

**Assemblée générale**

Distr. limitée
27 août 2018
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Trente-quatrième session
Vienne, 17-21 décembre 2018

**Projet de guide pratique relatif à la Loi type de la CNUDCI
sur les sûretés mobilières**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
A. Objet du Guide	2
B. Principaux avantages de la Loi type	2
C. Nécessité d'accorder une attention particulière aux opérations garanties impliquant des microentreprises	4
D. Éléments à garder à l'esprit	5
II. Comment procéder à une opération garantie en vertu de la Loi type	6
A. Comment prendre une sûreté effective	6



I. Introduction

A. Objet du Guide

De quoi parle le présent Guide ?

1. Le présent Guide entend fournir des orientations pratiques aux parties à des opérations assorties de sûretés dans les États qui ont adopté la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (2016) (la « Loi type ») en :

- Expliquant les grandes caractéristiques et les avantages principaux de la Loi type¹ ;
- Décrivant les types d'opérations assorties de sûretés que les créanciers et autres entreprises peuvent réaliser en vertu de la Loi type ; et
- Fournissant des explications étape par étape sur la manière de réaliser les opérations les plus courantes et les plus importantes sur le plan commercial.

Qui sont les destinataires du présent Guide ?

2. Le présent Guide a vocation à aider les personnes qui connaissent mal la Loi type. Il en explique le fonctionnement en termes simples et généraux. Le chapitre II est principalement destiné aux bailleurs de fonds et aux entreprises qui procèdent ou envisagent de procéder à des opérations assorties de sûretés, ainsi qu'à leurs conseillers. Il indique comment procéder à plusieurs types courants d'opérations de ce type. Le chapitre III s'adresse principalement aux établissements financiers réglementés et aux autorités de réglementation prudentielle. Le présent Guide sera aussi utile à d'autres parties prenantes concernées, par exemple les décideurs et les législateurs des États qui envisagent d'adopter la Loi type, ainsi que les juges et les administrateurs d'insolvabilité.

B. Principaux avantages de la Loi type

Qu'est-ce qu'une « sûreté » ?

3. Une sûreté est un droit sur un bien qu'une personne peut exercer pour recouvrer l'argent qui lui est dû par une autre personne (le « débiteur ») ou pour garantir d'autres obligations de cette personne. Le titulaire de la sûreté (le « créancier garanti ») peut ainsi se protéger pour le cas où le débiteur ne paie pas, ou ne satisfait pas son obligation, en utilisant la valeur du bien (la « garantie » ou le « bien grevé ») pour récupérer son dû. Un créancier garanti sera généralement prioritaire sur les créanciers « chirographaires ». Dans la plupart des cas, le débiteur sera la personne qui constitue la sûreté (le « constituant »), mais tel n'est pas nécessairement le cas. Une personne peut aussi constituer une sûreté pour garantir les obligations d'autrui.

Un régime souple et complet en matière d'opérations assorties de sûretés

4. De nombreux mécanismes ont été mis au point pour permettre aux créanciers de se protéger contre le risque de défaillance du débiteur. Toutefois, de nombreux systèmes juridiques traditionnels imposent des limites à la constitution de sûretés. Même lorsqu'un système autorise l'utilisation d'un bien à titre de garantie, les règles applicables sont souvent complexes ou peu claires.

5. En revanche, la Loi type autorise une personne à constituer une sûreté sur quasiment tous les types de biens meubles pour garantir tout type de dette ou autre obligation de presque toutes les manières possibles. Elle couvre tous les mécanismes

¹ Si le Guide pratique se fonde sur la Loi type, il ne complète pas les règles qui y sont énoncées, ni ne suggère des modifications à apporter aux dispositions de la Loi type. [Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faut conserver cette note de bas de page, qui reflète le contenu du paragraphe 39 du document A/CN.9/932.]

permettant de créer un droit réel sur un bien meuble à titre de garantie. En d'autres termes, la Loi type, qui suit une approche « fonctionnelle, intégrée et globale », s'applique à tous les droits sur des biens meubles qui sont créés par convention et qui garantissent le paiement ou l'exécution d'une obligation, quel que soit le type d'opération ou la terminologie utilisée par les parties. Par ailleurs, elle offre une grande souplesse aux parties pour s'arranger comme elles l'entendent.

6. Ainsi, la Loi type autorise une personne à constituer une sûreté :
- Sur presque tout type de bien meuble, notamment des stocks, du matériel, des créances, des comptes bancaires et tous types de propriété intellectuelle ;
 - Sur des biens dont elle est déjà propriétaire, ou qu'elle pourrait acquérir à l'avenir ;
 - Sur l'ensemble de ses biens meubles, présents et futurs ;
 - Sans avoir besoin de donner la possession de ces biens au créancier garanti ; ceci vaut aussi pour le produit d'une vente ou de tout autre opération relative aux biens grevés.
7. Ces opérations ne seront pas nécessairement possibles dans un État qui n'a pas adopté la Loi type, et même dans un État qui l'a incorporée dans son droit interne, les parties peuvent ne pas connaître ces possibilités.
8. La Loi type offre aussi aux parties une grande souplesse pour structurer les modalités de réalisation de la sûreté. Le créancier garanti dispose de plusieurs options en la matière, et ne doit pas nécessairement passer par un tribunal (voir chapitre II.H).

Un régime simple et transparent d'inscription des sûretés

9. À la différence de certains régimes traditionnels relatifs aux opérations assorties de sûretés dans lesquels une sûreté ne peut être constituée que si elle est inscrite, la Loi type prévoit qu'une sûreté peut être constituée et produire des effets à l'égard du constituant, qu'un avis ait ou non été inscrit. Toutefois, le créancier garanti voudra lui aussi s'assurer que sa sûreté est opposable car dans le cas contraire, elle ne sera pas d'une grande utilité. La manière la plus courante d'assurer l'opposabilité d'une sûreté en vertu de la Loi type consiste à inscrire un « avis » au registre général des sûretés (le « registre »)².

10. Le registre offre un outil destiné à porter à la connaissance du public l'éventuelle existence d'une sûreté, ce qui rend cette dernière opposable. Tel qu'il est envisagé dans la Loi type, il est pleinement électronique, accessible en ligne et ouvert aux recherches par toute personne intéressée. La procédure d'inscription est facile et rapide : il suffit que la personne concernée inscrive un avis. Il n'est pas nécessaire de soumettre la convention constitutive de sûreté, ni aucun autre document. L'inscription peut se faire en tout temps, même avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté (concernant les modalités de recherche et d'inscription, voir chapitre II.C et E).

Pourquoi faut-il améliorer l'accès au crédit ?

11. La disponibilité du crédit est un facteur important de la prospérité économique des États. Lorsqu'il est aisément disponible et que son coût est raisonnable, le crédit favorise la création et la croissance des entreprises dans l'État concerné, en particulier des petites et moyennes entreprises (PME). Étant donné que les biens meubles constituent le principal type de biens que les PME sont susceptibles d'offrir à titre de

² La Loi type inclut des Dispositions types sur le registre, un ensemble de règles relatives au système de registre. En fonction de ses conventions de rédaction, un État pourra incorporer ces Dispositions dans sa loi relative aux sûretés mobilières, dans une loi distincte ou autre instrument juridique, ou dans une combinaison de ces instruments. [Note à l'intention du Groupe de travail : le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette note de bas de page est nécessaire et, dans l'affirmative, la question de son emplacement.]

garantie, un système juridique qui facilite les opérations garanties par des biens meubles pourra aider ces entreprises à obtenir un crédit à de meilleures conditions.

C. Nécessité d'accorder une attention particulière aux opérations garanties impliquant des microentreprises

12. La Loi type a pour objet d'améliorer l'accès au financement et d'abaisser le coût du crédit pour tous les types d'entreprises. Comme on l'a mentionné plus haut, elle est particulièrement adaptée aux PME, qui constituent la catégorie d'entreprises la plus courante dans la plupart des États. L'octroi d'un financement garanti aux microentreprises requiert toutefois une attention particulière en raison de certaines de leurs caractéristiques spécifiques, qui sont présentées ci-dessous³.

<Caractéristiques des microentreprises>

- Petites et informelles – principalement des entrepreneurs individuels et des entreprises familiales
- Très peu de distinction entre l'entreprise et son (ses) propriétaire(s)
- Entreprises davantage susceptibles de changer de statut juridique, de nom et d'adresse (en particulier dans le cas des entrepreneurs individuels)
- Biens insuffisants ou pas adaptés pour servir de garantie
- Moins grande capacité à fournir aux prêteurs des informations financières adéquates (informations limitées ou de mauvaise qualité)
- Faible position de négociation vis-à-vis des prêteurs

<Caractéristiques du financement des microentreprises>

- Prêts de faible montant et de durée limitée
- Les frais généraux liés au prêt peuvent être disproportionnés par rapport au montant en jeu
- Les prêteurs négligeront plus souvent d'évaluer à titre individuel la demande de prêt et les biens offerts à titre de garantie
- Les prêteurs négligeront plus souvent de suivre de près les biens fournis en garantie
- Les prêteurs exigent souvent des garanties personnelles en plus d'une sûreté
- La réalisation de la sûreté peut avoir des incidences directes sur les finances personnelles du propriétaire et de sa famille, en raison du lien étroit qui existe avec les finances de l'entreprise

13. Lorsque des microentreprises ont besoin d'un financement général (par opposition au financement de l'acquisition de biens particuliers), l'absence de biens à affecter en garantie peut constituer un problème majeur. La Loi type améliore l'accès de ces entreprises au financement en prévoyant la possibilité de donner en garantie tout type de bien meuble, voire l'ensemble des biens d'une entreprise. Elle permet également de constituer des sûretés sur des biens futurs, ainsi que sur des actifs circulants, par exemple des stocks, des créances et des espèces. Cela ouvre des possibilités de financement aux microentreprises, dans la mesure où les entrées de fonds de ces entreprises dépendront de leurs activités futures plutôt que de leurs actifs existants, qui sont limités. Grâce au registre, les prêteurs sont certains d'avoir la priorité sur d'autres créances, ce qui limite leurs risques et peut, à terme, réduire le coût du crédit.

³ La « microfinance » est un mode de financement accordé aux microentreprises, en général pour une durée très brève et un faible montant. En général, ce type de financement n'est toutefois pas garanti et il n'est par conséquent pas couvert dans le présent Guide.

14. Malgré les avantages que la Loi type prévoit pour les microentreprises, les prêteurs devront peut-être revoir les modes d'octroi de financements garantis à ces entreprises en tenant compte de leurs caractéristiques particulières. Ceux-ci sont examinés dans les différentes parties du chapitre II.

D. Éléments à garder à l'esprit

Le Guide porte sur les prêts garantis par des biens meubles

15. Le présent Guide porte sur le financement garanti par des biens meubles, mais pas sur les opérations garanties par des immeubles. Il ne constitue pas non plus un manuel sur la pratique du prêt en général, et fournit uniquement des indications sur les bonnes pratiques en la matière dans la mesure où une opération garantie est en jeu.

Le Guide ne couvre pas tous les points couverts par la Loi type

16. La Loi type est un document qui a été établi avec soin. Elle se fonde sur un certain nombre de définitions spécifiques dont les termes ont été minutieusement choisis. Pour diverses raisons, il existe aussi un certain nombre de conditions et d'exceptions relatives à l'application de certaines de ces règles. Le présent Guide ne peut pas couvrir toutes les circonstances de ce type, car il essaie d'expliquer le fonctionnement de la Loi type en général, dans des termes accessibles à tous. Certains des principaux termes utilisés dans la Loi type, ou dans le présent Guide, sont définis dans la partie intitulée « Glossaire » (voir **).

17. Le lecteur devrait dans tous les cas se référer au langage spécifique utilisé dans la législation incorporant la Loi type dans le droit interne, et se remettre dans le contexte de ce droit, pour bien comprendre le fonctionnement de la Loi type dans son État. Il devrait également examiner les exemples de formulaires et les modèles sous cet angle.

La Loi type comporte des options

18. Certaines dispositions de la Loi type contiennent des options. Lorsque c'est le cas, le présent Guide explique comment les parties aborderont au mieux les différentes options. Les lecteurs devront d'abord déterminer l'option retenue par leur État dans sa législation incorporant la Loi type.

D'autres lois peuvent aussi être pertinentes

19. La Loi type ne fonctionne pas en vase clos. D'autres branches du droit comme le droit des contrats, le droit de la propriété, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des instruments négociables, le droit de la protection des consommateurs, le droit de l'insolvabilité, et le droit de la procédure civile influenceront la manière dont la Loi type fonctionne dans un État donné. Les conventions et traités internationaux applicables dans cet État peuvent aussi être pertinents. Pour comprendre les différentes possibilités et implications, le lecteur doit prendre en considération tous les textes législatifs pertinents.

20. Ainsi, dans certains États, la législation pénalise les prêteurs qui prennent trop de garanties (on parle de « surdimensionnement »)⁴. Dans ce cas, le prêteur peut être contraint de rendre les garanties excédentaires à l'emprunteur pour lui permettre de les utiliser pour obtenir un crédit supplémentaire. Dans les cas extrêmes, le surdimensionnement peut compromettre la réalisation de la sûreté. Les prêteurs devraient par conséquent faire preuve de prudence. [Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient de revoir l'emplacement du paragraphe 20 (voir A/CN.9/938, par. 43).]

⁴ Voir *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le « Guide législatif »), chapitre II, par. 68 et 69.

II. Comment procéder à une opération garantie en vertu de la Loi type

21. Le présent chapitre II explique comment procéder à un certain nombre d'opérations garanties courantes ou importantes en vertu de la Loi type. Les exemples qu'il fournit ne constituent toutefois aucunement les seuls types d'opérations possibles. La Loi type prévoit en effet également des modes de financement garanti plus complexes comme le financement de la chaîne d'approvisionnement, les mécanismes relatifs à la chaîne de valeur et la titrisation.

A. Comment prendre une sûreté effective

1. Sûreté sur des biens meubles corporels sans prise de possession

Exemple n° 1A : L'entreprise X, une imprimerie, souhaite obtenir un prêt auprès de la banque Y. La banque Y est disposée à l'accorder si elle peut prendre une garantie sur la presse à imprimer de X. X doit toutefois rester en possession de ladite presse pour poursuivre ses activités.

Première étape : Constitution d'une sûreté

22. Pour prendre une sûreté sur la presse, la banque Y devra :

- S'assurer que l'entreprise X (le constituant) a des droits suffisants sur le bien pour octroyer une sûreté ; et
- Demander à l'entreprise X de constituer une sûreté sur le bien en sa faveur.

L'entreprise X a-t-elle des droits suffisants sur le bien ?

23. Dans la plupart des cas, le constituant sera le propriétaire du bien. Un propriétaire sera en mesure de constituer une sûreté sur ses biens. Il peut aussi arriver qu'une personne puisse octroyer une sûreté sur un bien sans en être propriétaire, mais en détenant une partie des droits réels y afférents (par exemple leasing d'une voiture ou licence sur un logiciel).

Garantie fournie par un tiers

24. Le constituant est généralement l'emprunteur. Ceci n'est toutefois pas obligatoire, car la Loi type permet à une personne d'octroyer une sûreté pour garantir l'obligation d'autrui. Ainsi, l'entreprise X peut octroyer une sûreté sur sa presse à imprimer pour garantir un emprunt contracté par l'entreprise Z. C'est assez fréquent, notamment lorsqu'une banque fournit un financement à un groupe d'entreprises (voir exemple n° 6). Dans ce cas, il arrive souvent que chaque entreprise du groupe donne une garantie pour garantir les obligations de tous les autres membres du groupe.

Comment l'entreprise X constitue-t-elle une sûreté ?

25. La banque Y peut prendre une sûreté sur la presse à imprimer en concluant une convention constitutive de sûreté avec l'entreprise X. Selon la Loi type, la banque Y ne doit pas nécessairement prendre possession du bien, et la presse peut rester en la possession de l'entreprise X, ce qui lui permet de l'utiliser pour poursuivre ses activités. Le créancier bénéficiant d'une sûreté efficace sur un bien devient un créancier garanti.

26. La convention constitutive de sûreté doit :

- Être conclue ou constatée par écrit et être signée par l'entreprise X ;
- Identifier les parties (la banque Y en tant que créancier garanti et l'entreprise X en tant que constituant) ;
- Décrire l'obligation garantie (les conditions de l'emprunt) ; et

- Décrire le bien grevé (la presse à imprimer) d'une manière permettant raisonnablement de l'identifier.

27. Dans certains États, la convention constitutive de sûreté doit par ailleurs préciser le montant maximum pour lequel la banque Y peut réaliser la sûreté.

Deuxième étape : Rendre la sûreté mobilière opposable

28. Une sûreté constituée conformément à la première étape produit des effets à l'égard de l'entreprise X. Toutefois, la banque Y voudra généralement s'assurer que sa sûreté produit également des effets à l'égard des tiers. Autrement, elle risque de ne pas être pleinement protégée si l'entreprise X devient insolvable, vend la presse à imprimer ou octroie une sûreté sur cette dernière à quelqu'un d'autre.

29. Selon la Loi type, le principal moyen, pour la banque Y, d'assurer l'opposabilité de sa sûreté consiste à inscrire un avis au registre. De cette manière, tout tiers qui effectue une recherche dans le registre sera informé de l'existence de cette sûreté (voir section E en ce qui concerne les modalités d'inscription).

Exemple n° 1B : L'entreprise X assure des services de livraison au moyen d'une petite flotte de camionnettes. Elle souhaite contracter un emprunt auprès de la banque Y. Cette dernière est disposée à lui accorder le prêt si elle peut prendre une garantie sur la flotte de camionnettes. L'entreprise X souhaite toutefois rester en possession des véhicules pour poursuivre ses activités.

30. La Loi type permet à un créancier garanti de prendre une garantie sur plusieurs biens du constituant à la fois. Pour ce faire, il suffit que la banque Y suive les étapes mentionnées ci-avant. La seule différence, c'est que la banque devra s'assurer que la convention constitutive de sûreté et l'avis qu'elle inscrit au registre décrivent les biens grevés de manière à englober l'ensemble des camionnettes, plutôt qu'une seule d'entre elles.

2. Sûreté sur des biens meubles corporels avec prise de possession

Exemple n° 2 : X, un particulier, souhaite contracter un emprunt auprès de la banque Y pour lancer son entreprise. Il ne dispose pas encore de biens commerciaux à donner en garantie, mais possède plusieurs tapis anciens dont il a hérité. Il les conserve dans un entrepôt et n'a pas l'intention de s'en servir. La banque Y est disposée à lui accorder un prêt si elle peut prendre une garantie sur les tapis.

31. Dans cet exemple, la banque Y devra :

- S'assurer que X a des droits suffisants sur les tapis pour octroyer une sûreté ;
- Demander à X de constituer une sûreté en sa faveur ; et
- S'assurer que sa sûreté est opposable.

32. La banque Y pourra suivre les mêmes étapes que dans l'exemple n° 1A, c'est-à-dire conclure une convention constitutive de sûreté écrite avec X et inscrire un avis au registre.

33. Toutefois, dans notre exemple, la banque Y peut aussi prendre possession des tapis, soit en se les faisant livrer dans son propre entrepôt, soit en demandant à l'entrepôt de X de confirmer qu'il détient désormais les tapis en son nom, et non plus au nom de X. Si la banque Y prend possession des tapis de cette manière :

- Une convention constitutive de sûreté écrite et signée par X ne sera pas nécessaire ; et

- La banque Y n'aura pas besoin d'inscrire un avis au registre pour rendre sa sûreté opposable⁵.

34. Toutefois, la banque Y pourra estimer qu'il est prudent de demander à X de signer une convention constitutive de sûreté écrite pour ne pas risquer que X conteste ultérieurement les conditions de l'accord. Elle pourra aussi préférer inscrire un avis au registre, en plus de la prise de possession, pour éviter les conséquences qui pourraient s'ensuivre si elle perdait, de manière involontaire, la possession des tapis.

3. Sûreté sur des biens futurs

Exemple n° 3 : Le fermier X élève du bétail. Il souhaite contracter un emprunt auprès de la banque Y pour acheter de la nourriture pour ses bêtes. La banque Y est disposée à lui accorder un prêt si elle peut prendre une garantie sur le bétail, y compris les têtes que le fermier X envisage d'acheter, jusqu'à ce que l'emprunt soit remboursé.

35. La Loi type permet à un créancier garanti de prendre une sûreté sur les biens futurs du constituant de la même manière que sur les biens actuels. La banque Y devra suivre les mêmes étapes que dans l'exemple n° 1A. La seule différence, c'est que la banque devra désigner les biens grevés par un terme suffisamment large, tel que « toutes les têtes de bétail, tant existantes que futures ». Il conviendra d'utiliser le même terme dans l'avis inscrit. Ainsi, la banque Y bénéficiera immédiatement d'une sûreté sur le bétail dont le fermier X est déjà propriétaire dès lors que la convention constitutive de sûreté prendra effet. Pour ce qui est des têtes de bétail acquises ultérieurement, la banque Y obtiendra une sûreté dès lors que le fermier X les aura achetées.

4. Sûreté sur tous les biens présents et futurs (sûreté sur l'ensemble de l'actif)

Exemple n° 4 : L'entreprise X organise des safaris et souhaite élargir son offre avec des expéditions de rafting en eau vive. Elle souhaite contracter un emprunt auprès de la banque Y pour couvrir les frais d'expansion. La banque Y est disposée à lui accorder un prêt si elle peut prendre une garantie sur l'ensemble des actifs de l'entreprise, y compris tout actif futur.

36. Il n'est pas plus difficile de prendre une sûreté sur l'ensemble des biens actuels et futurs du constituant que sur un bien existant unique. La banque Y devra suivre les mêmes étapes que celles décrites dans l'exemple n° 1A. Toutefois, la convention constitutive de sûreté devrait désigner les biens grevés par la formule « tous les biens meubles corporels, présents et futurs ». Dans l'avis inscrit, il faudrait utiliser la même formule, ou alors l'abrégé en « tous les biens meubles corporels ».

37. En suivant ces étapes, la banque Y aura une sûreté sur l'ensemble du matériel, des stocks (par exemple les souvenirs vendus aux clients), des créances et des biens incorporels (par exemple propriété intellectuelle et fonds de commerce) de l'entreprise X, ainsi que sur tout autre bien meuble qu'elle acquiert ultérieurement. En fonction de la nature des principaux actifs de l'entreprise, la banque Y pourra souhaiter prendre des mesures supplémentaires pour renforcer la protection assurée par sa sûreté (par exemple, si les actifs de l'entreprise X comprennent des titres détenus directement par elle, voir exemple n° 6 ; des comptes bancaires, voir exemple n° 7 ; des instruments négociables, voir exemple n° 8 ; et une propriété intellectuelle, voir exemple n° 11).

38. Si l'entreprise X manque à son obligation de remboursement, la banque Y peut disposer de l'ensemble des biens, de manière à ce qu'un acheteur puisse acquérir l'entreprise dans son intégralité, ou alors en disposer séparément.

⁵ Il n'est pas nécessaire que la convention constitutive de sûreté se présente sous la forme d'un écrit lorsque le créancier garanti prend possession du bien. Une sûreté sur un bien meuble corporel est opposable si la partie garantie est en possession dudit bien.

5. Financement de l'acquisition de biens meubles corporels

Exemple n° 5A (Financement avec réserve de propriété) : L'entreprise X souhaite acheter du matériel de forage au vendeur Y. Plutôt que de demander à l'entreprise X de payer le prix du matériel à la livraison, le vendeur Y est disposé à lui accorder un crédit à 30 jours. Dans les conditions de vente, Y indique qu'il conserve la propriété du matériel jusqu'au complet paiement par l'entreprise X.

Exemple n° 5B (Financement par le vendeur) : L'entreprise X souhaite acheter de la peinture au vendeur Y. Plutôt que de demander à l'entreprise X de payer le prix du matériel à la livraison, le vendeur Y est disposé à lui accorder un crédit à 30 jours, sous réserve qu'elle lui donne une garantie sur la peinture pour la partie non payée du prix d'achat.

Exemple n° 5C (Financement par l'emprunt) : L'entreprise X souhaite acheter des ordinateurs au vendeur Y et entend financer cet achat au moyen d'un emprunt contracté auprès de la banque Z. La banque Z est disposée à lui accorder ce prêt en échange d'une garantie sur les ordinateurs. Le produit du prêt accordé par la banque Z à l'entreprise X sert à payer le prix au vendeur Y.

Exemple n° 5D (Crédit-bail) : L'entreprise X souhaite acheter des ordinateurs au vendeur Y. Le vendeur Y voit les activités de X d'un bon œil et accepte donc, plutôt que de lui demander de financer l'achat au moyen d'un emprunt contracté auprès de la banque Z, de lui louer les ordinateurs pour une période de trois ans. Le loyer est suffisant pour couvrir l'investissement en capital du vendeur Y dans les ordinateurs, ainsi que le coût du financement de la location. À la fin de la durée de location, l'entreprise X peut acquérir la propriété des ordinateurs pour un montant minimal.

39. Les exemples n° 5A à 5D illustrent tous des situations dans lesquelles l'acquisition de biens corporels par l'entreprise X est financée par une autre entité.

40. Dans les exemples n° 5A et 5B, le vendeur Y fournit un crédit à court terme pour financer l'achat. Dans l'exemple n° 5A, il garantit le remboursement du prix d'achat dans la mesure où l'entreprise X ne devient pas propriétaire du matériel de forage avant d'en avoir payé le prix d'achat. Il s'agit d'un mécanisme de garantie courant dans de nombreux systèmes juridiques traditionnels. La Loi type, en adoptant une approche fonctionnelle, examine les circonstances de la transaction et reconnaît que la réserve de propriété constitue un mécanisme de garantie. Le vendeur Y est donc considéré dans la Loi type comme ayant uniquement une sûreté sur le matériel de forage. L'entreprise X est, dès le début, traitée en tant que propriétaire, et la clause de réserve de propriété en tant que convention constitutive de sûreté. Pour autant que la convention décrive le matériel de forage de manière à ce qu'il puisse raisonnablement être identifié, qu'elle soit signée par l'entreprise X et remplisse les autres exigences relatives à une convention constitutive de sûreté mentionnées dans l'exemple n° 1A, le vendeur Y aura une sûreté effective sur le matériel de forage. Pour la rendre opposable, il devra inscrire un avis décrivant ledit matériel.

41. Dans l'exemple n° 5B, le vendeur Y vend à crédit de la peinture à l'entreprise X. Il s'agit en l'occurrence d'un prêt à court terme octroyé par le vendeur Y. Ce dernier devra suivre les mêmes étapes que celles mentionnées dans l'exemple n° 5A pour prendre une garantie sur la peinture.

42. Dans les exemples n° 5C et 5D, l'entreprise X obtient un financement à long terme pour acheter les ordinateurs. La Loi type s'applique exactement de la même manière que dans les exemples n° 5A et 5B. Dans l'exemple n° 5D, la transaction peut être structurée comme une location, mais dans les faits, le bailleur (vendeur Y) utilise son droit de propriété sur les ordinateurs pour garantir l'obligation de l'entreprise X de payer le prix d'achat et les autres montants dus au titre de la location. L'entreprise X paie la valeur du bien pendant la durée de la location, et exercera probablement son droit de devenir propriétaire des ordinateurs, pour un montant minimal, à la fin de la durée de location. La Loi type se fonde sur la finalité de la

transaction, plutôt que sur la formulation utilisée par les parties, et s'applique par conséquent à la transaction visée dans l'exemple n° 5D, même si elle est structurée comme une location.

43. En d'autres termes, le contrat de location envisagé dans l'exemple n° 5D est traité comme une convention constitutive de sûreté aux termes de la Loi type. Pour autant que le contrat décrive les ordinateurs de manière à ce qu'ils puissent être raisonnablement identifiés, qu'il soit signé par l'entreprise X et remplisse les autres exigences relatives à une convention constitutive de sûreté mentionnées dans l'exemple n° 1A, le vendeur Y sera traité en tant que créancier garanti et titulaire d'une sûreté sur les ordinateurs.

44. Dans l'exemple n° 5D, le crédit-bail est accordé par le vendeur Y. Ce genre de financement peut aussi être accordé par une banque ou autre établissement financier. Dans ce cas, le bailleur de fonds achète les ordinateurs au vendeur, puis les loue à l'entreprise X.

45. Selon la Loi type, chacune des sûretés visées dans les exemples n° 5A à 5D peut être considérée comme une « sûreté en garantie du paiement d'une acquisition ». Selon l'article 38 de la Loi type, le créancier garanti (le vendeur Y dans les exemples n° 5A, 5B et 5D et la banque Z dans l'exemple n° 5C) sera prioritaire par rapport aux créanciers garantis ne finançant pas l'acquisition. En d'autres termes, même si le créancier garanti qui, le premier, a inscrit un avis au registre est généralement prioritaire aux termes de la Loi type, un créancier garanti finançant l'acquisition pourra être prioritaire par rapport aux créanciers qui ont éventuellement déjà inscrit un avis.

6. Sûreté sur les actions de l'entreprise (groupe de sociétés)

Exemple n° 6 : M. X mène des activités de fabrication à travers un groupe d'entreprises détenues à 100 %. Il est propriétaire de l'intégralité des actions de l'entreprise A, la société holding du groupe, qu'il détient directement. De son côté, l'entreprise A est propriétaire des actions des trois filiales, les entreprises B, C et D, qu'elle détient directement. Ces actions sont représentées par des certificats. L'entreprise A souhaite contracter un emprunt pour développer les activités du groupe. La banque Y est disposée à lui accorder ce prêt en échange d'une garantie sur l'ensemble des biens des entreprises du groupe.

46. La banque Y devra prendre certaines mesures pour régler les arrangements nécessaires au financement. Premièrement, elle souhaitera peut-être prendre une garantie sur l'ensemble des biens de l'entreprise A (y compris toutes ses actions dans les entreprises B, C et D), de la même manière que dans l'exemple n° 4. Deuxièmement, elle voudra prendre une garantie sur l'ensemble des biens des entreprises B, C et D, de la même manière que dans l'exemple n° 4⁶. Troisièmement, la banque Y voudra peut-être aussi prendre une garantie sur les actions de M. X dans l'entreprise A. En cas de réalisation, cela lui donnera une option supplémentaire puisqu'elle pourra alors vendre le groupe de sociétés dans son intégralité en vendant les actions détenues par M. X et l'entreprise A. Cette solution sera probablement plus simple et plus avantageuse que si la banque Y vendait les actifs du groupe séparément.

47. La banque Y peut rendre ses sûretés sur l'ensemble des actifs de l'entreprise A (y compris ses actions) et les actions de M. X opposables en inscrivant un avis au registre. À la place (ou en plus), elle peut aussi rendre ses sûretés sur les actions opposables en prenant possession des certificats. Elle a d'ailleurs intérêt à le faire,

⁶ Toutefois, comme ces entreprises ne sont pas l'emprunteur, la banque Y leur demandera généralement de donner chacune une garantie sur les obligations de l'entreprise A (dans certains États, il peut y avoir des limites à la mesure dans laquelle une entreprise peut donner des garanties, et la banque Y devrait en tenir compte). De cette manière, la sûreté octroyée par les entreprises B, C et D garantira l'obligation de ces entreprises au titre de la garantie.

car cela lui permettra d'avoir la priorité sur une sûreté concurrente rendue opposable par inscription.

48. Dans certaines circonstances, les actions de groupes de sociétés privées peuvent être émises sans certificats. Dans ce cas, la banque Y ne pourra pas prendre possession des certificats. Par contre, elle peut demander à être inscrite dans les livres de l'émetteur en tant que porteur des actions⁷. La banque Y peut aussi demander que l'émetteur et le porteur des actions concluent un accord de contrôle avec elle, selon lequel l'émetteur acceptera de suivre les instructions de la banque Y en ce qui concerne les actions sans que le consentement du porteur ne soit nécessaire. Tout comme la prise de possession des certificats, ces options peuvent assurer la priorité de la sûreté de la banque Y.

49. La Loi type s'applique à l'exemple n° 6 dans la mesure où elle s'applique aux titres non intermédiés. Par contre, elle ne s'applique pas aux sûretés sur des titres intermédiés, c'est-à-dire des titres détenus par un intermédiaire ou crédités sur un compte de titres. Pour ces dernières, la banque Y devra se référer à d'autres textes législatifs, qui prévoient des mécanismes à cet égard.

7. Sûreté sur des comptes bancaires

Exemple n° 7 : L'entreprise X souhaite contracter un emprunt pour payer ses frais de fonctionnement. Elle a du matériel qu'elle peut fournir à titre de garantie. Son seul autre actif sont des fonds déposés sur un compte bancaire auprès de la banque Y. La banque Z est disposée à lui accorder ce prêt sur la base du matériel détenu. Elle souhaite toutefois aussi prendre une sûreté sur le compte bancaire pour se protéger contre une éventuelle dépréciation inattendue dudit matériel.

50. La banque Z peut prendre une sûreté sur le matériel de l'entreprise X et la rendre opposable en suivant les mêmes étapes que dans l'exemple n° 1A. La prise d'une sûreté sur le compte bancaire est tout aussi simple. Il suffit qu'elle inscrive le compte dans la convention constitutive de sûreté. Pour cela, elle peut indiquer le numéro de compte dans la convention (ainsi que sur l'avis), en notant qu'il est tenu par la banque Y. Autrement, la convention constitutive de sûreté peut indiquer « tous les comptes bancaires, présents et futurs ». La banque Z bénéficiera alors d'une protection supplémentaire s'il existe d'autres comptes bancaires dont elle n'avait pas connaissance au moment d'accorder le prêt.

51. Par ailleurs, si le compte bancaire était tenu par la banque Z plutôt que par la banque Y, il ne serait nécessaire de prendre aucune mesure supplémentaire pour rendre la sûreté opposable. En effet, la tenue du compte bancaire est traitée de la même manière que la possession, par le créancier garanti, de biens meubles corporels dans l'exemple n° 2.

52. Toutefois, puisque le compte bancaire visé dans l'exemple n° 7 est tenu par la banque Y, la banque Z peut aussi conclure un accord de contrôle (accord à trois parties entre l'entreprise X, la banque Y et la banque Z prévoyant que la banque Y suivra les instructions de la banque Z pour ce qui est du paiement de fonds sans que le consentement de l'entreprise X ne soit nécessaire). En cas de défaillance de l'entreprise X, la banque Z pourra simplement donner pour instruction à la banque Y de lui transférer directement les fonds. La banque Z pourra souhaiter prévoir une protection supplémentaire dans l'accord de contrôle. Par exemple, s'il apparaît que l'entreprise X n'aura pas besoin d'accéder à l'intégralité des fonds sur le compte, l'accord de contrôle pourra prévoir que la banque Y doit limiter l'accès de l'entreprise X aux fonds dans le cas où un retrait risquerait de ramener le solde à un montant inférieur au montant convenu. Si la banque Y n'est pas disposée à accepter les conditions que la banque Z juge importantes, celle-ci peut exiger que l'entreprise X lui transfère le compte. Aucune autre mesure ne sera nécessaire pour

⁷ En fonction des règles applicables dans l'État, la banque Y peut demander que sa sûreté soit annotée dans ces livres pour la rendre opposable.

rendre la sûreté opposable et, si elle le souhaite, la banque Z pourra convenir avec l'entreprise X qu'elle limite son droit de retrait sur les fonds crédités au compte.

53. Si la banque Z prend une sûreté sur tous les comptes bancaires, présents et futurs, de l'entreprise X, elle ne peut pas, dans la pratique, obtenir un accord de contrôle avec des banques qui gèrent des comptes dont elle n'a pas connaissance. En d'autres termes, sa sûreté sur ces comptes inconnus peut uniquement être rendue opposable par inscription. De plus, la banque Z ne sera pas en position d'exiger d'une telle banque qu'elle lui transfère les fonds si l'entreprise X manque à ses obligations et qu'elle découvre plus tard l'existence d'un compte. Dans de nombreux États, cela requiert une décision de justice.

8. Sûreté sur des instruments négociables

Exemple n° 8 : L'entreprise Y doit une grosse somme d'argent à l'entreprise X. L'entreprise Y a signé un instrument négociable promettant de rembourser le montant par versements successifs sur une période de cinq ans. L'entreprise X souhaite contracter un emprunt pour payer ses frais de fonctionnement et pour cela utiliser son droit de recouvrement en tant que garantie. La banque Z est disposée à lui accorder ce prêt sur cette base.

54. Pour s'assurer de l'opposabilité de sa sûreté sur l'instrument négociable, la banque Z devrait suivre les étapes mentionnées dans l'exemple n° 1A, et la convention constitutive de sûreté décrire l'instrument négociable de manière adéquate. On pourrait envisager une formule comme « un instrument négociable signé par l'entreprise Y le JJ/MM/AAAA, payable à l'entreprise X, pour un montant de (valeur nominale indiquée dans l'instrument) ». Si la banque Z prend une sûreté sur tous les instruments négociables présents et futurs de l'entreprise X, ce qui peut être le cas si celle-ci émet régulièrement des instruments négociables dans le cours de ses affaires, on pourra retenir la formule « tous les instruments négociables, présents et futurs ».

55. Pour rendre sa sûreté opposable, la banque Z peut inscrire un avis décrivant l'instrument négociable ou, comme pour d'autres biens corporels, prendre possession de l'instrument (voir exemple n° 2). La seconde option présente des avantages. En effet, si la banque Z se contente d'inscrire un avis, sans prise de possession, sa sûreté sera primée par celle d'un autre créancier garanti qui a pris possession de l'instrument négociable. La banque Z risque aussi d'être primée par un acheteur de l'instrument qui en a obtenu la possession dans certaines circonstances (par exemple s'il n'avait pas connaissance de la sûreté de la banque Z).

9. Vente ou transfert pur et simple de créances

Exemple n° 9 (Affacturage) : L'entreprise X exerce des activités de vente de stocks aux clients. Comme ces stocks sont chers, les clients conviennent souvent de payer plus tard (sans utiliser d'instruments négociables). Il se constitue ainsi un groupe de créances qui constituent l'actif le plus précieux de l'entreprise X. L'entreprise X a besoin de fonds avant que les créances ne soient dues, pour payer ses employés et d'autres frais de fonctionnement. Le facteur Y accepte de lui avancer des fonds en achetant les créances qu'il juge recouvrables. Il avance à l'entreprise X un montant égal à 90 % de la valeur nominale de ces créances, gardant les 10 % restants en réserve pour faire face à d'éventuelles réclamations de clients (en cas de marchandises défectueuses ou erronées, par exemple) qui sont susceptibles de réduire la valeur des créances.

56. La Loi type s'applique à la vente de créances, qu'elle décrit comme un transfert pur et simple par convention. L'une des raisons de cette approche est qu'il est souvent difficile de déterminer si une créance est vendue ou transférée à titre de garantie. Le fait d'appliquer les dispositions de la Loi type à tous les transferts de créances permet d'éviter de devoir faire cette distinction difficile.

57. Étant donné que la Loi type s'applique aux transferts purs et simples de créances, l'auteur du transfert (ou cédant) est traité en tant que constituant et le bénéficiaire du transfert (ou cessionnaire) en tant que créancier garanti. Ainsi, dans l'exemple n° 9, le facteur Y aura besoin d'un contrat de vente signé par l'entreprise X et décrivant les créances vendues. L'une des principales conséquences pratiques de cette approche est que le bénéficiaire du transfert, le facteur Y, devrait inscrire un avis dans le registre pour assurer l'opposabilité du transfert. Autrement, il risque de voir son droit sur les créances primé par les droits concurrents d'un tiers sur celles-ci.

58. Il existe plusieurs types d'accords d'affacturage prévoyant un transfert pur et simple de créances. Le facteur Y peut payer le prix d'achat des créances au moment de l'achat (affacturage avec mobilisation de créances immédiate, ou « discount factoring »), comme c'est le cas dans l'exemple n° 9. Il peut aussi ne le payer qu'au moment où les créances sont acquittées (affacturage-recouvrement, ou « collection factoring »), ou encore à la date d'échéance moyenne de l'ensemble des créances (affacturage à échéance). L'affacturage peut se faire avec ou sans possibilité de recours⁸. Enfin, il peut se faire avec ou sans notification⁹.

59. L'affacturage est généralement utilisé par un fournisseur qui transfère des créances dues par plusieurs débiteurs. L'affacturage inversé est initié par le débiteur d'une créance, qui y a recours pour payer ses factures, le facteur s'engageant à acheter les créances des différents fournisseurs du débiteur.

60. Si la Loi type s'applique en général aux transferts purs et simples de créances, les dispositions relatives à la réalisation ne sont généralement pas applicables. Ainsi, dans un affacturage sans possibilité de recours, les efforts fournis par le facteur pour se faire rembourser n'ont pas besoin d'être commercialement raisonnables. En effet, étant donné que c'est lui qui détient la créance, s'il récupère un montant inférieur au montant total, c'est lui qui subira la perte correspondante. De même, le facteur n'a pas besoin de faire savoir à l'auteur du transfert, le cas échéant, qu'il a perçu un montant supérieur à celui qu'il avait initialement payé.

10. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des créances et des stocks

Exemple n° 10 (Crédit permanent) : L'entreprise X vend des appareils de cuisine à des restaurants. Une grande partie de ses ventes sont effectuées à crédit, c'est-à-dire que les clients payent le prix d'achat sur une certaine période. L'entreprise X a parfois besoin de fonds de fonctionnement pour régler ses dépenses ordinaires. La banque Y est disposée à lui avancer des fonds en lui ouvrant une ligne de crédit sur laquelle elle peut puiser en cas de besoin, à condition de pouvoir prendre une garantie sur l'ensemble des stocks et des créances existants et futurs de l'entreprise X, et à condition que les montants des créances recouvrées soient utilisés pour rembourser la ligne de crédit. De plus, la banque Y souhaite prendre une garantie sur le compte bancaire sur lequel l'entreprise X dépose les paiements reçus de ses clients.

61. Pour prendre des sûretés sur l'ensemble des stocks et des créances existants et futurs, il faut suivre les mêmes étapes que celles mentionnées dans l'exemple n° 1A. Il suffit que la banque Y décrive les actifs de manière appropriée dans la convention constitutive de sûreté (par exemple par la formule « tous les stocks et créances, présents et futurs ») et inscrive un avis indiquant, par exemple, « tous les stocks et

⁸ Dans le cas d'un affacturage avec possibilité de recours, le facteur Y a un droit de recours contre l'entreprise X si le débiteur de la créance n'effectue pas le paiement. Dans le cas d'un affacturage sans possibilité de recours, le facteur Y prend le risque que le débiteur de la créance ne la paie pas à l'échéance.

⁹ On parle d'affacturage avec notification lorsque les débiteurs de créances sont avisés du transfert de leurs créances et reçoivent pour instruction d'effectuer directement le paiement au facteur Y. On parle d'affacturage sans notification lorsque les débiteurs de créances ne sont pas avisés du transfert et continuent à payer l'entreprise X.

créances ». Pour prendre une sûreté effective sur le compte bancaire, elle devra suivre les étapes décrites dans l'exemple n° 7.

62. Les activités de l'entreprise X sont de nature cyclique. Elle a besoin de fonds pour acheter des stocks et, du fait qu'une grande partie de ses ventes sont effectuées à crédit, elle a en besoin avant d'être payée pour les stocks qu'elle a constitués et vendus. Pour tenir compte de son cycle économique, la banque Y lui offre une ligne de crédit (ou crédit permanent), c'est-à-dire que l'entreprise X peut emprunter des sommes d'argent lorsqu'elle a besoin de fonds pour acheter des stocks ou payer d'autres dépenses, et qu'elle les rembourse lorsqu'elle recouvre des créances. Avec un tel système, les emprunts et les remboursements sont fréquents et le montant dû fluctue constamment. L'ensemble de stocks et de créances grevés varie lui aussi au fur et à mesure que des stocks sont acquis et convertis en créances, que les créances sont recouvrées, et que de nouveaux stocks sont acquis. Le système de la ligne de crédit permet de faire correspondre les emprunts au cycle d'exploitation de l'entreprise X et lui évite d'emprunter plus que ce dont elle a réellement besoin, ce qui réduit ses coûts d'intérêt.

11. Sûreté sur une propriété intellectuelle

Exemple n° 11 : L'entreprise X est une entreprise pharmaceutique. Elle a des brevets sur les médicaments qu'elle commercialise, ainsi qu'un certain nombre de demandes de brevet en attente pour des médicaments en cours de développement. L'entreprise X souhaiterait lever des fonds pour financer ses dépenses de recherche et développement. La banque Y est disposée à lui accorder un prêt à condition de pouvoir prendre une garantie sur ses brevets et ses demandes de brevet.

63. La Loi type s'applique aux sûretés sur une propriété intellectuelle, pour autant que les dispositions qu'elle contient ne soient pas incompatibles avec les règles de droit ayant trait à la propriété intellectuelle. L'analyse qui suit part de l'hypothèse selon laquelle aucune disposition de la Loi type n'est incompatible avec le droit des brevets.

64. La banque Y peut constituer une sûreté sur les brevets et les demandes de brevet et la rendre opposable en suivant les étapes mentionnées dans l'exemple n° 1A. Ainsi, elle peut décrire les biens grevés comme « tous les brevets et les demandes de brevet, présents et futurs » dans la convention constitutive de sûreté et l'avis inscrit. Cependant, si le droit des brevets prévoit que l'unique moyen d'assurer l'opposabilité est l'inscription au registre des brevets, la banque Y devra procéder à cette formalité.

12. Sûreté sur le produit

Exemple n° 12 : L'entreprise X a contracté un emprunt auprès de la banque Y et lui a octroyé une sûreté sur sa presse à imprimer. Elle a gardé la possession de la presse pour poursuivre ses activités, puis l'a vendue ultérieurement à l'entreprise Z.

65. Selon la Loi type, une sûreté sur un bien s'étend à son produit identifiable. Dans l'exemple n° 12, même si l'entreprise X a vendu sa presse à imprimer à l'entreprise Z, la sûreté de la banque Y s'étendra au montant de la vente, ou à tout nouveau bien acquis avec cet argent. Si le matériel a été endommagé ou détruit en raison, par exemple, d'un incendie, sa sûreté s'étendra à toute demande d'indemnisation déposée par l'entreprise X à la suite du sinistre. En résumé, la sûreté de la banque Y s'étend à tout bien, de quelque forme que ce soit, susceptible d'être identifié comme provenant du bien initialement grevé ou de son produit.

66. Si la sûreté de la banque Y sur la presse à imprimer a été rendue opposable et si le produit reçu par l'entreprise X prend la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de fonds crédités sur un compte bancaire, la banque Y n'a rien de plus à faire pour rendre opposable sa sûreté sur le produit. Si, en revanche, le produit est un bien d'un autre type (par exemple si la presse à imprimer a été échangée contre un ordinateur), la banque Y doit rendre sa sûreté sur l'ordinateur opposable avant l'expiration du délai de grâce prévu.

67. Toutefois, la banque Y n'aura besoin d'aucune formalité pour rendre sa sûreté sur l'ordinateur opposable si la description du bien initialement grevé dans la convention constitutive de sûreté, ainsi que dans l'avis inscrit, englobe déjà le produit (par exemple « l'ordinateur acquis par l'entreprise X ») ou est formulée de manière suffisamment large (par exemple « tous les biens meubles présents et futurs »).
