

UNIDROIT 1994
Etude LXXIIA - Doc. 1
(original: anglais)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

GRUPE DE TRAVAIL RESTREINT
CHARGE DE SE PRONONCER SUR L'OPPORTUNITE ET LA POSSIBILITE POUR UNIDROIT
D'ELABORER UNE LOI MODELE DANS LE DOMAINE GENERAL DES OPERATIONS GARANTIES

CERTAINES CONSIDERATIONS D'ORDRE PRELIMINAIRE EN VUE DE LA REDACTION
D'UNE LISTE DES QUESTIONS QUI DEVRAIENT ETRE REGLEES DANS UNE EVENTUELLE
FUTURE LOI MODELE DANS LE DOMAINE GENERAL DES OPERATIONS GARANTIES

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

Rome, octobre 1994

Certaines considérations d'ordre préliminaire
en vue de la rédaction d'une liste des questions qui devraient être réglées dans une éventuelle future loi
modèle dans le domaine général des opérations garanties

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

Introduction

L'on reconnaît toujours davantage l'importance du financement garanti pour le développement moderne des entreprises et l'expansion des marchés des biens de consommation. La disponibilité du crédit est une caractéristique essentielle de toutes les économies modernes, et les Etats qui espèrent constituer des marchés intérieurs solides et maintenir ou développer des économies fortes face à la concurrence internationale doivent se doter d'infrastructures facilitant les opérations de financement. Ce constat est celui d'organisations qui dispensent du crédit au niveau international comme la Banque Mondiale et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, et qui marquent un intérêt croissant à l'égard des législations en matière de financement garanti des pays bénéficiaires de leurs financements.

En raison même de l'internationalisation de l'activité commerciale à laquelle on assiste depuis ces dernières années, il y a lieu de s'attendre à ce que la modernisation des législations nationales en matière de financement garanti entraînera une mesure importante d'harmonisation entre les systèmes juridiques. Différents facteurs peuvent y concourir. L'un d'eux est la reconnaissance de l'importance d'un droit harmonisé comme vecteur d'encouragement des opérations de crédit transfrontalières. Un autre facteur sera l'existence de modèles appropriés soit dans le droit d'autres Etats qui ont modernisé leur législation en matière de financement garanti, soit dans des lois modèles préparées et parrainées par des organisations internationales ayant pour objet la réforme du droit ou le financement. On peut s'attendre à ce que le succès des efforts tels que ceux entrepris par Unidroit pour élaborer une réglementation internationale en matière de financement garanti applicable aux garanties portant sur des biens d'équipement mobile de grande valeur qui sont déplacés habituellement entre les Etats, influencera l'évolution des droits nationaux dans ce domaine.

L'on peut comprendre le scepticisme que pourrait nourrir quiconque s'est intéressé à l'historique des efforts visant à élaborer un modèle pour la modernisation des législations nationales sur le financement garanti, quant aux chances d'aboutir à un modèle dans un contexte international. L'impossibilité de parvenir à un consensus en 1980 au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international quant à la forme et à l'utilité d'une loi modèle sur le financement garanti ne laisse guère place à l'optimisme. Toutefois il serait erroné de conclure que l'échec du projet de la CNUDCI démontre que la coopération internationale visant à une harmonisation entre les systèmes juridiques est irréaliste. Le monde a changé radicalement depuis 1980. De plus, l'on pourrait penser que l'échec de l'entreprise de la CNUDCI est à attribuer essentiellement à l'approche qui a été retenue. Peut-être était-il alors par trop ambitieux de tenter de préparer une loi modèle sur le financement garanti qui aurait dû emporter l'adhésion d'un organe composé d'Etats membres, parmi lesquels des Etats à économie socialiste, ayant des opinions largement divergentes sur l'importance du droit du financement pour l'activité économique nationale ou internationale.

A sa réunion de juin 1993, le Conseil de Direction de l'Institut international pour l'unification du droit privé a autorisé le Secrétariat à procéder à une étude sur la possibilité et l'opportunité qu'Unidroit prépare une loi modèle sur les opérations de financement garanti. Ce mandat a fait l'objet de discussions à la réunion en février 1994 du sous-comité d'Unidroit chargé de l'élaboration d'un premier projet pour la Convention proposée sur les garanties internationales portant sur du matériel d'équipement mobile. Le

sous-comité a conclu que le premier pas de l'étude de faisabilité, outre l'établissement d'une liaison étroite avec d'autres organisations telles que la Banque Mondiale et la BERD qui sont aussi engagées dans ce domaine, serait la préparation d'une liste de questions qui devraient être abordées lors de la préparation d'une telle loi modèle.

Un trait saillant des différentes approches récentes dans la réforme du droit du financement garanti est la reconnaissance que le pragmatisme est plus important que l'attachement aux traditions juridiques. Cela a conduit certains pays, tels que les Etats des Etats-Unis d'Amérique, et plusieurs provinces canadiennes, à écarter des structures traditionnelles qui se trouvent désormais dépourvues de sens fonctionnel. Là par exemple, la législation moderne en matière de biens mobiliers n'accorde plus de poids aux formes traditionnelles d'opérations de financement comme les "chattel mortgages", les contrats de vente sous condition, les "trust receipts" et les "floating charges". Une telle approche comporte de nombreux avantages, mais l'un des effets les plus importants même s'il n'a pas été recherché, est le fait qu'elle donne naissance à des concepts et à des structures qui peuvent être appliqués dans des Etats qui ont des traditions juridiques différentes.

Les considérations ci-dessous reflètent cette approche. Les questions et les solutions suggérées ne sont pas "juridiques" au sens technique du terme. Elles rendent compte des caractéristiques essentielles des opérations modernes de financement aux entreprises et des relations qui en découlent.

o

o o

Portée de la loi modèle

Le crédit garanti est utilisé tant par les entreprises commerciales que par les consommateurs. De nombreux aspects, mais non pas tous, d'une réglementation peuvent s'appliquer avec une efficacité égale pour ces deux catégories. Toutefois, une loi modèle doit tenir compte des différences qui caractérisent les positions contractuelles et le niveau commercial entre les emprunteurs qui sont des entreprises commerciales, et des consommateurs.

Les sûretés sans dépossession

Les opérations modernes de financement garanti prévoient en général que le débiteur conserve la possession du bien grevé. En conséquence, une loi modèle pour le financement garanti doit reconnaître l'existence et l'efficacité des sûretés sans dépossession. Du reste, un argument convaincant peut être avancé à l'appui de l'élimination du gage ordinaire comme instrument de sûreté sauf lorsque le bien grevé est un effet de commerce. L'opinion courante est que la possession par le créancier du bien appartenant au débiteur fait savoir aux tiers que le bien est grevé d'une sûreté. Cependant, ce point de vue perd sa raison d'être par le fait que la pratique commerciale s'intéresse non à la possession matérielle des biens mais à la documentation et aux registres publics pour ce qui est de la preuve de la propriété et des éventuels droits accessoires dont ils seraient grevés.

Un concept unitaire: une sûreté sur le bien du débiteur

Beaucoup de systèmes juridiques nationaux qui reconnaissent la possibilité pour le créancier d'être le titulaire d'une sûreté réelle ou le détenteur d'un bien mobilier de son débiteur pour disposer d'une assiette possible en cas de défaut de paiement par le débiteur, ne disposent pas de structure conceptuelle unitaire pour les différents types de sûreté qu'ils régissent. Le financement garanti opère à travers des institutions juridiques bien différentes. Par exemple, dans les systèmes de Common Law, le "chattel mortgage" (hypothèque mobilière), la "floating charge", le contrat de location-vente, le contrat de vente sous condition, la cession de créances et le crédit-bail de matériel, n'ont guère de traits

communs d'un point de vue conceptuel, tout en servant pourtant essentiellement la même fonction: la garantie d'obligations monétaires.

Une loi modèle devrait éviter l'écueil de la fragmentation conceptuelle en s'attachant à la fonction plutôt qu'à la forme. Toute opération, quelle qu'en soit la forme, dont la fonction principale est de garantir une obligation, devrait relever de son domaine, et être assujettie à une réglementation commune. Cette approche, outre le fait qu'elle permet de constituer un système intrinsèquement cohérent et harmonisé, donne toute liberté aux parties de s'abstraire des moules juridiques prescrits dans lesquels elles sont contraintes d'enfermer leurs rapports contractuels.

Il suffirait dans cette optique de reconnaître que toutes les formes d'opérations de financement créent une sûreté sur le bien que le débiteur a offert en garantie. L'on ne veut pas par là suggérer que différentes conséquences (telles que les effets quant aux priorités) ne pourraient pas être attribuées à des opérations de financement qui interviennent dans des contextes particuliers ou qui répondent à des fonctions particulières. Toutefois, ces conséquences doivent résulter de choix de principe résultant de considérations pragmatiques.

Le bien pouvant être grevé de sûreté

Sauf lorsque l'on l'estime nécessaire pour des considérations tenant à la protection des consommateurs, il n'apparaît guère justifié de limiter les types de biens mobiliers susceptibles d'être grevés de sûreté. Dès lors que les attentes commerciales légitimes de tous les ayant-droits sur le bien se voient reconnues dans le système de priorités de la loi modèle, tous les types de biens mobiliers peuvent être grevés de sûreté.

Le droit moderne du financement garanti visant à faciliter le crédit portant sur les stocks commerciaux tient généralement compte du fait que les stocks sont vendus dans le cours normal des affaires du débiteur, et sauf pour le débiteur à acquérir un bien de remplacement que grevera la sûreté, le créancier perd sa garantie. Pour régler ce point, l'on reconnaît que la sûreté qui porte sur les stocks est transférée sur les biens reçus par le débiteur en échange de la vente des stocks.

Les besoins du financement garanti moderne imposent de reconsidérer la conclusion entérinée par l'usage que, lorsque le bien mobilier est incorporé à un immeuble, il perd son identité propre, et acquiert celle de l'immeuble. Il est tout à fait possible de reconnaître que les biens mobiliers incorporés à un immeuble peuvent être grevés d'une sûreté mobilière et en même temps reconnaître les prétentions légitimes de personnes titulaires de droits sur l'immeuble auquel le bien mobilier est fixé.

Conditions pour la création d'une sûreté

Etant donné que la loi modèle suppose une relation consensuelle entre le débiteur et la partie garantie, il faudrait exiger une preuve minimum de l'existence du contrat constitutif de la sûreté. Cela impliquerait non seulement la preuve du contrat et de l'intention de créer une sûreté, mais aussi une indication du bien ou du type de bien grevé de sûreté.

Une sûreté ne peut être constituée que lorsque le débiteur acquiert un droit réel sur le bien du type décrit dans le contrat. Toutefois, la pleine réalisation de l'intention des parties pourrait impliquer de reconnaître que, lorsque le contrat en dispose ainsi, la sûreté porte automatiquement sur le bien acquis par le débiteur à tout moment de la vie du contrat. Ce trait est d'importance cruciale lorsque le bien grevé de sûreté est un stock en perpétuel renouvellement, ou des créances issues de l'activité du débiteur.

L'obligation garantie par la sûreté

De nombreuses opérations de financement aux entreprises reposent sur des relations durables entre le détenteur de la sûreté et le débiteur, où l'obligation monétaire n'est pas fixe ou prédéterminée dans son montant, mais varie selon les besoins de financement résultant de l'activité commerciale du

débiteur. Ceci étant le cas, la loi doit reconnaître que la sûreté peut se rapporter à des sommes dues au créancier en raison des avances d'argent faites au débiteur à tout moment de la vie du contrat qui les lie. Un corollaire de ce fait est que, à l'égard des autres sûretés portant sur le bien, le rang de la première sûreté s'étend à toutes les sommes dues par le débiteur au détenteur de cette sûreté et n'est pas limité aux seuls montants dus avant la création des sûretés concurrentes.

Un régime de priorités simple pour des solutions prévisibles

Le système des priorités d'une loi modèle doit refléter des choix de principe appropriés fondés sur l'équité et l'équilibre du marché qu'il vise. Certains choix de principe vont de soi. Les acheteurs de bonne foi de marchandises vendues dans le cours normal des affaires de l'entreprise du débiteur doivent acquérir les marchandises libres de toute sûreté, indépendamment qu'ils aient eu ou non connaissance de la sûreté ou auraient pu par un effort minime découvrir que les marchandises achetées étaient grevées d'une sûreté. Les cessionnaires de bonne foi d'effets de commerce qui en ont la possession après les avoir traités doivent jouir de priorité sur les titulaires de sûretés sans dépossession. Les créanciers qui octroient un prêt ou un crédit permettant au débiteur d'acquérir un bien mobilier doivent primer sur les créanciers antérieurs dont les sûretés grevent automatiquement les biens mobiliers nouvellement acquis.

D'autres choix de principe peuvent n'être pas aussi évidents. Par exemple, les rangs respectifs des titulaires de sûretés et des créanciers chirographaires ou du syndic de faillite du débiteur varient souvent entre les Etats. C'est selon les pratiques consacrées en matière de prêts d'argent, qu'est déterminée la mesure dans laquelle le bien mobilier conserve la sûreté dont il est grevé lorsqu'il est incorporé à un immeuble.

Les rangs respectifs des titulaires de sûretés successifs (à l'exclusion du créancier qui a fourni un prêt ou un crédit permettant d'acquérir le bien) soulèvent peu de considérations importantes quant au principe. Il ne va pas de soi que la règle de priorités applicable doit se fonder sur l'évidence qu'une sûreté subséquente ne peut être constituée que sur la partie du droit du débiteur qui n'a pas été grevée de sûreté (premier en date, préférable en droit). Lorsque le débiteur n'est pas propriétaire du bien à la date où sont conclus les deux contrats constitutifs de sûretés concurrents, une règle de priorité fondée sur l'ordre chronologique de la constitution de la sûreté ne fournit pas une solution convenable. Les deux sûretés prennent naissance au même moment - lorsque le débiteur acquiert la propriété du bien qui sera grevé de sûreté. Toutefois, pour assurer des conditions commerciales raisonnables, il faut que tout créancier potentiel qui se verrait conférer un rang inférieur s'il accordait un crédit au débiteur, soit en mesure d'apprécier le risque juridique qu'il encourt. Des sûretés existantes portant sur le bien offert par le débiteur comme sûreté, et l'identité des créanciers potentiels qui jouiraient d'un rang préférable doivent être aisément identifiables.

Un système d'enregistrement efficace et accessible

En acceptant la primauté des sûretés sans dépossession, l'on reconnaît nécessairement la nécessité d'un système de publicité des sûretés ou des sûretés potentielles. Il est inconcevable que la technologie de l'informatique ne soit pas utilisée dans un registre public pour les sûretés.

Un système d'enregistrement informatisé offrant la souplesse nécessaire aux opérations de financement modernes aux entreprises prévoirait l'enregistrement aux fins de publicité, mais non l'enregistrement du contrat. L'inscription ne concernerait que des informations minimums: le nom de la partie garantie, le nom du débiteur et une description du bien sur lequel porte la sûreté. Il ne contiendrait aucun élément de l'opération ou des opérations auxquelles il se rapporte. Un tiers habilité pourrait obtenir ces éléments directement auprès du créancier garanti.

Le bien grevé serait décrit dans des termes génériques ou par sa nature dans le bordereau d'enregistrement. Le cas échéant, des éléments spécifiques d'identification (par exemple le numéro de série) pourraient être requis. L'enregistrement sous le numéro de série est utilisé pour traiter le problème suivant. Imaginons que le débiteur B octroie une sûreté sur son automobile à A. A enregistre la sûreté. B

qui n'est pas un vendeur professionnel d'automobiles, vend de façon frauduleuse l'automobile à C qui la revend à D (ou octroie une sûreté sur l'automobile à D). Avant d'acheter l'automobile (ou de devenir titulaire de la sûreté), D consulte le registre. Si l'enregistrement effectué par A est fait sous le nom de B, dont D, vraisemblablement, ne connaîtrait pas l'existence, D ne pourra pas trouver trace de l'enregistrement de A. Si l'enregistrement est fait sous le numéro de série de l'automobile, D n'aura pas de difficulté à trouver l'enregistrement de A en se servant du numéro de série. L'enregistrement par le numéro de série protège tant A que D.

Puisque la capacité de stockage des données ne cause pas de problème dans le cas des systèmes électroniques, sous réserve de la protection des débiteurs, la partie qui effectue l'enregistrement pourrait avoir une grande latitude pour décider la période pendant laquelle l'enregistrement est maintenu.

L'accès au registre en vue d'inscrire, de chercher, ou de modifier les enregistrements pourrait se faire depuis des terminaux d'ordinateurs situés en tous points, qui seraient reliés par télécommunication au registre.

Mesures d'exécution efficaces et équilibrées

L'efficacité d'une sûreté sur un bien mobilier dépend directement de la vitesse et de l'efficacité de son exécution. Une sûreté ne présente guère d'utilité à un créancier si, au moment de la défaillance du débiteur, les moyens d'exécution existants entraînent des procédures judiciaires longues et coûteuses durant lesquelles la valeur du bien est entamée par les frais ou diminué par suite de la dépréciation.

D'un autre côté, il faut s'assurer que les intérêts du débiteur sur le bien grevé ne risquent pas d'être atteints si la partie garantie n'agit pas de bonne foi et d'une façon raisonnable en affaires au moment de la réalisation de la sûreté.

Règles de droit international privé

Un aspect qui caractérise la réforme du droit moderne du financement garanti tient à ce que l'on reconnaît qu'il n'est plus possible de procéder sur la base de l'hypothèse que les règles de droit international privé ont une importance seulement marginale. Il ne convient pas non plus d'accepter les règles de conflits de lois traditionnelles qui pour la plupart ne tiennent pas compte des réalités des opérations de financement modernes. Bien sur, l'efficacité de tout système de règles de droit international privé est influencé par la mesure de la compatibilité de ces règles avec celles des Etats voisins.

