UNIDROIT 1994 Etude LXXIIA - Doc. 2 (original: anglais)

Unidroit

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

GROUPE 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

ESQUISSE D'UN RÉGIME JURIDIQUE MODERNE POUR LA RÉGLEMENTATION DES OPÉRATIONS DE FINANCEMENT GARANTI

par le Professeur R.C.C. CUMING

(Université de Saskatchewan)

ESQUISSE D'UN RÉGIME JURIDIQUE MODERNE POUR LA RÉGLEMENTATION DES OPÉRATIONS DE FINANCEMENT GARANTI

I. 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 (1) 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.

⁽¹⁾ Les références dans le présent document concernent les systèmes juridiques pour ce qui est des sûretés sur les biens mobiliers et non des sûretés sur les immeubles.

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.

II. CONSIDÉRATIONS FONDAMENTALES

PORTÉE DU SYSTEME

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 pour 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 grèvera 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 grèvent 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 grevé 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.

MESURES D'EXÉCUTION EFFICACES ET ÉQUILIBRÉES

L'efficacité d'une sûreté sur un bien mobilier dépend directement de la rapidité et de l'efficacité de son exécution. Une sûreté ne présente guère d'utilité pour 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 diminuée par 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.

III. SOURCES

Les efforts qui ont entrepris la réforme du droit du financement garanti ont vu le jour aux Etats-Unis d'Amérique il y a plus de 35 ans avec la préparation de l'Article 9 du Code de commerce uniforme des Etats-Unis d'Amérique. Les rédacteurs de cette loi modèle utilisèrent alors des concepts et des méthodes destinés à faciliter un financement moderne pour les entreprises. Le système consacré dans l'Article 9 a très bien fonctionné dans les Etats des Etats-Unis d'Amérique.

A cours des deux dernières décennies, les participants au mouvement de réforme du droit canadien dans les provinces de Common Law et dans la province de droit civil du Québec ont repris les meilleurs éléments conceptuels de l'Article 9 et les ont adaptés pour les intégrer dans le contexte des systèmes du registre central informatisé. L'expérience avec ces systèmes a été très positive du point de vue de leurs utilisateurs et des organes publics chargés de leur fonctionnement.

Une présentation d'ensemble des éléments essentiels d'un système moderne pour le financement garanti est faite ci-dessous. Les concepts et les approches présentés sont le plus souvent – mais non toujours –, empruntés aux innovations nord-américaines (y compris celles de la province canadienne du Québec) dans cette branche du droit. La plupart des experts s'accorderont sans doute à dire que l'enregistrement des sûretés est fondamental pour un système axé sur des instruments de garantie sans dépossession, où l'assiette comprend les stocks de marchandises et du matériel éminemment mobile. Si l'informatisation du registre n'est pas une condition indispensable à la modernisation, un système de registre accessible à distance, informatisé et central offre une efficacité démultipliée, jointe à une qualité élevée du service fourni et des bas coûts de fonctionmement du système.

Les traits saillants du système décrit ci-dessous, qui expliquent son origine, sont au nombre de cinq:

- Il s'appuie sur une approche fonctionnelle et non pas formelle pour ce qui est de la qualification des opérations qui lui sont soumises;
 - L'existence d'une sûreté n'est pas liée à son enregistrement;
- Aucune distinction de fond n'est faite entre les divers types de contrats constitutifs de sûreté (par exemple, il n'existe pas de catégorie spéciale pour la garantie portant sur l'ensemble de l'entreprise ("enterprize charge");
- L'intervention primordiale des parties est le caractère essentiel de la réalisation des sûretés:
- L'institution du liquidateur en vertu d'un contrat est une méthode permettant de réaliser les sûretés portant sur l'ensemble des avoirs de l'entreprise.

IV. CONTEXTE

Le système juridique décrit ci-dessous ne se veut pas un code renfermant l'ensemble de l'infrastructure générale dans laquelle s'inscrit le droit du financement garanti. Celui-ci suppose l'existence d'un droit des contrats, de la représentation et de la propriété emprunté au droit romain ou au droit anglais de la Common Law. Par exemple, il repose sur le concept qu'une sûreté est un droit seulement accessoire et que les relations des parties à un contrat constitutif de sûreté, en leurs qualités de débiteur et de créancier se trouvent réglementées de façon appropriée dans un autre contrat; il implique la liberté du détenteur d'un droit de propriété ou de droits limités sur un bien, de grever celui-ci de droits ou de le vendre; il implique que les concepts de garantie, "charge" ou hypothèque sont connus; il suppose qu'une garantie est reconnue comme étant un type de bien pouvant faire l'objet d'un transfert; il suppose l'existence d'un système juridique qui reconnaît les droits réels sur les biens incorporels et la possibilité de grever et de transférer ces droits; il suppose enfin une structure juridique complète traitant des instruments négociables ainsi que des créances et des actions des sociétés.

L'on n'a pas voulu soumettre au régime décrit ci-dessous les sûretés et les garanties non conventionnelles, créées en vertu de la loi et non par un contrat conclu entre un créancier garanti et un débiteur.

Les rapports entre sûretés et faillite ne sont traités que de façon marginale. On présume toutefois qu'une sûreté enregistrée sera reconnue dans une procédure de liquidation judiciaire, au moins pour donner à son titulaire une préférence sur les créanciers chirographaires de l'entreprise du débiteur.

Aucune référence n'est faite à ce qui est décrit en Amérique du Nord comme financement de "chattel paper" (papiers-valeur). Ce concept désigne en général la vente et le transfert (sous forme d'escompte) de contrats constitutifs de garanties sur des biens spécifiques, tant de consommation que d'équipement. Le Personal Property Security Act canadien et l'Article 9 du Code de commerce uniforme des Etats-Unis d'Amérique contiennent des réglementations distinctes traitant des droits concurrents sur les "chattel papers".

Si le système décrit ci-dessous est centré principalement sur le financement des entreprises au moyen de garanties sur le matériel d'équipement, les stocks et les biens incorporels, il s'applique également aux opérations garanties portant sur des biens de consommation. Toutefois, la plupart des droits nationaux dans lesquels des systèmes semblables existent prévoient une législation complémentaire de protection des consommateurs, qui modifie parfois en faveur du débiteur consommateur le droit de recouvrement que peut exercer le créancier en cas de défaillance du débiteur. (Par exemple, dans plusieurs provinces canadiennes, le créancier doit choisir entre opérer une saisie sur le matériel en paiement de la totalité de l'obligation ou exercer une action pour obtenir paiement du solde de la créance et laisser le matériel grevé entre les mains du débiteur).

L'on n'a pas tenté d'intégrer des règles traitant des sûretés sur les immeubles. Il existe de nombreuses différences fonctionnelles entre le financement garanti par les biens immeubles et le financement garanti par les biens meubles, la principale étant que les biens immobiliers sont rarement considérés comme faisant partie du stock de sorte qu'il n'est pas nécessaire de disposer d'une réglementation de droit matériel spéciale et de mesures d'enregistrement qui visent à faciliter le financement portant sur les stocks. Les références dans le texte à des "biens" visent donc les biens mobiliers.

V. PORTÉE DU SYSTÈME

Il est nécessaire de déterminer les caractéristiques fondamentales des opérations soumises au système. Cela peut soulever deux questions assez différentes. L'une est de définir ce qui fait un contrat constitutif de sûreté, et l'autre est de déterminer dans quelle mesure (et pour autant que de besoin) l'enregistrement et la structure des priorités du système doivent s'appliquer à certains types d'opérations autres que de garantie où

la séparation entre le droit et la possession (ou le contrôle) exige une publicité de leur existence pour la protection des tiers.

Deux approches sont possibles pour définir la portée du système:

- L'énumération de types donnés d'opérations garanties qui relèvent du système. Par
exemple, un système de droit fondé sur la Common Law pourrait disposer que le nouveau système
s'applique aux types suivants comprenant les opérations de financement garanti reconnues et des
opérations particulières non garanties (toutes désignées comme contrats constitutifs de garantie):
"chattel mortgage", vente sous condition, location-vente, "floating charge", gage ordinaire, "trust
indenture", "trust receipt", cession de bien incorporel en garantie de l'obligation, [un bail d'une durée
supérieure à ans et un transfert de créance comptable](2)

Un critère axé sur le rôle fonctionnel des opérations qui relèvent du système avec une énumération des opérations non garanties qui devraient être couvertes. Par exemple, le système pourrait s'appliquer à une opération (à un contrat constitutif de sûreté) qui crée à titre principal un droit sur un bien meuble garantissant l'exécution d'une obligation. L'application de la loi modèle ne serait liée ni à la forme de l'opération ni à la personne détenant un titre sur le bien fourni en garantie. [3] [Elle s'appliquerait également à un bail d'une durée supérieure à _____ ans et à un transfert de créance comptable] (4)

Il est aussi nécessaire de déterminer quelles sont les opérations qui ne relèvent pas du domaine du régime (par exemple, une garantie portant sur un droit au paiement lié à un droit sur un immeuble; [le transfert d'une créance comptable à seule fin de recouvrement de la créance; un bail conclu par un bailleur qui ne fait pas de façon habituelle le commerce de biens donnés à bail; un bail portant sur des meubles d'intérieur ou des appareils ménagers qui fait partie du bail de l'immeuble, où les biens meubles sont des accessoires de l'immeuble sur lequel ont été conférés l'usage et la jouissance] etc.)

Quelle que soit l'approche retenue, il est important de mettre au point une terminologie unifiée (un ensemble de définitions) qui peut être utilisée tout au long de la loi modèle. Aux fins de cette présentation succincte, la terminologie suivante a été employée:

"Contrat constitutif de sûreté" – un contrat soumis au régime, y compris des contrats tels que mentionnés ci-dessus qui ne sont pas destinés à garantir une obligation.

"Sûreté" - le droit sur un bien du débiteur que le créancier acquiert en vertu d'un contrat constitutif de sûreté.

["Ouasi-sûreté" (*) – le droit d'un bailleur ou du cessionnaire d'une créance comptable] (5)

"créancier garanti" - le créancier qui acquiert une sûreté

Les mots entre crochets visent des opérations qui ne sont pas du point de vue technique des contrats constitutifs de sûreté puisque leur rôle n'est pas de garantir l'exécution d'une obligation. Dès lors, les dispositions du régime qui concernent la réalisation ne s'appliqueraient pas dans ces cas.

⁽³⁾ Certains systèmes de droit trouveront discutable que l'on considère les contrats de vente de marchandises assortis d'une réserve de propriété des contrats constitutifs de sûreté, en vertu desquels les acheteurs sont considérés comme étant les propriétaires des marchandises et les vendeurs les détenteurs d'une "sûreté". Dans ce cas, il faudrait prévoir un régime distinct, pour l'essentiel parallèle, pour ces types d'opérations ou considérer qu'il s'agit de contrats constitutifs de sûreté à tous les effets, ou à certains effets spécifiés.

⁽⁴⁾ Voir supra, note 2.

^(*) NDT "deemed security interest", soit une sûreté réputée telle.

⁽⁵⁾ Voir supra, note 2.

"débiteur" – la personne qui est redevable de l'obligation garantie ou qui possède le bien grevé, ces deux conditions pouvant être cumulables selon le contexte [et comprend un preneur en vertu d'un bail d'une durée supérieure à _____ ans et le cessionnaire d'une créance comptable]. (6)

"bien affecté en garantie" – le bien sur lequel porte la sûreté.

VI. LA NATURE DE LA SURETÉ

Il est nécessaire d'identifier la nature du droit qui est désigné par le terme "sûreté".

Si la première approche indiquée ci-dessus devait être utilisée, il faudrait prévoir que le droit dont le créancier est titulaire en vertu d'une opération revêtant la forme d'un "chattel mortgage", vente sous condition, location-vente, "floating charge", gage ordinaire, "trust indenture", "trust receipt" ou cession doit être considéré en vertu du système comme une garantie visée sous le terme "sûreté". [Le droit d'un bailleur en vertu d'un bail d'une durée supérieure à _____ ans et le droit d'un cessionnaire d'une créance comptable sont réputés être des sûretés] (7).

Si l'on devait opter pour la seconde approche, il faudrait prévoir que le droit qu'un créancier garanti acquiert en vertu d'un contrat constitutif de sûreté est un droit réel (désigné comme "sûreté") sous forme d'une charge (un droit réel) sur le bien affecté en garantie. [Le droit d'un bailleur en vertu d'un bail d'une durée supérieure à _____ ans et le droit d'un cessionnaire d'une créance comptable sont réputés être des sûretés](8).

VII. L'ETENDUE DE LA SURETE

Afin de répondre aux besoins du financement garanti moderne, le concept de sûreté doit avoir l'étendue suivante:

- Une sûreté portant sur un bien affecté en garantie s'étend à tout bien qui peut être identifié, désigné par "produits", reçu par le débiteur par suite de toute opération portant sur le bien grevé et à tous droits du débiteur au paiement d'une assurance du chef d'indemnité ou de dommages-intérêts pour les dommages causés au bien grevé. Une référence au "bien affecté en garantie" comprend les produits à moins que le contexte indique une solution différente.
- Une sûreté peut garantir des obligations exigibles à la date de la création de la sûreté, ou des obligations prévues au contrat et naissant à tout moment de la durée du contrat constitutif de sûreté.

VIII. LA CREATION DE LA SURETE

Il est nécessaire de préciser les circonstances dans lesquelles prend naissance une sûreté susceptible de recevoir exécution. Une sûreté est considérée avoir pris naissance lorsque les conditions suivantes sont remplies (et indépendamment de l'ordre dans lequel elles sont remplies):

- le créancier garanti s'est obligé à faire un prêt d'argent ou à fournir une prestation en argent au débiteur;

⁽⁶⁾ Voir supra, note 2.

⁽⁷⁾ Voir supra, note 2.

⁽⁸⁾ Voir supra, note 2.

- le débiteur a signé un contrat constituant une sûreté existante ou future sur un bien affecté en garantie qui est décrit dans le contrat de façon spécifique, générique, ou de toute autre façon qui permet de l'identifier, et
 - le débiteur est titulaire d'un droit réel sur le bien affecté en garantie.
- [- une "quasi-sûreté" naît au moment de la conclusion d'un bail d'une durée supérieure à ans ou au moment où intervient le transfert d'une créance comptable].

Une ou plusieurs sûretés peuvent être constituées sur un même bien.

IX. LA STRUCTURE DES PRIORITES

On décrit ci-après deux structures de priorités différentes avec leur système d'enregistrement correspondant. La première s'inspire d'une conception plus traditionnelle; la seconde reflète une conception de l'enregistrement et des priorités destinée à fournir la plus grande souplesse possible au financement des entreprises.⁽⁹⁾

SOLUTION 1

Les caractéristiques essentielles de cette approche sont les suivantes:

- La priorité est déterminée selon le principe "premier en date, préférable en droit", sous réserve toutefois, des conditions d'enregistrement et de règles spéciales de priorité. "Premier en date" se réfère à la date de la conclusion du contrat constitutif de sûreté et non à la date de l'enregistrement (ou un mode de publicité équivalent de l'existence du contrat constitutif de sûreté) ou à la date à laquelle le débiteur acquiert un droit réel sur le bien affecté en garanti.
- Le contrat constitutif de sûreté peut prévoir que la sûreté grèvera automatiquement le bien acquis par le débiteur après la date de conclusion du contrat. La priorité, et pour tous les biens affectés en garantie décrits dans le contrat, est établie à compter de la date de conclusion du contrat constitutif de sûreté.
- La priorité conférée par la conclusion du contrat s'applique à toutes les avances par le créancier en vertu du contrat et à toutes les autres sommes (par exemple, les frais afférents à la saisie et à la vente) réputées garanties par la sûreté. Le contrat doit indiquer précisément le montant qui sera versé au débiteur; en conséquence de quoi, l'identification du montant qui doit être emprunté par le débiteur sera une mention requise du contrat constitutif de sûreté écrit visé au titre VIII.
- Un avis concernant l'existence ou l'existence potentielle du contrat de sûreté est enregistré; le contrat constitutif de sûreté lui-même n'est pas enregistré. Un avis d'enregistrement peut être inscrit dans un délai déterminé (par exemple 3 ans) avant la conclusion du contrat constitutif de sûreté. L'avis peut se rapporter à un ou plusieurs contrats. L'avis doit contenir les informations essentielles suivantes: le nom du débiteur, le nom du créancier garanti, et la description du bien affecté en garantie.

⁽⁹⁾ Une troisième approche que l'on doit maintenant considérer dépassée est celle qui se base sur le principe simple de droit des biens "nemo dat quod non habet", auquel répond le souci de l'enregistrement. Dans cette conception, la priorité est déterminée selon l'ordre de l'acquisition du droit sur le bien affecté en garantie. En d'autres termes, une sûreté qui est enregistrée (ou faisant l'objet d'un autre type de publicité) prime tout droit réel acquis ultérieurement sur le bien. Cette conception ne facilite pas le financement garanti moderne. Il exige la conclusion d'un nouveau contrat constitutif de sûreté et un nouvel enregistrement chaque fois qu'une sûreté est constituée sur un nouveau bien acquis par le débiteur. Il ne permet pas les sûretés sur des biens acquis par le débiteur après la conclusion du contrat constitutif de sûreté. Il ne se prête guère aux opérations prévoyant des avances au débiteur après qu'un autre droit ait été acquis sur le bien fourni en garantie.

SOLUTION 2

Les caractéristiques essentielles de cette approche sont les suivantes:

- La priorité est déterminée selon le principe de "premier en date, préférable en droit", sous réserve toutefois, des conditions d'enregistrement et des règles spéciales de priorité. "Premier en date" se réfère ici à la date de l'inscription d'un avis d'enregistrement (10) (ou du mode de publicité équivalent de l'existence du contrat constitutif de sûreté) et non à la date de la conclusion du contrat constitutif de sûreté ou à la date à laquelle le débiteur acquiert un droit réel sur le bien affecté en garantie.
- Le contrat constitutif de sûreté peut prévoir que la sûreté grèvera automatiquement le bien acquis par le débiteur après la date de conclusion du contrat. La priorité, pour tous les biens affectés en garantie décrits dans le contrat et dans l'avis d'enregistrement, est établie à compter de la date d'inscription de l'avis d'enregistrement. La même priorité s'applique pour tous les contrats constitutifs de sûreté, quel que soit le moment où ils sont conclus, entre le même créancier garanti et le même débiteur et impliquant des sûretés sur le bien affecté en garantie décrit dans l'avis d'enregistrement.
- Un avis concernant l'existence ou l'existence potentielle du contrat constitutif de sûreté est enregistré; le contrat constitutif de sûreté lui-même n'est pas enregistré. Un avis d'enregistrement peut être inscrit avant la conclusion du contrat constitutif de sûreté. L'avis doit contenir les informations essentielles suivantes: le nom du débiteur, le nom du créancier, et la description du bien affecté en garantie.
- La priorité conférée par l'inscription d'un avis d'enregistrement s'applique à toutes les avances par le créancier en vertu de tout contrat constitutif de sûreté avec le débiteur concernant le bien répondant à la description du bien affecté en garantie sur l'avis d'enregistrement, et autres sommes (par exemple, les frais afférents à la saisie et à la vente) réputées garanties par la sûreté.

SOLUTIONS 1 ET 2

Les deux types de systèmes ont les caractéristiques suivantes:

- Le défaut du créancier garanti d'inscrire l'avis d'enregistrement se rapportant à un contrat constitutif de sûreté a pour effet que la sûreté qui naît en vertu de ce contrat a un rang inférieur aux droits réels suivants qui sont acquis ultérieurement sur le bien affecté en garantie:
 - le droit d'un acquéreur de bonne foi (autre qu'un créancier garanti) du bien affecté en garantie (la question de savoir si l'acquéreur doit avoir ignoré l'existence de la sûreté non enregistrée est une question qui ne recueillera pas l'unanimité);
 - une autre sûreté sur le bien affecté en garantie concernant laquelle un avis d'enregistrement a été inscrit;
 - le droit d'un créancier muni d'un titre exécutoire qui a fait saisir le bien affecté en garantie, en exécution d'une décision de justice.
 - le droit du syndic de faillite du débiteur (selon les dispositions correspondantes du droit de la faillite applicable).
- Un créancier garanti qui a inscrit un avis d'enregistrement et qui est partie à un contrat de sûreté conclu par le débiteur:

⁽¹⁰⁾ C'est là le point qui distingue la solution 1 de la solution 2.

- a un rang préférable au détenteur de tout droit réel concurrent subséquent (11) (y compris une sûreté, le droit d'un acheteur et le droit d'un créancier en vertu d'un jugement) grevant sur le bien du débiteur qui répond à la description du bien affecté en garantie apparaissant au contrat constitutif de sûreté et sur l'avis d'enregistrement, à moins que le droit concurrent ne jouisse d'une priorité en vertu d'une règle de priorité spéciale;
- n'a pas un rang préférable à un acheteur de marchandises en stocks qui acquiert son droit dans une opération conclue par le débiteur de bonne foi et dans le cours ordinaire de ses affaires (que l'acheteur ait ou non connaissance de la sûreté);
- n'a pas un rang préférable à un acheteur de biens de consommation de faible valeur affectés en garantie lorsque l'acheteur n'avait pas la connaissance effective de l'existence de la sûreté;
- n'a pas un rang préférable au droit d'un acquereur de bonne foi à titre onéreux de biens affectés en garantie lorsque ceux-ci revêtent la forme d'argent, de titre transmissible relatif à un droit, de titre transmissible relatif à un bien ou à une sûreté.
- n'a pas de rang préférable sur un autre créancier garanti qui a satisfait aux conditions d'enregistrement et qui a fourni un prêt avec lequel le bien affecté en garantie a été acheté, ou dont la sûreté (ou la "quasi-sûreté") revêt la forme d'un contrat réservant la propriété sur une vente de marchandises ou un bail (que ces opérations soient considérées comme constitutives de sûreté ou de la "quasi-sûreté"), et
- n'a pas de rang préférable sur les avances (autres que les coûts afférents à la réalisation et les débours destinés à la protection du bien affecté en garantie) faites après que le créancier garanti ait su que le bien a été saisi en vertu d'une décision de justice en exécution d'une condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent.

X. Acces des tiers a l'information

Dans les deux hypothèses de solutions décrites ci-dessus, c'est l'avis d'enregistrement qui est inscrit et non une copie du contrat constitutif de sûreté. L'avis d'enregistrement contient des informations essentielles concernant les relations existantes ou potentielles entre des parties identifiées – créancier garanti et débiteur – et fournit une description du bien affecté en garantie de façon générique ou spécifique. Cette formule offre les avantages suivants:

- Un avis d'enregistrement peut être inscrit avant que soit conclu un contrat constitutif de sûreté entre le créancier garanti et le débiteur. Cela ne présente un avantage que marginal dans le cadre de la solution 1, mais revêt une importance extrême dans le contexte de la solution 2 dans laquelle la priorité est établie à compter de la date d'inscription de l'avis d'enregistrement et non de celle de la conclusion du contrat constitutif de sûreté.
- Un avis d'enregistrement peut se rapporter à un ou plusieurs contrats entre le créancier garanti et le débiteur dès lors que les contrats portent sur des biens affectés en garantie qui répondent à la description du bien grevé sur l'avis.

Toutefois, étant donné que l'avis d'enregistrement ne contient que des informations minimums concernant les relations entre le créancier garanti et le débiteur, il est nécessaire de laisser accès aux tiers à toutes les caractéristiques de la relation qui sont importantes pour eux lorsqu'ils procéderont à une évaluation du risque encouru dans leurs rapports avec le débiteur. Une exigence concurrente à la précédente est la protection, autant que possible, du caractère confidentiel de l'information. On peut satisfaire à cette double

^{(11) &}quot;subséquent" dans le contexte de la solution 1 signifie ultérieur à la conclusion d'un contrat constitutif de sûreté, et dans le contexte de la solution 2, ultérieur à l'inscription d'un avis d'enregistrement.

exigence en demandant au créancier garanti de fournir toutes les informations, et en limitant les catégories de personnes en droit d'accéder à ces informations. Les détails des liens entre le créancier garanti et le débiteur ne peuvent être révélés qu'à la demande du débiteur, d'une autorité de justice, d'un syndic de faillite ou d'une personne qui a un droit réel sur le bien décrit dans l'avis d'enregistrement (par exemple, un créancier garanti subséquent).

XI. LE SYSTEME DE REGISTRE

Les traits suivants sont généralement caractéristiques d'un système moderne de financement garanti (qu'il soit manuel ou informatisé):

- On enregistre un avis, et non pas un document (voir la description supra).
- L'enregistrement peut être fait indépendamment du type de bien affecté en garantie. Toutefois, ainsi qu'on l'a observé ci-dessus, l'enregistrement ne confère pas nécessairement un rang préférable à celui des acquéreurs de bonne foi de titres ou documents transmissibles qui ont été affectés en garantie.
- Tous les enregistrements se rapportant à des opérations régies par la loi d'un Etat sont effectués dans un lieu central de cet Etat (les registres régionaux ne sont pas utilisés).
- Les avis d'enregistrement peuvent être inscrits avant l'existence d'un contrat constitutif de sûreté entre les personnes désignées comme débiteur et créancier garanti dans l'avis d'enregistrement.
 Toutefois, le système prévoit des mesures appropriées pour déjouer les abus d'enregistrement avant conclusion du contrat.
- Le public général a un accès facile au registre aux fins de l'enregistrement et de la consultation. L'accès est possible par courrier, sur place au bureau central du registre et, dans certains cas, par téléphone et télécopieur.
- Les entrées dans le registre sont classées de sorte qu'une recherche permettra de voir la mesure dans laquelle le bien d'une personne dénommée est grevé. Il ne se produira que très rarement qu'une sûreté réputée enregistrée ne puisse être découverte par le biais d'une recherche dans le registre. Dans tous les cas, une sûreté qui est réputée être enregistrée ne peut être exécutée à l'encontre d'un acheteur de bonne foi.
- Un critère objectif doit être appliqué pour déterminer la validité d'un enregistrement lorsqu'il y a eu une erreur dans l'enregistrement de l'information (par exemple, le nom du débiteur) sur l'avis d'enregistrement.
- Les enregistrements peuvent être modifiés afin de rendre compte du transfert du droit du débiteur ou du créancier garanti ou pour rendre compte des modifications dans les caractéristiques du bien affecté en garantie. Toutefois, les modifications qui ont pour effet d'ajouter de nouveaux types de biens affectés en garantie ne prennent effet (aux fins des priorités) qu'à la date de la modification.
- Un contrat constitutif d'une sûreté de rang inférieur ("subordination agreement) peut être enregistré.
- Le registre garantit l'inscription appropriée des avis d'enregistrement qui sont remis et l'exactitude des informations du registre qui sont communiquées aux parties qui font les recherches. (Les frais d'enregistrement doivent être suffisants pour permettre la souscription d'un fonds d'assurance pour couvrir les pertes). Toutefois, le registre n'assume aucune responsabilité pour les questions qui ne relèvent pas de son pouvoir. Il n'assume aucune responsabilité pour la véracité ou l'exactitude des informations portées sur un avis d'enregistrement.

- Le registre inscrit tous les avis d'enregistrement complétés comme il se doit ainsi que les formulaires d'amendement ou de résiliation et ne fournit aucune assurance qu'il existe un pouvoir pour effectuer l'enregistrement, le modifier, ou le résilier.
- Le montant des frais d'enregistrement est tel qu'ils sont à la portée de pratiquement tout le monde.
- Le bien affecté en garantie est décrit de façon générique ou spécifique sur l'avis d'enregistrement. Certains systèmes de registre exigent une description du bien spécifiquement affecté en garantie (par exemple, les numéros de série des véhicules à moteur et les numéros d'autorisation ou les marques des autorités publiques pour les bateaux et les aéronefs) sur l'avis d'enregistrement sauf lorsque la sûreté est constituée sur des marchandises en stocks du débiteur. 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.

Les autres éléments suivants sont caractéristiques d'un registre informatisé moderne:

- L'avis d'enregistrement peut se présenter sur papier (sur formulaires fournis par le registre) ou sur écran, par le biais d'informations transmises par un logiciel du registre directement à la base de données du registre.
- Tout utilisateur du système peut avoir accès à distance à la base de données du registre au moyen de terminaux d'ordinateurs aux fins d'enregistrer les avis, faire des recherches dans le registre ou modifier ou résilier des enregistrements. Le terminal d'ordinateur de l'utilisateur peut être situé en n'importe quel lieu qui soit relié par télécommunication au registre. Toutefois des conditions spéciales doivent être ménagées pour assurer que des personnes non autorisées n'aient pas accès à la base de données et pour permettre la perception des frais d'enregistrement pour les utilisateurs à distance.
- L'accès informatisé à distance au registre est possible pour les petites entreprises et pour les consommateurs dans des bureaux de l'administration publique ou des agences privées qui sont directement reliées par ordinateur au registre.
- D'autres formes d'accès à distance au registre aux fins d'effectuer des recherches est possible au moyen du téléphone ou du télécopieur.
 - Le débiteur ne signe pas l'avis d'enregistrement.
- La période d'enregistrement est choisie par l'auteur de l'enregistrement. Généralement, celui-ci peut opter pour une période d'enregistrement qui va d'un an à vingt-cinq ans ou est illimitée.
 Les frais d'enregistrement sont en rapport avec la période d'enregistrement.
- Une fois l'enregistrement effectué, un avis de vérification reportant les mentions de l'enregistrement est automatiquement envoyé à l'auteur de l'enregistrement.

X. LES SÛRETÉS SUR LES BIENS MOBILIERS FIXÉS OU INCORPORÉS À UN IMMEUBLE (12)

Le financement garanti moderne exige la reconnaissance de la possibilité de constituer et de conserver une sûreté sur des biens qui sont fixés à un immeuble. Alors qu'en vertu du droit national de la propriété immobilière, les biens peuvent devenir partie de l'immeuble auquel ils sont fixés, dans le régime du financement garanti, ils conservent leur caractère de biens mobiliers de sorte que l'on peut reconnaître qu'ils soient grevés d'une sûreté mobilière.

Une structure de priorités contient des règles qui déterminent les priorités respectives des sûretés qui portent sur les biens mobiliers, et des droits sur les biens en tant que partie de l'immeuble. Ces règles ont en général la teneur suivante:

- Une sûreté sur les biens qui naît avant la fixation des biens à l'immeuble prime un droit sur l'immeuble existant à la date de la fixation des biens à l'immeuble. Il existe une exception à cette règle lorsque des avances futures sont faites en vertu d'une garantie antérieure sur l'immeuble (voir infra).
- Une sûreté sur les biens qui naît avant la fixation des biens à l'immeuble ne prime pas une garantie antérieure sur l'immeuble pour ce qui est des avances faites en vertu de la garantie après la fixation des biens à l'immeuble et avant qu'un avis de la sûreté sur les biens soit enregistré dans le registre foncier correspondant.
- Une sûreté sur les biens qui naît après la fixation des biens à l'immeuble a un rang inférieur à tout droit sur l'immeuble existant à la date à laquelle les biens sont fixés à l'immeuble.
- Une sûreté sur des biens qui sont fixés à un immeuble prime tout droit subséquent constitué sur l'immeuble seulement si un avis de la sûreté a été enregistré dans le registre foncier correspondant.

Les règles relatives aux sûretés sur les biens mobiliers fixés à un immeuble précisent en général les procédures que doit suivre le créancier garanti pour réaliser sa sûreté sur les biens mobiliers en les enlevant de l'immeuble. Ces règles prévoient en général:

- Le créancier garanti doit donner avis au propriétaire de l'immeuble (autre que le débiteur) de son intention d'enlever les biens mobiliers.
- Le propriétaire de l'immeuble doit avoir la possibilité d'empêcher l'enlèvement en payant au créancier garanti la valeur qu'auraient les biens s'ils étaient enlevés de l'immeuble et mis en vente.
- Lorsqu'il enlève les biens mobiliers, le créancier garanti ne doit causer aucun trouble aux détenteurs de l'immeuble qui ne soit absolument inévitable par suite de l'enlèvement dans des conditions convenables des biens mobiliers.

XI. POSSESSION DU BIEN AFFECTE EN GARANTIE PAR LE CREANCIER GARANTI COMME SUBSTITUT A L'ENREGISTREMENT

Le gage ordinaire n'a plus de sens général comme méthode de financement pour la raison évidente que la plupart des débiteurs, entreprises et consommateurs, ont besoin de la possession du bien affecté en garantie. Cela est d'autant plus vrai lorsque ce sont des stocks qui sont affectés en garantie; il est très difficile pour un vendeur de vendre un stock qui se trouve dans les mains du créancier garanti.

⁽¹²⁾ La plupart des systèmes disposent de structures parallèles pour les sûretés constituées sur des biens mobiliers fixés ou incorporés à un immeuble. La structure applicable aux biens mobiliers fixés à un immeuble est décrite ici.

Il y a des exceptions à la généralisation contenue dans le paragraphe précédent. Lorsque le bien grevé revêt la forme de titres transmissibles relatifs à un droit ou à un bien, le créancier garanti peut décider que la seule façon efficace de protéger sa sûreté sur le bien affecté en garantie est d'en prendre possession.

Les règles prescrivant les obligations d'un créancier garanti en possession du bien affecté en garantie ont habituellement les caractères suivants:

- Le créancier garanti doit exercer un soin raisonnable dans la garde et la conservation du bien affecté en garantie et, sauf si le débiteur en convient différemment, cela implique des mesures raisonnables pour protéger le droit du débiteur sur le bien consistant en effets de commerce et valeurs mobilières.
- Le risque de perte du bien qui est dans les mains du créancier garanti (autre que la perte causée par le défaut du créancier garanti d'exercer un soin raisonnable) est à la charge du débiteur à moins que le créancier garanti ait assuré le bien.
- Le créancier garanti doit détenir comme biens additionnels affectés en garantie tout gain ou profit, autre qu'en argent, produit par le bien affecté en garantie. Les sommes en argent doivent être imputées au paiement de l'obligation ou remises au débiteur.
 - Le créancier garanti peut mélanger les biens fongibles affectés en garantie.

XI. REALISATION

Il existe un consensus général au sein de ceux qui conçoivent des régimes de financement garanti moderne qu'il existe des intérêts concurrents importants qui doivent être réglés dans le cadre de la réalisation des sûretés sur les biens mobiliers corporels⁽¹³⁾. D'un coté, il y a la nécessité d'assurer que le droit du débiteur et les droits des créanciers garantis de rang inférieur sur le bien affecté en garantie soient protégés. D'autre part, il y a l'importance de reconnaître que c'est dans l'intérêt à la fois du créancier garanti et du débiteur qu'il soit disposé du bien affecté en garantie dans les meilleures conditions de délais et de coûts. Les délais prolongés pour la vente de bien entraînent généralement sa dépréciation rapide.

Ces intérêts concurrents sont généralement réglés de la façon suivante:

- En cas de défaillance du débiteur, le créancier garanti est en droit de saisir le bien affecté en garantie si cela peut se faire de façon paisible. Si cela risque de ne pas être le cas, le créancier garanti peut présenter une requête sommaire à un tribunal pour obtenir une ordonnance enjoignant au débiteur de remettre le bien affecté en garantie. Le refus d'exécution rend le débiteur passible de poursuites.
- Avant la vente du bien affecté en garantie (par exemple 20 jours), la créancier garanti doit donner avis au débiteur (et aux détenteurs de droits inférieurs sur le bien) l'informant de son droit de racheter le bien (ou de rétablir le contrat) et de la façon doit il peut procéder. Le délai pour exercer ce droit peut être raccourci si le bien subit une dépréciation très rapide ou s'il est d'une nature telle que sa valeur marchande sera nécessairement réalisée lors de sa vente par le créancier garanti.
- Si le bien affecté en garantie n'est pas racheté (ou le contrat n'est pas rétabli), le créancier garanti est libre de procéder à la vente du bien en vente privée ou publique. A travers l'ensemble du processus de réalisation, le créancier garanti doit agir de bonne foi et d'une façon raisonnable dans le commerce. Si ce n'était pas le cas, le tribunal pourrait ordonner le versement de dommages-intérêts au

⁽¹³⁾ En général, ces mêmes problèmes ne surgissent pas dans le contexte des biens incorporels tels que les créances comptables puisque la réalisation d'une sureté portant sur une créance de somme d'argent n'implique en général rien d'autre que la notification au débiteur de la créance de payer au créancier garanti.

débiteur ou à l'autre personne concernée et la perte ou la réduction du droit du créancier garanti de recouvrer toute autre somme du débiteur. Lorsque le débiteur est un consommateur, le créancier garanti peut être tenu de payer au débiteur une pénalité pour la violation de dispositions légales.

- Après qu'il soit disposé du bien affecté en garantie, le débiteur ou l'autre personne concernée peut exiger du créancier garanti un décompte des produits de la disposition.
- Avant la vente, le créancier garanti peut proposer au débiteur et aux autres personnes concernées qu'il gardera le bien affecté en garantie en pleine satisfaction de l'obligation garantie. Le débiteur et les autre personnes concernées peuvent refuser la proposition et exiger la vente du bien.

Les Etats dont le système est basé sur la Common Law anglaise ont une autre façon d'exécuter les sûretés constituées de façon large sur les avoirs de l'entreprise: la liquidation ("receivership"). Les liquidateurs sont très répandus lorsque le créancier garanti détient une sûreté sur la totalité ou la plus grande partie des biens d'une entreprise. Bien que rien ne s'opposerait en principe à envisager le recours à un liquidateur en cas de défaillance par les petites entreprises, le coût du liquidateur est tel qu'il ne se justifie qu'en présence de matériel professionnel d'une assez grande valeur. Voila les traits essentiels de cette formule:

- Les parties à un contrat de sûreté peuvent prévoir la désignation d'un liquidateur (ou d'un liquidateur-administrateur "receiver-manager") et prévoir ses droits et ses obligations. Il est également possible dans certains cas d'obtenir une ordonnance du tribunal nommant un liquidateur judiciaire. La liquidation n'est pas une façon de détourner le régime réglementaire applicable lorsqu'un créancier procède à la réalisation de sa sûreté. A moins que le tribunal en ordonne autrement, le liquidateur doit respecter l'essentiel des conditions du régime qui s'appliquent aux parties garanties. Lorsqu'un liquidateur-administrateur dispose des biens dans le cadre de la poursuite de l'activité du débiteur, il n'a pas à respecter les conditions de publicité auxquelles est soumis le créancier garanti qui réalise le bien affecté en garantie.
- En cas de défaillance du débiteur, le liquidateur a le pouvoir de reprendre la direction de l'entreprise du débiteur. La désignation du liquidateur suspend les pouvoirs des administrateurs d'une société enregistrée de gérer l'entreprise. Un liquidateur-administrateur a le pouvoir de poursuivre l'activité du débiteur de telle sorte à préserver sa valeur commerciale avant la vente. Finalement l'entreprise est mise en vente par le liquidateur-administrateur et les produits de la vente sont distribués conformément à la loi. L'intérêt principal de cette formule est qu'elle permet de conserver la valeur qu'a l'entreprise en activité.
- Des mesures sont prises pour assurer que seuls des liquidateurs qualifiés sont nommés et que les liquidateurs et les parties garanties qui les désignent répondent de ce chef à l'égard du débiteur et des autres personnes ayant des droits sur le bien affecté en garantie (14).
- Le liquidateur est tenu de tenir les livres et de préparer des rapports périodiques qui sont tous mis à la disposition des personnes qui sont concernées dans leurs droits par les actes du liquidateur.
- Pendant la durée de son mandat conféré par le créancier garanti en vertu du pourvoir contenu dans le contrat constitutif de sûreté, le liquidateur est soumis au contrôle du tribunal mais ne dépend pas de celui-ci. Un liquidateur peut solliciter du tribunal des orientations dans des cas difficiles. En cas de revendication de droits prioritaires, le liquidateur peut demander au tribunal de déterminer de façon sommaire les droits des divers créanciers. Le liquidateur a les mêmes droits que le créancier de demander l'aide du tribunal lorsque le débiteur ou tout autre tiers fait obstacle à l'exercice de ses pouvoirs.

⁽¹⁴⁾ Au Canada, les liquidateurs sont en général des administrateurs de profession qui sont employés par de grands cabinets d'experts-comptables.

L'inexécution des dispositions légales concernant les règles de comportement (bonne foi et comportement raisonnable dans le commerce) ou toute autre question réglée par la loi entraîne la responsabilité du liquidateur à l'égard de toute personne ayant subi un dommage prévisible. Alors que le créancier garanti n'est pas automatiquement responsable pour la faute du liquidateur qu'il a désigné, le tribunal peut ordonner, à la demande d'une personne ayant intérêt à agir, que le créancier garanti doit répondre de toute défaillance du liquidateur.

Le système de réalisation décrit ci-dessus ne fonctionne pas dans les procédures de liquidation judiciaire en ce sens que la réalisation d'une sûreté signifie de recouvrer et de reconnaître tous les droits réels sur le bien affecté en garantie de telle sorte que l'acheteur du créancier garanti ou du liquidateur acquiert le bien libre de tout droit antérieur. La vente du bien en vertu de la réalisation d'une sûreté n'éteint pas nécessairement tous les droits de rang inférieur à la sûreté qui est réalisée. Toutefois, elle est sans effet sur les droits, y compris les sûretés, qui ont un rang supérieur à la sûreté réalisée.

XIII. DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA VALIDITE, AU RANG ET AUX CONDITIONS D'ENREGISTREMENT POUR LES SURETÉS

Etant donné qu'il est très courant que le bien sur lequel a été constituée une sûreté dans un pays, soit situé ou déplacé dans un autre pays, il est important qu'il existe un ensemble de règles généralement acceptées pour traiter des questions suivantes:

- La loi régissant la validité (l'existence) d'une sûreté portant sur divers types de biens (par exemple, biens non mobiles, biens mobiles, objets incorporels).
- La loi régissant les conditions d'enregistrement applicables aux sûretés sur les différents types de biens affectés en garantie.
 - La loi régissant la réalisation des sûretés.