Nations Unies A/CN.9/WG.VI/WP.77

Assemblée générale

Distr. limitée
19 février 2018
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail VI (Sûretés)
Trente-troisième session
New York, 30 avril-4 mai 2018

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

Note du Secrétariat

Table des matières

		Page
I.	Introduction	3
	A. Objet du Guide pratique	3
	B. Les sûretés et la Loi	4
	C. Le registre des sûretés mobilières	8
	D. Glossaire	10
	E. Interaction entre la Loi et d'autres textes législatifs, notamment les instruments internationaux applicables dans les États	11
	F. Questions découlant d'opérations internationales	13
	G. Opérations assorties de sûretés et financement des microentreprises	14
II.	Comment procéder à des opérations assorties de sûretés : orientations concernant les questions liées aux contrats et aux opérations	16
	A. Principes fondamentaux des opérations assorties de sûretés dans le cadre de la Loi type	16
	B. Différents types de financement facilités par la Loi	19
	C. La vérification préalable, étape préliminaire essentielle d'un financement garanti	26
	D. Consultation du registre	31
	E. Élaboration de la convention constitutive de sûreté (art. 6-3 et 9)	32
	F. Inscription d'un avis dans le registre	34
	G. Réalisation d'une sûreté mobilière (art. 72 à 83)	41
	H. Mesures à prendre par les parties pendant la période de transition entre l'application de la loi antérieure et l'application de la Loi (art. 101 à 107)	46
	I. Opérations internationales : une analyse en trois étapes (art. 84 à 100)	46

V.18-00939 (F)

Merci de recycler

III. Interaction entre la Loi et le cadre de réglementation prudentielle 48
A. Introduction 48
B. Terminologie. 50
C. Renforcer la coordination entre la Loi et la réglementation prudentielle 50
Annexes 54

I. Introduction

A. Objet du Guide pratique

Présentation du Guide pratique

1. Le Guide pratique relatif à la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (le « Guide pratique ») fournit des orientations concrètes aux parties à des opérations assorties de sûretés (dénommées « utilisateurs », dans le présent Guide pratique, terme employé au sens large pour inclure également d'autres parties concernées par de telles opérations) dans les États qui ont adopté la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (2016) (la « Loi type »)[1].

2. Si le Guide pratique se fonde sur la Loi type, il ne vise ni à compléter les règles qui y sont énoncées ni à suggérer des modifications susceptibles d'être apportées aux dispositions de la Loi type.

3. Le Guide pratique :

- Explique les grandes caractéristiques et les avantages principaux de la Loi type ;
- Décrit les types d'opérations assorties de sûretés mobilières que les créanciers et d'autres entreprises peuvent réaliser en vertu de la Loi type ;
- Fournit des explications étape par étape sur la réalisation des opérations assorties de sûretés mobilières les plus courantes et les plus importantes sur le plan commercial.

Destinataires du Guide pratique

4. Le Guide pratique s'adresse à tous ceux à qui la Loi n'est peut-être pas familière, pour en expliquer le fonctionnement de manière générale et dans un langage clair et simple. Les chapitres I et II fournissent des orientations utiles aux utilisateurs, par exemple les bailleurs de fonds et les entreprises engagées dans des opérations assorties de sûretés, tandis que le chapitre III s'adresse principalement aux autorités de réglementation prudentielle et aux institutions financières réglementées. Globalement, le Guide pratique fournit également des informations utiles à d'autres parties prenantes, 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 qui appliquent les dispositions de la Loi.

Structure du Guide pratique

5. Le premier chapitre explique ce que sont les opérations assorties de sûretés, décrit les situations dans lesquelles la Loi s'appliquerait, illustre les principales caractéristiques et avantages de cette dernière et énumère les types d'opérations possibles en vertu de la Loi, en particulier celles qui ne l'étaient peut-être pas avant l'adoption de la Loi.

6. Le deuxième chapitre explique concrètement comment réaliser certaines opérations communes et commercialement importantes en vertu de la Loi. Il est complété par des exemples de convention constitutive de sûreté, de certificat de vérification préalable [et ...] dans l'annexe.

7. Le troisième chapitre illustre les interactions de la Loi avec le cadre réglementaire prudentiel de l'État.

---

[1] En conséquence, le Guide pratique utilise le terme « Loi » pour désigner de manière générale le droit régissant les sûretés réelles mobilières dans les États qui ont adopté la Loi type (y compris les dispositions types relatives au registre qui en font partie).

Aspects que le Guide pratique n'aborde pas

8. Le Guide pratique fournit des conseils sur les principes fondamentaux des bonnes pratiques en matière de prêt uniquement dans la mesure où celles-ci font intervenir des sûretés. Il met l'accent sur les prêts garantis et les relations juridiques qui découlent de telles opérations. Il ne traite ni des prêts en général (en particulier les prêts « non garantis ») ni de la relation qui s'établit entre le prêteur et le débiteur. À l'instar de la Loi type, qui traite des sûretés portant sur des biens meubles, le Guide pratique n'aborde pas les opérations garanties par des immeubles.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de maintenir ce paragraphe dans le Guide pratique et, dans l'affirmative, s'il convient de préciser certains aspects qui ne sont pas abordés dans le chapitre III.*]

B. Les sûretés et la Loi

1. La Loi type et les travaux de la CNUDCI dans le domaine des sûretés

9. La CNUDCI a élaboré un certain nombre d'instruments pertinents, dont la Loi type, pour aider les États à réformer leur droit des sûretés. S'ils s'adressent principalement aux décideurs et aux législateurs des États qui n'ont pas encore adopté la Loi type, ces instruments peuvent néanmoins fournir un contexte utile aux lecteurs qui souhaitent approfondir leur compréhension des politiques et des principes qui la sous-tendent.

Guide législatif sur les opérations garanties (2007) (le « Guide sur les opérations garanties »)	• Présente des orientations relatives aux sûretés sur des biens meubles, augmentant ainsi la disponibilité de crédits abordables. • Comporte des commentaires et des recommandations législatives pour aider les États à moderniser leur législation interne relative aux sûretés mobilières.
Guide législatif sur les opérations garanties : supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (2010) (le « Supplément sur les propriétés intellectuelles »)	• Présente des orientations pour faciliter l'octroi de crédit garanti aux titulaires de droits de propriété intellectuelle qui utilisent ces droits comme garantie. • Comporte des commentaires et des recommandations abordant spécifiquement la question des sûretés sur des propriétés intellectuelles ainsi que la législation applicable.
Guide sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières (2013) (le « Guide sur le registre »)	• Comporte des commentaires et des recommandations concernant la mise en place et l'exploitation d'un registre des sûretés efficace et accessible, augmentant ainsi la transparence et la sécurité en matière de sûretés.
Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (2016) (la « Loi type »)	• Présente un ensemble complet de dispositions législatives destinées à être adoptées par les États pour régir les sûretés sur tous types de biens meubles. • Comporte des Dispositions types sur le registre relatives à l'inscription d'avis dans un registre des sûretés accessible au public.

Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (2017) (le « Guide pour l'incorporation »)	• Présente des orientations aux États en vue d'adopter la Loi type. • Explique succinctement chaque disposition de la Loi type et ses rapports avec les recommandations correspondantes du Guide sur les opérations garanties.

10. Par ailleurs, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (la « Convention sur la cession »), adoptée en 2001, prévoit des règles uniformes pour la cession de créances, facilitant ainsi l'accès au crédit au moyen du financement par cession de créances.

2. Principaux avantages de la Loi dans la mise en place d'un régime complet et souple en matière d'opérations assorties de sûretés

Importance de la Loi pour 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 (en particulier des petites et moyennes entreprises (PME)). Lorsque le système juridique facilite les opérations assorties de sûretés, les entreprises peuvent utiliser leurs biens en tant que garanties, ce qui peut accroître leur capacité d'obtenir du crédit à des taux plus bas. Diverses études ont montré que, dans les économies développées, les emprunteurs munis de garanties obtiennent neuf fois plus de crédit que ceux qui n'en ont pas. Ils bénéficient également de périodes de remboursement 11 fois plus longues et de taux d'intérêt qui peuvent être jusqu'à moitié plus bas[2].

12. On trouvera ci-après une liste de certaines des principales caractéristiques de la Loi qui permettent aux entreprises de réaliser des opérations assorties de sûretés qui n'étaient peut-être pas possibles en vertu des régimes précédents.

Pratiquement tout type de bien meuble peut être affecté en garantie

13. Conformément à la Loi, les entreprises peuvent affecter presque tous les types de biens meubles en garantie (art. 8). Plutôt que des terrains ou des bâtiments, la majeure partie du capital social que détiennent les entreprises se compose de biens meubles, qui représentent une part particulièrement importante pour les PME. Dans les pays en développement, 78 % du stock de capital des entreprises correspond généralement à des biens meubles tels que des machines, du matériel ou des créances. La Loi permet aux entreprises de constituer des sûretés mobilières sur :

- Des stocks et d'autres biens ;
- Des créances et d'autres droits découlant de contrats ;
- Des comptes bancaires ; et
- Tous types de propriété intellectuelle.

Sûretés mobilières sans dépossession

14. En outre, la Loi permet de créer une sûreté sur un bien sans en prendre physiquement possession (art. 6-1). Cela signifie, par exemple, qu'une entreprise peut constituer une sûreté sur un de ses biens tout en continuant à l'utiliser dans le cadre de ses activités, au lieu d'en transférer la possession au créancier garanti.

[2] Informations disponibles (en anglais) à l'adresse http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/getting-credit/why-matters.

Sûretés mobilières sur des biens futurs

15. La Loi permet également à une entreprise de constituer une sûreté sur un bien qui ne lui appartient pas encore (par exemple, des stocks futurs), à condition que cette sûreté soit automatiquement rattachée au bien en question dès que l'entreprise acquiert des droits sur lui (art. 6-2)).

Les parties sont libres de convenir de dispositions qui les arrangent

16. La Loi se caractérise également en ce qu'elle permet aux parties de structurer leur relation comme elles le souhaitent (art. 3), principe que l'on désigne souvent en tant que liberté contractuelle ou autonomie des parties. À quelques exceptions près, elle autorise les parties à modifier par accord les effets qu'elle aurait sur elles (voir aussi par. 30 ci-dessous). La règle générale de conduite, qui exige des parties qu'elles exercent leurs droits et exécutent leurs obligations de bonne foi et de manière commercialement raisonnable (art. 4), constitue une exception. Particulièrement important en ce qui concerne la réalisation des sûretés, ce principe est examiné plus en détail dans la section G du chapitre II (voir notamment par. 252 ci-dessous).

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la possibilité de constituer une sûreté sur l'ensemble des biens du constituant est examinée dans la section E du chapitre II. Il voudra peut-être se demander s'il conviendrait de la mentionner comme une caractéristique novatrice dans le présent chapitre (voir par. 25 ci-après).*]

3. La notion de « sûreté » en vertu de la Loi

Que recouvre le terme « sûreté » ?

17. Une sûreté est un droit sur un bien qu'une personne (le créancier garanti) peut exercer pour recouvrer l'argent qui lui est dû par une autre personne (le débiteur) en cas de défaillance de cette dernière. En substance, la sûreté aide le créancier garanti à se protéger contre les conséquences d'une défaillance du débiteur, puisque la valeur du bien affecté en sûreté (la garantie ou le bien grevé) sert de recours si le débiteur ne peut pas payer ou ne paie pas. La personne qui crée une sûreté sur le bien grevé (le constituant) est généralement, mais pas nécessairement, le débiteur.

18. De nombreux mécanismes ont été mis au point pour permettre aux créanciers de se protéger contre le risque de défaillance du débiteur : le gage avec dépossession en est un exemple traditionnel. La Loi couvre tous ces mécanismes dans le cadre de leur application à tout droit ou à toute sûreté sur un bien meuble qui remplit une fonction de garantie. Se fondant sur cette approche, souvent qualifiée de « fonctionnelle, intégrée et globale », elle traite tous ces droits comme des sûretés mobilières. Autrement dit, elle 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.

Sûretés fondées sur la propriété du bien

19. Certains types d'opérations produisent des effets commerciaux similaires ou équivalents (et ont donc une fonction de garantie), même si elles n'étaient peut-être pas autrefois considérées comme des opérations assorties de sûretés au sens traditionnel. Le crédit-bail et les ventes de biens avec réserve de propriété en sont des exemples.

20. Dans le cadre d'un crédit-bail automobile, la société de financement (le bailleur) devient propriétaire du véhicule pendant la durée du contrat, tandis que le locataire l'utilise. Dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété, le constructeur automobile (le vendeur) peut conserver la propriété du véhicule jusqu'à ce que l'acheteur ait réglé l'intégralité du prix d'achat.

21. Du point de vue commercial, le fait d'avoir la possession ou la propriété de l'automobile dans le cadre de ces opérations remplit la même fonction qu'une sûreté mobilière. Il ne s'agit pas pour le bailleur et le vendeur d'obtenir le bien à l'issue de la

transaction mais plutôt d'un mécanisme de garantie leur permettant de reprendre le bien en cas de défaillance du preneur à bail ou de l'acheteur. La Loi s'applique également à ces arrangements car ils constituent des équivalents fonctionnels d'une opération assortie d'une sûreté.

22. En d'autres termes, le bailleur dans le cadre d'un crédit-bail ou le vendeur dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété sont traités comme s'ils ne détenaient qu'une sûreté sur le bien (à l'instar de créanciers garantis), tandis que le preneur à bail et l'acheteur sont traités comme s'ils étaient propriétaires et en tant que constituants de la sûreté. C'est un exemple concret de l'approche fonctionnelle. Cette approche peut représenter une nouveauté dans de nombreux pays qui n'ont pas encore adopté la Loi type.

Transferts purs et simples de créances

23. La Loi s'applique également aux transferts purs et simples de créances par convention (art. 1-2), bien qu'ils ne garantissent pas le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation. Cela signifie que la personne qui transfère une créance purement et simplement (l'auteur du transfert) est généralement traitée comme si elle avait accordé une sûreté sur la créance, et le bénéficiaire du transfert comme s'il ne détenait qu'une sûreté sur la créance (et donc pas en tant que propriétaire). Cette approche se justifie notamment parce qu'il est souvent très difficile de dire si le transfert d'une créance est pur et simple ou bien s'il se fait à titre de garantie. Grâce à l'application de la Loi à tous les transferts de créances, cette distinction, souvent malaisée à faire, perd de sa nécessité.

24. L'une des principales conséquences pratiques de cette approche est que le bénéficiaire du transfert devrait inscrire un avis dans le registre des sûretés pour que le transfert soit opposable. S'il ne le fait pas, les droits d'un tiers qui constituerait une sûreté concurrente sur la créance pourraient primer les siens. Le fait d'exiger que les transferts purs et simples de créances soient rendus publics peut également représenter une nouveauté juridique dans de nombreux pays.

4. Exemples d'opérations que la Loi facilite

25. Il ne serait ni commode ni même possible que le Guide pratique énumère tous les types d'opérations susceptibles d'être réalisées en vertu de la Loi (voir aussi la section B du chapitre II). On dira plutôt que la Loi autorise la constitution d'une sûreté sur un bien meuble à pratiquement toutes les fins et quasiment de toutes les manières possibles. Elle permet par exemple au constituant d'effectuer des opérations dans le cadre desquelles une sûreté serait créée sur :

- Un bien dont il est déjà propriétaire ;
- Un bien qu'il acquiert en utilisant le produit du prêt garanti ;
- Ses stocks, y compris ceux qu'il pourrait acquérir à l'avenir mais dont il n'est pas encore propriétaire ;
- Ses créances, y compris celles qu'il pourrait acquérir à l'avenir mais dont il n'est pas encore propriétaire ;
- Ses droits découlant d'un ou plusieurs contrat(s) ; ou
- Tous ses biens meubles (présents et futurs).

5. Ensemble complet et rationnel de règles en matière d'opposabilité et de priorité

Conflits de priorité

26. La Loi autorise la création de plusieurs sûretés sur le même bien, afin d'utiliser la valeur totale de celui-ci. Par conséquent, il est parfois possible de se trouver face à des sûretés concurrentes créées par le même constituant sur un bien donné.

27. La Loi contient un ensemble complet de règles pour faire face à de telles situations. Selon la règle générale, c'est l'ordre dans lequel elles ont été rendues opposables qui détermine la priorité entre des sûretés concurrentes. La Loi prévoit différentes méthodes pour assurer l'opposabilité des sûretés, la principale étant l'inscription d'un avis au registre des sûretés (art. 18, voir section C ci-dessous).

Acheteurs, preneurs à bail et preneurs de licence du bien grevé

28. La Loi permet la vente, la location ou la mise sous licence de la garantie en faveur d'un tiers. Par conséquent, elle prévoit également des règles sur la question de savoir si la partie qui acquiert un droit sur le bien grevé est liée par la sûreté existante (art. 34). En règle générale, une sûreté rendue opposable avant la vente, la location ou la mise sous licence du bien grevé n'est pas affectée par ces événements, et l'acheteur ou le bénéficiaire du transfert acquiert le bien soumis à la sûreté.

29. Il y a cependant quelques exceptions. En particulier, lorsqu'un bien meuble grevé est acheté à un constituant dans le cours normal des affaires de ce dernier, l'acheteur l'acquiert normalement libre de toute sûreté. Par exemple, la personne qui achète des biens à un détaillant peut les prendre libres de toute sûreté que ce dernier aurait pu constituer sur eux, traduisant ainsi les attentes commerciales normales.

6. Efficacité de la réalisation des sûretés

30. La Loi prévoit une approche plutôt libérale de la manière dont le créancier garanti peut réaliser sa sûreté. Elle donne en effet aux parties un maximum de souplesse pour structurer leurs arrangements en matière de réalisation, sous réserve que leur accord ne porte atteinte ni aux droits des tiers ni aux obligations et droits impératifs des parties en vertu des dispositions de la Loi relatives à la réalisation.

31. Pour réaliser sa sûreté après la défaillance du débiteur, le créancier garanti n'a pas nécessairement besoin de s'adresser à un tribunal ou à une autre autorité (art. 73-1). Une telle possibilité de réalisation extrajudiciaire (qui permet au créancier garanti de recouvrer ce qui lui est dû plus rapidement et de manière plus efficace) pourrait être considérée comme un bouleversement dans de nombreux pays. Afin de minimiser les risques que pourrait poser le dévoiement de tels mécanismes de réalisation extrajudiciaire, la Loi impose un certain nombre de conditions à respecter par le créancier garanti lorsqu'il exerce son droit (voir la section G du chapitre II).

C. Le registre des sûretés mobilières

1. Les avantages du registre et le registre en tant que pierre angulaire de la Loi

32. Le créancier garanti voudra s'assurer que sa sûreté est opposable car si elle ne l'est pas, elle n'est pas d'une grande utilité. Pour ce faire, il devra veiller à ce que les tiers soient informés que le bien est grevé par sa sûreté. Comme on l'a indiqué précédemment, la manière la plus fréquente d'assurer l'opposabilité d'une sûreté en vertu de la Loi est d'inscrire un « avis »[3] au registre général des sûretés mobilières (le « registre »)[4] (pour ce qui est d'inscrire et de rechercher un avis, voir respectivement les sections D et F du chapitre II).

33. À la différence d'autres régimes relatifs aux opérations assorties de sûretés dans lesquels une sûreté ne peut être constituée que si elle est au préalable inscrite, il n'est pas obligatoire en vertu de la Loi d'inscrire un avis pour créer une sûreté, l'accord des parties étant considéré comme suffisant. L'inscription d'un avis rend la sûreté opposable.

---

[3] Le terme « avis » désigne une communication écrite (art. 2 b)) comportant certaines informations relatives à la sûreté (art. 8, 17 et 19 des Dispositions types sur le registre).

[4] La section C se fonde sur l'hypothèse que la Loi intègre les Dispositions types sur le registre de la Loi type et que l'État adoptant a pleinement mis en œuvre les recommandations figurant dans le Guide sur le registre ainsi que le Guide pour l'incorporation en ce qui concerne le registre.

34. Le registre est généralement accessible au public et toute personne peut y effectuer une recherche (art. 5 des Dispositions types sur le registre). En conséquence, l'inscription d'un avis au registre constitue une forme de publicité à l'égard des tiers, les informant que la partie garantie pourrait détenir une sûreté sur la propriété du constituant. Il en résulte une baisse du risque qu'on puisse induire un tiers en erreur en lui faisant croire que le constituant détient le bien libre de tout droit, dans la mesure ou le tiers en question peut effectuer une recherche au sein du registre pour voir si des avis dont le constituant serait le sujet ont été enregistrés.

2. Principales caractéristiques du registre

Le registre est entièrement électronique et accessible en ligne

35. Le registre est entièrement électronique, ce qui signifie que les informations figurant dans les avis enregistrés sont stockées sous forme électronique dans une base de données unique. C'est ainsi que la fiabilité et la rentabilité du registre sont garanties.

36. Le registre est par ailleurs accessible par voie électronique, ce qui signifie qu'il est possible d'effectuer des inscriptions et des recherches soit en ligne soit par l'intermédiaire d'un système de réseau direct pour les gros utilisateurs et/ou pour les utilisateurs enregistrés. Cela permet aux personnes inscrivant des avis ou effectuant des recherches d'accéder au registre à la fois rapidement et en toute confiance, et d'en faciliter l'utilisation.

Inscription d'un « avis » et documents non pertinents

37. La personne qui inscrit un avis au registre (habituellement le créancier garanti ou son représentant) le fait en soumettant les informations requises (voir par. 189, 190 et 195 à 205 ci-après). L'inscription d'un avis n'exige ni l'accord écrit du constituant ni l'inscription de documents associés à la sûreté (par exemple, la convention constitutive de sûreté).

38. Cela signifie qu'il est inutile d'inscrire ou de joindre des documents associés à la sûreté et qu'en outre, de tels documents ne seraient pas examinés par les services du registre. La tâche du registre consiste à consigner et à publier des informations essentielles concernant les sûretés qui y sont consignées. De ce fait, la procédure d'inscription est à la fois rapide et simple.

Inscription « à tout moment », même avant le début de l'opération

39. En vertu de la Loi, il est possible d'inscrire un avis à tout moment. La personne qui inscrit un avis peut le faire avant même la conclusion de la convention constitutive de sûreté. Les utilisateurs doivent être conscients de cette caractéristique (désignée sous l'appellation « inscription anticipée »), qui peut représenter une nouveauté dans de nombreux pays.

40. Comment on l'a indiqué précédemment (voir par. 26 et 27), la priorité entre sûretés concurrentes dépend généralement de l'ordre d'inscription des avis au registre. En conséquence, le créancier garanti souhaitera habituellement inscrire un avis le plus tôt possible. En autorisant l'inscription anticipée, la Loi permet au créancier garanti d'établir sa position en matière de priorité avant même de s'engager dans l'opération, de façon à pouvoir conclure celle-ci en toute confiance.

41. Il découle de cette caractéristique que les sûretés inscrites au registre n'ont pas encore toutes nécessairement été constituées. En d'autres termes, l'inscription d'un avis ne signifie pas nécessairement que la sûreté qui lui correspond existe déjà. Pour savoir si elle existe ou non, la personne effectuant une recherche dans le registre devra généralement entrer en contact avec le constituant et/ou le créancier garanti dont l'identité figure dans l'avis.

Les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou d'un autre élément permettant d'identifier celui-ci, et non à partir du bien grevé (organisation du registre axée sur le constituant)

42. Les avis inscrits sont indexés en fonction du nom du constituant ou d'un autre élément permettant d'identifier celui-ci, et non par référence au bien grevé, même si ce dernier y est décrit. Lorsqu'une personne veut savoir si un bien appartenant au constituant fait l'objet d'une sûreté existante, elle doit faire une recherche fondée sur le nom du constituant et analyser le résultat de cette recherche pour voir si le bien est représenté dans l'un ou l'autre des avis.

D. Glossaire

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la liste de termes suivante est appropriée, si les définitions relatives au transfert pur et simple de créances (actuellement entre crochets) devraient être conservées, et déterminer à quel endroit du Guide pratique placer le glossaire.*]

43. Le Guide pratique utilise des termes soigneusement définis à l'article 2 de la Loi type. Il vise cependant à apporter des précisions supplémentaires à leur endroit, éventuellement à l'aide d'exemples. En particulier, si des termes spécialisés sont utilisés, ils sont expliqués dans le contexte dans lequel ils sont utilisés dans le Guide pratique.

44. Il est également conseillé aux lecteurs d'examiner attentivement le libellé précis de la Loi dans leur pays et la façon dont elle est interprétée dans le contexte de l'ensemble de la législation nationale, afin de mieux comprendre son fonctionnement.

45. La liste ci-après comporte certains termes essentiels utilisés dans le Guide pratiques.

Terme	Définition, au sens large
Bien futur	Bien meuble qui n'existe pas ou sur lequel le constituant n'a pas de droits ou qu'il n'a pas le pouvoir de grever au moment où est conclue la convention constitutive de sûreté.
Bien grevé ou garantie	Bien meuble qui fait l'objet d'une sûreté réelle mobilière. Ce terme englobe les créances qui font l'objet d'un transfert pur et simple par convention.
Bien meuble	Bien corporel ou incorporel autre qu'un immeuble.
Créance	Le droit au paiement de sommes d'argent [à l'exclusion du droit à paiement constaté par un instrument négociable, du droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et du droit à paiement découlant d'un titre non intermédié].
Créancier garanti	Titulaire d'une sûreté réelle mobilière ou personne bénéficiant des droits découlant d'une sûreté réelle mobilière. Dans le Guide pratique, on utilise aussi les termes créancier, prêteur, bailleur de fonds ou fournisseur pour désigner le créancier garanti. [bénéficiaire du transfert pur et simple d'une créance par convention]

Constituant	Personne qui constitue une sûreté réelle mobilière pour garantir sa propre obligation ou celle qui lui est due par une autre personne. Acheteur ou bénéficiaire d'une autre forme de transfert d'un bien grevé qui acquiert ses droits soumis à une sûreté réelle mobilière. Dans le Guide pratique, on utilise les termes emprunteur, débiteur ou acheteur pour désigner le constituant. [auteur du transfert pur et simple d'une créance par convention]
Convention constitutive de sûreté	Accord entre le constituant et la partie garantie visant à créer une sûreté, que les parties le désignent ou non en tant que convention constitutive de sûreté. [Convention qui prévoit le transfert pur et simple d'une créance]
Débiteur	La personne tenue de payer une obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière. Il s'agit habituellement de la personne qui fournit la sûreté (à savoir le constituant) mais ce n'est pas toujours le cas.
Défaillance	Le fait pour le débiteur de ne pas payer ou de ne pas s'acquitter d'une autre manière de l'obligation garantie. Il peut aussi s'agir de tout autre événement dont le constituant et le créancier garanti sont convenus qu'il constituait une défaillance.
Matériel	Biens corporels [autres que des stocks ou des biens de consommation] qui sont utilisés ou que l'on entend utiliser principalement dans le cadre d'activités professionnelles.
Possession	Possession effective d'un bien corporel par une personne ou par son représentant, ou par un tiers indépendant qui reconnaît détenir le bien pour cette personne.
Priorité	Le droit d'une personne sur un bien grevé par préférence au droit d'un réclamant concurrent.
Produit	Tout ce qui est reçu en relation avec un bien grevé, notamment ce qui est reçu de la vente ou d'une autre forme de transfert de ce bien.
Stocks	Bien corporel détenu en vue d'être vendu ou loué dans le cours normal des affaires, y compris les matières premières et les produits en cours de fabrication.
Sûreté réelle mobilière	Droit réel sur un bien meuble, constitué par convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation. [droit du bénéficiaire du transfert pur et simple d'une créance par convention] Cela est valable que les parties le désignent ou non en tant que sûreté, et quels que soient le type de bien, le statut du constituant ou du créancier garanti, ou la nature de l'obligation garantie.

E. Interaction entre la Loi et d'autres textes législatifs, notamment les instruments internationaux applicables dans les États

46. Il convient de rappeler aux lecteurs que la Loi n'est pas nécessairement entièrement autonome et qu'elle peut faire partie d'un ensemble de lois ou de règlements de l'État concerné. Il convient également de noter que certaines dispositions de la Loi type contiennent des options. Lorsque c'est le cas, le Guide pratique explique comment les utilisateurs pourraient aborder les différentes options. Les lecteurs devront toutefois d'abord déterminer quelle option leur État a adoptée dans sa Loi.

47. La Loi ne fonctionne pas en vase clos et fait habituellement partie du cadre juridique général des pays. En fait, le succès du cadre juridique relatif aux sûretés dépendra de la compatibilité et de la cohérence entre la Loi et les autres lois en vigueur dans le pays. Ainsi, les opérations assorties de sûretés en vertu de la Loi sont nécessairement affectées par d'autres lois qui régissent les parties concernées, les opérations de crédit et les transactions financières. Pour comprendre les différentes possibilités et implications, le lecteur doit prendre en considération tous les textes législatifs pertinents.

48. Si l'éventail des lois qui interagissent avec la Loi varie généralement d'un pays à l'autre, les utilisateurs peuvent néanmoins avoir besoin de se référer à divers corpus législatifs, notamment les suivants : droit des contrats, droit des obligations, droit des garanties, droit de la propriété, droit de la propriété intellectuelle, droit des instruments négociables, droit des biens immobiliers, droit de la protection des consommateurs, droit de l'insolvabilité, réglementation financière, droit de la procédure civile, etc. Ils peuvent également devoir prendre en compte les conventions et traités internationaux applicables dans les pays concernés.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la liste ci-dessus suffit ou s'il conviendrait d'être plus exhaustif, conformément à ce qui suit.*]

49. Les opérations assorties de sûretés font intervenir des contrats, des obligations et l'utilisation de différents types de biens en tant que garanties. Par conséquent, la conception et l'exécution de chaque opération doivent tenir compte à la fois du droit des contrats et du droit des obligations. Souvent, des sûretés sont créées parallèlement aux garanties, pour améliorer la disponibilité du crédit, ce qui signifie que le droit des garanties peut également devoir être pris en considération. Selon le type de garantie, d'autres textes peuvent devoir être consultés, comme ceux relatifs au droit de la propriété, au droit de la propriété intellectuelle, au droit des valeurs mobilières et au droit des instruments négociables.

50. Des limites peuvent exister : en effet, les biens de certaines personnes peuvent être protégés ou exemptés de la réalisation (aspect dont les prêteurs doivent tenir compte au moment de la vérification préalable). Les lois sur la protection des consommateurs peuvent également s'appliquer à certains groupes de débiteurs. La réglementation financière aura une incidence sur la façon dont les banques abordent les prêts, la surveillance du crédit et la réalisation.

51. Le traitement des litiges découlant d'opérations assorties de sûretés ainsi que la réalisation judiciaire des sûretés seraient généralement soumis aux dispositions pertinentes du code de procédure civile. En cas d'insolvabilité du débiteur, les prêteurs devraient savoir dans quelle mesure le droit de l'insolvabilité reconnaît les sûretés et connaître les règles en matière de priorité (ainsi qu'en ce qui concerne les actions en annulation). Dans de rares cas, le droit pénal et administratif peut également jouer un rôle. Par exemple, certains actes peuvent faire l'objet de sanctions pénales ou administratives, et les sûretés sur des droits de concession peuvent être façonnées par la législation administrative pertinente.

Conventions et traités internationaux

52. Il peut également s'avérer nécessaire de tenir compte des conventions et traités internationaux concernant les sûretés internationales qui sont applicables dans le pays[5], à savoir notamment les instruments suivants :

[5] Pour aider les utilisateurs à prendre en compte ces textes, la CNUDCI, la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) ont comparé et analysé les principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux sûretés (document disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security/2011UNCITRAL_HCCH_Unidroit_texts.html).

- Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (2001) et les protocoles s'y rapportant ;
- Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (2013, Convention de Genève sur les titres) ;
- Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (2006, Convention de La Haye sur les titres) ;
- Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001, Convention des Nations Unies sur la cession) ; et
- Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980, CVIM).

F. Questions découlant d'opérations internationales

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si cette section devrait être maintenue dans le chapitre I ou intégrée au chapitre II-I.*]

53. Une opération dans laquelle interviennent des liens avec plusieurs États est souvent dite « internationale ». Pour mettre en place ce genre d'opérations internationales, il faut déterminer quelle législation nationale s'applique à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation des sûretés. La Loi prévoit les règles pour ce faire au chapitre VIII (Conflit de lois). Les exemples suivants illustrent le fonctionnement de certaines de ces règles. Supposons que l'État O a promulgué la Loi type.

<Exemple 1> X est un concessionnaire informatique qui gère son entreprise à partir d'un bureau situé dans le pays O. Il vend les ordinateurs dans ses magasins dans les pays O et P. Il souhaite que Y lui fournisse du crédit et, à cette fin, il lui donnerait une sûreté sur les ordinateurs qu'il détient en stock dans des magasins situés dans les deux pays O et P.

<Exemple 2> X vend les ordinateurs détenus en stock dans ses magasins dans les pays O et P à crédit à des clients dont les adresses de facturation se trouvent en O, en P et dans d'autres pays. Il souhaite constituer une sûreté sur les créances découlant de ces ventes en faveur de Y.

<Exemple 3> X dispose de comptes bancaires dans une banque en O et dans une autre en P. Il y dépose les sommes correspondant au recouvrement de ses créances. Il souhaite constituer une sûreté sur les fonds crédités sur ses comptes bancaires en faveur de Y.

54. Dans l'exemple 1, la loi applicable est celle de l'État où se trouvent les ordinateurs de X (art. 85). Ainsi, pour que la sûreté de Y soit reconnue comme étant valable et opposable en O, il faudrait que les exigences de la législation de l'État O soient remplies en ce qui concerne les ordinateurs stockés en vue d'y être vendus, et que les exigences de la législation de l'État P soient remplies en ce qui concerne les ordinateurs stockés en vue d'y être vendus.

55. Dans l'exemple 2, la loi applicable est celle de l'État dans lequel X a son établissement (art. 86 et 90). X ayant des établissements en O et en P, le lieu de situation du constituant est l'État où s'exerce son administration centrale (c'est-à-dire le lieu à partir duquel le constituant administre ses affaires). Par conséquent, indépendamment du fait que les clients de X sont situés dans plusieurs pays, pour que la sûreté de Y sur toutes les créances qui sont dues à X soit reconnue en O comme étant valable et opposable, seules les exigences de la Loi (la législation de l'État O) devraient être remplies.

56. Dans l'exemple 3, la Loi type offre deux options aux États adoptants (art. 97). Dans de nombreuses circonstances, le fait de choisir A ou B n'aurait pas d'importance dans la mesure où les deux options mèneraient vraisemblablement à l'application de la loi de l'État dans lequel le compte bancaire est tenu. En supposant que cette loi est effectivement la loi applicable, pour que la sûreté de Y sur les deux comptes bancaires soit reconnue en O comme étant valable et opposable, il faudrait que les exigences des législations aussi bien de l'État O que de l'État P soient remplies.

57. En vertu de la Loi, le lieu de situation du créancier garanti ne constitue pas un facteur pour la détermination de la loi applicable. Ainsi, que Y (dans les exemples ci-dessus) se trouve en O ou dans un autre pays n'affecte nullement cette détermination.

58. La Loi comporte également des règles relatives à la détermination de la loi qui est applicable à la priorité et à la réalisation des sûretés (art. 85, 86, 88 et 97). Dans les exemples, ces règles mènent généralement à l'application de la même loi que celle indiquée pour la constitution et l'opposabilité de la sûreté du prêteur. Pour les opérations internationales portant sur des biens autres que les biens corporels, les créances et les comptes bancaires prévus dans les exemples (notamment des types de biens meubles corporels habituellement utilisés dans plusieurs États, des propriétés intellectuelles et des titres non intermédiés), la Loi prévoit des règles qui désignent une loi applicable différente.

G. Opérations assorties de sûretés et financement des microentreprises

Attention particulière à accorder au financement des microentreprises

59. La Loi est conçue de façon à améliorer l'accès au financement et à abaisser le coût du crédit pour tous les types d'entreprises. Elle est particulièrement adaptée aux PME, qui constituent la catégorie d'entreprises la plus courante et sont proportionnellement nombreuses dans la plupart des États. Toutefois, le financement des microentreprises nécessite une attention particulière en raison de certaines spécificités des opérations et du type d'entreprises concernés (pour une présentation générale sur le sujet, voir « Réduire les obstacles juridiques que rencontrent les micro-, petites et moyennes entreprises (MPME) » (A/CN.9/WG.I/WP.110), document en cours d'élaboration par le Groupe de travail I).

60. Si la pratique souvent désignée sous le nom de microfinancement (octroi de prêts non garantis généralement sur une période très courte et pour un montant très faible) est une méthode courante de financement des microentreprises, le Guide pratique traite uniquement du prêt garanti à ces entreprises.

61. La taille et la nature exactes des microentreprises varient d'un État à l'autre et dépendent largement de l'économie et des politiques de chaque État. On peut, cependant, globalement les décrire comme de petites entreprises qui présentent certaines ou la totalité des caractéristiques suivantes :

- Sont détenues par des entrepreneurs individuels ou des familles, le sort de l'ensemble du ménage étant généralement en jeu (très peu de distinction entre l'entreprise et ses propriétaires) ;
- Ont besoin de prêts de faibles montants sur des durées très courtes ;
- Sont davantage susceptibles de changer de statut juridique, de nom et d'adresse, en particulier lorsqu'elles sont détenues par des entrepreneurs individuels ;
- Disposent de biens insuffisants ou inappropriés pour servir de garantie (le plus souvent, des actifs dont le montant fluctue, comme des stocks ou des créances) ;
- On ne dispose, en ce qui les concerne, que d'informations financières limitées ou de mauvaise qualité ;
- Se trouvent dans une faible position de négociation vis-à-vis des prêteurs.

62. En outre, dans les opérations de financement de microentreprises :

- Les frais généraux liés au prêt peuvent ne pas être couverts par les faibles montants en jeu ;
- Du fait de la petite taille et du caractère informel des microentreprises, les prêteurs sont tentés d'omettre l'évaluation particulière des demandes de financement de ces entreprises et des garanties qu'elles offrent ;
- Le suivi du cycle de vie du crédit est davantage susceptible d'être négligé ;
- Les prêteurs demandent généralement des garanties personnelles (en plus des sûretés mobilières) au chef ou à l'actionnaire de l'entreprise et aux membres de la famille ; et
- Des questions particulières se posent en ce qui concerne la réalisation des sûretés mobilières en raison du lien étroit qui existe entre les finances de l'entreprise et celles, personnelles, de la famille.

Avantages de la Loi pour les microentreprises

63. Lorsque les 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 améliore l'accès de ces entreprises au financement en prévoyant la possibilité de donner tout type de garantie, et notamment de constituer une sûreté sur l'ensemble des biens (voir par. 13 ci-avant). Elle permet également de constituer des sûretés sur des biens futurs (voir par. 15 ci-avant) ainsi que sur des actifs circulants, par exemple des stocks, des créances et des espèces. S'ouvrent ainsi de nouvelles possibilités de financement, dans la mesure où la réception de fonds par les entreprises dépendra de leurs activités futures plutôt que de leurs biens existants limités. En outre, le registre permet de contenir le coût des opérations (élément essentiel, compte tenu des faibles montants en jeu), car il offre au prêteur un moyen de s'assurer la priorité sur toute autre revendication du bien grevé, ce qui a pour effet de réduire les risques encourus par celui-ci et donc d'abaisser le coût du crédit.

Questions qui se posent généralement en matière de financement garanti des microentreprises

64. Le financement garanti des microentreprises, du fait de sa nature particulière, pourrait nécessiter d'adapter les méthodes utilisées pour procéder à des opérations assorties de sûretés, telles qu'elles sont décrites de manière générale au chapitre II. Il faudrait, par exemple, prendre en compte des aspects supplémentaires afférents à la vérification préalable, au suivi des garanties et à la réalisation.

65. Comme on l'a fait observer, le financement des microentreprises porte habituellement sur de faibles montants et devrait donc être simple et de moindre coût. Par conséquent, il faudrait peut-être que les chambres de commerce, les associations d'institutions de financement, voire les organisations gouvernementales ou non gouvernementales qui promeuvent l'entrepreneuriat, élaborent des modèles de documents rédigés dans des termes simples et clairs et intelligibles aux microentreprises.

66. Dans le financement des microentreprises, les garanties sont omniprésentes. Elles permettent de rendre davantage de biens disponibles pour le remboursement et de réduire l'aléa moral de l'emprunteur par la multiplication des incitations. Toutefois, la fourniture de garanties se traduit concrètement par une suppression de la responsabilité limitée, et la défaillance entraîne souvent de graves problèmes financiers pour les ménages des personnes concernées. En outre, les difficultés financières générales des microentreprises ont tendance à créer des problèmes tant sur le plan social que sur le plan économique. Dans ce contexte, il convient peut-être d'envisager des moyens de réduire, dans toute la mesure possible, le recours abusif aux garanties personnelles et de coordonner les procédures d'insolvabilité du garant et de la microentreprise.

67. Le manque d'informations financières et l'asymétrie du pouvoir de négociation peuvent conduire le prêteur à ne pas procéder à une vérification préalable suffisante à l'égard de l'emprunteur, et à lui imposer de ce fait des clauses et conditions injustifiées au vu du niveau réel de risque inhérent au fonctionnement de la microentreprise. Le fait d'exiger des garanties trop importantes en regard du montant du prêt (pratique connue sous le nom de « prise excessive de sûretés ») peut s'avérer risqué dans de nombreux pays, en particulier dans les pays en développement et les pays à revenu intermédiaire (voir également par. 136 à 138 ci-après). La prise excessive de sûretés peut considérablement restreindre l'accès des microentreprises au financement, même dans le cadre de la Loi, ce qui est préjudiciable pour l'ensemble de l'économie.

II. Comment procéder à des opérations assorties de sûretés : orientations concernant les questions liées aux contrats et aux opérations

68. Le présent chapitre explique, en termes pratiques, comment des parties peuvent procéder à un certain nombre d'opérations assorties de sûretés essentielles conformément à la Loi. Il est complété, dans l'annexe, par des exemples de convention constitutive de sûreté, de certificat de vérification préalable [et …].

69. Sauf indication contraire, le Guide pratique se base, pour expliquer comment procéder à des opérations, sur le cas de figure suivant.

<Cas de figure>

Une entreprise qui fabrique des biens (X) cherche à obtenir un prêt auprès d'une banque locale (Y) afin de mener ses activités à l'aide d'une pièce de matériel qu'elle détient dans son centre de production, situé dans l'État O.

A. Principes fondamentaux des opérations assorties de sûretés dans le cadre de la Loi type

1. Comment constituer une sûreté mobilière (art. 6 à 17)

70. Dans le cas de figure envisagé, X et Y concluraient une convention afin de créer une sûreté sur le matériel (art. 6-1 ; pour plus de détails, voir section E ci-après). La convention devrait comporter un minimum d'informations requises pour identifier le créancier garanti et le constituant. Elle devrait également décrire l'obligation garantie ainsi que le bien affecté en garantie[6]. Enfin, elle devrait se présenter sous forme écrite et serait normalement signée et par X et par Y (art. 6-3).

71. La Loi prévoit une exception à l'exigence de forme écrite dans le cas où Y est en possession du bien grevé (art. 6-4). Étant donné que X aurait besoin du matériel pour mener ses activités, cette situation pourrait ne pas être possible. À ce titre, il convient de souligner que la Loi donne pleinement effet aux sûretés mobilières sans dépossession, qui permettent au constituant de conserver la possession du bien grevé tout en accordant une sûreté au créancier.

72. Pour que Y obtienne une sûreté opposable, il faudrait que X ait des droits sur le matériel ou le pouvoir de le grever (art. 6-2). En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que X soit propriétaire du matériel. Il peut, par exemple, en être locataire.

---

[6] Dans les États qui ont adopté l'article 6-3 d) de la Loi type, il faudra que la convention constitutive de sûreté indique le montant maximum pour lequel la sûreté pourra être réalisée. En général, cela pourra permettre au constituant d'obtenir un financement auprès d'autres créanciers lorsque la valeur du bien grevé sera supérieure au montant indiqué dans la convention (voir Guide pour l'incorporation, par. 89).

73. Si le matériel est la propriété d'un tiers (Z), celui-ci peut également constituer une sûreté sur le matériel pour garantir le prêt que X obtiendra auprès de Y. Le débiteur (X) ne doit pas nécessairement être constituant (Z), et inversement.

74. Comme indiqué plus haut (voir par. 15 ci-avant), il est possible de constituer une sûreté sur des biens futurs. Par exemple, X peut conclure une convention avec Y pour créer une sûreté sur des biens qu'il fabriquera à l'aide du matériel en sa possession ou sur une autre de pièce de matériel qu'il achètera à l'avenir. Dans les deux cas, la création de la sûreté n'intervient pas lors de la conclusion de la convention, mais lorsque les biens ont été fabriqués ou que X acquiert des droits sur la nouvelle pièce de matériel (art. 6-2).

2. Comment rendre une sûreté mobilière opposable (art. 18 à 27)

Distinction entre constitution et opposabilité

75. La Loi opère une distinction entre la constitution d'une sûreté (et donc son opposabilité au constituant) et son opposabilité à des tiers (« opposabilité »). Elle permet ainsi de réduire les formalités à accomplir pour constituer une sûreté, tout en offrant à tous les tiers ayant un droit sur le bien grevé un moyen peu coûteux et fiable de déterminer si ce bien peut faire l'objet d'une sûreté. Aussi prévoit-elle un ensemble distinct de règles à appliquer pour rendre une sûreté opposable.

76. En toute logique, la constitution d'une sûreté est une condition de son opposabilité. Si, par exemple, Y ne concluait pas de convention constitutive de sûreté, sa sûreté ne serait pas opposable, même en cas d'inscription d'un avis dans le registre, car elle n'aurait pas été constituée. Il peut y avoir des cas où la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sont acquises simultanément. Si, par exemple, Y a inscrit un avis concernant des biens que X doit fabriquer et conclu une convention constitutive de sûreté portant sur ces biens, la constitution et l'opposabilité seront toutes deux obtenues une fois les biens fabriqués.

77. Tandis que la constitution et l'opposabilité sont, dans le cadre de la Loi, deux notions distinctes, un créancier garanti souhaitera généralement faire en sorte que sa sûreté soit opposable. En effet, si une sûreté a été constituée mais n'a pas été rendue opposable, il est possible qu'elle ne puisse pas remplir sa fonction, à savoir garantir un paiement ou l'exécution d'une autre obligation, en raison d'un droit concurrent qu'aurait un tiers sur le bien grevé. Si, par exemple, Y a conclu avec X une convention constitutive de sûreté portant sur le matériel, mais n'a pas rendu sa sûreté opposable, il pourrait ne pas être protégé dans le cas où X constituerait une autre sûreté sur le même matériel, vendrait le matériel ou deviendrait insolvable.

78. La constitution d'une sûreté mobilière par la conclusion d'une convention constitutive de sûreté ne rend cette sûreté opposable qu'entre X et Y. En d'autres termes, cette sûreté ne pourra pas être opposée à une autre partie qui acquerra une sûreté ou un autre type de droit sur le matériel, telle qu'un acheteur ou un représentant de l'insolvabilité. La sûreté constituée sera alors de peu d'utilité à Y, car il pourra facilement perdre la possibilité de réaliser la valeur du matériel en cas de défaillance.

79. Ainsi, les exigences distinctes de constitution et d'opposabilité, toutes deux aisément vérifiables dans le cadre de la Loi, doivent être satisfaites pour qu'un créancier puisse tirer pleinement profit de sa sûreté. Le fait de rendre celle-ci opposable assure généralement à Y la possibilité de réaliser l'intégralité de la valeur du matériel, sous réserve d'un éventuel conflit de priorité.

Comment rendre une sûreté mobilière opposable

80. La Loi prévoit plusieurs méthodes à appliquer pour rendre une sûreté opposable, mais la principale consiste à inscrire un avis dans le registre (art. 18-1 ; pour les modalités d'inscription d'un avis, voir section F ci-après). L'inscription est possible pour tous les types de biens, tandis que les autres méthodes s'appliquent uniquement à certains d'entre eux. Ainsi, pour les divers types de biens indiqués ci-après, une sûreté est rendue opposable :

- Pour des biens corporels, lorsque le créancier garanti prend possession du bien grevé (art. 18-2 ; voir par. 83 et 84 ci-après) ;
- Pour des fonds crédités sur un compte bancaire, par la conclusion d'un accord de contrôle (voir par. 85 ci-après) ou lorsque le créancier garanti devient titulaire du compte. Si, cependant, le créancier garanti n'est autre que la banque auprès de laquelle le compte est détenu, aucune action supplémentaire n'est requise (art. 25) ;
- Pour des biens corporels représentés par un document négociable, lorsque la sûreté sur le document négociable est elle-même rendue opposable, par exemple du fait de la possession du document par le créancier garanti (sous certaines conditions, voir art. 16 et 26 ; voir par. 123 et 124 ci-après) ;
- Pour des titres non intermédiés dématérialisés, par la conclusion d'un accord de contrôle ou l'inscription d'une annotation dans les registres tenus par l'émetteur (art. 27).

Possibilité d'inscrire un avis à tout moment

81. L'inscription d'un avis peut avoir lieu à tout moment, même avant la création de la sûreté ou la conclusion de la convention constitutive de sûreté (art. 4 des Dispositions relatives au registre ; voir par. 39 et 40 ci-avant). Dans la mesure où l'ordre de priorité est déterminé par la date et l'heure d'inscription (voir par. 27 ci-avant), il est généralement avantageux de procéder à l'inscription aussitôt que possible.

82. Dans le cas de figure envisagé, il est probable que Y commencera par consulter le registre pour voir si X a constitué une autre sûreté sur le matériel. Il inscrira ensuite un avis, sans doute avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté, afin de conserver sa priorité, cela assurément, quoi qu'il en soit, avant d'octroyer des fonds à X.

Possession

83. Un autre moyen de rendre une sûreté opposable est la prise de possession du bien grevé par le créancier garanti, comme dans la pratique du gage traditionnel avec dépossession. Par exemple, X pourrait transférer la possession de son matériel à Y, mais cela limiterait, en général, sa capacité à utiliser le matériel pour mener ses activités. En vertu de la Loi, le fait d'être en possession d'un bien corporel grevé, ou d'en prendre possession, a les conséquences suivantes :

- Une convention écrite n'est pas nécessaire (art. 6-4) ;
- L'inscription d'un avis n'est pas nécessaire pour assurer l'opposabilité (art. 18-2).

84. Lorsque le constituant n'a pas besoin du bien grevé à des fins d'utilisation ou de vente immédiate, la possession peut être un moyen approprié de rendre une sûreté opposable. Elle ne doit pas nécessairement être le fait du créancier garanti, et peut également être exercée par un tiers qui prend possession du bien grevé au nom du créancier. Cette option peut être plus pertinente d'un point de vue commercial, notamment si le créancier garanti ne dispose pas des installations de stockage nécessaires. Par exemple, un entrepôt peut servir au stockage de biens fabriqués par X, et le propriétaire de l'entrepôt se charger de détenir ces biens au nom de Y.

Accord de contrôle

85. Un accord de contrôle (art. 2 g)) désigne un accord écrit conclu entre trois parties : i) le constituant ; ii) le créancier garanti ; et iii) en ce qui concerne des fonds crédités sur un compte bancaire, la banque (établissement de dépôt) ; et en ce qui concerne des titres non intermédiés dématérialisés, l'émetteur des titres. Cet accord prévoit que la banque ou l'émetteur des titres, selon le cas, suivra les instructions du créancier garanti à l'égard du bien grevé, sans que le constituant ait à donner d'autre consentement.

Changement de méthode destinée à assurer l'opposabilité

86. Il est possible de changer de méthode d'opposabilité et de conserver l'opposabilité d'une sûreté à compter de la date à laquelle elle a été initialement rendue opposable (art. 21). Dans la pratique, ce changement est le plus souvent opéré lorsque la première méthode utilisée par le créancier garanti a consisté à prendre possession du bien grevé. Si le créancier garanti inscrit un avis avant de transférer la possession du bien grevé (dans la plupart des cas, pour la redonner au constituant), la sûreté reste opposable bien que le créancier ne soit plus en possession du bien grevé. L'opposabilité est acquise à compter de la date à laquelle le créancier garanti a pris possession du bien grevé.

Comment rendre opposable une sûreté sur un produit

87. Aux termes de la Loi, une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé s'étend à son produit identifiable (art. 10)[7]. Si, par exemple, X vend son matériel, la sûreté détenue par Y s'étend au prix de vente reçu par X. Si le matériel est endommagé par un incendie, elle s'étend à toute demande d'indemnisation déposée à la suite du sinistre. Essentiellement, la sûreté détenue par Y s'étend à tout ce que X reçoit, sous quelque forme que ce soit (voir par. 214 à 216 ci-après). [*Note à l'intention du Groupe de travail : Le présent paragraphe, qui aurait peut-être davantage sa place dans la sous-section A.1, a été inséré ici afin d'être associé au paragraphe suivant, ce qui permet de gagner en concision.*]

88. Pour ce qui est de l'opposabilité de la sûreté sur le produit, si Y a inscrit un avis concernant la sûreté sur le matériel, et si le produit reçu par X prend la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de fonds crédités sur un compte bancaire, Y n'a rien de plus à faire pour rendre opposable sa sûreté sur le produit (art. 19-1). Si, en revanche, le produit est un bien d'un autre type (si, par exemple, le matériel a été échangé contre une autre pièce de matériel), Y bénéficiera d'un court délai de grâce pendant lequel il devra, par l'un des moyens décrits plus haut (voir par. 80 ci-avant), rendre opposable sa sûreté sur l'autre pièce de matériel (art. 19-2).

89. Un autre moyen pratique, pour Y, de rendre opposable sa sûreté sur un produit quelconque serait de le décrire comme un bien initialement grevé dans la convention constitutive de sûreté ainsi que dans l'avis inscrit.

B. Différents types de financement facilités par la Loi

90. Un large éventail de techniques de financement sont actuellement utilisées et nombre d'entre elles sont facilitées par la Loi. Avant l'adoption de cette dernière, certaines de ces opérations pouvaient être qualifiées d'opérations assorties de sûretés, tandis que d'autres ne l'étaient pas nécessairement. Au regard de la Loi, toutes seraient considérées comme des opérations remplissant une fonction de sûreté, c'est-à-dire constituant une sûreté réelle mobilière.

91. Pour illustrer la diversité des opérations que la Loi pourrait faciliter, certaines techniques de financement sont décrites ci-après. Il importe cependant de noter que ces exemples ne représentent que quelques-unes des opérations actuellement utilisées et rendues possibles par la Loi.

1. Financement d'acquisitions

92. Les entreprises obtiennent souvent un financement pour acquérir des stocks, du matériel ou d'autres biens. Dans ce scénario, l'entreprise X peut avoir besoin de matériel supplémentaire pour étendre son activité commerciale. Dans ce cas, le financement pourra être fourni par le vendeur du matériel. Dans d'autres, il pourra être apporté par un prêteur, par exemple Y, qui pourra être une banque ou un tiers indépendant, mais

[7] Le produit comprend également le produit du produit, par exemple une pièce de matériel achetée avec de l'argent tiré de la vente d'un bien grevé (art. 2 bb)).

également une société liée au vendeur, filiale de financement appartenant à ce dernier et destinée à encourager et à faciliter la vente de ses produits.

93. Conformément à la pratique établie de longue date dans de nombreux pays, le vendeur peut rester propriétaire du matériel en garantie du paiement du prix d'achat. On parle souvent de vente ou d'opération avec « réserve de propriété ». Dans de nombreux autres cas, le vendeur ou le prêteur qui fournit un financement se voit consentir une sûreté sur les biens acquis en garantie du remboursement du prêt.

94. On trouvera ci-après quelques exemples de financement d'acquisitions, dans lesquels X souhaite acquérir certains stocks et matériels pour les utiliser dans ses activités de fabrication.

95. X veut acheter de la peinture (matière première et, partant, stock) au fournisseur A. En vertu du contrat d'achat, elle est tenue de payer dans un délai de 30 jours après facturation la peinture achetée, qu'elle a grevée d'une sûreté en faveur dudit fournisseur en garantie du paiement du prix d'achat.

96. X veut également acheter des perceuses à colonne (matériel) au fournisseur B. En vertu du contrat d'achat conclu avec B, elle est tenue de payer les perceuses dans les 60 jours qui suivent leur livraison à son usine. Le contrat d'achat prévoit également que le fournisseur reste propriétaire des perceuses jusqu'à complet paiement du prix d'achat.

97. X souhaite en outre acheter des convoyeurs de manutention (matériel) au fournisseur C. En vertu du contrat d'achat conclu avec C, elle est tenue de payer les convoyeurs une fois ceux-ci installés dans son usine et mis en état de fonctionner. Pour financer cet achat et cette installation, elle obtient de D un prêt qu'elle garantit en créant une sûreté sur les convoyeurs en question.

98. Enfin, X veut louer du matériel informatique au fournisseur E. En vertu du contrat de location conclu avec E, elle loue à ce dernier les ordinateurs pour une période de deux ans, pendant laquelle elle est tenue de verser des loyers mensuels. À l'expiration du bail, elle a la possibilité (mais non l'obligation) d'acheter les ordinateurs à un prix symbolique[8]. Le contrat de location stipule que E restera propriétaire des ordinateurs pendant la durée du bail, mais que la propriété sera transférée à X à l'expiration du bail si l'entreprise exerce l'option d'achat. Ce type de bail est souvent appelé « crédit-bail » ou « location-financement »[9].

99. Dans chacun des exemples ci-dessus, l'acquisition par X est rendue possible grâce à un financement octroyé par une autre entité (vendeur, prêteur ou crédit-bailleur) qui détient une sûreté sur les biens acquis en garantie des obligations qui lui sont dues. La Loi considère que toutes ces opérations donnent naissance à une « sûreté qui garantit le paiement d'une acquisition » et les soumet aux mêmes règles[10]. C'est ce que l'on appelle l'« approche unitaire ». [*Note à l'intention du Groupe de travail : le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'inclure dans le Guide pratique un exemple de l'approche non unitaire examinée dans le Guide sur les opérations garanties.*]

---

[8] Il est également envisageable que la propriété des ordinateurs puisse être transférée à X automatiquement à l'expiration du bail.

[9] Il faut distinguer le crédit-bail de ce que l'on appelle généralement le « bail d'exploitation », à l'expiration duquel le bien loué conserve en principe une durée de vie utile et ne peut être acheté par le preneur à un prix symbolique, ni lui être transféré en pleine propriété automatiquement.

[10] Le terme « sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition » est défini comme « la sûreté réelle mobilière sur un bien corporel ou sur une propriété intellectuelle ou les droits d'un preneur de licence découlant d'une licence de propriété intellectuelle qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat d'un bien, ou tout autre crédit octroyé pour permettre au constituant d'acquérir des droits sur le bien dans la mesure où le crédit est utilisé à cette fin » (art. 2 jj)).

Superpriorité d'une sûreté constituée en garantie du paiement d'une acquisition (art. 38)

100. En règle générale, le rang de priorité de sûretés concurrentes est déterminé par l'ordre dans lequel elles ont été rendues opposables. La principale exception à cette règle concerne les sûretés constituées en garantie du paiement d'une acquisition.

101. La Loi dispose que si certaines conditions sont remplies, une sûreté constituée en garantie du paiement d'une acquisition a priorité sur une sûreté concurrente non liée à l'acquisition grevant le même bien, y compris une sûreté inscrite antérieurement qui serait normalement prioritaire en vertu de la règle générale[11]. En résumé, elle accorde un traitement avantageux au financement d'acquisitions.

102. Supposons que X ait obtenu un prêt de Y et consenti une sûreté sur l'ensemble de ses biens présents et « futurs », y compris le matériel et les stocks qu'elle pourrait acquérir ultérieurement. Y a inscrit un avis le 23 janvier 2019 et la convention constitutive de sûreté a été conclue le 30 janvier de la même année.

103. Le 30 mars 2019, X a acheté les perceuses à colonne à B selon les modalités décrites au paragraphe 96. Les perceuses ont été livrées à l'usine de X le 10 avril 2019. Selon la règle générale, Y aurait priorité sur B, à moins que B n'ait inscrit un avis avant le 23 janvier 2019.

104. La Loi, cependant, dispose que B a priorité sur Y si B est en possession des perceuses (pendant la période comprise entre le 30 mars 2019 et le 10 avril 2019, par exemple). En pratique, il est très peu probable que B reste en possession des perceuses, car cela empêcherait X de les utiliser dans le cadre de son activité. B a également priorité sur Y si B inscrit un avis concernant les perceuses dans un délai (précisé dans la Loi) de 15 jours, par exemple, après que X a pris possession des perceuses, le 10 avril 2019.

105. En ce qui concerne l'acquisition de stocks, la Loi prévoit une règle légèrement différente. Supposons que le 30 mars 2019, X ait acheté 20 boîtes de peinture à A selon les modalités décrites au paragraphe 95 ci-dessus, et qu'elles aient été livrées à son usine le 10 avril 2019. Selon la règle générale, Y aurait priorité sur A, à moins que A n'ait inscrit un avis avant le 23 janvier 2019.

106. La Loi, cependant, dispose que A a priorité sur Y si A est en possession des 20 boîtes de peinture, ce qui est également extrêmement improbable dans la pratique. A, cependant, peut avoir priorité sur Y en inscrivant un avis concernant la peinture avant la livraison des boîtes à X et en informant Y de la vente et de l'intention qu'a A d'obtenir une sûreté grevant, en garantie du paiement de leur acquisition, les 20 boîtes de peinture.

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

107. Les entreprises ont généralement besoin d'engager des capitaux avant de pouvoir générer et encaisser des recettes. Avant de pouvoir, par exemple, commencer son activité et vendre ses produits finis, un fabricant doit équiper son usine, acheter des matières premières, engager de la main-d'œuvre pour transformer les matières premières et, enfin, vendre les produits finis. Ce n'est qu'à ce stade qu'il générera des créances et commencera à être payé. Selon le type d'activité, ce processus peut durer des mois. L'entreprise a absolument besoin d'un fonds de roulement pour assurer son exploitation entre le moment où les dépenses sont engagées et celui où les recettes sont encaissées, et ce, pas seulement pendant la période de lancement de son activité. Elle a généralement besoin de ce fonds pendant toute sa durée de vie afin de combler le décalage entre décaissements et encaissements inhérent au « cycle d'exploitation d'une entreprise » (acquisition de stocks, transformation des stocks, vente des stocks aux fins de création

[11] Les lecteurs doivent savoir que l'article 38 de la Loi type prévoit deux options que les États devront examiner. Ils doivent également savoir que le critère de la règle de superpriorité diffère selon les types de biens (matériel, stocks et biens de consommation) (voir Guide pour l'incorporation, par. 320 à 329).

de créances, réception du paiement des créances et acquisition de nouveaux stocks pour recommencer le cycle).

108. Un crédit permanent constitue, pour l'entreprise, un moyen très efficace de financer ce fonds de roulement. Dans ce type de financement, en effet, l'emprunteur bénéficie, sur demande, de prêts qu'il garantit par ses stocks et créances existants et futurs. Il demande habituellement, lorsqu'il a besoin d'acheter des matières premières ou de payer d'autres frais liés à la fabrication de biens, un prêt qu'il rembourse à mesure que ces stocks sont vendus et que des créances sont générées et recouvrées. En général, les emprunts et les remboursements sont donc fréquents (mais pas nécessairement réguliers) et le solde du crédit fluctue constamment. L'ensemble des stocks et des créances affectés en garantie fluctue également à mesure que les stocks sont transformés en créances, que les créances sont recouvrées et que de nouveaux stocks sont achetés. Comme la structure du crédit permanent fait correspondre les emprunts au cycle d'exploitation de l'emprunteur, elle est, du point de vue économique, extrêmement efficace et avantageuse pour ce dernier. Elle lui évite d'emprunter plus que ce dont il a réellement besoin, ce qui permet de réduire les coûts d'intérêt.

109. Ce type de financement est illustré comme suit. Supposons qu'il faille à l'entreprise X normalement quatre mois pour fabriquer ses produits, les vendre et être payée. Y accepte de lui ouvrir une ligne de crédit permanent pour financer cette opération. X peut ainsi obtenir des prêts au gré de ses besoins selon une formule. Elle peut, par exemple, emprunter jusqu'à 50 % de la valeur de ses stocks que Y juge recevables (selon divers critères tels que le type et la qualité) et jusqu'à 80 % de la valeur de ses créances que Y juge recevables (également selon divers critères tels que la solvabilité des débiteurs des créances[12]).

110. Les pourcentages que Y accepte d'avancer contre la valeur des stocks et des créances recevables sont généralement appelés « taux d'avance ». La valeur totale de ces stocks et créances à un moment donné, multipliée par le taux d'avance applicable, est généralement appelée « base d'emprunt ». X est censée rembourser à mesure qu'elle reçoit paiement des créances de ses clients de sorte que l'encours de ce crédit ne dépasse jamais i) le montant de la ligne de crédit engagée ou ii) la base d'emprunt, si son montant est inférieur. Sa ligne de crédit est garantie par une sûreté qui grève l'ensemble de ses créances et de ses stocks existants et futurs ainsi que tous les produits qui en découlent. Dans ce type de financement, il est également fréquent que Y obtienne une sûreté sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire où sont déposés les paiements effectués par les clients (en d'autres termes, le produit des créances), et que soit signé un accord de contrôle par lequel la banque de dépôt convient de lui transférer régulièrement les fonds crédités sur le compte.

3. Affacturage

111. L'affacturage est un mode de financement par cession de créances extrêmement efficace, qui remonte à plusieurs siècles. En règle générale, il s'agit d'une vente ou d'une cession pure et simple de créances par le vendeur (cédant) au facteur (cessionnaire). Comme on l'a vu (voir par. 23 et 24 ci-dessus), la Loi (à l'exception des articles 72 à 82) s'applique aux transferts purs et simples, bien qu'il ne s'agisse pas d'un mécanisme de sûreté. La raison en est qu'à bien des égards, ces transferts fonctionnent comme une opération assortie de sûretés.

112. Il existe plusieurs types de conventions d'affacturage. Le facteur peut payer une partie du prix d'achat des créances au moment de l'achat (« affacturage avec mobilisation immédiate des créances moyennant décote »). Il peut également ne payer que lorsque les créances sont recouvrées (« affacturage-recouvrement »). Il peut, enfin, payer à la date d'échéance moyenne de l'ensemble des créances objet de la convention d'affacturage (« affacturage à échéance »).

[12] La Loi définit comme débiteur de créance une personne redevable du paiement d'une créance qui fait l'objet d'une sûreté (art. 2 t)).

113. L'affacturage peut s'effectuer avec ou sans possibilité de recours. Dans le premier cas, le cessionnaire peut se retourner contre le cédant pour obtenir paiement si les créances ne sont pas remboursées par leurs débiteurs, alors que dans le second cas, il ne le peut pas[13]. Enfin, les débiteurs des créances peuvent être avisés (« affacturage notifié ») ou non (« affacturage confidentiel ») que leurs créances ont fait l'objet d'un affacturage. Lorsqu'il y a notification, le cédant est généralement tenu de porter, sur chaque facture qu'il envoie à ses clients, une mention indiquant que la créance constatée par la facture a été vendue à un facteur.

114. Bien qu'une convention d'affacturage soit essentiellement un mode de financement qui permet à une entreprise d'obtenir immédiatement des espèces contre les créances qu'elle génère, le facteur peut également fournir au cédant divers autres services relatifs aux créances, par exemple des services de confirmation et d'évaluation de la solvabilité des débiteurs, de comptabilité ou, encore, de recouvrement d'impayés. Ces services peuvent être utiles aux entreprises qui ne disposent pas de leur propre service de crédit et de recouvrement.

115. Exemple d'affacturage classique : X conclut, avec le facteur F, une convention d'affacturage avec mobilisation immédiate des créances moyennant décote, aux termes de laquelle F accepte d'acheter les créances qu'il estime recouvrables et avance à X un montant égal à 90 % de la valeur nominale de ces créances, gardant les 10 % restants en réserve pour d'éventuelles réclamations de clients (en cas de marchandises défectueuses ou erronées, par exemple) qui réduiraient la valeur des créances. La convention d'affacturage prévoit une notification des clients de X, mais pas de possibilité de recours contre X en cas de non-paiement par ses clients.

4. Titrisation

116. Une autre forme de financement reposant sur la mobilisation de créances est la titrisation. Il s'agit d'un montage financier complexe qui permet à une entreprise de tirer profit de la valeur de ses créances pour obtenir un financement en transférant celles-ci à une entité ad hoc qu'elle détient entièrement. Cette entité ad hoc émet alors, sur les marchés financiers, des titres (billets de trésorerie, par exemple) garantis par les flux de recettes que doivent générer les créances. Cette technique est souvent utilisée pour des créances issues d'opérations de cartes de crédit, de la location de véhicules automobiles ou de prêts hypothécaires, même si beaucoup d'autres types de créances peuvent également être titrisés. La titrisation est une opération de financement complexe qui relève à la fois du droit des valeurs mobilières et du droit des sûretés d'un État. Lorsqu'elle est suffisamment développée, soigneusement structurée et bien suivie, elle peut être un moyen de financement efficace et économique.

117. La titrisation vise à réduire le coût du financement, l'entité ad hoc étant structurée d'une manière qui atténue sensiblement le risque d'insolvabilité en limitant le montant de la dette qu'elle peut contracter et les activités qu'elle peut mener. Cette structure peut considérablement réduire les risques que le prêteur doit prendre en considération pour définir les modalités économiques du dispositif de titrisation. En outre, les crédits provenant des marchés financiers et non du système bancaire, la titrisation peut souvent procurer des crédits d'un montant plus important que les prêts bancaires classiques, et ce, à un moindre coût.

118. Exemple d'opération de titrisation : une grande chaîne de magasins crée une entité ad hoc chargée d'acheter les créances issues de l'utilisation, par ses clients, de cartes de crédit qu'elle émet sous sa propre enseigne. L'entité ad hoc émet ensuite des titres de créances sur les marchés financiers, conformément au droit applicable aux valeurs mobilières. Les titres sont garantis par le flux des revenus issus des créances sur les cartes de crédit qui lui ont été transférées. À mesure que les créances sont réglées, l'entité ad hoc utilise le produit qu'elle reçoit pour rémunérer les titres.

---

[13] Même les dispositifs d'affacturage sans possibilité de recours prévoient généralement des possibilités limitées de recours contre le cédant en cas de non-respect de diverses garanties qu'il aura offertes concernant les créances.

5. Financement par des prêts à terme

119. Les entreprises ont souvent besoin de financements spéciaux pour couvrir de grosses dépenses qui sortent du cours normal de leurs affaires, comme l'achat ou la location de matériel important, le développement d'une nouvelle gamme de produits finis, voire l'acquisition d'une autre entreprise par l'achat de ses actions en circulation ou de ses actifs. Elles essaient alors, en général, d'obtenir des prêts remboursables à échéance fixe, le principal étant payé par versements périodiques suivant un échéancier convenu ou en une seule fois à l'échéance du prêt.

120. Comme pour beaucoup d'autres types de financement, une entreprise qui n'a pas de cote de crédit solide et bien établie aura des difficultés à obtenir des prêts à terme, à moins qu'elle soit capable de constituer une sûreté sur ses biens en faveur d'un prêteur. Le montant du financement disponible et son coût pour l'emprunteur dépendront en partie de la valeur de réalisation nette de la garantie estimée par le créancier. Dans les États qui n'ont pas adopté la Loi type, les biens immeubles sont parfois les seuls types de biens susceptibles d'être proposés en garantie à des prêteurs ou d'être acceptés par ces derniers en garantie d'un prêt à terme. Nombre d'entreprises, cependant, en particulier celles qui sont nouvelles, ne possèdent pas de biens immeubles. En conséquence, les emprunteurs n'auront souvent pas accès à ce type de financement bien qu'ils possèdent d'autres types de biens importants tels que du matériel ou la valeur totale de l'entreprise. En revanche, la Loi facilite le financement par des prêts à terme garantis par des biens meubles tels que du matériel, des biens intellectuels ou, encore, la valeur globale de l'entreprise.

121. Exemple de financement par des prêts à terme : X souhaite développer ses activités et acquérir une autre société menant une activité similaire. Elle obtient, à cette fin, un prêt de Y. Ce prêt, remboursable en mensualités égales échelonnées sur 10 ans, est garanti par tous les biens existants et futurs à la fois de X et de la société acquise.

6. Opérations de cession-bail

122. Une opération de cession-bail est, pour les entreprises, un autre moyen d'obtenir un crédit sur la base de leurs biens meubles corporels existants (du matériel, généralement) tout en conservant la possession et le droit d'utiliser ces biens dans le cadre de leurs activités commerciales. Dans une opération de cession-bail, X vendra son matériel à un tiers pour un montant spécifique, que X pourra ensuite utiliser comme fonds de roulement ou pour engager des dépenses d'équipement. Simultanément, X louera l'équipement auprès du tiers pour une durée et à un taux spécifiés dans le contrat de location. Souvent, il s'agit d'un « crédit-bail » par opposition à une « location simple » (voir par. 98 ci-dessus).

7. Pratiques de financement impliquant des documents ou instruments négociables

123. Des instruments (chèques, lettres de change ou billets à ordre) et des documents (connaissements ou warrants de magasin général matérialisant des droits sur des marchandises) négociables peuvent également servir de garantie. Ces opérations sont facilitées par la Loi.

124. En ce qui concerne, par exemple, le crédit renouvelable (voir par. 107 à 110 ci–dessus), X demande à Y de lui accorder un crédit supplémentaire sur la base de la valeur de stocks que X a achetés à son fournisseur étranger pendant que ces stocks sont en cours d'expédition à son usine. Les marchandises sont attestées par des connaissements négociables émis par le transporteur. Y peut accepter de fournir le crédit supplémentaire demandé à condition qu'il obtienne une sûreté de premier rang sur les connaissements et qu'il soit convenu avec le transitaire et le courtier en douane de X qu'ils administreront les connaissements en tant qu'agent de Y.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que le Guide pratique n'a pas besoin de traiter des droits d'un créancier garanti en possession d'un instrument négociable ou d'un titre non intermédié assorti d'un certificat dans les États parties à la Loi uniforme genevoise et à la Convention sur*

les lettres de change et les billets à ordre (voir Guide pour l'incorporation, par. 141 et 142).]

8. Financement lié à la propriété intellectuelle

125. La propriété intellectuelle joue un rôle de plus en plus important dans les entreprises de tous types. Pour nombre d'entre elles, qu'elles soient propriétaires ou titulaires d'une licence, elle peut être l'actif le plus important, voire le seul. Il n'est donc pas surprenant qu'elle joue un rôle de plus en plus important comme garantie pouvant être utilisée pour accéder au crédit. La Loi tient compte de cette tendance, permettant aux entreprises d'utiliser leur propriété intellectuelle comme garantie d'une manière efficace et économique qui équilibre l'intérêt des entreprises, des créanciers garantis et des propriétaires de biens intellectuels[14].

126. Les opérations assorties de sûretés liées à la propriété intellectuelle peuvent utilement être divisées en deux grandes catégories. La première comprend les opérations dans lesquelles les droits de propriété intellectuelle de l'emprunteur (propriétaire, donneur ou preneur de licence) servent de garantie pour le crédit. Supposons, par exemple, que X soit une entreprise pharmaceutique qui développe constamment de nouveaux médicaments. Elle souhaite obtenir auprès de Y une ligne de crédit renouvelable garantie en partie par son portefeuille de brevets et de demandes de brevets existants et futurs. Elle fournira à Y une liste de tous ses brevets et demandes de brevets existants, ainsi que la chaîne de titres. Y évaluera les brevets et demandes de brevets qu'il inclura dans la « base d'emprunt » et la valeur à laquelle ils y figureront. Y obtiendra alors une sûreté sur le portefeuille de brevets et de demandes de brevet. Lorsque X obtiendra un nouveau brevet, il communiquera sa chaîne de titres et son évaluation à Y pour qu'il l'inclue dans la base d'emprunt. Ce dernier évaluera l'information, déterminera le montant du crédit supplémentaire qu'il accordera en fonction du nouveau brevet et ajustera la base d'emprunt en conséquence.

127. La seconde catégorie comprend les opérations de financement qui impliquent la propriété intellectuelle combinée à d'autres biens meubles tels que du matériel, des stocks ou des créances. Dans ces opérations, la valeur de la garantie se fonde, dans une certaine mesure, sur la propriété intellectuelle à laquelle elle est associée. Cette catégorie d'opérations implique généralement des sûretés qui grèvent des biens meubles corporels.

128. Supposons que X soit un fabricant de jeans de marque et d'autres vêtements de haute couture. Il souhaite emprunter à Y de l'argent garanti, en partie, par son stock de produits finis. Nombre des articles fabriqués par X portent des marques bien connues et le sont sous licence de tiers obtenue en vertu d'accords qui donnent à X le droit de fabriquer et de vendre ces produits. X fournit à Y des copies de ses accords de licence attestant le droit qu'il a d'utiliser les marques et d'octroyer une sûreté sur les stocks correspondants, ainsi que les obligations qu'il a contractées envers les propriétaires des marques. Y accorde à X un crédit qui est fonction de la valeur des stocks. Dans ce cas, une sûreté sur le stock de jeans finis ne s'étend pas automatiquement à la marque utilisée, à moins que les parties n'en conviennent autrement (art. 17). Ainsi, si Y souhaite prendre une sûreté sur la licence de marque, il faut qu'elle soit décrite dans la convention constitutive de sûreté comme faisant partie de la garantie (pour d'autres exemples, voir le Supplément relatif à la propriété intellectuelle, par. 35 à 45).

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les techniques de financement décrites à la section B impliquent le plus souvent des emprunteurs qui sont des PME, mais qu'un grand nombre d'entre elles peuvent être utilisées efficacement pour financer des micro-entreprises. Il voudra peut-être, en outre, se demander dans quelle mesure il faudrait que le projet de guide pratique inclue une référence aux mécanismes relatifs à la chaîne de valeur ou aux mécanismes de*

[14] La Loi, cependant, ne s'applique pas aux sûretés qui grèvent la propriété intellectuelle lorsqu'elle est incompatible avec le droit de la propriété intellectuelle de l'État (art. 1-3 b)).

financement de la chaîne d'approvisionnement qui impliquent plusieurs des différents types d'opérations mentionnés ci-dessus.]

C. La vérification préalable, étape préliminaire essentielle d'un financement garanti

1. Introduction

129. Comme indiqué au paragraphe 8 ci-dessus, le présent Guide pratique ne se veut pas une introduction au prêt en général. Il suppose que les lecteurs connaissent bien les principes de l'octroi de prêts non garantis et les vérifications auxquelles les prêteurs prudents procèdent habituellement à l'égard de ces opérations. Lorsqu'il est envisagé, cependant, de garantir un prêt proposé par un bien meuble, une vérification supplémentaire s'impose.

130. La vérification recommandée sera liée, en grande partie, à l'emprunteur et aux autres constituants. En plus grande partie, cependant, elle sera spécifique à un bien. La vérification requise lorsque la garantie est constituée de créances est très différente de celle requise lorsqu'elle est constituée de stocks, de matériel ou de biens intellectuels. Chaque catégorie de biens présente des problèmes uniques, et les prêteurs et autres fournisseurs de crédit qui réussissent le mieux dans le domaine des prêts garantis sont ceux qui deviennent experts des garanties sur lesquelles ils prennent des sûretés.

131. Il importe également de reconnaître que la vérification, dans les opérations garanties, n'est pas qu'une chose à faire au début de l'opération. Il s'agit plutôt d'un processus continu qu'il faut mener, du moins dans une certaine mesure, pendant toute la durée de vie du mécanisme de financement. Dans un mécanisme qui s'appuie sur des créances renouvelables et des stocks (voir par. 107 à 110 ci-dessus), par exemple, il faut évaluer périodiquement les créances et les stocks pour vérifier que les informations fournies par l'emprunteur, ainsi que les hypothèses initiales du prêteur quant à l'évaluation des garanties, restent exactes.

132. La vérification ne se limite pas aux emprunteurs, aux garants et aux garanties. Une vérification juridique s'impose également pour déterminer s'il existe des lois ou des règlements qui empêchent ou limitent l'octroi de crédit à ces emprunteurs ou limitent la constitution, la priorité ou la réalisation d'une sûreté sur des biens particuliers (voir, plus généralement, le chapitre I.E).

133. Un prêteur commence souvent la vérification en envoyant à l'emprunteur une liste de contrôle ou un certificat à remplir. Ce certificat fournit des renseignements essentiels sur lesquels le prêteur peut fonder sa vérification. On trouvera un exemple de certificat de ce type à l'annexe II.

134. Il importe de se rappeler que la vérification ne devrait jamais s'effectuer de façon mécanique ou obligatoire. Elle doit être considérée comme un outil essentiel, qui permet au prêteur de découvrir et de traiter les risques inhérents à l'opération concernée. Il importe également de reconnaître que la garantie vise à accroître la probabilité que le prêteur puisse recouvrer son prêt en cas de défaillance ; elle n'a pas pour but de rendre inopérants les principes fondamentaux de l'octroi de crédit ou de dispenser les prêteurs de la nécessité de procéder aux vérifications requises à l'égard de l'emprunteur ou de tout garant.

135. Pour effectuer la vérification initiale et continue requise des emprunteurs et de leurs biens, les prêteurs engagent généralement des prestataires de services tiers. Ils peuvent, par exemple, utiliser des bureaux de crédit pour évaluer la solvabilité de l'emprunteur ou des garants, des inspecteurs chargés d'évaluer les locaux, les livres et les registres de l'emprunteur, des agents chargés d'évaluer des catégories d'actifs tels que les créances, les stocks, le matériel et les biens intellectuels, des analystes chargés d'étudier les forces et les faiblesses du secteur dans lequel l'emprunteur opère et des services de contrôle des garanties chargés d'évaluer ces dernières de temps à autre pendant la durée du mécanisme de financement.

Les risques du surdimensionnement des garanties exigées

136. Dans certains États, la législation pénalise les prêteurs qui prennent trop de garanties pour un prêt donné (on parle généralement de « surdimensionnement » ; voir le Guide sur les opérations garanties, chap. II, par. 68 et 69). Dans ce cas, le prêteur peut être contraint de débloquer certaines garanties excédentaires pour permettre à l'emprunteur de les utiliser pour obtenir un crédit supplémentaire. Lorsque le surdimensionnement est plus extrême, cela peut compromettre l'opposabilité des sûretés du prêteur.

137. Il existe une relation entre le surdimensionnement et la vérification. Cette dernière est coûteuse (bien que le coût soit souvent répercuté sur l'emprunteur) et chronophage. Aussi peut-il être bien plus commode, pour un prêteur, de prendre une sûreté sur tous les biens de l'emprunteur que de n'en vérifier que certains, ce qui pourrait l'inciter à limiter sa sûreté à ces biens. L'absence de vérification pourrait également amener le prêteur à se concentrer moins sur la solvabilité de l'emprunteur et des garants et à prendre, à la place, une sûreté sur tous les biens. Cela est particulièrement dangereux pour les micro-entreprises, qui n'ont souvent pas le pouvoir de négociation requis pour convaincre le prêteur de procéder à des vérifications préalables.

138. Ainsi, bien qu'une sûreté sur tous les biens du constituant puisse présenter un grand avantage tant pour les prêteurs que pour les constituants, elle recèle également des dangers si elle n'est pas utilisée de manière responsable. Cette pratique, qui devrait se limiter aux situations dans lesquelles le prêteur, après avoir procédé à une vérification complète des parties au prêt et de leurs biens, estime que cette sûreté est essentielle à l'opération de crédit concernée, ne devrait pas servir d'excuse pour ne pas procéder à une vérification appropriée.

2. Vérification préalable à l'égard de l'emprunteur et des autres constituants

139. Comme on l'a vu plus haut, la vérification requise pour les opérations garanties concerne en grande partie l'emprunteur et les autres constituants. Elle chevauche, en grande partie, celle qu'effectue un prêteur qui octroie un prêt non garanti. Il existe, cependant, des différences, comme nous le verrons plus loin.

140. La section 1 de l'exemple de certificat (voir annexe II) vise à obtenir, sur l'emprunteur, des renseignements généraux, y compris le nom de l'entreprise tel qu'il figure dans ses documents constitutifs actuels. Cela est non seulement nécessaire à l'établissement des documents de prêt, mais aussi essentiel pour s'assurer que les recherches dans le registre et les avis à inscrire reflètent le nom correct de l'emprunteur. Le prêteur doit examiner une copie des documents constitutifs pour vérifier l'exactitude du nom de l'entreprise. Les alinéas g) à i) visent à déterminer s'il existe d'autres noms à rechercher pour révéler toute sûreté qui pourrait entrer en conflit sur des biens devant servir de garantie. Lorsqu'ils effectuent des recherches, il faut que les prêteurs éventuels recherchent plutôt plus de noms que moins afin de limiter au maximum le risque de passer à côté d'une possible réclamation concurrente.

141. À la section 4, il est demandé des copies des contrats importants qui peuvent être concernés. Il s'agit notamment de contrats tels que des conventions de prêt et des garanties, de contrats qui attestent d'autres obligations financières, d'hypothèques et autres documents de garantie, de baux et d'accords relatifs à des changements de la structure sociale.

142. À la section 6, il est demandé des renseignements sur les litiges, en cours et potentiels, auxquels l'entreprise est partie, soit comme défenderesse, soit comme demanderesse. L'analyse de ces procédures peut fournir des informations précieuses sur les risques financiers auxquels l'entreprise peut être exposée, ainsi que sur la façon dont elle mène ses activités. Un prêteur pourra également souhaiter se renseigner auprès des instances de faillite et d'insolvabilité pour s'assurer qu'aucune procédure de ce type n'a été ouverte.

143. La section 7 porte sur les opérations que l'entreprise mène avec ses filiales ou des personnes physiques affiliées. Il importe de vérifier que ces opérations s'effectuent dans

des conditions de pleine concurrence et ne représentent pas une source potentielle d'abus de pouvoir.

144. À la section 8, il est demandé des renseignements concernant les avis d'imposition en suspens ou les procédures engagées contre l'entreprise. Cette demande vise à déterminer si l'entreprise est à jour dans le paiement des impôts et à déceler d'éventuels privilèges fiscaux ou autres créances prioritaires en faveur des autorités fiscales qui pourraient avoir une incidence sur la garantie du prêteur. Dans de nombreux États, certaines créances ont même priorité sur les sûretés inscrites antérieurement sans qu'il soit nécessaire de procéder à leur inscription (art. 36). Comme créances privilégiées courantes, on peut citer, par exemple, les créances d'État pour des impayés d'impôts et de cotisations et celles d'employés pour des impayés de salaires et de prestations. Le prêteur devra déterminer les créances privilégiées qui peuvent exister à l'égard de l'emprunteur.

145. À la section 11, il est demandé l'identité des dirigeants, administrateurs et gestionnaires de l'entreprise, en partie pour permettre au prêteur de vérifier les antécédents de ces personnes.

146. La section 12 vise à obtenir divers renseignements sur les dettes à rembourser sur le produit du prêt considéré, sur l'existence de tout consentement qu'il faudrait obtenir de tiers en rapport avec le prêt proposé, sur la mesure dans laquelle les activités de l'entreprise sont réglementées et sur le point de savoir si l'entreprise respecte ou non les lois ou règlements applicables.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait conserver les informations ci-dessus relatives à l'exemple de certificat dans cette partie du Guide pratique ou les intégrer en tant qu'annotations à l'exemple de certificat qui figure dans l'annexe.*]

3. Vérification préalable à l'égard de la garantie

147. Comme nous l'avons déjà noté, la vérification d'un prêt garanti porte en grande partie sur la garantie. Elle consiste notamment à :

- Recenser l'ensemble des biens du constituant ;
- Vérifier que l'emprunteur/constituant possède les biens ou a des droits sur eux ;
- Déterminer si des tiers détiennent des sûretés concurrentes ou d'autres créances sur les biens ;
- Vérifier l'existence des biens ;
- Déterminer la valeur des biens ;
- Déterminer si les biens sont correctement assurés ;
- Déterminer le lieu de situation des biens.

Recenser les biens du constituant

148. Souvent, la garantie proposée est facilement identifiable. Lorsque, cependant, le prêt est destiné à fournir un fonds de roulement général à l'entreprise de l'emprunteur, il peut être garanti par la quasi-totalité des biens de ce dernier. Dans ce cas, il importe que le prêteur comprenne ce que sont les biens de l'emprunteur pour déterminer comment obtenir une sûreté réalisable sur chacun d'eux. La section 3 de l'exemple de certificat vise à obtenir ces informations.

Vérifier que le constituant possède les biens ou a des droits sur eux

149. Pour qu'une sûreté soit constituée, il faut que le constituant ait des droits sur le bien ou le pouvoir de le grever. Il importe donc, pour un prêteur potentiel, de vérifier que le constituant satisfait à cette exigence pour chaque bien à inclure dans la garantie.

150. Le registre n'aide pas à procéder à cet aspect de la vérification. À la différence de certains registres spécialisés dans certains types de biens (biens intellectuels, aéronefs ou navires, par exemple), il ne renseigne que sur les sûretés constituées sur des biens meubles et n'offre aucune preuve quant à la propriété de ces biens. Il faut, par conséquent, que les prêteurs s'appuient sur d'autres sources.

151. La méthode utilisée par les prêteurs pour vérifier la propriété d'un bien variera selon le type de ce dernier. Dans le cas de créances, le prêteur pourra examiner les documents qui les créent (bon de commande du client et facture au client, par exemple). Dans le cas de stocks ou de matériel, il pourra examiner les bons de commande émis par l'emprunteur aux fournisseurs de ces biens ainsi que les factures des fournisseurs. Dans le cas d'un compte bancaire, il pourra examiner le contrat de dépôt avec la banque dépositaire ainsi que les relevés bancaires. De nombreux États possèdent des registres de biens intellectuels à partir desquels il est possible de déterminer que l'emprunteur figure effectivement dans la chaîne de titres du bien en question. Dans le cas contraire, le prêteur pourra examiner des documents (contrats de licence et brevets, par exemple) attestant les droits de l'emprunteur sur le bien intellectuel.

Déterminer l'existence de sûretés concurrentes ou d'autres créances sur les biens

152. Les prêteurs peuvent facilement consulter le registre pour déterminer si un tiers revendique une sûreté sur le bien proposé en garantie. Il leur est donc essentiel de rechercher dans le registre chaque constituant éventuel dès le début du processus de vérification.

153. Une technique très utile à laquelle ont recours les prêteurs consiste à effectuer deux recherches distinctes. L'une au début de la vérification, l'autre après l'inscription pour s'assurer que l'avis est présent et que sa priorité est préservée. La Loi autorisant l'inscription anticipée (voir par. 39 et 40 ci-dessus), un prêteur qui effectue cette seconde recherche peut débourser des fonds sans craindre que des tiers obtiennent une sûreté de rang supérieur entre la date de l'inscription et le décaissement des fonds.

154. Lorsque le prêteur décèle l'existence de sûretés concurrentes ou d'autres droits sur les biens, divers moyens s'offrent à lui pour résoudre le problème. Parfois, l'obligation attestée par un droit concurrent pourra avoir été payée intégralement, mais l'avis correspondant simplement pas radié. Dans ces cas, on pourra contacter le tiers et lui demander d'inscrire un avis de radiation. Si l'avis inscrit est trop général et décrit des biens qui n'étaient pas couverts par la convention constitutive de sûreté sous-jacente, on pourra demander un avis de modification libérant les biens excédentaires (voir par. 223 à 227 ci-dessous). Lorsqu'une recherche révélera l'existence d'un privilège fiscal, on pourra obtenir la subordination de ce privilège au nouveau financement proposé, ce que les autorités fiscales de certains États pourront être disposées à faire pour préserver la continuité de l'activité de l'emprunteur, à moins qu'elles n'exigent que les impôts en souffrance soient payés sur le produit du nouveau financement. Enfin, il se pourra que la recherche révèle une obligation garantie à rembourser sur le produit du nouveau prêt. Dans ce cas, le nouveau prêteur pourra s'assurer que le produit de son prêt sera utilisé à cette fin en obtenant du créancier existant une lettre de remboursement indiquant le montant dû et en déboursant le montant requis directement à ce créancier.

155. En vertu de la Loi, l'acheteur d'un bien qui n'est pas vendu dans le cadre normal des affaires du vendeur acquiert généralement ce bien sous réserve de toute sûreté grevant ce bien consentie par le vendeur (art. 34). Il s'ensuit qu'il faudra qu'un prêteur potentiel se renseigne pour déterminer si le constituant potentiel était le propriétaire initial du bien proposé en garantie ou s'il l'a acquis d'un propriétaire précédent. Dans ce dernier cas, il faudra que le créancier garanti effectue une recherche supplémentaire en utilisant, comme critère, le nom du propriétaire antérieur pour éviter le risque d'un conflit de priorité ultérieur avec un créancier garanti d'un propriétaire antérieur (voir art. 26 des Dispositions relatives au registre).

156. En vertu de la Loi, également, une sûreté sur des biens meubles corporels peut être rendue opposable également par la possession (art. 18, voir par. 83 et 84 ci-dessus), et la priorité entre les sûretés rendues opposables par inscription et par possession est

déterminée par l'ordre dans lequel ces mesures ont été prises (art. 29). Par conséquent, même si une consultation du registre ne révèle aucune sûreté inscrite antérieurement, il faudra que le prêteur vérifie que le constituant est matériellement en possession du bien grevé et le demeure lorsqu'il inscrira un avis relatif à sa sûreté.

157. Si une recherche dans le registre révèle qu'un avis antérieur a été inscrit, un prêteur souhaitera généralement, avant de poursuivre, obtenir du créancier garanti identifié dans ledit avis qu'il accepte de subordonner sa priorité. Un accord en ce sens devra être obtenu même si le constituant n'a pas effectivement conclu de convention constitutive de sûreté avec ce créancier garanti. Il le faudra parce que le prêteur (créancier garanti éventuel, donc) sera généralement subordonné, en vertu de la règle de priorité du premier inscrit, si le constituant octroyait ultérieurement une sûreté sur les biens concernés au créancier garanti inscrit antérieurement (art. 29).

Vérifier l'existence des biens

158. Bien qu'il semble évident que le prêteur doive vérifier l'existence des biens proposés en garantie, il vaut de rappeler que certaines des principales fraudes commises par des emprunteurs contre des prêteurs se sont produites alors que lesdits biens n'existaient pas.

159. Il existe de nombreuses façons de vérifier l'existence de biens. Dans le cas de créances, le prêteur pourra contacter les débiteurs pour vérifier que les biens ou services visés par lesdites créances ont bien été reçus par le client et que celui-ci reconnaît devoir le montant total de la créance à l'emprunteur. L'existence de stocks et de matériel pourra être vérifiée en procédant à une inspection physique. L'examen des documents conservés dans un registre de biens intellectuels permettra de vérifier l'existence de droits correspondants. Ce type de vérification et de suivi ne devra pas se limiter au début du prêt, mais s'effectuer périodiquement tout au long de ce dernier.

Déterminer la valeur des biens

160. Il est essentiel, dans tout prêt garanti, que le prêteur connaisse bien la valeur du bien proposé en garantie. La façon, cependant, de déterminer cette valeur variera grandement selon le type de bien.

161. Dans le cas d'un crédit renouvelable sur des créances et des stocks (voir par. 107 à 110 ci-dessus), le prêteur ne prêtera généralement que sur une base d'emprunt composée de créances et de stocks jugés « recevables » parce qu'ils répondent à certains critères. Pour les créances, ces critères peuvent être, par exemple, i) l'historique de paiement des débiteurs, ii) le fait de savoir si les créances dues par un débiteur donné représentent un pourcentage excessivement élevé des créances de l'emprunteur, et iii) la solvabilité des débiteurs. Pour les stocks, les critères peuvent se rapporter à leur état dans le processus de fabrication de l'emprunteur (les matières premières et les produits finis ont, parce qu'ils sont facilement commercialisables, généralement plus de valeur que les produits en fabrication, qui peuvent ne pas être vendables et peuvent donc ne pas avoir ou n'avoir que peu de valeur).

Déterminer si les biens sont correctement assurés

162. En cas de perte ou de destruction des biens proposés en garantie, le produit de l'assurance qui couvre ces biens sert de substitut à la garantie. Il est donc essentiel que le prêteur s'assure que les biens sont suffisamment assurés contre la perte ou la destruction par une compagnie réputée dont les montants reflètent fidèlement la valeur de cette garantie, et que le produit de l'assurance est payable par l'assureur directement au prêteur via une clause d'indemnisation.

163. Dans le cas de créances, il est de plus en plus courant, pour les prêteurs, d'exiger que l'emprunteur souscrive une assurance crédit commercial qui couvre contre l'insolvabilité des débiteurs. Ce sujet est très complexe et il ne faut pas que les prêteurs déduisent du simple fait que l'emprunteur a souscrit une telle assurance qu'ils seront protégés contre le risque d'insolvabilité des débiteurs. Généralement, ces polices

contiennent, entre autres, des exigences de déclaration élaborées, ainsi qu'une limite de crédit pour chaque débiteur et chaque État dans lequel les débiteurs sont situés. Le non-respect de ces exigences par l'emprunteur peut entraîner la perte ou la réduction de la couverture. Enfin, l'assurance crédit commercial n'est jamais un substitut à une sûreté réalisable sur les créances couvertes par l'assurance ; il faut plutôt y voir un complément à cette sûreté.

Déterminer le lieu de situation des biens

164. À la section 2 de l'exemple de certificat, il est demandé des renseignements sur le lieu de l'administration centrale de l'emprunteur ainsi que sur les endroits où il entrepose du stock ou du matériel.

165. Lorsqu'une entreprise exploite des locaux loués, les prêteurs demandent souvent que le propriétaire signe une brève déclaration par laquelle il convient, notamment, de renoncer à toute revendication, au titre de la loi applicable ou du bail, sur le stock, le matériel ou d'autres biens de l'entreprise qui s'y trouvent et de leur y donner accès en cas de défaillance de l'entreprise. Cela leur permettra de retirer les biens ou de procéder à une vente (voir section G ci-dessous). La volonté du propriétaire de signer une telle déclaration peut varier selon les pays ; dans certains, il peut être d'usage qu'ils le fassent, alors que dans d'autres, ce n'est pas le cas.

166. Lorsque l'entreprise a des stocks ou du matériel chez des transformateurs ou dans des entrepôts, il faudra que le prêteur étudie l'opportunité de demander à ces derniers de conclure une convention distincte, souvent dite « convention accessoire d'accès », par laquelle ils conviendront de donner au prêteur, à sa demande, l'accès à ces stocks ou à ce matériel. Souvent, cette convention prévoira le paiement des redevances dues au transformateur ou à l'entrepôt (ce qui, en vertu de la législation de certains États, pourra constituer une créance préférentielle sur les biens en possession du transformateur ou de l'entrepôt).

167. À la section 3 b) de l'exemple de certificat, il est demandé des renseignements sur les comptes bancaires de l'emprunteur. Dans le cas de comptes bancaires à inclure dans la garantie, il faudra que le prêteur vérifie les noms et adresses des banques dépositaires et les données des comptes.

D. Consultation du registre

1. Pourquoi et quand effectuer une recherche ?

168. En vertu de la Loi, la priorité d'une sûreté est généralement déterminée par l'ordre dans lequel l'avis correspondant est inscrit au registre. Il s'ensuit qu'une fois convenus les éléments essentiels de la convention constitutive de sûreté, il faudra qu'un créancier garanti potentiel (ainsi que les acheteurs, les créanciers judiciaires du constituant ou le représentant de l'insolvabilité) consulte le registre pour déterminer si un autre créancier a déjà inscrit une sûreté sur les biens proposés en garantie. Il faudra effectuer une seconde recherche immédiatement après l'inscription pour vérifier qu'aucun créancier garanti concurrent n'a procédé à une inscription intermédiaire.

169. Si sa sûreté couvre des biens futurs du constituant, il faudra généralement que le créancier garanti effectue une nouvelle recherche avant d'accorder un crédit sur la base des nouveaux biens acquis. C'est là une précaution nécessaire, car un prêteur ou vendeur subséquent qui accordera un crédit pour financer l'acquisition du bien grevé aura généralement priorité sur les créanciers garantis préalablement inscrits (voir par. 100 à 106).

2. Comment effectuer une recherche ?

Quel est le critère de recherche ?

170. Les recherches dans le registre doivent s'effectuer en utilisant l'identifiant du constituant, soit, le plus souvent, son nom (art. 22 a) des Dispositions relatives au

registre). Comme cela a été souligné plusieurs fois, le constituant est généralement la personne qui contracte l'obligation, mais peut également être un tiers (voir par. 17 et 73 ci-dessus). Dans ce cas, la recherche devra s'effectuer en utilisant le nom du constituant et non celui du débiteur. Cela dit, un créancier garanti potentiel prudent effectuera souvent une recherche supplémentaire sur le nom du débiteur (y compris un garant de la dette) dans le cadre de son évaluation globale de la solvabilité de ce dernier.

Comment déterminer le nom du constituant ?

171. En vertu de la Loi, les personnes qui effectuent une recherche doivent utiliser le nom exact du constituant (art. 9 des Dispositions relatives au registre). Les créanciers garantis doivent respecter ces règles pour que le résultat de la recherche soit fiable. Il faudra donc qu'avant d'effectuer sa recherche, un prêteur potentiel obtienne le document officiel pertinent de chaque constituant ou consulte les documents commerciaux ou sociaux appropriés si le constituant est une entité commerciale.

Systèmes de registre à correspondance exacte ou étroite

172. Dans certains États, le registre pourra tenter d'aider les personnes qui effectuent une recherche en produisant les avis de sûretés dans lesquels le nom du constituant correspond étroitement au nom renseigné par ces personnes (option B de l'article 23 des Dispositions relatives au registre). Ces dernières pourront alors vouloir vérifier si les avis produits sont pertinents. Dans tous les cas, il faudra effectuer des recherches sur le nom exact du constituant pour garantir un résultat fiable.

Que se passe-t-il si le constituant a récemment changé de nom ?

173. Lorsque le constituant change de nom après l'inscription d'un avis, le créancier garanti inscrira probablement un avis de modification dans le bref délai de grâce pour refléter le nouveau nom (art. 25 des Dispositions relatives au registre). Sinon, sa sûreté sera subordonnée à celle d'un créancier garanti ultérieur qui inscrira la sienne en utilisant le nouveau nom du constituant. Il faudra donc qu'un prêteur potentiel vérifie que le nom du constituant n'a pas changé récemment. S'il s'est produit un changement de nom et si le délai de grâce n'a pas encore expiré, il lui faudra effectuer une recherche supplémentaire en utilisant le nom antérieur du constituant pour vérifier s'il existe des sûretés concurrentes. Un changement de nom d'une entreprise pourra généralement être déterminé en consultant ses documents sociaux ou commerciaux.

3. Recherches dans d'autres registres

174. Le registre est le lieu approprié pour inscrire et consulter des avis relatifs à des sûretés grevant la plupart des types de biens meubles. Pour certaines catégories de biens, cependant, les sûretés pourront (ou pourront également) être inscrites dans d'autres registres (art. 1-3 e)). Si les biens à grever sont soumis à un régime d'inscription différent, mais relèvent toujours de la Loi, il faudra qu'un créancier garanti éventuel consulte tous les registres pertinents. [*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait que le projet de guide pratique inclue une liste de ces registres, qui pourra différer selon le pays.*]

175. Si le bien grevé ou le constituant potentiel n'est pas situé dans l'État adoptant, il se pourra qu'un créancier garanti potentiel doive consulter le registre d'autres États (voir section J).

E. Élaboration de la convention constitutive de sûreté (art. 6-3 et 9)

176. Le terme « convention constitutive de sûreté » désigne la convention en vertu de laquelle une sûreté est constituée (art. 2 jj)). La Loi adoptant une approche fonctionnelle de la notion de sûreté (voir chap. I.B.3), ce terme englobe non seulement une convention créant une sûreté sur des biens appartenant au constituant, mais aussi un contrat de vente avec réserve de propriété ou un crédit-bail. En outre, la Loi soumettant généralement un

transfert pur et simple de créances aux mêmes règles ou à celles qui s'appliquent à une sûreté, le terme englobe également une convention par laquelle une personne vend ou dispose autrement de créances.

177. Comme indiqué à la section A, une convention constitutive de sûreté doit être écrite (art. 6-3). Elle peut être orale si le créancier garanti est en possession du bien grevé (art. 6-4). Dans ce dernier cas, cependant, les parties voudront généralement mettre leur convention par écrit afin d'éviter un différend quant à son contenu exact.

178. La Loi énonce très peu de conditions pour qu'une convention crée une sûreté valable (art. 6-3). Il faut que la convention :

- Identifie les parties (créancier garanti et constituant) ;
- Décrive l'obligation garantie ;
- Décrive les biens grevés.

179. La description de l'obligation garantie et des biens grevés doit être telle qu'ils soient raisonnablement identifiables (art. 9-1). La Loi autorise la constitution d'une sûreté non seulement sur des biens expressément décrits (voiture ou camion, par exemple), mais aussi sur des biens génériques (décrits, par exemple, comme étant la totalité du stock du constituant). Il est également possible, pour un constituant, d'octroyer une sûreté « sur tous ses biens meubles », et une description de ce type suffira généralement (art. 9-2). Les biens grevés peuvent être des biens existants, des biens à acquérir ou les deux. Lorsque la sûreté garantit une ligne de crédit accordée par une banque au constituant pour financer son activité, elle englobera généralement tous les biens meubles présents et futurs de ce dernier.

180. En vertu de la Loi, une sûreté peut garantir une obligation (actuelle ou future) en l'identifiant expressément ou en énonçant toutes les obligations « dues au créancier garanti à tout moment » (art. 9-3). Dans ce dernier cas, aucune autre description n'est requise (la description identifie nécessairement les obligations garanties, puisqu'elles englobent toutes les obligations présentes et futures dues au créancier garanti).

181. L'État adoptant peut exiger que la convention constitutive de sûreté indique le montant maximum pour lequel la sûreté pourra être réalisée (art. 6-3 d)) s'il détermine que cette indication facilitera l'octroi de prêts garantis par des créanciers subséquents. Les prêteurs potentiels pourront alors, en consultant le registre, déterminer si le bien grevé aura encore une valeur résiduelle pour eux après le règlement de la créance d'un créancier garanti inscrit antérieurement (art. 8 e) des Dispositions relatives au registre).

182. Une convention constitutive de sûreté sera très brève (une page) si elle ne fait que respecter les prescriptions de base de la Loi. Les parties, cependant, ajouteront généralement d'autres dispositions concernant leurs droits et obligations (y compris le suivi des biens grevés et les pouvoirs de réalisation du créancier garanti en cas de défaillance). Les prêteurs établiront généralement le document de base de la convention.

183. En ce qui concerne les événements qui peuvent déclencher une défaillance, ils pourront être énumérés dans la convention constitutive de sûreté elle-même, à moins que celle-ci renvoie à une autre convention qui attestera les obligations garanties et énoncera les cas de défaillance. Si la convention est également l'accord par lequel les obligations garanties naissent (vente avec réserve de propriété ou crédit-bail, par exemple), les cas de défaillance figureront dans cet accord. Lorsque la sûreté sera accordée pour garantir des obligations contractées en vertu d'un autre contrat (contrat de ligne de crédit ou prêt spécifique, par exemple), il suffira de se référer au contrat de crédit pour la description des cas de défaillance. Bien entendu, même lorsque les obligations garanties consisteront en des avances sur une ligne de crédit ou un prêt spécifique, les parties pourront, par souci de simplicité, souhaiter insérer dans un seul document les dispositions relatives au crédit et à la constitution de la sûreté.

184. Dans une convention qui est à la fois un contrat de crédit et une convention constitutive de sûreté, les cas de défaillance seront généralement :

- Le défaut de paiement à l'échéance de toute somme due par le constituant en vertu des obligations garanties ;
- Le non-paiement, par le constituant à un autre créancier, d'une obligation monétaire qui dépasse un certain seuil ;
- La survenue d'une insolvabilité du constituant (le terme « insolvabilité » étant souvent défini en détail) ou le fait, pour tout bien grevé, d'être visé par une procédure de saisie ou de réalisation engagée par un tiers ;
- Toute déclaration faite par le constituant dans la convention ou tout document remis au créancier garanti montrant que la convention est fausse ou trompeuse à d'importants égards ;
- Toute inexécution, à quelque titre important que ce soit, par le concédant, de l'une quelconque des obligations qui lui incombent en vertu de la convention.

185. Lorsque le constituant n'est pas le débiteur des obligations garanties, les événements ci-dessus seront énoncés de manière à inclure, au besoin, le débiteur. De plus, il est d'usage de prévoir que certains de ces événements ne constitueront un cas de défaillance qu'après l'expiration d'un délai de grâce.

186. La Loi reconnaît le principe de l'autonomie des parties pour ce qui est des dispositions de la convention relatives aux droits et obligations contractuels des parties, y compris sur ce qui constitue une défaillance (art. 2 j), 3, 52 et 84, voir par. 16 et 30 ci-dessus). D'autres lois de l'État adoptant pourront cependant limiter cette autonomie (lois de protection du consommateur ou disposition de la loi sur les obligations énonçant qu'un manquement doit être important pour donner lieu au remboursement anticipé d'un prêt à terme, par exemple).

187. On trouvera à l'annexe I un exemple de convention constitutive de sûreté donnant effet aux points susmentionnés.

F. Inscription d'un avis dans le registre

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait que le projet de guide pratique contienne une section distincte qui traite des étapes à suivre généralement avant de clore une opération de financement garanti ou de décaisser les fonds (s'assurer que le constituant a signé tous les documents pertinents, par exemple). La section ci-dessous traite de l'inscription d'un avis dans le cadre de ce processus.*]

1. Comment et où inscrire un avis et qui doit le faire ?

188. La Loi et les Dispositions relatives au registre prévoient un processus d'inscription efficace et simple. Pour inscrire un avis relatif à une sûreté dans le registre, il suffit de lui soumettre un avis contenant des informations de base (qui identifient le constituant et le créancier garanti et décrivent les biens grevés) (art. 8 des Dispositions relatives au registre). Dans certains États, il peut être requis des informations supplémentaires, comme la durée de validité de l'avis et le montant maximal pour lequel la sûreté peut être réalisée. Ces informations sont soumises le plus souvent en ligne, et sont enregistrées et consultables dès que l'avis est inscrit.

189. L'inscription d'un avis n'a pas pour but de protéger le constituant et n'influera pas, s'il ne le fait pas, sur le caractère exécutoire de la sûreté à son encontre. Dans la pratique, donc, ce sera généralement le créancier garanti qui inscrira un avis pour s'assurer que sa sûreté sera opposable et qu'elle aura priorité sur d'autres sûretés.

190. Un créancier garanti est libre de déléguer l'inscription à un tiers, par exemple à son avocat ou à un cabinet spécialisé dans ce service (art. 5 des Dispositions relatives au registre). C'est lui, cependant, qui sera responsable de toute erreur ou omission commise par son représentant autorisé. Il faudra donc qu'il s'assure qu'il disposera d'un recours contre le tiers en cas d'erreur (en s'assurant, par exemple, que le représentant

est pleinement assuré). Même dans ce cas, il lui faudra rapidement vérifier que l'inscription a été effectuée correctement.

191. Une personne qui inscrit un avis n'a qu'à le soumettre au registre rempli selon la forme prescrite, à payer les frais prescrits (habituellement établis selon le principe du recouvrement des coûts) et à s'identifier de la manière prescrite (art. 5 des Dispositions relatives au registre). L'inscription prend effet dès que les informations contenues dans l'avis soumis au registre peuvent être consultées par le public (art. 13 des Dispositions relatives au registre).

192. Les personnes qui procèdent à une inscription doivent respecter les indications données par l'État ou par le registre. Ces indications portent habituellement sur des prescriptions telles que le mode de transmission électronique des informations et la façon de créer et d'exploiter un compte d'utilisateur (réinitialisation du mot de passe, informations à communiquer pour créer un compte).

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Une sûreté grevant certaines catégories de biens meubles pourra, cependant, être soumise à un régime d'inscription différent. Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur la mesure dans laquelle il faudrait que cette section mentionne la nécessité de s'inscrire dans d'autres registres et indique, le cas échéant, de quels registres il s'agirait.*]

2. Quand inscrire un avis initial ?

193. Comme on l'a vu, l'inscription d'un avis peut s'effectuer avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou la création de la sûreté (voir par. 39 ci-dessus). Il faudra qu'un créancier garanti envisage de le faire dès que la teneur globale de l'accord de financement aura été convenue pour bénéficier de la priorité générale par rapport aux autres créanciers garantis sur la base de l'ordre d'inscription.

194. L'attention des créanciers garantis est appelée sur le fait qu'une inscription anticipée ne protège pas nécessairement contre d'autres types de réclamants concurrents. Si, par exemple, le constituant vend un bien décrit dans l'avis avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté, la sûreté ne sera pas opposable à l'acheteur. Il en ira de même si une procédure d'insolvabilité est ouverte par ou contre le constituant – ou si un créancier judiciaire de celui-ci obtient des droits – avant la conclusion de la convention. Il ne faudra donc pas que les créanciers garantis invoquent une inscription anticipée pour retarder la conclusion de la convention constitutive de sûreté.

3. Quelles sont les informations à inclure dans un avis initial ? (art. 8 des Dispositions sur le registre)

Nom et adresse du constituant et du créancier garanti

195. Le nom et l'adresse du constituant doivent être indiqués dans l'avis initial. Si le débiteur et le constituant ne sont pas la même personne, un avis qui indique le nom du débiteur plutôt que du constituant ne permettra pas de rendre la sûreté opposable. Un créancier garanti doit veiller à indiquer le nom correct du constituant dans l'avis (art. 9 des Dispositions sur le registre). Si une recherche effectuée à partir du nom correct ne permet pas de retrouver un avis inscrit, l'inscription sera sans effet (art. 24 des Dispositions sur le registre).

196. Le nom et l'adresse du créancier garanti ou de son représentant doivent aussi être indiqués dans l'avis initial. On utilisera généralement le nom d'un représentant des créanciers garantis lorsque l'obligation est due à un consortium de prêteurs. Le nom correct du créancier garanti ou de son représentant est déterminé en fonction des mêmes règles que celles qui déterminent le nom correct du constituant (art. 10 des Dispositions sur le registre). Toutefois, le nom du créancier garanti ou de son représentant ne constitue pas un critère de recherche. Par conséquent, une erreur portant sur ces informations ne prive pas d'effet l'inscription, à moins qu'elle ne soit de nature à induire gravement en erreur une personne raisonnable qui effectue une recherche (art. 24-4 des Dispositions sur le registre). Néanmoins, le créancier garanti et son représentant

devraient veiller à indiquer leurs nom et adresse corrects. Ainsi, ils seront sûrs de recevoir toute communication envoyée par un tiers sur la base des informations indiquées dans l'avis, par exemple un avis de réalisation envoyé par un créancier garanti concurrent (art. 78-4) ou un avis de l'intention d'un créancier garanti ultérieur d'acquérir une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition (art. 38-2, option A).

Description des biens grevés

197. L'avis initial doit aussi contenir une description des biens grevés. Celle-ci est nécessaire pour permettre aux personnes effectuant une recherche de déterminer les biens du constituant qui sont susceptibles d'être grevés. Une description sera suffisante uniquement si elle permet raisonnablement d'identifier le bien grevé (art. 11 des Dispositions sur le registre).

198. Il n'est pas nécessaire de décrire précisément le bien grevé, à moins qu'il ne s'agisse d'un article spécifique. Même dans ce cas, il suffira que la description permette l'identification du bien concerné. Ainsi, une description comme « le véhicule automobile du constituant » sera suffisante si le constituant ne possède qu'un seul véhicule, mais pas nécessairement s'il en possède plusieurs. Dans ce cas, une personne prudente fournira des détails supplémentaires dans la description (par exemple le modèle et l'année de construction), car il est possible que le constituant acquière d'autres véhicules à l'avenir, si bien qu'il deviendra difficile de déterminer le véhicule auquel l'avis se rapporte.

199. Le créancier garanti devrait décrire les biens de manière à éviter de devoir enregistrer un avis de modification en cas de changement ultérieur. Ainsi, il faudrait généralement éviter de décrire des biens en fonction de leur emplacement (par exemple « l'ensemble du matériel sis au 123 rue …, ville … »), à moins que le créancier garanti ne soit sûr que ceux-ci resteront au même endroit pendant toute la durée de la relation de financement.

200. Si les biens grevés constituent une catégorie générique de biens présents et futurs, il suffit que la description renvoie à ladite catégorie, par exemple « toutes les créances présentes et futures dues au constituant » ou « tous les stocks présents et à venir du constituant ». Si la sûreté doit couvrir « tous les biens meubles présents et futurs du constituant », une description utilisant ces mots sera également suffisante.

201. Les parties peuvent envisager de conclure plusieurs conventions constitutives de sûreté au fil du temps, par exemple une convention initiale visant un article de matériel particulier pour garantir un emprunt, puis une convention ultérieure couvrant tous les biens meubles présents et futurs du constituant pour garantir une ligne de crédit à négocier ultérieurement. Dans ce cas, un avis unique sera suffisant pour couvrir les sûretés créées au moyen de plusieurs conventions constitutives de sûreté conclues entre les parties (art. 3 des Dispositions sur le registre). Ainsi, dans cet exemple, l'avis devrait décrire les biens grevés comme suit : « tous les biens présents et à venir du constituant ». Cela évitera d'avoir à inscrire un avis séparé pour chaque convention et garantira que les sûretés sur les biens couverts par des conventions ultérieures auront généralement priorité sur des créanciers garantis concurrents dès le moment où l'avis aura été inscrit.

Durée d'effet de l'inscription

202. La Loi peut exiger que l'avis initial indique la durée d'effet de l'inscription. Dans ce cas, la personne procédant à l'inscription devrait suivre l'option retenue par l'État adoptant pour déterminer cette durée d'effet, car la Loi type en propose trois (art. 14 des Dispositions sur le registre).

Indication du montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée

203. La Loi peut aussi prévoir que l'avis initial doit indiquer le montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée (ce montant devant aussi être mentionné dans la convention constitutive de sûreté, art. 6-3 d), voir par. 181 ci-avant). Comme on l'a noté

plus haut, cela permet au constituant d'utiliser la valeur résiduelle du bien pour obtenir un financement auprès d'autres créanciers.

204. Supposons par exemple que du matériel détenu par X ait une valeur marchande estimée à 30 000 dollars. X constitue une sûreté sur ce matériel en faveur de Y pour garantir un emprunt (y compris les intérêts et autres frais attendus) de 10 000 dollars. La convention constitutive de sûreté et l'avis correspondant indiquent tous deux que le montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée est de 10 000 dollars. Y a donc une garantie sur le matériel à concurrence de 10 000 dollars seulement et ne serait pas garanti pour un crédit qu'il accorderait à X au-delà de ce montant. Par conséquent, un créancier ultérieur pourra être disposé à octroyer un crédit sur le montant correspondant à la valeur résiduelle du matériel, soit 20 000 dollars.

205. Cela montre que le créancier garanti doit veiller à ce que le montant maximum indiqué dans la convention constitutive de sûreté et l'avis inscrit soit suffisant pour couvrir tous les crédits devant être garantis par la sûreté (présents et futurs, ainsi que frais attendus de réalisation en cas de défaillance).

4. À quel moment le créancier garanti doit-il inscrire un avis de modification ?

206. La personne désignée en tant que créancier garanti dans un avis inscrit peut modifier à tout moment les informations y figurant en soumettant un avis de modification (art. 16-1 des Dispositions sur le registre). On trouvera ci-après résumées les circonstances les plus courantes dans lesquelles un tel avis sera inscrit.

Rectification d'erreurs ou d'omissions

207. Le registre est tenu d'envoyer une copie des informations figurant dans un avis inscrit au créancier garanti, immédiatement après l'inscription dudit avis (art. 15-1 des Dispositions sur le registre). Le créancier garanti devrait immédiatement vérifier si les informations reçues sont suffisantes et exactes et inscrire un avis de modification pour rectifier toute erreur ou omission.

Modification du nom du constituant après l'inscription

208. Le nom du constituant peut changer après l'inscription d'un avis lorsque, par exemple, une femme ayant constitué une sûreté demande ultérieurement à modifier légalement son nom ou un constituant établi en société fusionne ultérieurement avec une autre société. Dans ces cas, le créancier garanti devra, pour préserver sa priorité, inscrire un avis de modification indiquant le nouveau nom du constituant avant l'expiration d'un délai de grâce (art. 25 des Dispositions sur le registre).

209. Supposons que le délai de grâce pour inscrire un avis de modification indiquant le nouveau nom soit de 60 jours. Le 1er jour, Y inscrit un avis initial relatif à sa sûreté sur le matériel de X. Le 20e jour, X change son nom en X1. Le 30e jour, un autre créancier acquiert une sûreté sur le même matériel auprès de X1 et inscrit un avis indiquant X1 comme constituant. Le 40e jour, Y inscrit un avis de modification ajoutant X1 en tant que constituant de sa sûreté. Si la priorité entre Y et le nouveau créancier est régie par la règle du premier inscrit, Y restera prioritaire sur le nouveau créancier.

210. Le créancier garanti peut toujours inscrire un avis de modification après l'expiration du délai de grâce prévu. Toutefois, l'opposabilité et la priorité de sa sûreté ne seront pas préservées à l'égard d'acheteurs et de créanciers garantis qui ont acquis leurs droits après le changement de nom du constituant, mais avant l'inscription de l'avis de modification. De manière générale, les créanciers garantis devraient veiller à se protéger contre le risque en matière de priorité que pose une modification postérieure à l'inscription du nom du constituant. Pour ce faire, ils pourront vérifier régulièrement si un changement de nom ou autre changement de statut s'est produit depuis l'inscription initiale.

Modification postérieure à l'inscription des informations concernant le créancier garanti

211. Il peut arriver que les informations concernant le créancier garanti changent après l'inscription de l'avis initial, par exemple si le créancier garanti change de nom ou d'adresse, ou les deux. Cela peut aussi se produire lorsque le créancier garanti initial cède ses droits à un nouveau créancier garanti. Si une modification des informations concernant le créancier garanti figurant dans l'avis inscrit n'affecte en aucune manière les effets de l'inscription, un créancier garanti souhaitera néanmoins généralement mettre à jour ses données pour refléter les changements. Pour cela, il peut utiliser un avis unique de modification globale, qui mettra à jour les informations concernées dans tous les avis qu'il aura inscrits (art. 18 des Dispositions sur le registre). Ainsi, il sera sûr de recevoir tout avis ou autre communication envoyé par des tiers qui se sont fiés au nom et à l'adresse indiqués dans l'avis.

Ajout de la description d'un nouveau bien grevé

212. Un créancier garanti peut initialement avoir inscrit un avis concernant une sûreté grevant un bien spécifique. S'il décide ultérieurement d'accorder un nouveau prêt au constituant, qui sera garanti par un autre bien, il devra rendre la sûreté sur ce nouveau bien opposable en inscrivant un avis de modification (voir par. 201 en ce qui concerne la possibilité d'utiliser un avis unique couvrant plusieurs sûretés).

213. La sûreté sur le nouveau bien deviendra alors opposable dès l'inscription de l'avis de modification. Le créancier garanti peut aussi inscrire un nouvel avis initial couvrant le nouveau bien. Toutefois, il est plus efficace d'utiliser un avis de modification. En effet, il suffira que le créancier garanti ajoute le nouveau bien à la description des biens grevés dans l'avis inscrit existant.

Ajout de la description du produit de biens grevés

214. Comme il est mentionné plus haut, une sûreté s'étend automatiquement au produit identifiable du bien grevé (art. 10, voir par. 87 à 89 ci-avant). Supposons que X et Y aient conclu une convention constitutive de sûreté portant sur le matériel de X et que Y ait inscrit un avis décrivant ce matériel. Par la suite, X vend son matériel et est payé en espèces. X dépose le produit de la vente sur son compte bancaire. Il utilise ensuite ces fonds pour acheter d'autres articles.

215. Dans ce cas, la Loi prévoit que la sûreté de Y s'étendra aux espèces reçues, aux fonds crédités sur le compte bancaire de X et aux nouveaux articles, en tant que produit du bien grevé d'origine ou produit du produit. Toutefois, il faut pour cela qu'un certain nombre de conditions soient remplies (voir par exemple art. 10, 19 et 47) et Y ne peut pas être assuré de sa priorité par rapport aux réclamants concurrents.

216. Par conséquent, le créancier garanti ne devrait pas compter passivement sur le produit du bien grevé à titre de protection. Il devrait constamment surveiller la garantie pour être sûr de pouvoir prendre les mesures nécessaires pour préserver l'opposabilité et la priorité de sa sûreté sur le produit, y compris en inscrivant un avis de modification ajoutant une description dudit produit.

Ajout de l'acheteur d'un bien grevé auprès du constituant en tant que nouveau constituant

217. L'inscription d'un avis protège généralement le créancier garanti contre la vente non autorisée du bien grevé par le constituant, à moins que celui-ci ne soit vendu dans le cours normal des affaires du constituant (art. 34). Dans ce cas, l'acheteur du bien grevé deviendra automatiquement un nouveau constituant. Toutefois, seul le nom du vendeur (constituant initial) figurera généralement dans l'avis initial. Par conséquent, si un créancier garanti potentiel qui réalise une opération avec le bien grevé remis à l'acheteur effectue des recherches dans le registre à partir du nom de l'acheteur, il ne retrouvera pas l'avis pertinent.

218. Les Dispositions types sur le registre prévoient trois options différentes en cas de transfert d'un bien grevé après l'inscription (art. 26 des Dispositions sur le registre). De manière générale, et quelle que soit l'option adoptée dans la Loi, un créancier garanti devrait surveiller la garantie pour se protéger contre une vente non autorisée de celle-ci par le constituant. En effet, il peut être difficile de localiser un bien une fois qu'il en a été disposé.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'indiquer les conséquences juridiques de l'une des options prévues à l'article 26 des Dispositions types sur le registre.*]

Prolongation de la durée d'effet d'une inscription

219. La relation de financement entre les parties peut se prolonger au-delà de la durée d'effet de l'avis initial (voir par. 202 ci-avant) et, par conséquent, le créancier garanti peut prolonger celle-ci (art. 14 des Dispositions sur le registre). Il devrait veiller à être averti suffisamment à l'avance de la prochaine expiration de son inscription pour pouvoir inscrire un avis de modification.

5. Quelles sont les obligations du créancier garanti en relation avec l'inscription ?

220. La Loi exige l'autorisation écrite du constituant pour que l'inscription prenne effet (art. 2-1 des Dispositions sur le registre). Toutefois, le respect de cette obligation ne ralentit pas nécessairement le processus d'inscription parce que :

- Le créancier garanti n'a pas nécessairement besoin d'obtenir l'autorisation du constituant avant l'inscription et s'il l'obtient après, celle-ci rendra l'inscription effective rétroactivement (art. 2-4 des Dispositions sur le registre) ;
- Une convention constitutive de sûreté écrite entre les parties est réputée valoir autorisation, qu'elle ait été conclue avant ou après l'inscription (art. 2-5 des Dispositions sur le registre) ; et
- Le registre ne peut exiger de la personne procédant à l'inscription qu'elle prouve que le constituant a autorisé l'inscription (art. 2-6 des Dispositions sur le registre).

221. Toutefois, cette exigence peut créer des difficultés au constituant si un avis est inscrit mais qu'aucune convention constitutive de sûreté n'est ensuite conclue entre les parties, ou si la convention conclue couvre une gamme de biens plus étroite que ceux qui sont décrits dans l'avis inscrit.

Obligation d'envoyer une copie de l'avis inscrit

222. Pour éviter cette situation, le registre envoie au créancier garanti une copie des informations figurant dans l'avis inscrit immédiatement après que celles-ci ont été saisies dans son fichier. Le créancier garanti doit alors envoyer ces informations au constituant dans le délai prévu dans la Loi. Si le manquement à cette obligation n'a pas d'incidence sur les effets de l'inscription, le créancier garanti peut néanmoins être tenu responsable envers le constituant à hauteur d'un montant minime précisé dans la Loi et pour toute perte ou tout dommage effectif subi par le constituant qui résulte de ce manquement (art. 15 des Dispositions sur le registre).

Inscription d'un avis de modification ou de radiation

223. Le créancier garanti pourra devoir inscrire un avis de modification pour que les biens grevés ou ceux concernant lesquels le constituant a autorisé l'inscription d'un avis soient correctement reflétés (art. 20-1 des Dispositions sur le registre).

224. La personne désignée en tant que constituant dans un avis inscrit peut aussi demander au créancier garanti d'inscrire un avis de radiation dans les cas suivants :

- Cette personne n'a pas autorisé l'inscription de l'avis initial et a fait savoir au créancier garanti qu'il ne l'autoriserait pas ;

- L'autorisation initiale a été retirée et aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue ; ou
- La sûreté est éteinte[15] (art. 20-3 des Dispositions sur le registre).

225. En fonction des circonstances, le créancier garanti pourra, ou non, prélever des frais pour satisfaire ces demandes (art. 20-4 et 20-5 des Dispositions sur le registre).

226. Dans la plupart des cas, le créancier garanti s'acquittera volontairement de son obligation d'inscrire un avis de modification ou de radiation. S'il ne s'exécute pas dans le bref délai précisé par la Loi, le constituant (ou la personne identifiée comme tel) pourra demander une décision concernant l'inscription d'un avis de modification ou de radiation (art. 20-6 des Dispositions sur le registre). Lorsqu'une telle décision est rendue, le registre doit immédiatement inscrire l'avis (art. 20-7 des Dispositions sur le registre).

227. Les créanciers garantis devraient faire preuve de prudence lorsqu'ils modifient une inscription pour libérer certains biens ou annulent une inscription, surtout si l'avis inscrit porte sur plusieurs sûretés constituées en vertu de différentes conventions (voir par. 201 ci-avant). Un créancier garanti ne devrait pas annuler une inscription au seul motif que les obligations garanties par l'une des conventions ont été exécutées. De même, il ne devrait pas inscrire d'avis de radiation au motif que l'un des constituants a été libéré.

6. Inscriptions modifiées ou radiées par inadvertance

228. Seule la personne désignée en tant que créancier garanti dans l'avis initial inscrit est autorisée à inscrire un avis de modification ou de radiation le concernant. Seule exception, le cas où le créancier garanti initial inscrit un avis de modification pour désigner un nouveau créancier garanti si, par exemple, il lui cède ses droits. Après l'inscription de l'avis de modification, seule la personne qui y est désignée en tant que nouveau créancier garanti est autorisée à inscrire un avis de modification ou de radiation (art. 16-1 des Dispositions sur le registre).

229. Par conséquent, pour inscrire un avis de modification ou de radiation, la personne procédant à l'inscription doit satisfaire aux exigences en matière d'accès sécurisé qui seront précisées par le registre (art. 5-2 des Dispositions sur le registre). Afin d'éviter que des inscriptions ne soient modifiées ou radiées par inadvertance, les créanciers garantis devraient prévoir des procédures pour préserver la confidentialité de leurs identifiants d'accès. En effet, un créancier garanti sera responsable d'une modification ou d'une radiation erronée effectuée par une personne à laquelle il aura communiqué ses identifiants afin qu'elle procède à l'inscription en son nom.

230. Toutefois, il peut arriver que, malgré toutes les précautions, une personne non autorisée accède aux identifiants du créancier garanti et inscrive un avis de modification ou de radiation. Les effets d'une telle inscription dépendront de l'option choisie à l'article 21 des Dispositions types sur le registre.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le projet de guide pratique devrait inclure, dans l'annexe, des modèles de formulaires pour autoriser l'inscription d'un avis (voir par. 220 ci-avant) ou demander l'inscription d'un avis de modification ou de radiation (voir par. 223 et 224 ci-dessus).*]

[*Note à l'intention du Groupe de travail : 1) Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'à l'état actuel, le projet de guide pratique ne comporte pas de section distincte relative aux conflits de priorité, car ceux-ci sont déjà abordés dans différentes parties. Il voudra peut-être déterminer s'il convient d'élaborer une partie distincte décrivant les divers conflits de priorité possibles et expliquant la manière dont les dispositions de la Loi s'appliqueront. Les scénarios possibles étant très divers, cette partie pourrait se limiter à certains exemples clefs. 2) À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail*

[15] Cela signifie que toutes les obligations garanties ont été exécutées et que le créancier garanti ne s'est pas engagé à octroyer de nouveau crédit garanti (art. 12).

est convenu que le projet de guide pratique devrait souligner l'importance d'un suivi continu des garanties après la conclusion de la convention constitutive de sûreté et le décaissement des fonds pour préserver la priorité de la sûreté (A/CN.9/932, par. 82 à 84). Certains aspects sont traités dans les sections C à F ci-dessus, y compris la manière dont la vérification préalable différera en fonction de la garantie, et l'importance d'un suivi continu, y compris du constituant/débiteur et du registre. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une partie distincte serait nécessaire dans le guide pratique pour indiquer la manière dont ce suivi devrait être assuré et noter qu'un tel suivi ne devrait pas avoir pour conséquence de perturber la conduite des affaires du constituant.]

G. Réalisation d'une sûreté mobilière (art. 72 à 83)

1. Notion de défaillance et de réalisation

231. La défaillance est un événement clef dans la vie d'une opération assortie d'une sûreté. C'est le moment où le créancier garanti pourra évaluer l'utilité et l'efficacité de sa sûreté. De fait, dès le moment où le débiteur n'exécute pas l'obligation garantie, le créancier cherchera à déterminer la valeur marchande de la garantie. Dans la plupart des cas, il n'aura aucunement l'intention d'utiliser ni de détenir le bien. Par conséquent, c'est la valeur marchande (généralement le prix de vente) qui lui permettra d'exercer son droit préférentiel et de recouvrer les sommes dues. Cette étape clef est connue sous le nom de phase de réalisation.

232. Dans notre cas de figure, supposons que Y ait accordé à X un prêt de 100 000 dollars, remboursable en un an. Pour garantir sa créance, X lui octroie une sûreté sur son matériel et Y inscrit un avis au registre. À l'échéance du prêt, X n'est pas en mesure de s'acquitter de l'obligation dont il est redevable. Dans ces circonstances, Y cherchera probablement à exercer sa sûreté sur le produit et à se faire rembourser le montant dû en vendant le matériel. Si la vente de la garantie est le mode traditionnel de réalisation d'une sûreté, la Loi prévoit d'autres moyens pour ce faire. Par exemple, Y peut aussi louer ou mettre sous licence le matériel, ou proposer de l'acquérir à titre de remboursement intégral ou partiel du montant qui lui est dû.

233. La phase de réalisation est aussi cruciale car c'est le moment où d'éventuels conflits de priorité devront être réglés, surtout au moment de répartir le produit de la disposition du bien grevé.

2. Mettre fin au processus de réalisation

234. À la défaillance de X, Y envisage de réaliser sa sûreté sur le matériel. Toutefois, un ami de X est disposé à lui avancer des fonds pour rembourser son prêt. Y envisage de vendre le matériel dans une vente publique prévue le lendemain, qui a été annoncée dans les journaux locaux. Dans de telles circonstances, X pourra-t-il mettre fin au processus de réalisation ?

235. Le processus de réalisation porte généralement préjudice tant au constituant, qui risque de perdre la propriété de sa garantie, qu'au créancier garanti qui, dans la plupart des cas, n'obtiendra pas la totalité du montant qui lui est dû, car le produit de la disposition sera souvent inférieur à l'obligation garantie. Par conséquent, la Loi autorise toute personne concernée à mettre fin au processus de réalisation en payant intégralement au créancier garanti le montant qui lui est dû et en lui remboursant les frais de réalisation raisonnables qu'il peut avoir engagés (par exemple les frais de publicité dans l'exemple mentionné ci-dessus) (art. 75-1).

236. Toutefois, il n'est plus possible de mettre fin à la réalisation une fois que le bien grevé a été vendu ou qu'il en a été disposé dans le cadre du processus de réalisation, ou une fois que le créancier garanti a conclu un accord pour le vendre ou en disposer d'une autre manière, le premier en date de ces événements étant pris en compte (art. 75-2).

3. Reprise du processus de réalisation

237. Supposons qu'un mois après avoir obtenu un prêt auprès de Y, X obtienne une nouvelle ligne de crédit auprès de Z pour un montant de 50 000 dollars remboursable dans les trois mois. X octroie une nouvelle sûreté à Z sur le même matériel. Z inscrit un avis concernant sa sûreté au registre, inscription qui est postérieure à l'inscription par Y. À l'expiration de la période de trois mois, X n'est pas en mesure de rembourser son emprunt. La créance de Y n'est pas encore due.

238. X est donc en défaut par rapport à son obligation envers Z, mais pas par rapport à son obligation envers Y. La sûreté de Z n'est pas prioritaire sur celle de Y. Dans de telles circonstances, la question se pose de savoir quand et sous quelles conditions Z peut commencer la réalisation sans préjudice des droits de Y, qui ne pourra peut-être pas réaliser sa sûreté dans la mesure où X n'est pas encore en défaut par rapport à lui.

239. Pour protéger ses droits, un créancier dont la sûreté a priorité sur celle du créancier garanti procédant à la réalisation est en droit de reprendre la procédure de réalisation à tout moment avant que celle-ci ne prenne fin, c'est-à-dire avant l'acte de disposition ou l'acquisition du bien grevé (art. 76).

4. Obtention de la possession du bien grevé

240. X ayant fait défaut, Y souhaite réaliser sa sûreté sur le matériel, qui est toujours situé dans l'usine de X. Y peut-il librement en prendre possession pour réaliser sa sûreté ? À moins que le créancier garanti n'ait choisi de rendre sa sûreté opposable en prenant possession du bien grevé, en cas de défaillance, il devra généralement prendre possession du bien détenu par le constituant à des fins de réalisation. Cette étape est cruciale.

241. Le créancier garanti est généralement en droit d'obtenir la possession du bien grevé à des fins de réalisation, à moins que ce dernier ne soit détenu par une personne ayant un droit de possession supérieur (art. 77-1). Cela peut être le cas si le bien est en la possession d'un preneur à bail ou d'un preneur de licence de bonne foi du bien grevé (art. 34-3 ou 34-5) ou d'un créancier garanti de rang supérieur (art. 77-4).

242. Lorsqu'il fait défaut, le constituant en possession du bien grevé est censé remettre ce dernier au créancier garanti. Il ne sera toutefois pas toujours coopératif. Dans ce cas, le créancier garanti a deux options. Il peut choisir d'engager une procédure de réalisation judiciaire en saisissant le tribunal ou une autre autorité précisée dans la Loi. Cette option offre l'avantage d'être contraignante, et la saisie pourra être effectuée en dépit de toute objection injustifiée formulée par le constituant en possession. Elle présente toutefois l'inconvénient d'être complexe et souvent longue et coûteuse.

243. Pour cette raison, le créancier garanti pourra avoir intérêt, surtout lorsqu'il apparaît que le constituant ne s'y opposera pas, à obtenir la possession du bien grevé sans saisir le tribunal ou une autre autorité. Cela ne peut toutefois se faire que si certaines conditions sont satisfaites (art. 77-2). En résumé, la Loi impose des limites à une telle prise de possession extrajudiciaire pour préserver les droits tant du constituant que du créancier et préserver l'intérêt général dans le cadre d'une procédure dénuée de conflits.

244. Y doit d'abord obtenir le consentement écrit de X en ce qui concerne la possession extrajudiciaire, consentement qui sera soit inclus dans la convention constitutive de sûreté passée entre X et Y, soit donné ultérieurement dans un document distinct. Y devra aussi aviser le constituant ou toute autre personne en possession du bien grevé de la défaillance de X et de son intention de prendre possession dudit bien. La Loi pourra préciser dans quel délai cette notification devrait être faite (voir Guide pour l'incorporation, par. 441), ceci étant l'une des mesures visant à garantir que Y n'abuse pas de ses droits. Toutefois, lorsque le bien grevé est périssable ou peut se déprécier rapidement, une telle notification ne sera pas nécessaire (art. 77-3). Qui plus est, la personne en possession du bien grevé ne devra pas s'opposer à la prise de possession par le créancier garanti. Dans le cas contraire, le créancier n'aura d'autre choix que d'engager une procédure de réalisation judiciaire.

245. La question se pose de savoir si, dans le cas où la sûreté a été octroyée sur une catégorie générique de biens, le créancier sera en droit de saisir tous les biens de cette catégorie pour réaliser sa sûreté. En principe, cela sera possible puisque tous les biens entrant dans cette catégorie garantissent l'obligation dans son ensemble. Toutefois, si le créancier prend possession de plusieurs biens, en connaissance de cause et intentionnellement, alors que la valeur d'un seul de ces biens serait suffisante pour garantir l'obligation, son acte pourra être contraire aux règles générales de conduite prévues dans la Loi.

5. Disposition du bien grevé

246. Une fois que le créancier garanti est en possession du bien grevé, il cherchera à en déterminer la valeur en vue du remboursement. Pour ce faire, il peut choisir librement entre différentes options prévues dans la Loi. Par exemple, après avoir pris possession du matériel, Y peut le vendre ou en disposer d'une autre manière, le louer ou l'acquérir à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

247. En tant que banque, Y n'aura vraisemblablement pas l'intention d'acquérir le matériel pour en faire usage. Son objectif principal sera de récupérer son emprunt dans la mesure du possible par le biais de la réalisation. Par conséquent, il y a des chances qu'il essaie de vendre ce matériel le plus rapidement possible et au prix le plus élevé possible, pour pouvoir se rembourser intégralement ou partiellement sur le produit de la vente. La question se pose de la forme que prendra cette vente ou cet autre acte de disposition.

248. L'une des options consiste à procéder à la vente en saisissant un tribunal ou une autre autorité précisée par la Loi. La méthode, les modalités, la date, le lieu et d'autres aspects de la vente seront déterminés par la Loi. Si une telle vente publique ou un tel acte de disposition effectué sous contrôle judiciaire présente des avantages (en particulier s'agissant de biens immeubles), c'est une procédure souvent longue, complexe et coûteuse qui ne convient pas nécessairement à la vente de biens meubles.

249. Par conséquent, il existe une autre option qui consiste, pour Y, à vendre le bien sans saisir le tribunal ou une autre autorité. Dans ce cas, la méthode, les modalités, la date, le lieu et d'autres aspects de la vente (y compris s'agissant de décider s'il disposera individuellement ou en bloc des biens grevés) seront déterminés par le créancier garanti (art. 78-3). Si cette option donne une grande souplesse au créancier garanti, celui-ci devra satisfaire à un certain nombre de conditions (art. 78-4 à 78-8). Ces conditions procédurales visent à garantir que toute personne intéressée pourra protéger ses propres intérêts.

250. En résumé, le créancier garanti est tenu d'aviser de son intention de procéder à la vente extrajudiciaire les personnes suivantes (art. 78-4) :

- Le constituant et le débiteur ;
- Toute personne ayant un droit sur le bien grevé qui l'a informé de ce droit par écrit avant l'envoi de l'avis au constituant ;
- Tout autre créancier garanti qui a enregistré une sûreté concurrente sur le bien grevé avant l'envoi de l'avis au constituant ; et
- Tout autre créancier garanti qui était en possession du bien grevé lorsque le créancier garanti procédant à la réalisation en a pris possession.

251. L'avis doit être adressé par le créancier garanti aux personnes susmentionnées dans un certain délai avant la vente (précisé dans la Loi), et comporter les informations suivantes :

- Une description du bien grevé ;
- Une indication du montant nécessaire à l'exécution de l'obligation garantie (y compris les intérêts et les frais de réalisation raisonnables) ;

- Une déclaration rappelant aux personnes qui ont un droit sur le bien grevé (y compris le constituant et le débiteur) qu'elles peuvent mettre fin à la vente en remboursant intégralement le montant dû au créancier garanti, ainsi que les frais de réalisation raisonnables (voir par. 234 à 236 ci-avant) ; et
- La date après laquelle le bien grevé sera vendu ou
- La date, le lieu et les conditions de la vente.

252. Le fait d'exiger un tel avis vise à permettre au constituant ou à d'autres réclamants concurrents de vérifier que la vente se déroulera à des conditions commercialement raisonnables et conformément aux règles générales de conduite (art. 4). Dans le cas contraire, le créancier garanti pourra être tenu responsable des dommages résultant d'une violation. Toutefois, le constituant et d'autres parties concernées ne peuvent contester la validité de la vente, à moins qu'il ne soit établi que l'acheteur du bien grevé était conscient que cette dernière violait les droits du constituant ou des autres personnes concernées.

6. Location ou acquisition du bien grevé

253. Dans notre exemple ci-dessus (voir par. 232), Y a consenti un prêt à X pour un montant de 100 000 dollars et obtenu une sûreté sur le matériel, dont la valeur était estimée à 120 000 dollars. Suite à la défaillance de X, Y prend possession du matériel. Malheureusement, le marché secondaire pour ce type de matériel est peu actif et il s'avère difficile de trouver un acquéreur.

254. S'il apparaît que la vente du bien posera problème ou ne permettra pas d'obtenir le meilleur prix, Y pourra décider d'employer un autre mode de réalisation. Ainsi, il pourra décider de louer le matériel et de toucher les loyers mensuels, qui seront déduits du montant dû (art. 78). X conservera la propriété du bien mais perdra le droit de l'utiliser dans ses activités commerciales. Les mêmes garanties procédurales que celles qui sont décrites plus haut (voir par. 250 et 251) s'appliqueront à un contrat de location de ce type.

255. Y pourra aussi proposer d'acquérir le matériel à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie. En d'autres termes, le créancier garanti deviendra le propriétaire du matériel dont la valeur servira à compenser le montant de l'obligation garantie. Avec ce mode de réalisation, le créancier garanti pourra bénéficier de tous les droits et pouvoirs associés à la propriété du bien et en disposer ensuite librement. Le constituant peut aussi demander au créancier garanti de choisir ce mode de réalisation (art. 80-6). Dans tous les cas, ce dernier fera l'objet de garanties procédurales similaires (art. 80), qui sont décrites ci-après.

256. Par souci de transparence, le créancier garanti doit envoyer sa proposition d'acquérir le bien grevé par écrit au constituant, au débiteur et aux autres personnes qui ont un droit sur le bien (art. 80-2). Par ailleurs, la proposition doit comporter les informations suivantes (art. 80-3) :

- L'indication du montant nécessaire à l'exécution de l'obligation garantie (y compris les intérêts et les frais de réalisation raisonnables) au moment de la proposition ;
- L'indication du montant de l'obligation garantie dont l'exécution est proposée ;
- Une description du bien grevé ;
- Une déclaration rappelant aux personnes qui ont un droit sur le bien grevé (y compris le constituant et le débiteur) qu'elles peuvent mettre fin à la vente en remboursant intégralement le montant dû au créancier garanti, ainsi que les frais de réalisation raisonnables ; et
- La date après laquelle le créancier garanti acquerra le bien grevé.

257. Si aucune objection n'est formulée par une personne fondée à recevoir la proposition dans le délai prévu dans la Loi, le créancier garanti acquiert le bien grevé

(les conditions d'acquisition diffèrent légèrement selon qu'il s'agit d'une exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, art. 80-4 et 80-5). En cas d'objection, le créancier garanti devra choisir un autre mode de réalisation.

7. Recouvrement d'un paiement

258. Supposons que X ait également accordé à Y une sûreté sur toutes les créances qui lui sont dues par l'un de ses clients. Si la garantie est une créance, un instrument négociable ou un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, la vente ou la disposition ne constitue probablement pas une méthode efficace de réalisation. C'est pourquoi, après défaillance, le créancier garanti est autorisé à réaliser sa sûreté en recouvrant directement le paiement auprès du débiteur de la créance, du débiteur au titre de l'instrument négociable ou de l'établissement de dépôt (art. 82). Dans l'exemple ci-dessus, Y peut recouvrer le paiement auprès du client de X. Toutefois, il convient de noter que le droit du créancier garanti de recouvrer le paiement est généralement soumis aux dispositions de la Loi relatives aux droits et obligations des tiers débiteurs (art. 61 à 71).

259. Si la Loi s'applique généralement aux transferts purs et simples de créances (voir par. 23 et 24 ci-dessus), les dispositions relatives à la réalisation (art. 72 à 81) ne s'appliquent pas car il n'y a pas d'obligation garantie sous-jacente. Dans le cas d'un transfert pur et simple d'une créance, le bénéficiaire est en droit de recouvrer la créance à tout moment après que le paiement devient exigible (art. 83).

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les modèles d'instructions de paiement devraient figurer à l'annexe du projet de guide pratique.*]

8. Répartition du produit

260. Supposons que, après défaillance, Y ait pu vendre le matériel à G pour un montant de 120 000 dollars. La somme de 100 000 dollars était due à Y, lequel a supporté les dépenses liées à la vente d'un montant de 2 000 dollars. Z a une sûreté de rang inférieur sur le matériel pour garantir un prêt de 50 000 dollars à X (voir par. 237 ci-dessus).

261. Si la garantie est vendue par disposition judiciaire, la répartition du produit de la disposition sera déterminée par la Loi et conformément aux règles relatives à la priorité. Dans le cas ci-dessus, puisque le matériel a été vendu par Y, c'est lui qui est responsable de la répartition du produit. La réalisation d'une sûreté ne devrait pas être une source d'enrichissement et, par conséquent, le créancier garanti doit affecter le produit, après déduction des frais de réalisation raisonnables, au paiement de ce qui lui est dû. Ensuite, il doit verser tout excédent à tout réclamant concurrent de rang inférieur qui l'avait avisé de ses droits et du montant de ces derniers. Tout solde restant doit être remis au constituant (art. 79-2).

262. Par conséquent, Y déduira un montant de 2 000 dollars pour couvrir les coûts encourus et affectera un montant de 100 000 dollars en remboursement du montant qui lui est dû, ce qui aura généralement pour effet d'éteindre la sûreté en raison de l'exécution intégrale de l'obligation garantie (sauf s'il subsiste des engagements de la part de Y concernant l'octroi d'un crédit). Y devra alors verser 18 000 dollars à Z, alors qu'un montant de 50 000 dollars lui est dû.

9. Droits de l'acheteur ou d'un autre bénéficiaire du transfert de la garantie

263. Dans l'exemple ci-dessus (par. 260), l'acheteur de la garantie (G) prendra possession du bien libre de toute sûreté, à l'exception de celles qui ont priorité sur la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation (Y) (art. 81-3). En d'autres termes, tous les autres réclamants concurrents dont les droits ont un rang de priorité inférieur à celui de Y (par exemple, Z) ne peuvent plus exercer aucun droit sur le matériel qui a été vendu. Cette disposition vise à protéger les acheteurs et autres bénéficiaires du transfert qui participent au processus de réalisation.

264. Toutefois, supposons que Z ait vendu le matériel à G pour 120 000 dollars. Dans ce cas, F ne prendra pas possession du bien libre de toute sûreté, puisqu'il continuera d'être soumis à la sûreté de Y. Un créancier garanti de rang inférieur prendra donc rarement l'initiative de vendre des garanties, étant donné qu'il y a peu de chances qu'un acheteur accepte de prendre possession d'un bien encore soumis à une autre sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer les autres questions qui devraient être abordées dans la présente section, notamment les problèmes pratiques rencontrés dans le cadre du processus de réalisation, comme les restrictions applicables à la réalisation prévues dans d'autres lois ou les comportements abusifs des parties concernées (par exemple, changements fréquents de nom et/ou d'adresse), et le refus de recevoir les avis ou les propositions exigés par la Loi.*]

H. Mesures à prendre par les parties pendant la période de transition entre l'application de la loi antérieure et l'application de la Loi (art. 101 à 107)

265. La Loi prévoit des règles pour assurer une transition équitable et efficace entre la loi antérieure (à savoir la loi régissant antérieurement les droits visés par la Loi) et la Loi. D'une manière générale, la Loi s'applique à toutes les sûretés, y compris aux sûretés antérieures, pour autant qu'elles relèvent de sa portée. Le terme « sûretés réelles mobilières antérieures » désigne les droits créés par convention avant l'entrée en vigueur de la Loi, qui constituent des sûretés réelles mobilières au sens de la Loi (art. 2 ii)) et auxquels cette dernière s'appliquerait si elle avait été en vigueur au moment de leur création (art. 102).

266. D'une manière générale, les créanciers garantis devraient savoir que l'opposabilité et la priorité des sûretés antérieures sont préservées pendant un certain temps après l'entrée en vigueur de la Loi. Pour prolonger l'opposabilité et la priorité au-delà de cette période, le créancier garanti doit prendre des mesures pour rendre sa sûreté opposable conformément à l'une des méthodes prévues dans la Loi. Ainsi, la sûreté est opposable à partir du moment où elle a été rendue opposable conformément à la loi antérieure. Le créancier garanti peut ainsi conserver son rang de priorité.

267. Supposons, par exemple, qu'un bailleur de fonds ait constitué des sûretés sur plusieurs véhicules et ait rendu sa sûreté opposable conformément à la loi antérieure en s'inscrivant comme copropriétaire de ces véhicules, aussi bien dans le registre d'immatriculation des véhicules que dans les documents d'immatriculation délivrés par ce registre. Avec la promulgation de la Loi, ces inscriptions ne sont plus reconnues comme une méthode permettant d'assurer l'opposabilité. Étant donné que la plupart des crédits automobiles sont accordés pour une longue durée, le créancier garanti devrait prendre les mesures nécessaires pour prolonger l'opposabilité et la priorité de sa sûreté au-delà de la période de transition prévue par la Loi. Le plus simple serait d'inscrire un avis dans le registre sur toutes ces sûretés.

I. Opérations internationales : une analyse en trois étapes (art. 84 à 100)

268. Dans le cas d'une opération internationale (voir Chap. I.F), il est essentiel que le créancier garanti détermine la ou les lois qui s'appliqueront à l'opposabilité et à la priorité de sa sûreté. Le plus souvent, il utilisera pour ce faire une analyse en trois étapes, comme indiqué ci-après. Toutefois, il convient de noter que l'analyse ci-dessous n'est pas nécessairement exhaustive et ne concerne que l'opposabilité et la priorité dans l'État d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du constituant.

Première étape

269. Le créancier devrait déterminer la juridiction dans laquelle il souhaite que sa sûreté soit reconnue et bénéficie d'un rang de priorité. La juridiction principale serait l'État dans lequel une procédure d'insolvabilité à l'encontre du constituant serait le plus susceptible d'être ouverte. Le plus souvent, il s'agit de l'État dans lequel le constituant a son établissement, et si le constituant a des établissements dans plusieurs États, celui dans lequel il exerce son administration principale[16].

Deuxième étape

270. Le créancier devrait ensuite déterminer la loi que le tribunal compétent en matière d'insolvabilité appliquera pour établir si la sûreté était opposable, a été rendue opposable et est prioritaire. Les dispositions relatives au conflit des lois en vigueur dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité détermineront les règles de droit matériel qu'appliquera le tribunal de l'insolvabilité pour décider si la sûreté est considérée comme opposable et prioritaire dans l'État concerné.

271. Si l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité a adopté la Loi type, les articles 84 à 100 permettent de déterminer la loi applicable. Toutefois, ces dispositions peuvent prévoir que le droit matériel applicable est la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou la loi d'un autre État.

Troisième étape

272. Le créancier devrait déterminer les mesures à prendre en vertu du droit matériel applicable pour rendre sa sûreté opposable et faire en sorte qu'elle soit prioritaire.

273. Si le droit matériel applicable est celui d'un État ayant adopté la Loi type, l'opposabilité peut être obtenue par inscription dans le registre des sûretés établi par l'État adoptant. Une recherche dans le registre permet le plus souvent au créancier garanti de savoir si sa sûreté est prioritaire.

274. Si le droit matériel applicable est celui d'un État qui n'a pas adopté la Loi type, l'inscription n'est peut-être pas une méthode permettant d'assurer l'opposabilité. Par exemple, le droit matériel de cet État peut exiger que la sûreté soit notifiée aux débiteurs des créances pour qu'elle devienne opposable.

Exemples :

275. Dans les exemples ci-après, supposons que l'État O ait adopté la Loi type dans son intégralité.

Créances commerciales

276. Si un constituant situé dans l'État O a consenti une sûreté sur des créances commerciales dues par des clients situés dans plusieurs autres États, l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité sera l'État O (dans l'hypothèse où l'État O est celui où le constituant exerce son administration centrale). Le droit matériel applicable à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté sera la loi de l'État O (où se situe le constituant), conformément à l'article 86 de la Loi.

277. Les conditions d'opposabilité et les règles de priorité prévues dans la Loi s'appliqueront. L'inscription d'un avis dans le registre permettra de rendre la sûreté opposable. Le créancier garanti aura la priorité si aucune autre sûreté n'a été inscrite antérieurement en ce qui concerne les créances visées par la sûreté du créancier. Le fait que les débiteurs des créances se situent ailleurs que dans l'État O n'est pas pertinent.

---

[16] La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Règlement de l'Union européenne relatif aux procédures d'insolvabilité utilisent tous deux le concept de centre des intérêts principaux (COMI) pour déterminer l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale. L'État dans lequel le débiteur insolvable gère habituellement ses intérêts est réputé être le centre de ses intérêts principaux.

Stocks

278. Si un constituant situé dans l'État O a consenti une sûreté sur ses stocks dans un entrepôt situé dans l'État P, l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité sera l'État O. Le droit matériel applicable à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté sera la loi de l'État P (où se situent les stocks), conformément à l'article 85-1 de la Loi (à supposer que les stocks ne comprennent pas un type de bien corporel habituellement utilisé dans plusieurs États, auquel l'art. 85-3 s'appliquerait).

279. Les conditions d'opposabilité et les règles de priorité seront déterminées par le droit matériel applicable dans l'État P. Si la loi de l'État P ne reconnaît pas les sûretés réelles mobilières sans dépossession, le créancier risque de ne pas pouvoir obtenir une sûreté valide sur les stocks.

Biens meubles

280. Si un constituant situé dans l'État O a consenti une sûreté sur un camion utilisé pour transporter des marchandises de l'État O à l'État P, l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, comme dans le cas de figure ci-dessus, sera l'État O. Le droit matériel applicable à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté sera la loi de l'État P (où se situe le constituant), conformément à l'article 85-3 de la Loi, étant donné que le camion était habituellement utilisé dans plusieurs États.

281. Les conditions d'opposabilité et les règles de priorité prévues dans la Loi s'appliqueront. Dans cet exemple, même si le camion a été utilisé uniquement dans l'État P, le droit matériel de l'État O continuera de s'appliquer à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté sur le camion dans l'État O.

III. Interaction entre la Loi et le cadre de réglementation prudentielle

[*Note à l'intention du Groupe de travail : On trouvera ci-après un bref aperçu des questions réglementaires qui pourraient être traitées dans ce chapitre du Guide pratique. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le Guide pratique devrait examiner plus avant certaines de ces questions. Il voudra peut-être également se demander comment les informations pertinentes devraient être présentées dans le Guide pratique, sachant que les chapitres restants s'adressent à un public différent et sont donc rédigés dans un style différent.*]

A. Introduction

282. Contrairement au reste du Guide pratique, le présent chapitre s'adresse expressément aux autorités financières nationales exerçant des pouvoirs de réglementation prudentielle et des fonctions de contrôle (« organismes de réglementation ») ainsi qu'aux institutions financières soumises à la réglementation prudentielle et à un contrôle (« institutions financières réglementées »). En général, les banques et autres institutions financières qui reçoivent des fonds remboursables ou des dépôts du public pour consentir des prêts entrent dans cette catégorie.

283. Le présent chapitre a pour objet d'aider les États adoptants ainsi que les institutions financières réglementées à tirer pleinement parti de la Loi et de souligner la nécessité d'une coordination plus étroite entre la Loi et le cadre réglementaire prudentiel national. Cela devrait s'inscrire dans le contexte plus large de l'interaction entre la Loi et diverses lois nationales nécessaires pour assurer son bon fonctionnement, comme mentionné au chapitre I.E. Les choix fondamentaux qui sous-tendent le cadre réglementaire prudentiel, sur le plan national ou international, ne sont pas examinés dans le présent chapitre.

284. Les réglementations prudentielles, élément clef du cadre réglementaire prudentiel d'un État, se fondent sur des règlements financiers qui obligent les institutions

financières à contrôler leur exposition à divers risques et à détenir les capitaux nécessaires. En d'autres termes, elles permettent de s'assurer que les institutions financières réglementées sont en mesure d'absorber les pertes, compte tenu de la solidité des différentes institutions ainsi que de la stabilité de l'ensemble du système financier.

285. Les réglementations prudentielles imposent certaines mesures aux institutions financières qui, par exemple, doivent détenir les capitaux nécessaires conformément aux exigences en matière de fonds propres. Ces exigences, ou le taux d'adéquation des fonds propres, définissent le montant minimum de capital (appelé « capital réglementaire ») dont les institutions financières réglementées doivent pouvoir disposer à tout moment. Le capital réglementaire est généralement constitué d'instruments liquides comme les capitaux propres capables d'absorber des pertes inattendues.

286. Étant donné que les pertes anticipées représentent un coût afférant à l'opération de crédit, elles sont couvertes par les institutions financières au moyen de diverses techniques. Les exigences en matière de fonds propres peuvent également permettre de couvrir des pertes anticipées et prévoir, en particulier, des conditions spécifiques en vertu desquelles les institutions financières doivent constituer des réserves ou des provisions en cas de défaut de paiement ou de non recouvrement des obligations. [*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le Guide pratique devrait étudier plus avant la question de la constitution de provisions pour couvrir les pertes anticipées.*]

287. Les exigences en matière de fonds propres sont généralement exprimées sous la forme d'un taux d'adéquation des fonds propres, à savoir un pourcentage des actifs pondéré en fonction de leur risque. En d'autres termes, le montant du capital n'est pas fixe, mais est fonction à la fois du volume global des activités de l'institution financière réglementée et des risques associés à ces activités. Dans la pratique, pour chaque opération de financement, tels que l'octroi d'un prêt, les institutions financières réglementées calculent une charge en fonds propres, qui correspond à une part du capital réglementaire et tient compte des risques liés à l'opération. Les prêts qui présentent un risque élevé sont soumis à des charges en fonds propres plus élevées que les prêts considérés comme moins risqués. Pour les institutions financières, cela signifie que plus le risque est élevé, plus le montant de fonds propres nécessaires est important. Les lois ou réglementations nationales définissant les exigences en matière de fonds propres déterminent non seulement les coefficients de pondération des risques associés aux différentes catégories d'actifs, mais prévoient aussi des taux d'adéquation des fonds propres et des procédures pour calculer les charges en fonds propres.

288. Des efforts ont été déployés à l'échelle internationale pour faire en sorte que la réglementation prudentielle des institutions financières soit cohérente et appliquée de manière systématique dans tous les États par l'adoption d'une pratique de supervision uniforme. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, qui est l'un des organismes chargés de cette tâche, entre autres, établit des normes internationalement reconnues sur les exigences en matière de fonds propres, qui sont énoncées dans les Accords de Bâle sur les fonds propres.

289. Comme indiqué précédemment, le présent chapitre vise à faire en sorte que les institutions financières réglementées tirent parti de la Loi, tout en respectant le cadre réglementaire prudentiel concernant les exigences en matière de fonds propres. Dans de nombreux États, avant l'adoption de la Loi et donc du régime des sûretés mobilières prévu dans la Loi type, il se peut que les institutions financières réglementées n'aient pas bénéficié d'une sécurité juridique suffisante pour prendre en compte la valeur des actifs mobiliers dans le calcul des fonds propres nécessaires. La Loi, en association avec le registre, fournit la sécurité juridique, la prévisibilité et la transparence nécessaires et facilite ainsi le respect des exigences en matière de fonds propres. Grâce à une meilleure coordination avec la réglementation prudentielle, les institutions financières réglementées pourraient tenir compte des sûretés réelles mobilières pour déterminer les charges en fonds propres. À cette fin, le présent chapitre traite des aspects pertinents pour évaluer l'exposition aux risques de crédit dans le cas où les obligations sont garanties par des biens meubles.

B. Terminologie

290. La terminologie employée par les organismes nationaux de réglementation et les institutions financières réglementées peut être différente de celle utilisée dans la Loi. Voici quelques exemples :

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le chapitre III mentionne un certain nombre de termes qui ne sont pas employés dans la Loi type et, partant, se demander s'ils devraient également être inclus dans la liste ci-dessous. Il voudra peut-être aussi se demander si cette liste devrait, le cas échéant, être fusionnée avec le glossaire figurant au chapitre I.D.*]

Atténuation du risque de crédit	Il s'agit de diverses techniques, telles que les transactions garanties, les droits à compensation et les garanties, utilisées par les institutions financières réglementées pour atténuer leur exposition au risque de crédit. Lorsque certaines conditions sont réunies, l'utilisation de techniques d'atténuation du risque de crédit peut se traduire par une diminution de la charge en fonds propres.
Créances financières éligibles	Il s'agit de créances reconnues, conformément aux exigences applicables en matière de fonds propres, pour réduire les charges en fonds propres. Ce sont généralement des créances à court terme qui découlent de la vente de biens ou de la prestation de services, y compris les dettes dues par des acheteurs, des fournisseurs, des autorités publiques ou d'autres parties non affiliées.
Garanties éligibles	Il s'agit de biens grevés par une sûreté réelle mobilière et reconnus, conformément aux exigences applicables en matière de fonds propres, pour réduire les charges en fonds propres.
Garanties matérielles	Il s'agit de biens meubles corporels tels que des machines, des matières premières et des véhicules à moteur, à l'exception des produits de base et des aéronefs (qui appartiennent généralement à différentes catégories d'expositions).
Transactions garanties	Il s'agit d'une des techniques que les institutions financières réglementées peuvent adopter pour atténuer le risque de crédit et qui comprennent tout accord consensuel permettant de couvrir l'exposition au risque de crédit, en tout ou en partie, par un droit sur un bien grevé (y compris une sûreté réelle mobilière en vertu de la Loi).

C. Renforcer la coordination entre la Loi et la réglementation prudentielle

291. Le principal objectif de la Loi est d'améliorer l'accès au crédit à un coût raisonnable, en mettant en place un régime moderne des sûretés qui facilite notamment la constitution et la réalisation des sûretés réelles mobilières. La Loi permet aux institutions financières d'acquérir des sûretés afin d'atténuer leur exposition au risque de crédit, ce qui devrait les inciter à accroître l'offre de crédit. Pour ce faire, elle couvre un large éventail de biens (par exemple, les véhicules à moteur et les créances commerciales, voir par. 12 ci-dessus) et autorise les parties à adapter les modalités à leurs besoins et attentes (voir par. 15 ci-dessus).

292. Dans une certaine mesure, les exigences en matière de fonds propres prévues par la réglementation prudentielle risquent de décourager les institutions financières

réglementées d'accorder des crédits sur la base de sûretés grevant des biens meubles. Bien que la réglementation prudentielle soit généralement favorable aux garanties, les exigences en matière de fonds propres adoptent une approche prudente à l'égard de certains biens meubles qui ne sont pas nécessairement considérés comme des garanties éligibles. Aussi, faut-il assurer la coordination entre le droit des sûretés et les exigences en matière de fonds propres, faute de quoi les institutions financières réglementées risquent de considérer les opérations garanties par des biens meubles simplement comme des crédits non garantis, ce qui limitera les avantages économiques prévus par la Loi.

Conditions générales

293. Pour qu'une transaction garantie soit reconnue comme une mesure admissible d'atténuation du risque de crédit et se traduise par une baisse des charges en fonds propres, certaines conditions essentielles doivent être réunies. En particulier, conformément aux exigences internationalement reconnues en matière de fonds propres, la sécurité juridique concernant les sûretés et leur réalisation efficace après la défaillance du débiteur sont des conditions essentielles.

294. En ce qui concerne les transactions garanties, les institutions financières sont généralement tenues de démontrer que deux conditions préalables sont réunies. Premièrement, une sûreté doit avoir la priorité absolue indépendamment des créances légales et privilégiées. Au chapitre V, la Loi énonce un ensemble complet et cohérent de règles de priorité (chap. I.B.5). Les institutions financières réglementées peuvent donc clairement déterminer le rang de priorité de leur sûreté. Deuxièmement, une sûreté doit être réalisable rapidement. Au chapitre VII, la Loi énonce des règles visant à faciliter la réalisation efficace et rapide d'une sûreté (notamment une procédure rapide ou les mesures prévues à l'article 74 ; voir d'une manière générale le chapitre II.G). En résumé, la Loi prévoit un mécanisme qui permet aux institutions financières réglementées de satisfaire aux conditions générales établies par les exigences nationales et internationales en matière de fonds propres pour calculer les charges en fonds propres.

295. Les institutions financières sont également tenues d'élaborer des procédures internes solides pour contrôler, surveiller et signaler les risques associés à la garantie, y compris ceux susceptibles de compromettre l'efficacité des mesures d'atténuation du risque de crédit. En outre, elles sont généralement tenues d'établir des procédures internes afin d'accélérer la réalisation des sûretés. À cette fin, il importe qu'elles se familiarisent avec les dispositions pertinentes de la Loi, en particulier les mesures à prendre pour réaliser leurs sûretés. Elles devraient aussi adopter des mesures pour faire en sorte que la priorité de leur sûreté ne soit pas compromise, par exemple, par l'extinction involontaire de l'effet de l'inscription d'un avis.

296. Si une transaction garantie fait intervenir plus d'un État et risque donc d'être régie par une législation étrangère, les institutions financières doivent veiller à ce que leurs sûretés soient dûment protégées (principalement la priorité et l'opposabilité) en vertu de cette législation. Les dispositions du chapitre VIII (conflit de lois) de la Loi donnent des précisions sur la loi applicable pour assurer la sécurité juridique.

Exigences en matière de fonds propres

297. Il existe différentes méthodes pour évaluer le risque de crédit et calculer les charges en fonds propres correspondantes. Selon la méthode standard (approche normalisée), les coefficients de pondération des risques sont énoncés dans les lois ou réglementations nationales qui énumèrent également les biens grevés permettant de réduire les charges en fonds propres. En règle générale, et comme le prévoient les normes internationales, la liste des garanties éligibles ne comprend que des actifs très liquides, comme les fonds détenus sur des comptes de dépôt auprès de l'institution

financière[17], l'or et les titres intermédiés[18]. En conséquence, les biens meubles qui entrent généralement dans l'assiette d'emprunt des entreprises (notamment les créances, les stocks, les produits agricoles et le matériel) ne sont pas des garanties éligibles selon la méthode standard. Ils ne peuvent donc pas être pris en compte dans le calcul des charges en fonds propres pour couvrir des pertes inattendues.

298. Les exigences en matière de fonds propres peuvent également permettre l'utilisation d'autres méthodes. Les biens appartenant généralement à des entreprises ne peuvent être considérés comme des garanties éligibles que si les institutions financières réglementées ont été autorisées à utiliser des méthodes plus sophistiquées, souvent appelées modèles internes. Avec l'autorisation des organismes de réglementation, les institutions financières peuvent établir leurs propres estimations pour calculer l'exposition aux risques et, partant, déterminer les charges en fonds propres. Elles peuvent définir différents éléments de risque, comme la probabilité de défaillance, les pertes attendues en cas de défaillance et l'exposition en cas de défaillance.

299. Le processus d'autorisation est généralement énoncé dans les lois et réglementations nationales. Conformément aux normes internationales reconnues, l'autorisation n'est donnée qu'à l'issue d'un examen approfondi des pratiques de gestion des risques de l'institution financière en général, et d'un examen minutieux des estimations et données internes utilisées pour calculer les charges en fonds propres. Les organismes de réglementation peuvent imposer des conditions supplémentaires pour favoriser la solidité et la fiabilité des modèles. Généralement, ils peuvent approuver ou rejeter une demande d'autorisation concernant l'utilisation de modèles internes pour tout type d'exposition et également retirer une autorisation préalablement accordée.

300. Afin d'encourager les prêts inclusifs et responsables garantis par des biens meubles, comme le prévoit la Loi, l'adoption de méthodes sophistiquées basées sur une évaluation précise des risques revêt une importance primordiale. Pour de nombreuses institutions financières opérant dans des États où les biens meubles ne constituent pas des garanties éligibles selon le modèle standard, l'adoption de modèles internes peut être le seul moyen de mesurer exactement le risque de crédit que présentent les prêts aux entreprises garantis par des biens meubles. Si la Loi fixe le cadre de la reconnaissance de biens meubles en tant que garanties éligibles, les institutions financières réglementées doivent se familiariser avec celui-ci et satisfaire aux exigences prévues pour obtenir l'autorisation d'utiliser des modèles internes. À cette fin, elles sont tenues d'appliquer des procédures internes fiables pour évaluer et gérer le risque de crédit et recueillir suffisamment de données sur les transactions garanties. Une fois que l'utilisation de modèles internes a été autorisée, les institutions financières doivent démontrer que les conditions applicables à l'utilisation de biens meubles comme garanties éligibles sont réunies. Généralement, différentes conditions s'appliquent aux garanties matérielles et aux créances.

301. Pour que la garantie matérielle soit considérée comme une garantie éligible, les institutions financières doivent démontrer l'existence de marchés liquides pour disposer des biens grevés en temps voulu. Des prix transparents et accessibles au public devraient également être disponibles pour permettre une estimation précise de la valeur à réaliser en cas de défaillance.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Les exigences en matière de fonds propres prévoient généralement une série de conditions pour l'évaluation des garanties matérielles. Par exemple, les institutions financières doivent mettre en place des procédures à des fins de contrôle interne et d'audit. Il est généralement nécessaire de déterminer la volatilité de la valeur de la garantie compte tenu des tendances du marché et eu égard à la détérioration ou à l'obsolescence de la garantie. En particulier, les exigences internationales en matière de fonds propres peuvent préciser que la convention de prêt doit comporter une description détaillée de la garantie matérielle et*

[17] Un régime réglementaire différent peut s'appliquer si le compte est détenu par une autre institution financière.

[18] Les sûretés sur des titres intermédiés ne sont pas couvertes par la Loi (art. 1-3 c)).

accorder à l'institution financière le droit d'examiner et de réévaluer la garantie chaque fois qu'elle le juge nécessaire (voir, par exemple, par. 296 de Bâle III à l'adresse : https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.htm). Dans le cas des stocks et du matériel, les processus de réévaluation périodique doivent inclure l'inspection physique de la garantie. Ces aspects devraient être pris en compte pour assurer une bonne coordination avec la Loi. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quelle mesure ces aspects devraient être traités dans le Guide pratique.]

302. Pour pouvoir considérer les créances comme des garanties éligibles, les institutions financières doivent généralement avoir le droit de recouvrer ou de transférer des créances sans le consentement du débiteur de la créance. De tels mécanismes sont prévus dans la Loi pour le recouvrement et le transfert des créances (voir, par exemple, art. 58, 59, 82 et 83). En outre, les institutions financières sont souvent tenues d'élaborer des politiques de prêt indiquant les créances qui peuvent entrer dans l'assiette d'emprunt et celles qui ne seront pas prises en compte pour fixer le montant du crédit disponible.

[*Note à l'intention du Groupe de travail : Comme pour les garanties matérielles, d'autres exigences peuvent être imposées en ce qui concerne principalement les politiques de recouvrement du crédit et les méthode d'évaluation du risque des institutions financières. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander dans quelle mesure le Guide pratique devrait examiner plus avant ces exigences.*]

303. Si les mesures de coordination entre la Loi et la réglementation prudentielle peuvent entraîner une baisse des charges en fonds propres, cela ne devrait pas être leur seul objectif. En effet, cette coordination a pour objet de promouvoir une bonne gestion des risques basée sur une évaluation approfondie des risques liés aux transactions garanties plutôt que sur un scepticisme spéculatif à l'égard de certaines catégories de biens.

304. Pour conclure, les avantages économiques de la Loi peuvent être renforcés si, conformément aux normes internationales, le cadre national de réglementation prudentielle permet aux institutions financières réglementées d'utiliser des méthodes fondées sur des modèles internes. Les institutions financières qui auront recours à de tels modèles devront adopter des outils complexes de gestion des risques dûment évalués par des organismes de réglementation, ce qui leur permettra de se familiariser avec des pratiques de prêts prudentes et avec le cadre juridique établi par la Loi. L'évaluation du risque de crédit reposera sur des données exactes et sera effectuée à l'aide de modèles fiables permettant de mesurer les incidences de diverses catégories de biens grevés sur les pertes attendues et inattendues. Les données recueillies seront communiquées, à des fins d'autorisation, aux organismes de réglementation qui, de ce fait, auront une meilleure connaissance du prêt garanti tel que prévu dans la Loi. En outre, les données sur le délai de réalisation des sûretés grevant différents types de biens meubles ainsi que sur la valeur recouvrée par la disposition de ces biens pourront contribuer au développement de nouveaux marchés secondaires ou améliorer la transparence des marchés existants.

Annexe I

Modèle de convention constitutive de sûreté

CONVENTION CONSTITUTIVE DE SÛRETÉ

Entre

MODERN TECHNOLOGIES INC., société constituée en vertu de la loi sur les sociétés de l'État Y, ayant son siège statutaire au 111 Innovation Avenue, Springfield, État Y et le lieu de son administration centrale au 222 Gold Avenue, Diamond City, État X (le « **Constituant** »)

et

BANK OF THE WEALTH, banque constituée en vertu de la législation de l'État Z, ayant une succursale au 555 Bank Street, Diamond City, État Z (le « **Créancier** »)

Dispositions liminaires

A. Le créancier a accepté de mettre à la disposition du constituant des mécanismes de crédit permanent en vertu d'un accord de crédit en date du [30 avril 2018][19].

B. L'exécution de la présente convention est une condition à l'octroi d'un crédit par le créancier au constituant en vertu de l'accord de crédit.

1. Définitions

Aux fins de la présente convention :

a) Le terme « accord de crédit » désigne l'accord de crédit visé dans les dispositions liminaires, qui peut être modifié, complété ou reformulé de temps à autre ;

b) Le terme « biens grevés » a le sens qui lui est donné dans la section 2.1 ci-après ;

c) Le terme « cas de défaillance » désigne i) tout événement qui constitue un « cas de défaillance » conformément à l'accord de crédit et ii) tout manquement du constituant à l'une quelconque de ses obligations en vertu de la présente convention ;

d) Le terme « obligations » désigne toutes les obligations présentes et futures du constituant envers le créancier établies ou envisagées en vertu de l'accord de crédit et de la présente convention ;

e) Chacun des termes suivants a le sens qui lui est donné dans la Loi : « compte bancaire », « accord de contrôle », « débiteur de la créance », « matériel », « stocks », « produit » et « produit fini ».

2. Octroi de la sûreté réelle mobilière et obligations garanties

2.1 Octroi de la sûreté réelle mobilière

Le constituant accorde au créancier une sûreté réelle mobilière sur tous ses biens meubles présents et futurs (les « biens grevés »)[20] [dans chacune des catégories suivantes] :

a) Stocks ;

b) Créances ;

c) Matériel ;

d) Fonds crédités sur un compte bancaire[21] ;

---

[19] Le terme « accord de crédit » est employé comme terme générique pour désigner l'accord en vertu duquel le crédit peut être octroyé par le créancier. D'autres termes peuvent en fait être utilisés (par exemple, accord de prêt ou billet à ordre) selon la nature de l'opération de crédit et/ou les pratiques locales.

[20] La Loi dispose qu'une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur tous les biens meubles présents et futurs du constituant (ou d'une catégorie générique) et que la description des biens grevés dans la convention constitutive de sûreté peut être faite de la même manière (art. 6, 8 et 9).

[21] Ce terme, bien qu'il ne soit pas défini dans la Loi, est reconnu comme une catégorie distincte de biens (voir art. 15, 25, 46, 69 et 97).

e) Documents représentatif[22] (négociables ou non), y compris, sans s'y limiter, les connaissements et les récépissés d'entrepôt ;

f) Les instruments négociables[23], y compris, sans s'y limiter, les lettres de change, les chèques et les billets à ordre ;

g) La propriété intellectuelle et les droits au titre de licences ;

h) Dans la mesure où cela n'est pas mentionné ci-dessus, tous les produits et produits finis de tout ce qui précède.]

2.2 Obligations garanties

La sûreté réelle mobilière ainsi consentie garantit toutes les obligations[24].

3. Déclarations et garanties[25]

Le constituant déclare et garantit au créancier ce qui suit :

3.1 Lieu de situation de certains biens grevés

a) Les stocks et le matériel du constituant sont et seront toujours conservés ou utilisés par celui-ci dans l'État X et l'État Y et, à moins que le constituant n'avise le créancier d'un changement, aux adresses indiquées dans l'annexe à la présente convention ;

b) Les adresses de facturation des débiteurs des créances dues ou à devoir au constituant sont et seront toujours dans l'État X et l'État Y [à moins que le constituant ne notifie au créancier un changement par un avis précisant l'autre ou les autres États dans lesquels les débiteurs de ces créances ont des adresses de facturation] ;

c) Les comptes bancaires du constituant sont et seront toujours détenus dans les succursales des banques dans l'État X et l'État Y et, à moins que le constituant n'avise le créancier d'un changement, aux adresses indiquées dans l'annexe à la présente convention. Les accords de compte relatifs à ces comptes bancaires sont et seront régis par la loi de l'État dans lequel la succursale concernée est située et ne font et ne feront pas référence à une autre loi pour les questions relatives à la présente convention[26].

3.2 Lieu de situation et nom du constituant

a) Le siège statutaire et le lieu de l'administration centrale du constituant sont et seront toujours situés dans les États indiqués à la première page de la présente convention ;

b) Le nom exact du constituant et l'État de [constitution] sont indiqués à la première page de la présente convention. Le constituant ne change pas son État de [constitution] sans le consentement écrit préalable du créancier et ne change pas son nom sans donner au créancier un préavis de 30 jours l'informant de ce changement.

---

[22] La Loi reconnaît les documents négociables en tant que catégorie distincte de biens meubles corporels (voir art. 2 c))

[23] La Loi reconnaît les instruments négociables en tant que catégorie distincte de biens meubles corporels (voir art. 2 c)).

[24] L'article 9 de la loi dispose que les obligations garanties peuvent être décrites en se référant à la convention dont elles découlent.

[25] La présente convention constitutive de sûreté ne comprend que des déclarations sur des faits qui permettent à un créancier garanti d'identifier l'État ou les États dont la loi ou les lois s'appliquent à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière. Entre autres choses, les informations contenues dans la présente section permettent au créancier garanti de déterminer où une inscription doit être effectuée.

[26] Il s'agit là de déterminer la loi applicable en vertu de l'article 97 de la Loi.

4. Autorisations relatives aux biens grevés

4.1 Inscriptions

Le constituant autorise le créancier à inscrire tout avis et à prendre toute autre mesure nécessaire ou utile pour rendre la sûreté du créancier opposable[27].

4.2 Inspection et copies

a) Le créancier peut inspecter les biens grevés et les documents ou dossiers qui en attestent l'existence (et, à cette fin, pénétrer dans les locaux du constituant), moyennant un préavis raisonnable adressé au constituant ;

b) À la demande du créancier, le constituant fournit au créancier des copies des factures, contrats et autres documents attestant de ses créances.

4.3 Opérations relatives aux biens grevés

a) Tant que le créancier n'a pas fait savoir au constituant qu'un cas de défaillance s'est produit, le constituant peut vendre ou louer ses stocks et ses titres représentatifs ou en disposer d'une autre manière, recouvrer ses créances et ses instruments négociables et disposer du matériel usé ou obsolète, dans chaque cas, dans le cours normal de ses affaires ;

b) Le constituant n'accorde aucune sûreté sur les biens grevés et, sauf dans le cas autorisé au paragraphe a), ne vend pas ou ne loue pas les biens grevé ou n'en dispose pas d'une autre manière[28] ;

c) Le créancier peut à tout moment aviser les débiteurs des créances du constituant de l'existence de sa sûreté. Toutefois, un avis communiqué avant la survenue d'un cas de défaillance autorise les débiteurs à effectuer leurs paiements au constituant tant que le créancier n'a pas donné d'instructions contraires à la suite de la survenue d'un cas de défaillance[29].

5. Conventions relatives aux biens grevés

5.1 Biens meubles

Le constituant s'engage à ce que les biens grevés restent des biens meubles en toute circonstance et ne soient pas rattachés à des biens immeubles.

5.2 Opposabilité de la sûreté réelle mobilière

Le constituant prend toutes les mesures et signe tous les documents raisonnablement requis par le créancier pour que la sûreté de celui-ci soit toujours réalisable et opposable et jouisse de la priorité à l'égard des tiers dans tous les États où les biens grevés peuvent être situés ou encore où la sûreté peut être réalisée.

5.3 Comptes bancaires

Le constituant prend toutes les mesures requises pour que la sûreté du créancier soit rendue opposable au moyen d'un accord de contrôle portant sur tous les fonds crédités sur un compte bancaire ouvert auprès d'une banque autre que le créancier[30].

5.4 Remboursement des dépenses

Le constituant rembourse au créancier, sur demande, tous les frais, honoraires et autres dépenses encourus par celui-ci dans l'exercice de ses droits en vertu de la présente convention (y compris, sans s'y limiter, en ce qui concerne la réalisation de sa sûreté), moyennant un intérêt au taux annuel de ** %.

---

[27] Cette autorisation est requise en vertu de l'article 2 des Dispositions types sur le registre.

[28] Cette interdiction constitue une obligation contractuelle et n'est pas contraignante pour les tiers. Par exemple, un tiers qui achète un bien grevé peut l'acquérir libre de la sûreté dans certaines circonstances (voir art. 34).

[29] Voir art. 63 2).

[30] Cette méthode est prévue à l'article 25 b) de la Loi type. Si les comptes bancaires sont ouverts auprès du créancier, celui-ci bénéficiera alors de l'opposabilité automatique (voir art. 25 a)).

6. Réalisation[31]

6.1 Droits après défaillance[32]

Après la survenue d'un cas de défaillance et dans la mesure où celle-ci perdure :

a) le créancier peut réaliser sa sûreté et exercer tous les droits d'un créancier garanti en vertu de la Loi type et de toute autre loi applicable ;

b) le créancier peut également, sous réserve de toute disposition impérative de la loi applicable :

i) prendre possession de l'un quelconque des biens grevés, l'utiliser, l'exploiter, l'administrer et le vendre ou le louer ou en disposer d'une autre manière, dans chaque cas, dans les conditions qu'il juge appropriées ;

ii) recouvrer les créances et les instruments négociables du constituant, composer ou négocier avec les débiteurs de ces créances et instruments, et leur accorder la décharge ; et

iii) prendre toutes les autres mesures nécessaires ou utiles à la réalisation des biens grevés, y compris, sans s'y limiter, l'achèvement de la fabrication des stocks et l'achat de matières premières.

6.2 Accès aux locaux du constituant

Le constituant accorde au créancier le droit de pénétrer dans les locaux où se trouvent les biens grevés et de les utiliser afin qu'il puisse exercer ses droits de réalisation[33].

6.3 Modalités de réalisation

Les droits de réalisation prévus dans la présente section peuvent être exercés sur tous les biens grevés pris dans leur ensemble ou séparément pour une partie quelconque d'entre eux.

7. Dispositions générales

7.1 Sûreté supplémentaire et permanente

La sûreté réelle mobilière constituée par la présente convention s'ajoute (et ne se substitue pas) à une autre sûreté détenue par le créancier et représente une sûreté permanente qui subsistera nonobstant les paiements effectués de temps à autre, en tout ou en partie, au titre de l'une quelconque des obligations.

7.2 Recouvrement

Toute somme recouvrée par le créancier sur les biens grevés avant que toutes les obligations ne deviennent exigibles peut être détenue par le créancier en tant que bien grevé.

7.3 Autres voies de recours

L'exercice par le créancier de tout droit n'empêche pas celui-ci d'exercer tout autre droit prévu dans la présente convention ou par la loi ; tous les droits du créancier sont cumulatifs et non exclusifs. Le créancier peut réaliser sa sûreté sans être tenu d'exercer un recours contre toute personne débitrice du paiement des obligations, ou de réaliser une autre sûreté.

7.4 Incompatibilités avec l'accord de crédit

En cas de conflit ou d'incompatibilité entre les dispositions de la présente convention et les dispositions de l'accord de crédit, les dispositions de l'accord de crédit l'emportent.

---

[31] La réalisation est traitée au chapitre VII de la Loi type. La section 6 emploie le mot « droits » au lieu de réparation, car ce dernier terme n'apparaît pas dans la Loi type.

[32] En vertu de cette section, le créancier garanti peut prendre possession des biens grevés et les vendre sans l'intervention d'un tribunal (art. 77 et 78).

[33] C'est là une obligation personnelle du constituant et elle n'est pas nécessairement exécutoire à l'égard du propriétaire des locaux loués au constituant sans le consentement du propriétaire.

8. Droit applicable

La présente convention est régie et interprétée conformément aux lois de l'État X. Ses dispositions doivent également être interprétées de manière à donner effet à l'intention des parties, à savoir que la sûreté du créancier doit être valide et opposable dans tous les pays où les biens grevés peuvent être situés et où les droits du créancier peuvent devoir être réalisés.

9. Notifications

Toute notification donnée par une partie à l'autre partie doit l'être par écrit et conformément aux dispositions de l'accord de crédit relatives aux notifications.

Copies et signatures

La présente convention peut être signée en un nombre quelconque d'exemplaires et par chaque partie en tant qu'exemplaires distincts, et tout ensemble complet de ces exemplaires distincts constitue une copie originale de la présente convention. La fourniture, par courrier électronique, d'un exemplaire signé d'une page de signature de la présente convention produira les mêmes effets que la fourniture d'un exemplaire de la présente convention signé manuellement.

SIGNÉ par les parties le JJ/MM/AAAA.

MODERN TECHNOLOGIES FZC	BANK OF THE WEALTH

Annexe II

Modèle de certificat de vérification préalable[34]

À : ABC Bank

Le soussigné, le [_____] de _____ (la « société ») déclare et garantit ce qui suit :

1. INFORMATIONS GÉNÉRALES CONCERNANT LA SOCIÉTÉ

a) Nom de la société tel qu'il apparaît dans ses documents administratifs les plus récents : [_____] ;
b) Numéro d'identification fiscale de la société : [_____] ;
c) État dans lequel la société a été constituée : [_____] ;
d) Numéro d'identification administratif de la société : [_____] ;
e) La société exerce ses activités dans les pays suivants (énumérer les pays autres que celui où la société a été constituée) : [_____] ;
f) La société est dûment qualifiée pour exercer ses activités en tant qu'entité étrangère dans les pays suivants (énumérer les pays autres que celui où la société a été constituée) : [_____] ;
g) On trouvera ci-après une liste de tous les autres noms (y compris les noms fictifs, noms commerciaux ou noms similaires) actuellement utilisés par la société ou utilisés au cours des cinq dernières années : [_____] ;
h) Est indiqué ci-après le nom de toutes les entités qui ont été fusionnées avec la société au cours des cinq dernières années : [_____] ;
i) Sont indiqués ci-après le nom et l'adresse de toutes les entités auprès desquelles la société a acquis des biens meubles dans le cadre d'une opération qui n'a pas eu lieu dans le cours normal de ses affaires au cours des cinq dernières années, ainsi que la date de cette acquisition et le type de bien meuble acquis :

Nom	Adresse	Date d'acquisition	Type de bien

j) On trouvera ci-joint des copies de tous les documents administratifs de la société, ainsi que des copies de tous les accords, certificats ou autres instruments attestant de titres de participation (autres que des actions ordinaires), y compris les bons de souscription, les accords d'option, les contrats de société, les accords de société à responsabilité limitée et les instruments et accords similaires.

2. LIEUX D'IMPLANTATION DE LA SOCIÉTÉ

a) Le siège de l'administration centrale de la société est actuellement situé à l'adresse suivante : [*nom complet de la rue et adresse postale complète*] ;
b) Sont indiqués ci-après tous les lieux (y compris ceux où se trouvent des fabricants ou entrepôts tiers) où la société détient ou conserve des stocks, du matériel ou d'autres biens : [*nom complet de la rue et adresse postale complète*].

3. TYPES PARTICULIERS DE GARANTIES

a) Si la société possède un ou plusieurs des biens suivants, veuillez joindre une description de chacun de ces biens :

Droits d'auteur enregistrés ou demandes de droits d'auteur	Oui ☐	Non ☐
Droits d'auteur non enregistrés	Oui ☐	Non ☐
Brevets déposés et demandes de brevets	Oui ☐	Non ☐
Marques déposées ou demandes d'enregistrement de marques (y compris les marques de service, marques collectives et marques de certification)	Oui ☐	Non ☐
Licences d'utilisation de marques de commerce, de brevets et de droits d'auteur de tiers	Oui ☐	Non ☐
Actions, obligations ou autres valeurs mobilières	Oui ☐	Non ☐
Billets à ordre ou autres instruments attestant d'une dette envers la société	Oui ☐	Non ☐
Contrats de location de matériel ou conventions constitutives de sûreté désignant la société comme créancier garanti	Oui ☐	Non ☐
Véhicules à moteur	Oui ☐	Non ☐

[34] Le présent formulaire devrait être dûment modifié pour qu'il soit possible de demander les mêmes informations pour chaque coemprunteur ou garant des prêts.

b) Sont indiqués ci-après les banques ou établissements d'épargne auprès desquels la société détient un compte de dépôt, un compte de titres ou un compte matière :

Nom de la Banque	Numéro de compte	Adresse de la succursale

c) La société reçoit-elle ou est-il prévu qu'elle reçoive régulièrement des lettres de crédit de clients ou d'autres tiers pour obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues ? On trouvera ci-après une liste de toutes les lettres de crédit désignant la société comme bénéficiaire :

Numéro de la lettre de crédit	Nom de l'émetteur de la lettre de crédit	Demandeur de la lettre de crédit

4. CONTRATS IMPORTANTS

a) On trouvera ci-joint des copies de tous les accords de prêt ou autres accords de financement, accords entre créanciers et contrats de garanties auxquels la société est partie, ainsi qu'un relevé de tous les engagements non réglés au titre de ces accords ou les concernant ;

b) On trouvera ci-joint des copies de toutes les hypothèques et de tous les actes de fiducie, nantissements et conventions constitutives de sûreté auxquels la société est partie ;

c) On trouvera ci-joint des copies de tous les baux de biens immobiliers auxquels la société est partie ;

d) On trouvera ci-joint tous les accords relatifs aux fusions et acquisitions conclus au cours des deux dernières années, réalisés ou non, auxquels la société est partie ;

e) On trouvera ci-joint tous les contrats importants non visés ci-dessus auxquels la société est partie ou dans lesquels elle a un intérêt ;

f) On trouvera ci-joint un formulaire de contrat avec le client.

5. CHARGE SUR DES BIENS

Les biens de chaque prêteur sont assujettis aux privilèges ou charges ci-après :

Nom du détenteur du privilège ou de la charge	Description des biens grevés

6. ACTIONS EN JUSTICE

a) On trouvera ci-joint une liste complète de litiges ou de créances en instance ou risquant de survenir, qui portent sur des sommes réclamées à la société d'un montant indéterminé ou supérieur à 50 000 dollars dans chaque cas, y compris toutes les enquêtes ou procédures administratives, gouvernementales ou réglementaires ;

b) On trouvera ci-joint une liste complète de toutes les créances que la société fait valoir ou a l'intention de faire valoir à l'encontre d'autres parties (autres que les créances visant des comptes débiteurs), et dont le recouvrement potentiel est supérieur à 50 000 dollars dans chaque cas.

7. OPÉRATIONS AVEC LES SUCCURSALES

On trouvera ci-joint des copies de tous les accords passés entre la société et ses succursales, y compris les ententes de partage fiscal, les accords de prêt et les notes pertinentes.

8. IMPÔTS & ENQUÊTES

a) Les cotisations fiscales suivantes sont actuellement en souffrance et restent à régler par la société :

Autorité chargée de l'évaluation	Montant et description

b) On trouvera ci-après une description de tous les audits ou litiges en cours ou risquant de survenir, qui visent la société et mettent en jeu une autorité fiscale : _____ ;

c) On trouvera ci-joint des copies de la première page des déclarations de revenus de la société pour les cinq (5) années précédentes.

9. RÉGIMES D'AVANTAGES SOCIAUX DU PERSONNEL

On trouvera ci-joint une liste indiquant chaque régime de retraite du personnel, régime d'intéressement ou de participation aux bénéfices, régime interentreprises ou autre régime de retraite ou d'avantages sociaux administrés par la société.

10. ASSURANCE

On trouvera ci-joint une liste de toutes les polices d'assurance souscrites par la société, indiquant le nom de l'assureur, le numéro de la police, le type de couverture et les limites de la couverture.

11. CADRES, DIRECTEURS ET ADMINISTRATEURS DES EMPRUNTEURS

Sont indiqués ci-après les noms et titres des cadres de la société :

Bureau/titre	Nom du cadre

12. DIVERS

a) Dette : on trouvera ci-joint une liste récapitulant toutes les dettes actuelles de la société qui doivent être remboursées à la clôture des prêts, y compris le nom de chaque créancier, celui de la personne à contacter, les numéros de téléphone et de télécopieur de cette dernière, et le montant approximatif des dettes en question. On trouvera également ci-joint des copies des documents relatifs à l'encours de la dette de la société correspondant à l'argent emprunté et aux lettres de crédit qui resteront en vigueur après la clôture des prêts ;

b) Consentements nécessaires : on trouvera ci-joint une liste de tous les consentements ou approbations qui seront exigés lors de la clôture des prêts ;

c) Questions relatives à la réglementation et à l'octroi de licences : veuillez donner des précisions sur toute obligation en matière de réglementation ou d'octroi de licences incombant à la société en raison de la nature particulière de ses activités ;

d) Non-conformité : veuillez fournir des copies de tous les notifications reçues par la société pour non-conformité aux lois ou règlements applicables, y compris les lois et règlements en matière d'environnement et de sécurité.

13. CONSEILLER JURIDIQUE

L'avocat ci-après représentera la société pour ce qui concerne les documents de prêt :

Avocat	Cabinet d'avocats	Téléphone	Adresse électronique

La société s'engage à vous aviser de tout changement ou modification qui pourrait être apporté à l'une quelconque des informations mentionnées ci-dessus ou à toute information supplémentaire présentée dans les documents ou les pièces ci-joints et, jusqu'à réception d'un tel avis, vous êtes en droit de vous fonder sur les informations figurant ci-joint et aux informations supplémentaires présentées dans lesdits documents et pièces jointes et de présumer que toutes ces informations sont véridiques, exactes et complètes.

Date : JJ/MM/AAAA
[Nom de la société]
Par :
Nom :
Titre :
Adresse électronique :
Téléphone :