



Assemblée générale

Distr. générale

20 juin 2017

Français

Original: anglais, espagnol et français

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**

Cinquantième session

Vienne, 3-21 juillet 2017

**Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés:
proposition de guide pratique relatif à la Loi type de la
CNUDCI sur les sûretés mobilières**

**Proposition des Gouvernements de l’Australie, du Canada, du Japon
et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord**

Note du Secrétariat

L’annexe à la présente note reproduit la proposition formulée par les Gouvernements de l’Australie, du Canada, du Japon et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord concernant l’élaboration, par la Commission, d’un guide pratique relatif à la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilière, telle qu’elle a été reçue en anglais, en espagnol et en français.



Annexe

1. Introduction

Au quatrième Colloque international de la CNUDCI sur les opérations garanties, ayant eu lieu du 15 au 17 mars 2017, trois groupes d'experts ont discuté de divers domaines où il serait possible d'offrir une meilleure orientation et de plus nombreux conseils à ceux qui appliquent réellement la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières dans un État, une fois qu'elle est adoptée. Parmi les catégories d'utilisateurs éventuels, on trouve les créanciers garantis et les constituants (notamment les microentreprises), leurs avocats et conseillers, les autres créanciers d'un constituant et le représentant de l'insolvabilité, les cessionnaires de biens grevés par le constituant, les organismes de réglementation, les juges, les arbitres et ceux qui participent à l'enseignement de la nouvelle réglementation.

La suggestion voulant que soit préparé un guide pratique dans lequel on intégrerait et dans lequel on affinerait les idées ayant été discutées dans ces trois groupes d'experts a obtenu l'appui d'une majorité des participants du colloque. On craignait que, en l'absence d'un tel guide, l'adoption de la Loi type par un État conformément aux recommandations ne suffise pas à en faire circuler les avantages économiques qu'elle a pour objectif d'apporter (améliorer l'accès au crédit à des coûts inférieurs en recourant aux biens meubles comme sûretés). Les participants ont néanmoins fait remarquer que le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières offre une aide essentielle aux législateurs qui adoptent la Loi type dans un État. Toutefois, les participants ont observé qu'il y manque de conseils concrets et pratiques pour ceux qui jouent un rôle dans l'octroi ou l'obtention de crédit en vertu de la Loi type, ou pour ceux étant touchés par cette loi. En outre, le Guide ne fournit aucun conseil concernant le contexte réglementaire ou opérationnel nécessaire à l'intégration de la nouvelle réglementation sur les opérations garanties aux objectifs globaux en matière de commerce et de politiques de l'État prescrivant la Loi type.

On propose donc que le Groupe de travail VI prépare un guide pratique qui tiendrait compte des idées suggérées par les participants lors du colloque. Le guide proposé engloberait ainsi la majorité, voire toutes les questions abordées par les trois premiers groupes d'experts du colloque et présentées comme étant trois axes de travail envisageables aux paragraphes 8 à 44 du document [A/CN.9/913](#). Comme on l'explique plus exhaustivement ci-dessous, le guide proposé contiendrait, notamment, des conseils sur l'établissement des contrats, des avis, des listes de contrôle, ainsi que d'autres documents requis pour conclure et effectuer des opérations garanties aux termes de la Loi type. On y expliquerait également le besoin qu'ont les utilisateurs de se munir des outils pratiques nécessaires à l'accomplissement des opérations, comme l'évaluation du risque, l'estimation de la valeur des biens grevés et la réalisation extrajudiciaire. On y aborderait, de plus, la façon d'intégrer avec succès un nouveau régime pour les opérations garanties au régime juridique et à la réglementation financière en vigueur dans l'État qui adopte la Loi type, de même qu'aux objectifs de celui-ci. Enfin, le guide proposé traiterait du financement des entreprises de toute taille, mais on y porterait une attention particulière aux problèmes avec lesquels doivent composer les microentreprises souhaitant obtenir du financement, tels que définis dans les paragraphes 31 à 44 du document [A/CN.9/913](#).

2. Utilité

Dans l'ensemble, les participants du colloque s'entendaient pour dire que des questions extérieures à la réforme et à la modernisation officielles des règles de droit d'un État sur les opérations garanties ont une grande influence lorsqu'il s'agit de déterminer si l'État en question a des marchés du crédit garantis dynamiques et efficaces qui contribuent à l'atteinte de l'objectif global d'augmenter l'accès au crédit à des coûts inférieurs. Parmi ces questions, on trouve le "renforcement des capacités",

en particulier chez les prêteurs et leurs conseillers, mais également chez les emprunteurs, les autres créanciers, les juges, les arbitres et les universitaires, de même que la mise au point de normes réglementaires connexes adéquates.

Par “renforcement des capacités”, on entend l’acquisition d’une capacité réelle à utiliser les outils fournis par la Loi type pour conclure, de manière efficace et fructueuse, des opérations de crédit pour lesquelles les risques de pertes attribuables à un défaut sont atténués. En général, on reconnaît que fournir à un État une loi moderne sur les opérations garanties, comme la Loi type, ne garantit pas que les emprunteurs se muniront d’outils pratiques leur permettant d’octroyer effectivement des crédits. Les créanciers ont plutôt tendance à ne pas accepter d’effectuer les opérations rendues possibles, sur le plan de la rentabilité, par une réforme législative concernant les opérations garanties aussi longtemps qu’ils n’ont pas acquis la capacité réelle d’appliquer efficacement les nouvelles règles juridiques. En outre, le nouveau système ne fonctionnera adéquatement que si les autres acteurs participant à sa mise en œuvre, comme les administrateurs, les avocats et les juges, sont à même de l’appliquer efficacement et à bon escient; en cas contraire, les créanciers hésiteront à s’y fier. Ainsi, aucune réforme législative ne permettra d’atteindre son objectif si elle n’est pas accompagnée d’un renforcement des capacités.

Par exemple, les données empiriques suggèrent que, même dans les États ayant adopté une loi moderne sur les opérations garanties, les prêteurs qui ne se sont pas familiarisés avec les pratiques de financement qui ciblent les biens meubles et qui sont dorénavant possibles en vertu de la nouvelle loi, comme le financement sur stocks et le financement de comptes clients, continuent d’exiger principalement des biens immeubles en tant que sûretés. Puisqu’en général, les biens immeubles appartiennent, en très grande partie, à une petite proportion de la population d’un État, cette réticence fait en sorte qu’en dépit de l’adoption d’une loi sur les opérations garanties moderne, le financement est susceptible de demeurer inaccessible au secteur de l’économie qui en a pourtant le plus grand besoin, c’est-à-dire les micro, les petites et les moyennes entreprises (“MPME”).

Le financement des microentreprises est tout particulièrement une source de préoccupations. De fait, elles composent une partie essentielle de l’économie mondiale (c’est-à-dire qu’elles représentent plus de 90 % des entreprises), sans compter qu’elles jouent un rôle crucial dans les économies en développement. La quantité de biens grevés accessibles est normalement très basse et ils sont de nature différente de ceux dont disposent souvent les entreprises de taille supérieure, de sorte que presque tout repose sur les garanties personnelles. L’entreprise et ses garants sont sans doute des particuliers. Les montants prêtés étant souvent très faibles, cela pourrait influencer sur les coûts de l’opération, de même que sur le comportement des prêteurs, tant au moment de l’octroi du prêt que tout au long de sa durée. Il est donc nécessaire de tenir compte de la façon dont fonctionnent en général les opérations garanties (en vertu de la Loi type) dans le cas des microentreprises, et, dans l’ensemble, la manière dont ces opérations et les garanties personnelles agissent les unes sur les autres. La microentreprise étant de taille inférieure, le négociant est en position de faiblesse face aux financiers, ce qui entraîne souvent la constitution d’une garantie exagérée. La situation peut causer l’établissement de taux d’intérêt excessifs, surtout les taux d’intérêt en cas de défaut.

Il est également nécessaire d’assurer la coordination entre les prêts sur biens meubles et les cadres réglementaires nationaux dans les États adoptant la Loi type, notamment en ce qui concerne les règles de capitalisation de ces derniers. L’absence d’une telle coordination incite les institutions financières réglementées à appliquer la même pondération des risques aux opérations garanties par les biens meubles et par les créances qu’à celle étant appliquée au crédit non garanti, ce qui entrave l’atteinte de l’objectif de la Loi type, c’est-à-dire l’amélioration de l’accès au crédit.

L’élaboration d’un guide pratique sur la Loi type constituerait une étape importante vers l’élimination de toutes les préoccupations susmentionnées. On pourrait y expliquer les types d’opérations et de pratiques financières pouvant être conclus en

appliquant la Loi type. On pourrait en outre donner aux utilisateurs des conseils au sujet des formes et des structures des contrats et de tout autre document nécessaires pour qu'on tire les avantages économiques que comportent ces opérations. Ce guide pourrait orienter les utilisateurs quant à l'infrastructure juridique et pratique du milieu, de manière à ce que de tels financements fonctionnent. On aborderait, par exemple, l'évaluation des risques, y compris l'estimation de la valeur des biens grevés et la réalisation extrajudiciaire. Cette mesure rendrait les utilisateurs aptes à acquérir les compétences et les outils pratiques susmentionnés. Un tel ouvrage aiderait aussi ceux prenant part au renforcement des capacités (qu'il s'agisse d'organismes ou de conseillers de l'extérieur de l'État, ou encore de formateurs ou d'animateurs de celui-ci) dans les États où la Loi type est adoptée. Enfin, ce guide permettrait d'orienter les juges et les organismes de réglementation en ce qui concerne le cadre juridique et réglementaire nécessaire à l'essor d'une réglementation sur les opérations garanties moderne et, en particulier, à la résolution de problèmes précis qui surviennent dans les aspects essentiels du financement des microentreprises, de même que dans des situations où l'on doit coordonner ce type de financement et les règles de capitalisation applicables aux prêteurs réglementés.

3. Faisabilité

Afin de démontrer la faisabilité du guide des pratiques proposé, cette section expose le contenu suggéré. Contrairement au Guide pour l'incorporation de la Loi type, qui est structuré en tant que commentaire article par article de la Loi type, le guide proposé adopte une approche plus thématique pour mieux répondre aux besoins des utilisateurs qui n'ont pas ou peu d'expérience préalable d'une approche moderne du droit des opérations garanties. Le contenu suggéré repose largement sur les résumés des trois tables rondes du colloque dans [A/CN.9/913](#), où l'on trouvera une discussion plus détaillée.

a) Meilleures pratiques contractuelles et documentaires

i) *Types de financement garanti permis par la Loi type*

Le guide pourrait expliquer les caractéristiques et les avantages des différents types de financement garanti rendus possibles par la Loi type avec des renvois aux dispositions pertinentes de la Loi type (par exemple, financement d'inventaire et d'acquisition de matériel, financement de prêt renouvelable, affacturage et forfaitage, titrisation, financement à terme). Il pourrait également expliquer comment la Loi type traite du crédit non seulement par les prêteurs, mais aussi les vendeurs et les bailleurs de fonds, encore une fois avec renvoi aux dispositions de la Loi type qui traitent de ces types de financement.

ii) *Questions fondamentales qui doivent être traitées par les parties tout au long du cycle de vie d'une opération garantie*

Le guide pourrait discuter des problèmes découlant de chaque point du cycle de vie d'une opération garantie (par exemple, les objectifs initiaux du créancier garanti et du constituant, les documents précontractuels nécessaires, les questions relatives à la clôture de l'opération et le suivi après clôture du constituant et de la garantie).

iii) *Diligence raisonnable*

Le guide pourrait discuter des problèmes de diligence raisonnable qui doivent être abordés par les créanciers garantis potentiels (par exemple, la nécessité d'obtenir des informations essentielles sur le constituant et les garanties proposées avec des exemples de listes de contrôle, la nécessité de mener des recherches dans des opérations garanties et d'autres registres spécialisés, comme les registres de propriété intellectuelle, et la nécessité d'obtenir des informations sur les jugements et les privilèges fiscaux ou privilèges semblables accordés par la loi).

iv) *Rédaction en langage simple et clair*

Le guide pourrait expliquer les avantages d'une rédaction claire et simple des contrats de sûreté, d'avis et d'autres documents relatifs à une opération garantie (par exemple, pour éviter les différends, veiller à ce que le contenu soit compris par les parties ou les destinataires et prenne en compte leur expérience et leur niveau de connaissance). Il pourrait mettre l'accent sur l'importance d'utiliser des techniques de rédaction en langage clair et de fournir des exemples concrets de rédaction inefficace (par exemple, éviter un jargon juridique tout en veillant à ce que les termes utilisés soient compatibles avec la Loi type, en évitant les longues phrases et les longs paragraphes, ainsi que les polices difficiles à lire).

v) *Autonomie des parties et dispositions obligatoires*

Le guide pourrait démontrer comment le principe de l'autonomie des parties énoncé à l'article 3(1) de la Loi type permet aux parties contractantes d'adapter leurs accords à leurs besoins en fournissant des exemples de dispositions particulières dont les parties peuvent déroger ou s'éloigner d'un commun accord, et expliquer comment et pourquoi elles pourraient souhaiter profiter de cette flexibilité.

vi) *Exemple de documentation*

Le guide pourrait inclure des formes types de contrats de sûreté pour différents types d'opérations de financement garanties fondées sur des pratiques exemplaires internationales largement acceptables. Il pourrait expliquer les principales dispositions des modèles et la manière dont ils se rapportent aux dispositions de la Loi type. Il pourrait fournir des formulaires types pour rendre un droit de sûreté exécutoire contre des tiers par des méthodes autres que l'enregistrement (par exemple, "accords de contrôle"). Il pourrait fournir des conseils sur la préparation et la soumission de formulaires d'avis appropriés à un registre (par exemple, des exemples de description des garanties) et des avis à accorder au constituant et aux tiers dans le cadre de l'exécution extrajudiciaire d'un droit de sûreté. Les difficultés des avis signifiés aux particuliers sont un problème potentiel particulier qui se pose dans le cadre du financement des microentreprises et le guide pourrait traiter de solutions possibles à ce problème.

b) Évaluation des risques, évaluation des garanties et capacité d'exécution effective

i) *Évaluation de la garantie*

La valeur de la protection contre les pertes qu'une opération garantie fournit en définitive dépend de la valeur de l'actif grevé lorsqu'il est susceptible d'être éliminé. Le guide pourrait donc expliquer qu'il est essentiel pour les utilisateurs d'acquérir ou d'obtenir (par exemple, en recourant à des experts professionnels) une expertise pour estimer le montant susceptible d'être reçu à sa disposition.

ii) *Administration de prêts garantis*

Les créanciers garantis doivent établir une relation de confiance avec leurs débiteurs, mais la diligence requise exige qu'ils vérifient également les faits qui sous-tendent la décision d'accorder le crédit de façon continue. Ils doivent donc acquérir une expertise en matière de comptabilité et de suivi du profil de risque du débiteur et de l'existence et de la valeur de la garantie. Le guide pourrait expliquer ces questions et fournir de l'aide pour renforcer cette capacité.

iii) *Saisie extrajudiciaire, disposition et répartition du produit de la garantie*

La saisie extrajudiciaire et la disposition des biens grevés en cas de défaut peuvent être inconnues dans un État qui adopte la Loi type. Ainsi, le guide pourrait expliquer l'exercice extrajudiciaire des droits d'exécution postdéfaut et, en particulier, la protection du constituant et les droits et circonstances des tiers dans lesquels des méthodes alternatives de règlement des différends pourraient être disponibles. Encore

une fois, les préoccupations particulières concernant les microentreprises pourraient être abordées ici. Le guide pourrait également discuter des marchés secondaires pour la vente de garanties, y compris les plates-formes électroniques et leurs avantages et inconvénients.

iv) *Recouvrement des comptes débiteurs*

Le financement sur garantie sous forme de créances ou d'autres droits au paiement de l'argent (par exemple, des titres de créance) n'a peut-être pas été commun ou, en fait, possible, en vertu de la loi d'un État avant la promulgation de la Loi type. La collecte auprès du débiteur ou d'un autre obligé d'une demande monétaire nécessite des compétences différentes et est soumise à des règles juridiques différentes de la reprise de possession et de l'élimination des biens matériels. Le guide pourrait fournir des conseils pour l'établissement de cette capacité.

v) *Investissement dans la capacité juridique*

Le droit des opérations garanties modernes est complexe et l'exercice des droits est régi par des règles complexes. La Loi type, lorsqu'elle est promulguée par un État, ne fonctionnera pas isolément des autres lois de l'État qui l'adopte. En conséquence, les utilisateurs auront besoin d'une expertise dans des domaines connexes du droit, tels que le droit de l'insolvabilité et la loi relative aux garanties personnelles et à son interaction avec la Loi type, car une garantie est souvent fournie à l'appui d'un prêt en plus de la sûreté (cette situation est particulièrement répandue dans le cadre du financement des microentreprises).

c) Capacité de réglementation

i) *Opérations garanties et exigences de fonds propres*

Le guide pourrait indiquer comment assurer la coordination entre les environnements réglementaires nationaux et la Loi type. En termes généraux, les Accords de Bâle – promulgués par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire – sont favorables au crédit garanti et à la sûreté et peuvent réduire les exigences en matière de fonds propres (pondérées en fonction du risque). Néanmoins, il est généralement reconnu que les exigences réglementaires sont trop prudentes, sinon sceptiques, vis-à-vis des biens meubles et créances pris en garantie. En fait, on suppose que les actifs mobiliers ne peuvent pas être liquidés rapidement – en raison de l'idée que les marchés secondaires sont limités – et que les créances sont sujettes à des dépréciations. Les exigences en matière de fonds propres permettent de considérer les biens meubles et les créances comme des protections de crédit efficaces uniquement si certaines conditions sont remplies (par exemple, la valeur de la garantie peut être déterminée par des données fiables, la force exécutoire de la sûreté est certaine et rapide, et il existe un marché secondaire suffisamment liquide). Sans comprendre et aborder au niveau national ces questions pertinentes, les prêteurs peuvent ne pas être prêts à prêter ou ne pouvoir prêter qu'à un coût plus élevé pour les emprunteurs.

Le guide pourrait indiquer aux organismes de réglementation nationaux la façon de respecter ces conditions. Une attention particulière serait accordée aux critères des garanties admissibles et des prêts en souffrance. En conséquence, de bonnes pratiques de gestion des risques sont mises de l'avant tout en facilitant l'accès au crédit garanti à moindre coût.

ii) *Financement des microentreprises*

Certaines caractéristiques particulières au financement des microentreprises dans le cadre d'un régime d'opérations garanties modernes peuvent exiger une réponse réglementaire particulière. L'inégalité de pouvoir de négociation conduit souvent à des clauses abusives dans les contrats de prêt et de sûreté (tels que les taux élevés d'intérêt par défaut, les clauses de résiliation abusives et les définitions des événements de défaut). Le guide pourrait discuter des façons dont ces sources potentielles d'injustice pourraient être abordées.

La réglementation du comportement des créanciers garantis par rapport aux prêts aux microentreprises devrait également être discutée. Les problèmes ici incluent le fait que la très petite taille des prêts réduit les incitations pour les prêteurs à faire une évaluation des risques appropriée et à s'engager dans un suivi, ouvrant la voie à la surcapacité des prêts facilitée par la grande inégalité du pouvoir de négociation. Une surveillance insuffisante et des réactions inefficaces aux difficultés financières entraînent des problèmes pour les emprunteurs et les prêteurs. Le guide pourrait discuter des solutions possibles à ces problèmes, notamment l'accès à des informations de notation de crédit plus fiables (grâce à des systèmes de cote de crédit efficaces), des pratiques de suivi plus efficaces, une répartition plus efficace des tâches au sein des institutions financières, une mise en œuvre adéquate du cadre réglementaire concernant les prêts non productifs, et peut-être même redéfinir les mécanismes d'exécution pour les rendre moins coûteux, plus rapides et plus faciles.

4. Conclusion

Ce qui précède a montré qu'un guide des pratiques de la Loi type est essentiel pour que son adoption augmente sensiblement la disponibilité du crédit ou en réduise le coût pour les entreprises de l'État qui l'adopte. Le Groupe de travail VI a l'expertise nécessaire pour préparer un tel guide en fonction de son expérience dans la préparation de la Convention sur la cession, du Guide législatif sur les opérations garanties, du Guide sur le registre et de la Loi type. Il serait regrettable qu'un État réforme son droit interne conformément à la Loi type et constate que ses prêteurs, les entreprises et les tribunaux n'étaient pas en mesure de fonctionner efficacement en raison d'un manque de compréhension pratique de la façon dont la loi doit fonctionner sur le terrain. Les initiatives d'assistance technique de la CNUDCI et d'autres organismes internationaux ont des limites intrinsèques. Un guide des pratiques permettrait à ces organismes d'accomplir leur travail de manière beaucoup plus efficace et à moindre coût.

Comme ce qui précède l'a également démontré, le travail qui a déjà été fait en vue du Colloque et les résumés qui en résultent aux paragraphes 8 à 44 de [A/CN.9/913](#) peuvent être adaptés pour servir de base à un aperçu du contenu du guide des pratiques proposé. À sa première séance, le Groupe de travail VI pourrait préciser les thèmes et en discuter et les structurer de manière à permettre l'amorce d'une rédaction détaillée. Avec l'engagement des délégués et la participation active entre les sessions, on estime qu'un projet de guide des pratiques pourrait être produit en trois sessions.