'exigence de toute forme écrite pour les contrats. L'approche de l'article 9 reflète la conception qui préside au *Statute of Frauds*. La forme écrite est nécessaire pour résoudre les problèmes de preuve qui se posent entre les parties quant aux termes du contrat qui les lie. L'approche canadienne vise à limiter les risques que des contrats de garantie sans base réelle soient conclus en dernière minute au préjudice d'autres créanciers (en

particulier les créanciers munis d'un titre exécutoire et le syndic de faillite). Deux versions possibles de l'article traitant de la condition de l'écrit sont reportées ci-dessous. L'une reflète l'approche canadienne, et l'autre, l'approche des Etats-Unis. Les deux versions pourraient devoir être remaniées pour tenir compte du choix qui sera fait en définitive quant à l'application de la Convention aux baux constitutifs de sûretés.

Il est très difficile pour les parties à un contrat de garantie de prévoir au moment de la conclusion du contrat, la forme que les produits pourraient prendre. Du reste, la plupart des contrats interdisent au débiteur de vendre le matériel, et par conséquent, la question de la forme des produits de la vente par suite de la violation de la prohibition n'est pas réglée. De ce fait, il n'y aurait guère de sens à ce que la Convention exige que les produits grevés par la sûreté soient décrits dans le contrat de garantie (ou dans l'état d'enregistrement, sauf lorsque les produits eux-mêmes sont le matériel mobile). Si le problème en cause est celui de l'opposabilité de la sûreté envers un tiers au contrat (et est donc un problème de priorité), la loi applicable prévoira une ou l'autre solution en matière d'écrit.

Un débat très animé a eu lieu à la réunion du Comité d'étude en mars 1993 quant à savoir si l'inscription dans le registre international devrait être une formalité requise pour la création de la sûreté. La divergence d'opinions reflétait les différences entre traditions juridiques. Les experts de droit civil du Comité étaient d'avis que l'enregistrement devrait être un élément de la création du contrat équivalant à l'acte notarié requis pour le transfert des biens immeubles en droit civil. Les experts de la Common law estimaient que l'enregistrement ne devrait avoir aucun effet *inter partes*, et ne devrait influencer que sur les questions des priorités.

Selon moi, la voie de la Common law devrait être retenue dans la Convention. Le système de priorités exposé ci-après (et probablement tout système de priorités fonctionnant convenablement) établit une distinction entre les sûretés enregistrées et celles qui ne le sont pas. Toutefois les sûretés non enregistrées devraient trouver leur place au sein du régime juridique constituant le système de priorités. Ce serait anéantir un aspect important du système de priorités que de considérer que le défaut d'enregistrement écarte la sûreté du régime de la Convention, et, par conséquent, du système de priorités qu'elle renferme. Le but de la Convention est de donner une certitude juridique aux opérations de financement garanties par des sûretés constituées sur du matériel mobile. L'on ne servirait guère un tel objectif si l'on acceptait que le créancier garanti, simplement parce qu'il n'enregistre pas sa sûreté, puisse se soumettre à un autre régime que la Convention, et si les Etats parties à la Convention devaient alors reconnaître un autre régime de priorités qui serait applicable au rang de la sûreté.

Variante I

Article _____

1) Une sûreté ne produit d'effets à l'égard d'une personne autre qu'une partie au contrat de garantie qui l'a créée, que lorsque le débiteur a signé le contrat constitutif de la sûreté et qui celui-ci contient une description du matériel grevé par la sûreté.

2) Une sûreté sur les produits est valable, que le contrat de garantie contienne ou non une description desdits produits.

3) Aux fins du présent article, le contrat de garantie et la signature du débiteur peuvent revêtir toute forme, y compris celle d'une représentation électronique, autorisée en vertu de la loi où le contrat est conclu ou acceptable dans les opérations de financement international.

Variante II

[Article _____]

- 1) Une sûreté ne produit d'effets que lorsque le débiteur a signé le contrat constitutif de la sûreté et qui celui-ci contient une description du matériel grevé par la sûreté.
- 2) Une sûreté sur les produits est valable, que le contrat de garantie contienne ou non une description desdits produits.
- 3) Aux fins du présent article, le contrat de garantie et la signature du débiteur peuvent revêtir toute forme, y compris celle d'une représentation électronique, autorisée en vertu de la loi où le contrat est conclu ou acceptable dans les opérations de financement international.]

IV. LE CRITÈRE DE L'OPÉRATION "INTERNATIONALE"

1. Les solutions

Deux solutions assez différentes ont été avancées par les membres du Comité d'étude. La première serait d'appliquer la Convention à toutes les sûretés sur le "matériel mobile" indépendamment de la présence d'un élément international. De cette façon, l'on créerait un régime international particulier pour le financement par voie de garantie de tout le "matériel mobile", que les questions juridiques en cause surgissent dans un contexte international ou dans un cadre purement national.

L'autre approche se fonde sur l'idée que si la Convention devait s'appliquer *ab initio*, ses règles de priorités (et les conditions relatives à l'enregistrement qui leur sont liées) ainsi que ses règles d'efficacité à l'égard du débiteur, ne seraient applicables que lorsqu'un élément international est en jeu. Ainsi, la Convention s'appliquerait dès le moment où contrat de garantie est conclu, mais seulement pour autant que le bénéficiaire de la sûreté serait en droit de procéder à l'inscription dans le registre international. Du reste, le contrat de garantie pourrait ne pas tenir compte du droit interne du lieu où est situé le matériel à la date de la conclusion du contrat. Toutefois, aussi longtemps que n'entre pas en ligne de compte l'élément international, le droit national désigné par les règles de conflits appropriées (par exemple la *lex situs*) régirait toutes les questions de priorités et les droits *inter partes*. A partir du moment où intervient l'élément international, la Convention (et donc les conditions d'enregistrement qu'elle édicte, les règles en matière de priorités, le régime relatif aux effets *inter partes*) s'appliquerait, remplaçant ainsi toute loi nationale qui serait normalement applicable.

Bien que l'on n'ait pas procédé à un vote à la réunion de mars 1993, la deuxième solution a semblé jouir d'un soutien largement majoritaire. Ce soutien venait de l'avis que peu d'Etats seraient disposés à voir un régime juridique international régir des opérations de financement garanti dont le seul élément international est qu'elles portent sur un matériel mobile, susceptible d'être déplacé d'un Etat dans un autre.

2. Conditions d'application de la Convention

Il y a deux situations de base dans lesquelles la Convention s'appliquerait. La première est celle dans laquelle une sûreté est créée en vertu du droit national (tout en remplissant les conditions de la Convention) sur un matériel mobile, et par la suite intervient un élément international qui commande l'application des règles pertinentes de la Convention. Pour ce qui est des cas qui se présentent dans d'autres pays que les Etats-Unis et la plupart des provinces canadiennes, l'on peut penser que le droit national applicable sera la *lex situs* du matériel au moment de la création de la sûreté puisque telle est la règle appliquée par les tribunaux de la plupart des Etats du monde. La situation est toute autre dans

les systèmes de Common law d'Amérique du nord. En vertu de l'article 9 du Code de commerce uniforme américain et du *Personal Property Security Act* canadien, la loi applicable à l'efficacité ("perfection") d'une sûreté sur un matériel mobile et aux questions de priorités des droits sur le matériel (ainsi que, au Canada du moins, la validité de la sûreté) est la loi de l'établissement du débiteur au moment où la sûreté est créée, et non la *lex situs* du matériel au moment de la création ("attachment") de la sûreté¹.

La deuxième situation dans laquelle la Convention s'appliquerait est celle dans laquelle, pour une raison ou l'autre, les parties décideraient de ne pas tenir compte des conditions (ou de s'y conformer dans un instrument distinct) édictées par la *lex situs* du matériel (ou dans un contexte nord-américain, par la loi de l'établissement du débiteur) au moment de la conclusion du contrat de sûreté, et rédigeraient leur contrat de façon à ne remplir que les conditions de la Convention. Cela serait le cas, par exemple, lorsque la *lex situs* ne reconnaît pas une sûreté sans dépossession sur le matériel, ou lorsqu'il est clair que le matériel sera aussitôt déplacé dans un Etat partie à la Convention (là encore, dans un contexte nord-américain, dans un Etat partie à la Convention en dehors de l'Amérique du Nord).

3. Les facteurs internationaux

Un certain nombre de "facteurs internationaux" pouvant entraîner l'application de la Convention ont été suggérés à la réunion de mars 1993 du Comité d'étude. En outre, on a reconnu qu'il pourrait y avoir des facteurs internationaux différents selon que le problème juridique en cause concerne les priorités ou la seule efficacité de la sûreté envers le débiteur.

- Application des règles de la Convention en matière de priorités

Les membres du Comité d'étude se sont montrés largement favorables à l'idée que les règles de la Convention applicables aux conflits de priorités devraient pouvoir être invoquées en présence de deux conditions: 1) le matériel mobile grevé par la sûreté créée en vertu de la loi applicable ou conformément aux prescriptions de la Convention, est déplacé d'un Etat dans un autre Etat, partie à la Convention; et 2) un droit concurrent sur le matériel surgit dans le second Etat.

L'application de la Convention dans ce contexte aurait pour effet que les règles de priorités de la Convention, et non pas celles du lieu d'origine ou du nouvel emplacement du matériel mobile, régiraient les questions de priorités se posant dans le second Etat. Dans cette optique, des facteurs tels que le lieu de l'établissement du débiteur et des créanciers concurrents au moment de la naissance du droit ultérieur, le fait que le matériel a transité par plusieurs Etats parties ou non à la Convention avant être déplacé dans un Etat partie, ou que le matériel est retourné dans l'Etat où il était situé au moment

¹ De fait, la solution retenue dans les systèmes nord-américains élimine, du moins entre ces systèmes, le besoin d'une Convention. La loi de l'établissement du débiteur constitue une solution alternative généralement acceptée à un régime international contenant des règles de priorités et prévoyant un registre international. A la réunion de mars 1993 du Comité d'étude, il a été suggéré que l'approche nord-américaine pourrait être adoptée comme base pour la Convention, mais le Comité a opté pour un ensemble de règles matérielles internationales sur les sûretés sur les biens meubles. Il est tout à fait improbable que les systèmes d'Amérique du Nord soient disposés à renoncer, du moins en ce qui concerne les relations entre eux, à la loi de l'établissement du débiteur au profit de la Convention, comme loi applicable à l'efficacité et aux priorités des sûretés sur le matériel mobile. En revanche, il existe un intérêt considérable en Amérique du Nord pour un régime international fonctionnel qui s'appliquerait dans un autre contexte. Cela étant, la Convention devrait être compatible avec les particularités nord-américaines, et les législateurs nord-américains pourraient être prêts à accepter la solution de la Convention en cas de concours de droits dont un ou plusieurs d'entre eux ont été constitués dans des Etats qui ne reconnaissent pas ou n'appliquent pas la règle de conflit nord-américaine ou lorsque l'exécution de la sûreté doit intervenir dans un tel Etat.

où la sûreté a été constituée, seraient sans aucune incidence. Toutefois, le Comité d'étude a exprimé l'avis que la Convention ne devrait pas écarter le droit interne lorsque les questions en jeu sont considérées comme étant de nature totalement nationale à l'origine. Dès lors, on tiendrait compte du fait que le matériel n'avait pas été déplacé dans un Etat partie à la Convention avant la naissance du droit concurrent, ou que le matériel est retourné à son lieu initial (dans un Etat partie à la Convention), où survient le droit concurrent.

Si un financeur n'est pas sûr du lieu du matériel sur lequel il entend faire grever la sûreté (hypothèse peu probable lorsque le financement porte sur le prix d'achat), il rédigera son contrat conformément à la Convention et prendra immédiatement les mesures nécessaires pour enregistrer sa sûreté tel que le prescrit la Convention. De cette façon, le risque juridique encouru par le financeur est qu'une autre sûreté soit octroyée sur le matériel avant que celui-ci ne soit déplacé dans un Etat partie à la Convention², ou que le matériel revienne dans l'Etat où il se trouvait lorsque la sûreté a été constituée et qu'une autre sûreté ait été octroyée dans cet Etat. Dans ces deux cas, le droit concurrent pourra l'emporter parce que les conditions prescrites par la loi nationale en matière de validité ou d'opposabilité aux tiers de la sûreté n'auront pas été satisfaites.

Les exemples suivants illustrent le raisonnement exposé ci-dessus.

Hypothèse 1:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie créant une sûreté sur un matériel qui, au moment de la conclusion du contrat, est situé dans l'Etat A (partie ou non à la Convention). Par la suite, le matériel est déplacé dans un Etat B, partie à la Convention, et D octroie une sûreté sur celui-ci à un créancier C2. D est défaillant en vertu des deux contrats de garantie de sorte que C1 et C2 font valoir un droit préférable sur le matériel.

La validité³ de chacune des sûretés sera appréciée au regard des conditions prescrites par la Convention. Il serait indifférent que ces sûretés soient ou non valables en vertu du droit interne de l'Etat A ou B. En conséquence il n'importerait pas que la sûreté dont est titulaire C1 ne soit pas reconnue selon le droit de l'un ou de l'autre Etat.

Hypothèse 2:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie prévoyant une sûreté sur un matériel qui, au moment de la conclusion du contrat, est situé dans l'Etat A (partie ou non à la Convention). Alors que le matériel est dans l'Etat A, D octroie une sûreté sur celui-ci à un créancier C2. Par la suite, le matériel est déplacé dans un Etat B, partie à la Convention, où il est situé au moment de la défaillance de D, et C1 et C2 font valoir un droit préférable sur le matériel.

La validité⁴ des sûretés et leur rang seront déterminés en vertu du droit de l'Etat A et non selon les règles de la Convention.

² Bien sûr, d'autres risques existeront si le matériel est déplacé dans un Etat non partie à la Convention et que des problèmes de concours de droits surgissent dans cet Etat.

³ Dans ce contexte, la "validité" se réfère à la question juridique de savoir si la sûreté a ou non été créée. Elle ne concerne pas des questions de droit des contrats telles que la capacité de conclure un contrat et l'illicéité (ordre public). Elle comprend cependant les formalités du contrat prescrites par la Convention.

⁴ Voir *supra* note 3.

Hypothèse 3:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie prévoyant une sûreté sur le matériel qui, au moment de la conclusion du contrat, est situé dans l'Etat A, partie à la Convention. Par la suite, le matériel est déplacé dans un Etat B, non partie à la Convention, et D octroie une sûreté sur celui-ci à un créancier C2. Le matériel est ensuite déplacé dans un Etat C, partie à la Convention, et un créancier C3 devient titulaire d'une sûreté. D est défaillant en vertu des trois contrats de garantie de sorte que C1, C2 et C3 font valoir un droit préférable sur le matériel.

Le fait que l'Etat B ne soit pas partie à la Convention, ce qui soumet la création et les questions de priorité des droits de C1 et C2 à un régime différent de celui constitué par la Convention, est sans pertinence. Les tribunaux de C appliqueront les règles de la Convention, indépendamment de la validité et du rang des sûretés de C1 ou C2 en vertu du droit de l'Etat B.

Ainsi qu'on l'a observé ci-dessus, une approche différente devra être adoptée pour ce qui est de la règle de conflit spéciale appliquée en Amérique du Nord. Elle pourrait consister à traiter les systèmes nord-américains (ou plus précisément, les systèmes qui désignent comme loi applicable aux sûretés sur le matériel mobile la loi de l'établissement du débiteur) comme une zone juridique particulière aux fins de l'application de la Convention. Les sûretés grevant le matériel à l'intérieur de la zone continueraient être soumises à la règle de conflit nord-américaine qui ne tient pas compte de la situation du matériel. La création de sûretés successives sur le matériel dans différents systèmes à l'intérieur de la zone n'entraînerait pas l'application du régime de la Convention (en effet, la zone serait le *situs* du matériel aux fins de la Convention). En revanche, lorsque le matériel grevé est déplacé de la zone dans un Etat partie à la Convention en dehors de la zone, et un droit concurrent surgit, la Convention s'appliquerait. Il en irait de même, lorsqu'un matériel grevé d'une sûreté constituée alors que ce matériel était dans un Etat partie à la Convention extérieur à la zone, entre dans la zone. Cette approche demanderait de modifier les règles de conflits de lois de la plupart des Etats nord-américains afin que la règle de conflit fondée sur l'établissement du débiteur soit limitée aux cas où le matériel est situé dans l'un de ces Etats ou dans un Etat non partie à la Convention. Cela ne devrait pas comporter de difficultés puisque, du point de vue pratique, le juge d'un Etat qui applique la règle de la *lex situs* aux questions de priorités ne reconnaît pas la décision d'un juge qui a appliqué la règle de conflit nord-américaine lorsque l'un des droits concurrents a surgi dans son propre Etat. En d'autres termes, la règle de conflit nord-américaine ne joue que pour autant que l'Etat dans lequel le matériel est situé est disposé à la reconnaître comme règle appropriée. Il me semble que rares sont les tribunaux en dehors de l'Amérique du Nord qui sont prêts à le faire.

Article _____

Sauf dispositions contraires de la présente Convention, la Partie _____ (règles en matière d'enregistrement et de priorités) s'applique lorsqu'une sûreté constituée alors que le matériel était dans un Etat, concourt avec un droit visé aux Articles _____ (règles en matière de priorités) né après le déplacement du matériel dans un autre Etat, sous réserve que celui-ci soit un Etat contractant.

Le présent article ne s'applique pas lorsque les règles de droit international privé des deux Etats désignent la loi de l'établissement du débiteur comme loi applicable à l'opposabilité et aux priorités des droits sur le matériel mobile.

- **La place des réglementations autres que le régime de la Convention dans le système de priorités**

Il sera très probablement nécessaire de traiter spécifiquement la question de savoir dans quelle mesure des sûretés constituées dans des Etats non contractants devront être reconnues dans le cadre des règles de priorités de la Convention. On peut penser aux hypothèses suivantes.

Hypothèse 4:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie prévoyant une sûreté sur le matériel qui, au moment de la conclusion du contrat, est situé dans l'Etat A (partie à la Convention). Par la suite, le matériel est déplacé par D dans un Etat B, non partie à la Convention, et vendu par D à X. En vertu du droit de l'Etat B, X acquiert valablement la propriété sur le bien, sans qu'elle soit affectée par le droit de C1 (parce que l'Etat B ne reconnaît pas le type de sûreté détenu par C1, parce que C1 n'a pas accompli les formalités d'enregistrement prévues dans B, ou en raison du principe "en fait de meubles, possession vaut titre"). X déplace ensuite le matériel dans un Etat C, partie à la Convention, et octroie une sûreté sur celui-ci à C2. D et X sont défaillants dans l'exécution de leurs contrats respectifs, et C1 et C2 invoquent un droit préférable sur le matériel. Supposons que C1 et C2 ont enregistré leurs sûretés dans le registre international peu après la conclusion des contrats de garantie.

C2 invoque un droit préférable au motif que la sûreté de C1 a été anéantie en vertu du droit de l'Etat B. En réponse, C1 prétend que le conflit doit être réglé entièrement selon les règles de la Convention (ou du moins, sans égard aux droits constitués dans l'Etat B).

Je pense que le droit de C1 doit prévaloir. Pour être efficace, la Convention doit donner aux créanciers garantis la certitude que leur droit ne pourra pas être anéanti simplement parce que le débiteur a disposé du matériel dans un Etat qui n'est pas partie à la Convention⁵. En tout état de cause, il n'y a pas de raison commerciale de donner la préférence à C2 qui aurait pu découvrir l'existence d'une sûreté de C1 en effectuant une recherche dans le registre international, en se référant au numéro d'identification du matériel⁶. Le principe de base qui conduit à donner la préférence à C1 est que, pour ce qui est des règles de la Convention, la vente de D à X est sans effet sur la sûreté de C1 puisqu'elle n'a pas été autorisée par C1⁷. Le fait que la vente soit intervenue dans un Etat non partie à la Convention est sans effet sur l'application des règles de priorités de la Convention. En d'autres termes, à cet égard, la Convention se substitue à la *lex situs*.

Si C1 n'a pas enregistré sa sûreté, de sorte que selon les règles de priorités de la Convention (exposées ci-dessous) le droit de X serait libre de toute sûreté de C1, C2 aurait un rang préférable puisque la sûreté de C1 se serait éteinte au moment de la vente du matériel. Il en irait ainsi que le droit de l'Etat B dispose ou non que X a acquis un droit exempt de la sûreté de C1. La encore, c'est la Convention qui s'applique et non le droit de l'Etat B⁸. En effet les règles de priorités de la Convention

⁵ Bien sûr, cette certitude n'existe pas si le tribunal saisi est dans un Etat non contractant.

⁶ L'exemple souligne l'intérêt d'utiliser le numéro d'identification du matériel comme clé de recherche.

⁷ Selon le même raisonnement, si au lieu de vendre le matériel dans l'Etat B à X, D octroie une sûreté à Cx, les règles de priorités de la Convention s'appliqueront pour déterminer le rang des trois créanciers garantis.

⁸ Si le droit antérieur qui concourt avec C2 n'est pas une sûreté soumise à la Convention, les règles de droit international privé de l'Etat C (différentes des règles de la Convention) détermineront la question de savoir si X a acquis la propriété du matériel, et par conséquent, celle de ce que grève la sûreté.

s'appliqueraient aux droits survenant dans l'Etat B, bien que celui-ci ne soit pas partie à la Convention. Pour autant, les titulaires de tels droits viennent à bénéficier de la Convention bien qu'ils soient domiciliés dans un Etat non partie à celle-ci. Cela est cependant en accord avec le parti pris plus haut que l'établissement des titulaires de droits en vertu de la Convention est sans effet.

Une question bien plus difficile se pose lorsque deux des droits concurrents surgissent alors que le matériel est dans un Etat contractant. Etudions les hypothèses suivantes.

Hypothèse 5:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie prévoyant une sûreté sur un matériel qui au moment de la conclusion du contrat, est situé dans l'Etat A, partie à la Convention. Par la suite, mais avant qu'il soit déplacé dans un autre pays, le matériel est vendu par D à X. En vertu du droit interne de l'Etat A, X acquiert la propriété du bien sans qu'elle soit affectée par le droit de C1 (parce que l'Etat A ne reconnaît pas le type de sûreté détenu par C1, parce que C1 n'a pas accompli les formalités d'enregistrement ou en raison du principe "en fait de meubles, possession vaut titre"). X déplace ensuite le matériel dans un Etat B, partie à la Convention, et octroie une sûreté sur celui-ci à C2. D et X sont défaillants dans l'exécution de leurs contrats respectifs, et C1 et C2 invoquent un droit préférable sur le matériel. Supposons que C1 et C2 ont enregistré leurs sûretés dans le registre international peu après la conclusion des contrats de garantie.

Cette hypothèse diffère de l'hypothèse 4 en ce que X a acquis son droit dans l'Etat A, qui est un Etat partie à la Convention et celui dans lequel se trouvait le matériel au moment de la constitution de la sûreté de C1. Cette différence ne permet pas une application mécanique de l'approche suggérée pour l'hypothèse 4. Ailleurs dans le présent document, l'on reconnaît que les questions de priorités se posant seulement à l'intérieur d'un Etat partie devraient être réglées par le droit national de cet Etat. Si ce principe est appliqué ici, la conclusion doit être que la loi de l'Etat A détermine si X a acquis ou non le matériel exempt de la sûreté de C1. En l'occurrence, la réponse est affirmative. Le facteur qui complique les choses est que le matériel a été déplacé dans l'Etat B de sorte qu'est ici présent l'élément international qui dans d'autres circonstances commanderait l'application de la Convention. Ce qu'il faut établir, c'est le lien entre ces facteurs concurrents de rattachement.

De mon point de vue, C2 devrait avoir un rang préférable. En d'autres termes, le droit de l'Etat A doit avoir vocation à déterminer les droits de X puisque la vente à X est intervenue dans cet Etat. En conséquence, la sûreté de C1 est éteinte en vertu du droit de A de sorte que C2 obtient un droit préférable sur celui de C1, même si C1 a enregistré antérieurement sa sûreté et si celle-ci aurait pu être connue de C2 s'il avait effectué une recherche dans le registre international.

Il n'y a pas de solution intermédiaire en l'espèce; c'est-à-dire qu'il est impossible de conclure qu'entre C1 et X, ce dernier a un droit préférable parce que la situation est purement interne à l'Etat A, mais qu'entre C1 et C2, la Convention s'applique. A première vue, cette solution à deux niveaux pourrait sembler attrayante parce qu'elle permet l'application tant de la loi de l'Etat A que celle de la Convention; toutefois, elle ne résiste pas à une analyse plus minutieuse. Donner priorité à C1 sur C2 revient à reconnaître que X est privé d'un attribut important de la propriété qu'il a acquise en vertu de l'Etat A: le droit de grever le matériel. En pratique, l'on prive d'effets le droit de l'Etat A.

Ce même principe se retrouve dans les hypothèses suivantes:

Hypothèse 6:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie prévoyant une sûreté sur un matériel qui, au moment de la conclusion du contrat, est situé

dans l'Etat A partie à la Convention. Par la suite, le matériel est déplacé par D dans un Etat B où D octroie une sûreté à C2. L'Etat B est lui aussi partie à la Convention. En vertu du droit interne de B, X acquiert la propriété sur le bien, sans qu'elle soit affectée par les sûretés détenues par C1 et C2 (parce que l'Etat B ne reconnaît pas le type de sûreté détenu par C1 et/ou C2, parce que C1 et/ou C2 n'a/ont pas accompli les formalités d'enregistrement ou en raison du principe "en fait de meubles, possession vaut titre"). D vend ensuite le matériel à X. D est défaillant dans l'exécution des contrats de garantie, de sorte que C1 et C2 se prévalent de leurs sûretés pour saisir le matériel entre les mains de X. Supposons que C1 et C2 ont enregistré leurs sûretés dans le registre international peu après la conclusion des contrats de garantie.

Une application cohérente de l'approche suggérée ci-dessus pour l'hypothèse 5 conduirait à la conclusion que C1, mais non C2, a le droit de saisir le matériel dans les mains de X. Les questions de priorités mettant en cause C2 et X relèvent purement du droit national puisque les deux droits sont nés alors que le matériel était dans l'Etat B. Toutefois, le conflit opposant C1 et X est régi par la Convention puisque le fait international pertinent est intervenu dans l'intervalle séparant la naissance des droits de C1 et de X.

Hypothèse 7:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie prévoyant une sûreté sur un matériel qui, au moment de la conclusion du contrat, est situé dans l'Etat A, partie à la Convention. Par la suite, le matériel est déplacé dans l'Etat B, partie à la Convention, où D octroie une sûreté à C2. Le matériel est ensuite rapatrié dans l'Etat A et D octroie une sûreté à C3. D est défaillant dans l'exécution des trois contrats de garantie, et C1, C2 et C3 invoquent un droit préférable sur le matériel. Supposons que C1, C2 et C3 ont enregistré leurs sûretés dans le registre international peu après la conclusion des contrats de garantie.

Les conflits de priorité opposant C1 et C2, et C2 et C3 seront soumis aux règles de la Convention. En revanche les conflits opposant C1 à C3 seront tranchés par la loi de l'Etat A. En conséquence, pour ce qui est de ce conflit de priorités, il faudra déterminer si les sûretés détenues par C1 et C3 sont valables en vertu du droit de l'Etat A; mais pour ce qui est du conflit opposant C1 à C2 ou C2 à C3, il est indifférent que le type de sûreté détenu par les parties ne soit pas reconnu par la loi de l'Etat A ou de l'Etat B⁹.

Hypothèse 8:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie prévoyant une sûreté sur un matériel qui, au moment de la conclusion du contrat, est situé dans l'Etat A (partie ou non à la Convention). Par la suite, le matériel est déplacé dans un Etat B (partie à la Convention) où D octroie une sûreté à C2 et à C3. D est défaillant dans l'exécution des trois contrats de garantie, et C1, C2 et C3 invoquent un droit préférable sur le matériel.

Les questions de priorités entre C1 et C2 seront réglées selon les règles de la Convention. Toutefois, les conflits entre C2 et C3 seront tranchés selon la loi de l'Etat B. En conséquence, dans le contexte de ce conflit de priorités, il faudra déterminer si les sûretés de C2 et C3 sont valables en vertu du droit de l'Etat B. Toutefois, pour ce qui est des priorités entre C1 et C2, ou entre C1 et C3, il est

⁹ Lorsque deux systèmes distincts de priorités sont appliqués de façon concomitante, il est fort possible que se présente un conflit circulaire. Voir la brève discussion sur ce type de problème à la Note 10, *infra*.

indifférent que le type de sûreté détenu par les parties ne soit par reconnu dans le droit de l'Etat A ou de l'Etat B¹⁰.

Article _____

Lors de l'application des règles en matière de priorités de la présente Convention en cas de concours de droits de deux personnes au moins visées à la _____ Partie (règles en matière de priorités),

a) il ne sera pas tenu compte du droit d'un Etat qui n'est pas partie à la Convention pour déterminer si le débiteur est titulaire d'un droit de propriété ou détient un matériel exempt de tout intérêt antérieurement constitué sur celui-ci,

b) les règles en matière de priorités de la présente Convention s'appliquent sous réserve des dispositions de la loi de l'Etat où le matériel était situé au moment où la sûreté a été constituée, pour autant que ladite loi réglemente la validité et l'opposabilité de la sûreté à l'égard d'autres droits qui sont nés alors que le matériel était situé dans cet Etat. La présente disposition ne s'applique que lorsque ledit Etat est partie à la présente Convention.

- Effets de la sûreté *inter partes*

Le choix de la loi applicable aux effets de la sûreté en cas de défaillance du débiteur est une question à laquelle le Comité d'étude a consacré une très grande attention. Toutefois, aucun consensus clair ne s'est dégagé des discussions.

Si la Convention contenait des règles traitant de la réalisation de la sûreté en cas de défaillance du débiteur, les créanciers garantis auraient une certaine assurance qu'ils seront en mesure de faire valoir leur sûreté dans un autre Etat partie à la Convention de façon rapide et efficace.

Un argument convaincant peut être fourni à l'appui de la thèse que les règles de la Convention en matière d'exécution doivent s'appliquer lorsque, au moment de la réalisation, le matériel se trouve dans l'Etat où le matériel était situé au moment de la constitution de la sûreté. Si les règles de la Convention s'appliquaient dans de tels cas, le droit à la réalisation des créanciers garantis ne dépendrait pas de l'élément fortuit qu'est la situation du matériel au moment de la réalisation, ou du comportement du débiteur qui, tenté par le *forum shopping*, pourrait chercher à se soumettre au

¹⁰ De bonnes raisons peuvent être invoquées en faveur de l'application de la Convention à toutes les questions de priorités qui se posent dans cette hypothèse ou autres similaires. Supposons que la sûreté de C1 soit enregistrée dans le registre international après la constitution de la sûreté de C2 mais avant la constitution de la sûreté de C3. Supposons également que la sûreté de C3 ait préférence sur la sûreté de C2 parce que C2 n'a pas accompli les prescriptions de la loi de B aux fins de l'opposabilité. On se trouve face en un tel cas à un problème circulaire de priorités: C2 a un droit préférable à C1, qui a un droit préférable à C3, qui a un droit préférable à C2.

Un choix de principe doit être opéré pour les cas où un conflit circulaire pourrait se poser. Devrait-on tenter de prévenir un tel conflit en modifiant le système de priorités, ou le juge pourrait-il être chargé de trancher le conflit? La réalité pratique est qu'il est probablement impossible de concevoir une réglementation en matière de priorités qui exclue tout risque de conflits circulaires, lorsque, comme c'est le cas dans l'hypothèse 8, une telle solution dérive de l'application concomitante de deux systèmes distincts de priorités. En règle générale, l'approche canadienne a été d'essayer d'éliminer le risque de conflits circulaires seulement dans les cas où de tels risques sont particulièrement élevés.

système le plus avantageux. Si une telle approche était adoptée, il faudrait éviter d'imposer le système d'exécution de la Convention dans des cas à caractère purement interne. L'on pourrait ainsi avoir recours au critère de l'intention des parties pour déterminer si l'opération renferme un élément international pertinent. Si les parties entendaient que le matériel serait utilisé principalement dans l'Etat où la sûreté a été constituée, mais aussi occasionnellement ailleurs, l'élément international étant faible, le système d'exécution de la Convention ne devrait peut-être pas s'appliquer. Si toutefois les parties entendaient que le matériel serait utilisé principalement dans des Etats autres que l'Etat dans lequel le matériel était situé au moment de la constitution de la sûreté, le fait que la réalisation doive intervenir au *situs* d'origine est totalement fortuit et ne devrait pas être une raison d'appliquer la loi de cet Etat à la réalisation.

Le système d'exécution de la Convention devrait être applicable même si la sûreté a été constituée alors que le matériel était situé dans un autre Etat qui n'est pas partie à la Convention. Si ce n'était pas le cas, la certitude que la Convention est destinée à apporter aux créanciers fournissant des financements garantis serait anéantie. Bien sûr, un débiteur défaillant pourrait être porté à déplacer le matériel dans un Etat non partie à la Convention afin de se soustraire aux règles de la Convention. Rien ne peut s'y opposer; la seule solution est que le nombre d'Etats parties soit aussi élevé que possible.

Les hypothèses suivantes illustrent l'approche décrite ci-dessus.

Hypothèse 9:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie prévoyant une sûreté sur un matériel qui, au moment de la conclusion du contrat, est situé dans l'Etat A (partie ou non à la Convention). Alors que le matériel est dans l'Etat B, partie à la Convention, D est défaillant.

Les règles de la Convention relatives à la réalisation s'appliquent.

Hypothèse 10:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie prévoyant une sûreté sur un matériel qui, au moment de la conclusion du contrat, est situé dans l'Etat A, partie à la Convention. Les circonstances indiquent que l'intention des parties était que le matériel serait utilisé par le débiteur essentiellement dans l'Etat A, mais occasionnellement et pour de courtes périodes dans d'autres Etats. Alors que le matériel est dans l'Etat A, D est défaillant.

Bien que l'Etat A soit partie à la Convention, les règles de la Convention relatives à la réalisation ne s'appliqueront pas. Toutefois, si au moment de la défaillance, le matériel se trouve être dans l'Etat B, partie à la Convention, l'Etat B appliquera les règles de la Convention relatives à la réalisation.

Hypothèse 11:

Le créancier garanti (C1) et le débiteur (D) concluent un contrat de garantie prévoyant une sûreté sur un matériel qui, au moment de la conclusion du contrat, est situé dans l'Etat A, partie à la Convention. Les circonstances indiquent que l'intention des parties était que le matériel serait utilisé par le débiteur essentiellement dans d'autres Etats que l'Etat A, mais occasionnellement et pour de courtes périodes dans l'Etat A. Alors que le matériel est dans l'Etat A, D est défaillant.

Bien que l'Etat A soit le *situs* du matériel tant à la date de la constitution qu'à celle de la réalisation, les règles de la Convention relatives à la réalisation s'appliqueront.

Article _____

La Partie _____ (dispositions relatives aux effets à l'égard du débiteur) s'applique lorsque:

- a) le matériel est déplacé de l'Etat où il était situé au moment de la constitution de la sûreté, dans un autre Etat contractant, et la réalisation de la sûreté a lieu dans ce dernier Etat,
- b) au moment de la conclusion du contrat de garantie, l'intention des parties était que le matériel serait utilisé principalement dans un ou plusieurs Etats, autres que l'Etat où le matériel était situé lors de la constitution de la sûreté, et la réalisation de la sûreté a lieu dans un Etat contractant, y compris l'Etat dans lequel le matériel était situé au moment de la constitution de la sûreté.

Aux fins de l'alinéa b), l'intention des parties est déterminée en se référant aux termes du contrat de garantie ou à toute autre convention s'y rapportant, à l'activité du débiteur et à toute autre circonstance existant au moment de la conclusion du contrat de garantie.

V. REGLES DE PRIORITES

1. Les principes opérationnels

L'on part du principe que la Convention prévoira un registre international (ou tout autre système efficace destiné à donner publicité des sûretés soumises au régime de la Convention). Cela étant, les caractères principaux du système de priorités de la Convention peuvent s'articuler autour de la règle fondamentale que les droits réels sur le matériel (à savoir la sûreté) que le créancier garanti obtient en vertu du contrat de garantie ont un rang inférieur à d'autres droits réels déterminés si les formalités appropriées de publicité n'ont pas été accomplies par le créancier garanti avant la naissance du droit concurrent, dans le cas de droits autres que constitutifs de sûretés, ou avant que n'aient été accomplies de telles formalités de publicité pour ce qui est d'une sûreté concurrente.

Une question de base importante dans le fonctionnement du système de la Convention est la détermination de moment où la sûreté est constituée. Bien que le système de priorités général de la Convention (le rang des sûretés en cas de concours) ne soit pas basé sur la règle de l'antériorité du droit mais sur celle de l'antériorité de l'inscription du droit, la date de la constitution de la sûreté est importante à d'autres effets.

L'une des questions de nature conceptuelle qui doit être résolue est celle de savoir si la Convention reconnaîtra les sûretés sur des droits réels autres que la pleine propriété. Il me semble que les juristes de droit civil ont des difficultés à l'égard du concept éclaté de propriété et ne seraient pas prêts à accepter le concept de Common law d'une sûreté portant sur un droit limité (par exemple, le droit d'un locataire en vertu d'un bail de longue durée).

Article _____

1) Aux fins de la Partie _____ (règles relatives aux effets à l'égard du débiteur), une sûreté est constituée lorsque

- a) les parties ont conclu un contrat de garantie, et
- b) le débiteur acquiert des droits sur le (la propriété du) matériel.

2) Aux fins de la Partie _____ (règles en matière de priorités), une sûreté est constituée lorsque

a) les parties ont conclu un contrat de garantie conformément aux conditions énoncées à l'article _____, et

b) le débiteur acquiert des droits sur le (la propriété du) matériel.

3) Lorsqu'un contrat de garantie crée une sûreté sur un matériel que le débiteur acquerra à une date ultérieure, la sûreté est constituée conformément aux termes du contrat sans qu'il soit nécessaire que le matériel soit indiqué comme étant soumis au contrat.

(NOTE: cet article reflète ce qui est décrit plus haut concernant l'approche canadienne de la forme écrite. Selon cette approche, un contrat de sûreté est valable *inter partes* sans qu'un contrat écrit ne soit requis. En conséquence, la seule condition nécessaire à la constitution pour qu'une sûreté soit valable *inter partes* en cas de contrat de garantie conclu oralement est que le débiteur ait acquis un droit sur le matériel. Lorsque des questions d'opposabilité aux tiers sont en jeu, la condition de la Convention concernant l'écrit est une condition indispensable pour la constitution de la sûreté. Si la décision est prise d'adopter l'approche américaine décrite plus haut quant à la forme écrite, le paragraphe 1) serait supprimé et la constitution à tous les effets, et non pas seulement concernant les priorités, serait subordonnée au respect de la forme écrite prescrite par la Convention.

2. Le rang de types particuliers de droits

- Conflits entre sûretés

Dans un simple concours entre deux sûretés, la préférence sera donnée à la première inscrite, indépendamment que le titulaire de celle-ci ait eu ou non connaissance de l'existence de la sûreté non enregistrée avant l'acquisition ou l'inscription de sa sûreté. Bien que cette solution puisse sembler injuste et bénéficier à des personnes qui agissent en connaissance d'un droit préexistant, l'expérience dans les systèmes nord-américains en a montré les qualités. Elle fournit une certitude au financement garanti en évitant des litiges longs et imprévisibles dérivant de la difficulté d'apporter la preuve de la connaissance qui est inévitable dans un système donnant priorité seulement au titulaire de la sûreté qui a acquis son droit sans connaître l'existence d'une sûreté antérieure.

Le Comité d'étude s'est montré favorable à la suggestion que les sûretés soumises à la Convention devraient pouvoir garantir des obligations du débiteur naissant après la conclusion du contrat de sûreté et l'inscription du droit. Si c'est la solution que doit adopter la Convention, il faut indiquer clairement que la date d'inscription apparaissant sur l'état d'enregistrement sera la date pertinente aux fins des priorités pour toutes les obligations à la charge du débiteur en vertu du contrat de sûreté. Une question de principe importante se pose ici. Dans plusieurs Etats d'Amérique du Nord, la décision a été prise de protéger les créanciers munis d'un titre exécutoire qui ont fait saisir le matériel grevé contre les prétentions du créancier garanti pour les avances qu'il a consenties après la saisie, et avec connaissance de celle-ci. Je suggère que l'on suive la même optique dans la Convention.

Les membres du Comité d'étude ont très largement soutenu l'idée que la sûreté de la Convention couvre également le matériel acquis postérieurement. Si ce choix était fait dans le régime de priorités de la Convention, il serait nécessaire de reconnaître que l'inscription peut intervenir dans le registre international avant que le débiteur n'ait acquis le matériel, et qu'aux fins de la détermination du rang de la sûreté constituée au moment de l'acquisition du matériel, l'on se réfère à la date d'enregistrement et non à la date à compter de laquelle le débiteur acquiert un droit (y compris un droit de propriété) sur le matériel. Au plus, les conditions requises pour l'inscription de la sûreté seraient que le contrat de

garantie ait été conclu, et la faculté de porter sur l'état d'enregistrement une description du matériel (voir ci-dessous la discussion relative au numéro d'identification du matériel).

La décision de reconnaître qu'un contrat de garantie soumis à la Convention peut valablement prévoir que la sûreté grève un matériel à acquérir ultérieurement, et la règle que la priorité est établie par la date de l'inscription de la sûreté imposent de rédiger une règle de priorités spéciale. Supposons l'hypothèse suivante.

Hypothèse 12

Le créancier garanti (C1) est titulaire d'une sûreté sur un camion dont D (le débiteur) est propriétaire. Le contrat prévoit que la sûreté s'étendra à un second camion que le débiteur achètera à une date ultérieure. C1 procède à l'enregistrement se référant à ce contrat (supposons que C1 soit en mesure de décrire le second camion de façon suffisamment précise pour se conformer aux prescriptions du registre international¹¹). D achète à C2 le second camion par un contrat avec réserve de propriété qui prévoit le paiement différé du prix d'achat. C2 enregistre le contrat de vente.

En l'absence d'une règle de priorité spéciale conférant la préférence à C2, C1 aurait un droit supérieur sur le second camion puisque sa sûreté sur le camion serait valable, et à l'égard de C2, c'est C1 qui aurait été le premier à enregistrer son droit sur le camion. Cette solution sera probablement considérée comme étant déraisonnable au plan commercial. C'est C2 et non C1 qui fournit le crédit à D pour acquérir le second camion. Si C2 avait connu avant la conclusion du contrat de vente avec D l'existence de la sûreté de C1, il est probable qu'il n'aurait vendu le véhicule à D que contre argent comptant. Cette solution conduirait donc à refuser à D des moyens additionnels de financement et à le placer à la merci de C1 pour ce qui est la possibilité d'obtenir le financement nécessaire à l'acquisition d'un second camion.

La solution qui a été adoptée dans la plupart des Etats d'Amérique du Nord pour régler ces difficultés est de reconnaître une priorité spéciale pour toute personne octroyant un financement sous forme d'argent ou de crédit avec lequel le débiteur acquiert un droit sur le (ou la propriété du) matériel grevé par la sûreté. Le droit de la personne fournissant un tel financement est intitulé "sûreté en garantie du prix d'acquisition" ("purchase-money security interest"). Selon cette règle spéciale, le détenteur d'une sûreté en garantie du prix d'acquisition a un droit préférable sur le titulaire d'une sûreté inscrite antérieurement sur le même matériel.

Il se peut bien sûr que l'on soit en présence de deux sûretés en garantie du prix d'acquisition sur le même matériel. Il faudra édicter une règle de priorité spéciale pour traiter ce type de situations.

Article _____

"Avances" signifie le paiement de sommes d'argent, l'octroi d'un crédit, contre l'obligation à la charge du débiteur de verser des intérêts, le coût du crédit ou d'autres frais dus par le débiteur relativement à l'avance consentie ou à la réalisation de la sûreté, et s'entend également des avances consenties en exécution ou non d'une obligation ainsi que des frais et débours raisonnables encourus pour la protection, l'entretien, la préservation ou la réparation, et la disposition du matériel mobile.

¹¹ Cela peut être difficile quoique non impossible, à réaliser si le numéro d'identification du matériel est une mention obligatoire lors de l'enregistrement de la sûreté.

Article _____

Une sûreté peut garantir des avances consenties à tout moment de la durée du contrat de garantie, mais le créancier garanti n'est pas tenu à une obligation contractée envers un débiteur de consentir des avances lorsque des personnes visées à l'article _____ (créanciers munis d'un titre exécutoire et un représentant des créanciers) sont titulaires de droits et le créancier garanti en avait connaissance avant de consentir l'avance.

Article _____

1) Lorsqu'aucune autre méthode pour déterminer le rang des sûretés sur le même matériel mobile n'est prévue dans la présente Convention, les règles de priorités suivantes s'appliquent:

a) le rang des sûretés grevant le même matériel mobile est déterminé sans égard à la date à laquelle les sûretés sont constituées, selon l'antériorité des faits suivants:

(i) l'enregistrement de la sûreté, et

[(ii) la prise de possession, autrement qu'à la suite d'une saisie, du matériel mobile par le créancier garanti],

b) une sûreté concernant laquelle les conditions visées à l'alinéa a)(i) [ou a)(ii)] ont été réalisées a priorité sur une sûreté concernant laquelle de telles conditions n'ont pas été réalisées,

c) lorsque les conditions visées à l'alinéa a)(i) [ou a)(ii)] n'ont pas été réalisées, la priorité est déterminée selon l'antériorité de la constitution des sûretés,

d) une sûreté soumise à la Convention a priorité sur tout autre droit grevant un matériel mobile en vertu d'un contrat de financement ou réservé par le vendeur de matériel pour garantir une obligation du débiteur.

[2) Aux fins du paragraphe 1, alinéa a) (ii), un créancier garanti n'est pas en possession du matériel lorsque le débiteur ou le mandataire de celui-ci a la possession apparente du matériel ou exerce son contrôle sur le matériel.]

3) La priorité conférée aux sûretés en vertu du paragraphe 1) s'applique à toutes les avances.

4) Une sûreté enregistrée (ou une sûreté grevant un matériel en possession du créancier garanti) a priorité sur les droits des personnes visées aux articles _____ (acheteurs, locataires, créanciers munis d'un titre exécutoire et un représentant des créanciers) seulement pour ce qui est des avances consenties:

(i) avant la naissance de ces droits, ou

(ii) avant que le créancier garanti n'ait connaissance de ces droits,

(iii) conformément à une disposition légale, ou à une obligation impérative contractée envers une personne autre que le débiteur par le créancier garanti avant que celui n'ait acquis la connaissance visée à l'alinéa (ii), ou

(iv) pour la protection, l'entretien, la préservation ou la réparation, et la disposition du matériel mobile.

Article _____

"Sûreté en garantie du prix d'acquisition" signifie:

a) une sûreté grevant un matériel en garantie du paiement de tout ou partie du prix d'acquisition du matériel, et

b) une sûreté grevant un matériel consentie à une personne qui fournit une contre-valeur en vue de permettre au débiteur d'acquérir des droits sur le (la propriété du) matériel, et que cette contre-valeur est utilisée à cette fin,

mais n'inclut pas des droits dérivant d'opérations prévoyant la vente du matériel au créancier garanti par le débiteur et la revente ou le "lease-back" du matériel au débiteur; aux fins de la présente définition, "prix d'acquisition" et "contre-valeur" incluent les frais du crédit et les intérêts du crédit en vue de l'acquisition ou du prêt.

Article _____

a) sous réserve de l'alinéa b), une sûreté en garantie du prix d'acquisition enregistrée [ou une sûreté en garantie du prix d'acquisition grevant un matériel qui est en possession du créancier garanti autrement qu'à la suite d'une saisie] a priorité sur toute autre sûreté sur le même matériel octroyée par le même débiteur; l'alinéa a) de l'article _____ (la règle de priorités subsidiaire) s'applique pour déterminer le rang de deux sûretés en garantie du prix d'acquisition octroyées par le même débiteur sur le même matériel.

b) Le détenteur d'une sûreté en garantie du prix d'acquisition visé à l'alinéa a) de la définition de "sûreté en garantie du prix d'acquisition" a priorité sur le détenteur d'une sûreté en garantie du prix d'acquisition visée à l'alinéa b) de ladite définition si les deux sûretés sont enregistrées (ou l'une d'elles est enregistrée et grève un matériel en possession du détenteur de la sûreté autrement que par suite d'une saisie).

- Sûretés et autres droits concurrents

J'ai pris comme point de départ l'hypothèse qu'un système d'enregistrement efficace élimine la nécessité du principe de droit civil, "en fait de meuble, possession vaut titre". Si un acheteur potentiel peut avoir connaissance de l'existence d'une sûreté sur le matériel en consultant le registre international, il n'est pas nécessaire de le protéger contre des sûretés antérieures. Il s'ensuit que lorsque la sûreté n'est pas enregistrée (ou le matériel n'est pas en possession du créancier garanti), l'acheteur acquiert le matériel libre de la sûreté.

Une question de principe importante se pose de savoir si, pour se voir reconnaître la préférence, l'acheteur doit ne pas avoir connu l'existence d'une sûreté antérieure sur le matériel. On observera que ce n'est pas le cas. Assez curieusement, les systèmes nord-américains en font une condition pour les acheteurs, mais non pour les autres créanciers garantis. A mon avis, la raison de cette différence n'a pas été expliquée de façon convaincante.

Une brève discussion qui est restée en suspens à la réunion de mars 1993 du Comité d'étude a porté sur la position du détenteur de la sûreté à la suite de la faillite du débiteur (ou de toute procédure ouverte par la cessation des paiements). Deux questions assez distinctes sont en jeu. La plus difficile est de savoir si la Convention devrait expressément déclarer qu'une sûreté enregistrée n'a pas un rang inférieur au droit du syndic de faillite ou du liquidateur. S'il en allait ainsi, la Convention revêtirait certainement plus d'intérêt pour les financeurs de biens d'équipement. La deuxième, d'ordre clairement subsidiaire, est de savoir si une sûreté non enregistrée devrait être de rang inférieur au droit du syndic de faillite ou du liquidateur.

Article _____

1) Sous réserve du paragraphe 2, lorsque la publicité de l'existence de la sûreté a été faite par l'enregistrement de la sûreté [ou la prise de possession, autrement que par saisie, du matériel mobile par le créancier garanti] la sûreté est opposable nonobstant la faillite ou l'insolvabilité du débiteur.

2) Les dispositions du paragraphe 1 ne portent pas atteinte à l'application des lois sur la faillite et l'insolvabilité en matière de transfert frauduleux de droits et préférences frauduleuses, protection des droits des salariés, ,

3) Une sûreté n'est pas opposable au syndic de faillite, au liquidateur ou à un semblable représentant des créanciers d'un débiteur insolvable si, au moment de l'ouverture de la procédure de cessation des paiements, la publicité de l'existence d'une sûreté n'a pas été faite par l'enregistrement de la sûreté [ou la prise de possession, autrement que par saisie, du matériel mobile par le créancier garanti] .

Article _____

Une sûreté n'est pas opposable

a) à l'acheteur ou au locataire du matériel, qu'ils aient ou non connu l'existence de la sûreté au moment de la vente ou de la location,

b) au créancier qui a fait saisir le matériel en exécution d'un jugement rendu contre le débiteur,

si, au moment de la vente, de location ou de la saisie, la publicité de l'existence d'une sûreté n'a pas été faite par l'enregistrement de la sûreté [ou la prise de possession, autrement que par saisie, du matériel mobile par le créancier garanti] .

V. LE SYSTEME D'ENREGISTREMENT

Le projet de dispositions exposé ci-après constitue la charpente d'un système de registre possible pour la Convention. Là encore, l'intention en présentant des dispositions assez précises n'est pas de proposer un projet de Convention, mais de mettre en lumière les détails d'un registre central informatisé. Il me semble que certains membres du Comité d'étude n'ont guère d'expérience des registres et ne connaissent pas certains des facteurs en cause.

Aux fins du projet d'articles exposé ci-après, j'ai supposé que le registre serait créé et géré par Unidroit.

Une question à examiner de façon approfondie est de savoir s'il est nécessaire ou souhaitable de prévoir des exceptions pour les sûretés sur les types de matériels qui sont enregistrés selon leur nationalité et dont il est prévu qu'elle doivent être inscrites dans un registre dans l'Etat d'origine du matériel. A mon avis, on peut vivement préconiser que les registres gérés par les autorités nationales disparaissent au profit d'un registre international. Si par exemple, les aéronefs sont couverts par la Convention, des pays qui pour une raison ou l'autre auront eu des difficultés à constituer un registre national pour les sûretés sur aéronefs, ne pourraient pas devenir parties à la Convention. Cela pourrait bien être une considération particulièrement importante pour les Etats qui ne disposent pas de registre pour les sûretés et ne souhaiteraient pas en constituer un à cette seule fin. Il est utile de noter à cet égard,

qu'alors que la plupart des Etats du monde disposent d'un registre national pour les aéronefs, quelques-uns seulement sont parties à la Convention de Genève de 1948 relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronefs.

Bien que l'on puisse supposer que pour l'essentiel les inscriptions seront faites par voie électronique à distance depuis des terminaux d'ordinateurs, il devrait être possible à quiconque d'envoyer au registre un état d'enregistrement.

Le système de registre exposé ci-dessous prévoit deux clés de recherches différentes (mais d'efficacité inégale): le nom du débiteur et un numéro d'identification pour le matériel. Ce dernier doit être vu comme le plus important des deux car il ne peut être modifié. Le débiteur peut changer de nom ou transférer le matériel, et les tiers peuvent ne pas connaître le changement de nom ou le fait que le possesseur n'est pas le débiteur. Par exemple, A est titulaire d'une sûreté sur un bien dont B est propriétaire, et celui-ci le vend à C, qui le fait grever d'une sûreté pour garantir le prêt octroyé par D; à défaut pour D d'utiliser le numéro d'identification du matériel comme clé de recherche, s'il utilise le nom de C, il n'aura pas connaissance du droit de A, puisque c'est B et non C dont le nom apparaît au registre comme débiteur. Si D peut utiliser le numéro d'identification du matériel comme clé d'interrogation, la sûreté de A apparaîtra si A a accompli la formalité de l'inscription au registre du numéro d'identification. On observera que X (tiers en affaire avec B) se trouve dans une position distincte de celle de D. Si X veut établir si le bien est ou non grevé d'une sûreté parfaite par l'enregistrement, deux clés d'interrogation sont possibles: le nom du débiteur et le numéro d'identification du bien grevé. D dispose seulement du numéro d'identification.

Si le nom du débiteur devait pouvoir être utilisé comme critère de recherche (ce qui n'a pas été retenu dans la disposition qui suit), il faudrait inclure dans la Convention des dispositions détaillées portant sur le changement du nom du débiteur, ou le transfert du bien grevé à un tiers, avec ou sans le consentement du créancier garanti.

Article _____

"Registre" signifie le registre international des sûretés établi conformément à l'article _____.

"Etat d'enregistrement" signifie:

- 1) un état d'enregistrement sous une forme imprimée conformément au Règlement, et
- 2) des données habilitées à être transmises électroniquement à la base de données du registre, à des fins d'enregistrement

et le cas échéant, un état d'enregistrement s'entend également d'un état de modification d'enregistrement.

"Etat de modification d'enregistrement" signifie:

- 1) un état d'enregistrement sous une forme imprimée conformément au Règlement, et
- 2) des données habilitées à être transmises électroniquement à la base de données du registre, à des fins d'enregistrement.

"Règlement" signifie les règles adoptées conformément à l'article _____

Article _____

1) Un registre est établi sous le nom de Registre international des sûretés, aux fins des enregistrements prévus par la présente Convention et des enregistrements qui sont autorisés ou requis en vertu de tout autre instrument international comme devant être inscrits dans le registre.

[2] Le Conseil de Direction de l'Institut international pour l'unification du droit privé nomme l'administrateur du registre et adopte le Règlement de fonctionnement du registre].

Une question à régler est celle de savoir s'il est requis que le contrat de sûreté soit conclu avant que l'enregistrement correspondant puisse être effectué. Une telle condition n'est pas requise dans la plupart des systèmes nord-américains. Cette question est d'une importance primordiale s'agissant des stocks; mais il peut y avoir des cas où il est commercialement important de pouvoir enregistrer (et établir une priorité) avant la conclusion du contrat. Ainsi qu'on l'a observé plus haut, si la Convention devait reconnaître les sûretés constituées sur les biens à acquérir par le débiteur, il serait nécessaire de permettre d'enregistrer la sûreté avant sa création.

Le système de registre envisagé par les dispositions qui suivent est très souple. Une personne peut inscrire son état d'enregistrement sous le nom et le matériel d'une autre personne même si cette autre personne n'a pas encore conclu le contrat de sûreté (voir à ce sujet la variante possible au paragraphe 3). Même si l'enregistrement intervient après la conclusion du contrat, il n'est pas nécessaire que la période de validité de l'enregistrement (la durée de vie de l'enregistrement) choisie par le créancier garanti reflète la durée du contrat. Si le modèle canadien était suivi, la vie de l'enregistrement pourrait aller jusqu'à vingt-cinq ans, ou même être illimitée.

Article _____

1) L'inscription dans le registre s'effectue par la transmission au registre d'un état d'enregistrement dans les formes prévues par le Règlement.

2) L'inscription d'un état d'enregistrement prend effet à compter du moment prévu par le registre, et lorsque deux états d'enregistrement sont inscrits au même moment, l'ordre de l'inscription est déterminé par les numéros d'enregistrement attribués dans le registre à chacun d'eux.

3) Un état d'enregistrement peut être inscrit avant ou après la conclusion du contrat de garantie.

[3] Un état d'enregistrement peut être inscrit à tout moment après la conclusion du contrat de garantie mais peut être inscrit avant la naissance de la sûreté auquel il se rapporte.]

4) Un état d'enregistrement peut se rapporter à un ou plusieurs contrats de garantie.

5) L'administrateur du registre peut:

a) refuser un état d'enregistrement qui, à son avis, n'est pas conforme aux prescriptions de la présente Convention ou du Règlement, ou

b) refuser d'inscrire des états d'enregistrement, refuser d'accepter des demandes de consultation du registre, ou suspendre une ou plusieurs fonctions du registre pendant un laps de

temps durant lequel, à son avis, les circonstances ne permettent pas de fournir un ou plusieurs services du registre.

6) La validité de l'inscription n'est pas entachée par un défaut, une irrégularité, une omission ou une erreur de l'état d'enregistrement à moins qu'un tel défaut, irrégularité, omission ou erreur induisent gravement à l'erreur; cependant un état d'enregistrement peut induire gravement à l'erreur même si personne n'a effectivement été induit en erreur.

7) Une erreur d'inscription affectant le nom du débiteur n'induit pas gravement à l'erreur si le matériel est décrit de telle façon qu'il n'induit pas gravement à l'erreur.

8) Sous réserve des dispositions du Règlement, un enregistrement est effectué pour la durée indiquée dans l'état d'enregistrement et peut être renouvelé à tout moment avant son expiration.

9) Une modification à un enregistrement valable ou non peut être effectuée en inscrivant l'état de modification d'enregistrement à tout moment de la durée d'existence de l'enregistrement, et la modification prend effet à compter de la date d'inscription de l'état d'enregistrement qu'il modifie, jusqu'à l'expiration de celui-ci.

10) Un enregistrement peut être annulé dans sa totalité ou pour l'un ou plusieurs des biens d'équipement par l'inscription d'un état de modification d'enregistrement.

Article _____

1) Lorsqu'un créancier titulaire d'une sûreté enregistrée transfère tout ou partie de la sûreté, un état de modification d'enregistrement peut être inscrit pour faire état du transfert.

2) Lorsque un état d'enregistrement est inscrit, et qu'une sûreté portant sur un ou plusieurs biens, mais non tous les biens grevés par la sûreté, est transférée, l'état de modification d'enregistrement doit contenir une description des biens concernés par le transfert de la sûreté.

3) Lorsqu'un créancier garanti transfère une sûreté sur le matériel et que la sûreté du créancier garanti n'a pas été rendue parfaite par l'enregistrement, un état d'enregistrement peut être inscrit dans lequel le cessionnaire apparaît comme titulaire de la sûreté.

4) Un état de modification d'enregistrement indiquant le transfert d'une sûreté peut être inscrit avant ou après le transfert.

5) Après l'inscription d'un état de modification d'enregistrement indiquant le transfert d'une sûreté, le cessionnaire devient le titulaire de la sûreté aux fins de la présente Partie.

6) Lorsqu'une sûreté a été subordonnée par le créancier garanti au droit d'une autre personne, un état de modification d'enregistrement peut être inscrit à cet effet à tout moment au cours de la période pendant laquelle l'enregistrement du droit subordonné produit des effets.

Article _____

Les informations relatives à un enregistrement peuvent être supprimées du registre

a) lorsque l'enregistrement ne produit plus d'effets,

b) à réception d'un état de modification d'enregistrement mettant fin à l'enregistrement ou y mettant fin à l'égard de l'un ou de plusieurs des biens grevés,

c) à réception d'un acte judiciaire ordonnant l'annulation totale ou partielle de l'enregistrement.

Article _____

1) Une personne peut demander dans les formes prévues au Règlement un ou plusieurs des services suivants:

a) une recherche conduite d'après le nom d'un débiteur, et le résultat de cette recherche,

b) une recherche conduite d'après le numéro d'identification du matériel, et le résultat de cette recherche,

c) une recherche conduite d'après le numéro d'enregistrement, et le résultat de cette recherche,

d) une copie ou une copie certifiée de tout document enregistré imprimé.

2) Les résultats imprimés d'une recherche remis par le registre établissent, jusqu'à preuve contraire, l'exactitude des mentions, notamment

a) la date de l'inscription de l'état d'enregistrement auquel les résultats de la recherche se réfèrent, et

b) l'ordre d'inscription de l'état d'enregistrement tel qu'il résulte du numéro d'enregistrement.

3) Une copie imprimée d'un état d'enregistrement ou de tout autre document enregistré portant l'authentification de l'Administrateur du registre, est recevable à des fins de preuve au même titre qu'une copie authentique de l'état d'enregistrement ou autre document non revêtu de la signature ou de la qualité de l'administrateur du registre.

L'enregistrement injustifié du nom ou du matériel d'une personne serait extrêmement préjudiciable à celle-ci. A tout le moins, elle aurait les plus grandes difficultés à vendre son matériel, ou à obtenir un financement garanti par le matériel. Dans ces conditions, il faudrait prévoir un mécanisme permettant à la personne indiquée comme débiteur au registre, ou à une autre personne y apparaissant comme titulaire de droits sur le matériel, d'obliger le créancier garanti à annuler ou à rectifier une inscription au registre qui ne reflète pas exactement la relation (ou l'absence de relation) entre les parties.

Deux approches sont exposées ci-dessous. La première est celle qui est adoptée dans les provinces orientales du Canada. Elle fonctionne de façon satisfaisante et l'on n'a pas constaté d'abus du pouvoir qu'elle confère. La personne désignée au registre comme débiteur ou titulaire de droits sur le matériel peut exiger l'annulation ou la rectification d'un état d'enregistrement, tandis que l'auteur de l'enregistrement, pour maintenir l'inscription, peut être contraint de produire une ordonnance du tribunal à cet effet. L'autre approche est utilisée en Ontario: La personne désignée au registre comme débiteur ou titulaire de droits sur le matériel peut demander au tribunal d'ordonner l'annulation de l'enregistrement. Les deux solutions impliquent l'intervention du tribunal. Il s'agirait probablement d'une juridiction dans l'Etat où le registre est situé (l'Italie?).

Article _____

- 1) Dans le présent article,
 - a) "Débiteur" s'entend de toute personne désignée comme débiteur dans l'état d'enregistrement, et
 - b) "Créancier garanti" s'entend de toute personne désignée comme titulaire de la sûreté dans l'état d'enregistrement.
- 2) Lorsque, après l'inscription au registre,
 - a) toutes les obligations prévues au contrat de garantie correspondant ont été exécutées,
 - b) le créancier garanti est convenu de libérer tout ou partie du matériel grevé visé dans l'état d'enregistrement,
 - c) la description du matériel sur l'état d'enregistrement inclut un bien qui n'est pas grevé par la sûreté constituée en vertu du contrat de garantie entre le créancier garanti et le débiteur, ou
 - d) aucun contrat de garantie n'a été conclu entre le créancier garanti et le débiteur,le débiteur ou toute personne titulaire d'un droit sur un matériel correspondant à la description de l'état d'enregistrement peut adresser une demande écrite au créancier garanti.
- 3) La demande visée au paragraphe 3 peut exiger du créancier garanti qu'il inscrive au registre un état de modification d'enregistrement qui,
 - a) pour le cas visé au paragraphe 3, alinéas a) ou d), annule l'enregistrement,
 - b) pour le cas visé au paragraphe 3, alinéa b), modifie ou le cas échéant annule l'enregistrement conformément aux termes du contrat, et
 - c) pour le cas visé au paragraphe 3, alinéa c), modifie la description du matériel de façon à exclure le bien qui n'est pas grevé par la sûreté constituée en vertu du contrat de garantie entre le créancier garanti et le débiteur,et le créancier garanti agit conformément à la demande dans un délai de 30 jours à compter de la date à laquelle elle a été adressée.

Variante I

- 4) Lorsque le créancier garanti
 - a) n'agit pas conformément à la demande visée au paragraphe 3 dans un délai de 30 jours à compter de la date à laquelle elle a été adressée, ou
 - b) ne produit pas à l'Administrateur du registre une ordonnance du tribunal confirmant que l'état d'enregistrement n'a pas à être modifié ou annulé,l'auteur de la demande peut inscrire l'état de modification d'enregistrement visé au paragraphe 4) en produisant à l'Administrateur du registre la preuve que la demande a été adressée au créancier garanti.
- 5) Lorsque le tribunal est saisi d'une requête du créancier garanti, le tribunal peut ordonner
 - a) le maintien de l'enregistrement, à toute condition précisée, et sous réserve de l'article _____, pour toute période, ou

b) la modification ou l'annulation de l'enregistrement.

Variante II

[4) Lorsque le créancier garanti ne modifie pas ou n'annule pas l'enregistrement conformément au paragraphe 4), l'auteur de la demande peut s'adresser au tribunal pour que soit ordonnée la modification ou l'annulation de l'enregistrement.]

VI. EXECUTION

Ainsi qu'on l'a observé plus haut, les membres du Comité ont longuement débattu, sans parvenir à un accord, la question de savoir si la Convention devrait traiter de la réalisation des sûretés. Je pense que la Convention devrait indiquer certaines règles de base en matière d'exécution. La réalisation privée, avec une intervention minimum des tribunaux, par voie de saisie et vente du bien, est permise tant dans les systèmes de droit civil que de Common law. C'est là une solution qui peut raisonnablement jouir du soutien des parties aux contrats de garantie constituant des sûretés sur le matériel mobile. Une sûreté sur un matériel mobile n'a de sens que si la loi applicable permet au créancier garanti d'exécuter sa sûreté par une procédure efficace et rapide de réalisation du bien. Par ailleurs, il est nécessaire d'assurer que le débiteur ou le tiers détenteur d'un droit légitime sur le matériel ne soient pas sacrifiés.

L'une des questions qui se posent dans ce contexte est celle de savoir si le système devrait chercher à assurer que l'acheteur, lorsque le créancier garanti réalise le bien, acquiert un droit de propriété, ou du moins, un droit libéré de toute sûreté antérieure sur le bien. Il me semble que certains systèmes de droit civil visent à une telle solution. Il faudrait prévoir un système de règlement élaboré selon lequel les produits de la vente sont remis au tribunal qui effectue la répartition selon le rang de chacun des créanciers. Etant donné que tous les droits s'éteignent au moment de la vente, les produits doivent être convenablement distribués entre les titulaires de ces droits. En général, les systèmes de Common law ne fonctionnent pas ainsi. La vente produit des effets indépendamment du droit que le créancier garanti a le pouvoir de transmettre. La vente du bien effectuée par le créancier garanti transmet la propriété à l'acheteur sous réserve de tout droit de rang supérieur à celui du créancier garanti. Bien sûr, la vente prime tout droit de rang inférieur, et ce n'est que si les produits sont suffisants pour satisfaire le droit du vendeur qu'il existe une obligation de verser aux détenteurs de droits inférieurs la part qui leur revient des produits de la vente.

Les dispositions présentées ci-après suivent le modèle de la Common law. Le choix ne résulte pas du sentiment de la supériorité de l'approche de la Common law. La raison en est que c'est celle qui implique le moins d'intervention judiciaire dans la procédure d'exécution. Il me semble qu'il serait très difficile de créer et de régler dans le cadre d'une Convention internationale un système suivant à cet égard le modèle des systèmes de droit civil.

Les dispositions exposées ci-dessus visent à réaliser un juste équilibre entre les intérêts du créancier garanti et ceux du débiteur défaillant ou des tiers détenteurs de droits sur le matériel saisi. Une question de principe importante est de savoir si les parties peuvent renoncer contractuellement à la protection conférée par ces dispositions. Rares sont les Etats qui reconnaissent la totale autonomie des parties en matière d'exécution des sûretés; l'on peut penser en effet que si les parties étaient laissées libres à cet égard, les dispositions légales visant à protéger les intérêts des débiteurs se trouveraient presque toujours écartées dans les dispositions-type qui donneraient aux créanciers des droits étendus pouvant aller jusqu'à priver le débiteur de son droit sur le matériel.

Une sûreté n'est qu'un accessoire à une obligation de paiement. La relation principale entre les parties est celle qu'entretiennent un créancier et un débiteur, et le contrat de garantie ne fait que fournir un moyen par lequel le créancier peut obtenir le paiement de la dette du débiteur. La Convention, en traitant de l'exécution de la sûreté, ne devrait pas traiter directement de l'obligation principale, mais elle affecterait le droit au recouvrement. L'obligation du débiteur sera diminuée du montant issu de la réalisation du bien en vertu des dispositions relatives à l'exécution. La décision de garder le matériel de façon parfaitement équivalente à l'obligation garantie éteint l'obligation. En outre, tout préjudice subi par le débiteur par suite du non respect des prescriptions de la Convention pourrait ouvrir droit à compensation pour le débiteur.

Les dispositions ci-après font expressément référence à la réalisation d'une sûreté grevant un ensemble de biens parmi lesquels du matériel mobile (l'équivalent de la "*floating charge*" de droit anglais). Cette sûreté, dans certains Etats de Common law, est exécutée par l'administrateur-séquestre ("*receiver*"). Il appartiendra au Comité de décider s'il faut ou non tenir compte de ce type de situation.

Article _____

1) Sauf dispositions contraires, il ne peut être renoncé ou dérogé, que ce soit par un contrat ou autrement, à aucune disposition de la Partie _____ qui confère des droits au débiteur ou impose des obligations au créancier garanti.

2) Lorsque le matériel est affecté en garantie en vertu d'un contrat constitutif d'une sûreté grevant la totalité ou la quasi totalité des biens meubles du débiteur, et que le créancier garanti a le droit en vertu du contrat en cas de défaillance du débiteur d'administrer l'entreprise du débiteur et de vendre le matériel de l'entreprise dans le cadre de son activité normale, les articles suivants, à l'exception de l'article _____ (article donnant un droit de rachat) ne s'appliquent pas et les droits du créancier garanti sont déterminés selon le contrat de garantie et les obligations du créancier garanti ou de son mandataire doivent être conformes à un comportement raisonnable en affaires.

Article _____

1) En cas d'inexécution du contrat de garantie,

a) sauf convention contraire des parties, le créancier garanti a le droit de saisir le matériel, dans le respect de la législation en matière d'ordre public de l'Etat où la saisie a lieu,

b) lorsque le matériel demande à être entreposé dans des locaux qui ne sont pas encore disponibles, le créancier garanti peut saisir le matériel sans l'enlever des locaux du débiteur, et peut en disposer dans ces locaux, mais le créancier ne peut ce faisant causer au détenteur des locaux un désagrément et des coûts supérieurs à ce qui est nécessaire pour la disposition.

2) Après avoir saisi le matériel, le créancier garanti peut en disposer dans son état actuel ou après réparation ou autre intervention en vue d'en disposer, et les produits de la disposition seront affectés par la suite pour

a) couvrir les frais raisonnables de saisie, remise en possession, détention, réparation ou intervention en vue de disposer du matériel, et tout autre frais raisonnable encouru par le créancier garanti, et

b) satisfaire les obligations garanties par la sûreté,
et tout excédent sera attribué aux ayant-droits.

3) Le matériel peut être vendu par vente privée ou publique, y compris dans une vente aux enchères ou par adjudication.

4) le créancier garanti donne

a) au débiteur,

b) à un autre créancier garanti ayant inscrit un état d'enregistrement relatif au matériel en vente, avant la date de l'avis donné au débiteur,

[c) à un autre créancier garanti qui est en possession du matériel à la date de la saisie], et

d) à toute autre personne dont le créancier garanti sait qu'il est le propriétaire du matériel,

un avis raisonnable de son intention de vendre le matériel et la date, l'heure et le lieu de la vente aux enchères, du lieu où les soumissions peuvent être déposées et la date après laquelle les soumissions ne seront plus acceptées, ou la date après laquelle interviendra toute disposition à caractère privé du matériel.

5) L'avis mentionné au paragraphe 4 n'est pas requis lorsque

a) le créancier garanti a des motifs sérieux de croire que le matériel se dépréciera substantiellement s'il n'est pas vendu immédiatement après la défaillance,

b) après la défaillance, chacune des personnes en droit de recevoir l'avis de la disposition consent par écrit à la vente du matériel sans qu'ait été donné l'avis mentionné au paragraphe 4.

6) Lorsqu'un créancier garanti dispose du matériel au bénéfice d'un acquéreur de bonne foi qui en acquiert la propriété à titre onéreux et en prend possession, l'acquéreur acquiert le matériel libre

a) du droit du débiteur,

b) d'un droit inférieur à celui du débiteur,

c) d'un droit inférieur à celui du créancier garanti

que les formalités prescrites au présent article aient ou non été accomplies par le créancier garanti, et toutes les obligations garanties par les droits inférieurs sont réputées avoir été exécutées aux fins de l'article ____ (annulation obligatoire de l'enregistrement).

7) Après la défaillance du débiteur, le créancier garanti peut proposer de prendre le matériel à titre d'exécution de l'obligation garantie, et donne avis de la proposition aux personnes visées à l'article ____ (les personnes en droit de recevoir l'avis de la disposition).

8) Si, après une période raisonnable, aucune objection n'est formulée à l'encontre de la proposition par une personne ayant droit à recevoir l'avis, le créancier garanti est réputé avoir irrévocablement choisi de prendre le matériel à titre d'exécution de l'obligation garantie, et a le droit de garder le matériel ou de disposer de celui-ci libre de tout droit du débiteur ou de toute personne en droit de recevoir l'avis mentionné au paragraphe 6 dont le droit est inférieur à celui du créancier garanti qui a donné un tel avis, et toutes les obligations garanties par de tels droits sont réputées exécutées aux fins de l'article ____ (annulation obligatoire de l'enregistrement).

Article _____

A tout moment avant que le créancier garanti ait disposé du matériel ou se soit engagé par contrat à en disposer, ou avant que le créancier garanti soit réputé avoir irrévocablement choisi de garder le matériel conformément à l'article _____, une personne en droit de recevoir l'avis de la disposition conformément à l'article _____ peut, sauf stipulation écrite de cette personne après la défaillance, racheter le matériel en exécutant les obligations garanties par la sûreté grevant le matériel et en versant une somme équivalente aux frais raisonnables de saisie, remise en possession, détention, réparation ou intervention en vue de la disposition du matériel, si de tels frais ont effectivement été encourus par le créancier garanti, et tout autre frais raisonnable encouru par le créancier garanti pour exécuter le contrat de garantie.

VII. PRINCIPES GÉNÉRALEMENT APPLICABLES

Etant donné que la Convention opérera dans un contexte international, et non pas en règle générale, dans celui du droit interne d'un Etat déterminé, il est important de se référer à une source de principes fondamentaux pour ce qui est des matières non expressément visées par la Convention. La disposition qui suit vise à désigner cette source.

Article _____

1) Tous les droits et obligations dérivant d'un contrat de garantie ou réglementés par la présente Convention ou par toute loi applicable à un contrat de garantie constitutif d'une sûreté doivent s'exercer conformément aux principes de bonne foi et de comportement raisonnable en affaires pratiqués dans les opérations de financement international.

2) Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire.