



Assemblée générale

Distr.: Limitée
22 novembre 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Douzième session
New York, 12-16 février 2007

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Projet de guide législatif sur les opérations garanties		
Introduction	1-19	3
A. Objet du Guide	1-12	3
B. Terminologie et règles d'interprétation	13-19	6
I. Principaux objectifs d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties	20-31	14
A. Promouvoir le crédit garanti	21	15
B. Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale de différents types de biens à titre de garantie dans des opérations de crédit aussi diverses que possible	22	15
C. Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace	23	15
D. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit	24	15
E. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession	25	15
F. Encourager un comportement responsable de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence	26	16
G. Établir des règles de priorité claires et prévisibles	27	16



H.	Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace . .	28	16
I.	Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées	29	16
J.	Reconnaître l'autonomie des parties	30	17
K.	Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois	31	17
	<i>Recommandation 1</i>		17
II.	Portée du Guide législatif	32-71	17
A.	Biens visés	33-38	17
B.	Biens exclus	39-45	19
C.	Parties visées	46	20
D.	Obligations visées	47	20
E.	Droits visés	48-50	20
F.	Exemples de pratiques de financement visées par le Guide législatif	51-71	21
1.	Financement de l'acquisition de stocks et de matériel	52-57	21
2.	Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances	58-60	22
3.	Affacturage	61-63	23
4.	Titrisation	64-66	23
5.	Financement par des prêts à terme	67-69	24
6.	Transfert de la propriété à titre de garantie	70	25
7.	Opérations de cession-bail	71	25
	<i>Recommandations 2 à 7</i>		25

Introduction

A. Objet du Guide

1. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après “le Guide”) a pour objet d’aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties afin de promouvoir l’offre de crédit garanti bon marché. Il s’adresse aux États qui n’ont pas actuellement de lois efficaces et effectives dans ce domaine, aussi bien qu’à ceux qui en ont déjà, mais qui souhaitent les revoir ou les moderniser, ou encore les harmoniser ou les coordonner avec celles d’autres États.

2. Le Guide part du principe que des lois rationnelles sur les opérations garanties peuvent offrir des avantages économiques considérables aux États qui les adoptent, notamment inciter des prêteurs et d’autres fournisseurs de crédit nationaux et étrangers à octroyer des financements, favoriser le développement et la croissance des entreprises nationales (en particulier des petites et moyennes entreprises) et, d’une façon générale, accroître les échanges. De telles lois procurent également des avantages aux consommateurs en abaissant le coût des biens et des services et en facilitant l’accès au crédit à la consommation bon marché. Pour porter leurs fruits, elles doivent s’appuyer sur des systèmes judiciaires et d’autres mécanismes d’application efficaces et effectifs, mais également être étayées par des lois sur l’insolvabilité respectant les droits qu’elles confèrent (voir le *Guide législatif* de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité)¹.

3. Le Guide s’efforce de transcender les différences entre régimes juridiques pour proposer des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes. Il vise l’élaboration de lois procurant des avantages économiques concrets aux États qui les adoptent. Il est possible que les États aient à supporter des dépenses prévisibles, toutefois limitées, pour élaborer et appliquer de telles lois, mais la vaste expérience accumulée montre que ces dépenses devraient être largement compensées par les avantages à court et à long terme qui seront obtenus.

4. Toutes les entreprises – qu’il s’agisse de fabricants, de distributeurs, de prestataires de services ou de détaillants – ont besoin d’un fonds de roulement pour fonctionner, se développer et être compétitives. Des études réalisées par des organisations telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale), le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) ont démontré que l’octroi de crédits garantis est l’un des moyens les plus efficaces de doter les entreprises commerciales d’un fonds de roulement.

5. L’efficacité d’un crédit garanti réside dans la possibilité qu’il offre aux entreprises d’utiliser la valeur intrinsèque de leurs biens afin de réduire le risque des créanciers, ceux-ci pouvant en effet accéder aux actifs grevés pour se faire rembourser en cas de non-paiement de l’obligation garantie. Dès lors que le risque de non-paiement est réduit, l’offre de crédit augmente et le coût du crédit diminue.

¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

6. Un système juridique favorable au crédit garanti est essentiel si l'on veut atténuer le sentiment de risque que suscitent les opérations de crédit et promouvoir l'offre de crédit garanti. Il est plus facile pour les entreprises d'obtenir des crédits garantis dans les États qui ont des lois efficaces et effectives produisant des résultats cohérents et prévisibles pour les créanciers en cas de défaillance des débiteurs. D'un autre côté, dans les États qui n'ont pas de telles lois et où les créanciers ont l'impression que les risques juridiques liés aux opérations de crédit sont élevés, le coût du crédit augmente, car lesdits créanciers exigent une rémunération accrue pour évaluer et assumer ce surcroît de risque. Dans certains États, l'absence de régime efficace et effectif sur les opérations garanties ou de régime de l'insolvabilité, dans lequel les sûretés réelles mobilières soient reconnues, a abouti à la quasi-disparition du crédit aux petites et moyennes entreprises commerciales ainsi qu'aux consommateurs.

7. En aidant à la création et à la croissance d'entreprises individuelles, un régime juridique favorisant le crédit garanti peut avoir un effet positif sur la prospérité économique générale de l'État. Ainsi, les États qui n'ont pas de régime efficace et effectif sur les opérations garanties risquent de se priver d'un précieux avantage économique.

8. Afin de promouvoir au mieux l'offre de crédit garanti bon marché, le Guide propose que les lois sur les opérations garanties soient structurées de manière à permettre aux entreprises de tirer le plus grand parti possible de la valeur intrinsèque de leurs biens pour obtenir des crédits. À cet égard, il adopte deux des concepts fondamentaux sur lesquels reposent des lois efficaces en matière d'opérations garanties, à savoir la priorité et l'opposabilité. Le concept de priorité, qui permet la coexistence de sûretés réelles mobilières de rangs différents sur les mêmes biens, donne la possibilité à une entreprise de tirer le plus grand parti possible de la valeur de ses biens en grevant ceux-ci pour garantir des crédits obtenus auprès de plusieurs créanciers à la fois, des règles transparentes permettant à chaque créancier de connaître le rang de sa sûreté. Le concept d'opposabilité, sous la forme d'un système permettant, entre autres, l'enregistrement d'un avis relatif aux sûretés, vise à favoriser la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination du rang de priorité de chaque créancier et, partant, à réduire les risques et les coûts associés aux opérations garanties.

9. Le régime juridique envisagé dans le Guide est purement interne. Les recommandations qui y sont formulées sont destinées aux législateurs nationaux qui envisagent de réformer la législation interne sur les opérations garanties. Cependant, du fait que, dans les opérations garanties, les parties et les biens concernés se trouvent souvent dans des États différents, le Guide traite également de la reconnaissance des sûretés réelles mobilières et des mécanismes de garantie reposant sur la propriété, comme la réserve de propriété et le crédit-bail, qui sont valablement créés dans d'autres États. Une telle reconnaissance constituerait une amélioration sensible pour les bénéficiaires de ces sûretés et mécanismes par rapport aux lois actuellement en vigueur dans de nombreux États, dans lesquelles ces bénéficiaires perdent souvent leurs droits lorsqu'un bien grevé sort du pays, et contribuerait largement à encourager les créanciers à accorder des crédits dans des opérations internationales.

10. Le Guide s'efforce dans son ensemble d'établir un équilibre entre les intérêts des débiteurs, des créanciers (qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires),

des tiers concernés, des acheteurs et autres bénéficiaires de transferts et de l'État. Ce faisant, il part de l'hypothèse, étayée par de nombreuses données factuelles, que tous les créanciers accepteront une telle approche équilibrée et seront donc encouragés à accorder des crédits, pour autant que les lois (ainsi que l'infrastructure juridique et administrative sur laquelle elles s'appuient) leur permettront effectivement d'évaluer leurs risques avec un degré élevé de prévisibilité et avec la certitude qu'en définitive ils réaliseront la valeur économique des biens grevés en cas de non-paiement du débiteur. Pour parvenir à cet équilibre, une étroite coordination entre le régime applicable aux opérations garanties et celui de l'insolvabilité, notamment des dispositions relatives au traitement des sûretés en cas de redressement ou de liquidation d'une entreprise, est indispensable. De plus, certains débiteurs, tels que les consommateurs, ont besoin de protections supplémentaires. De ce fait, bien que le régime envisagé par le Guide vise à s'appliquer à de nombreuses formes d'opérations de consommateurs, il n'est pas censé avoir préséance sur les lois ni examiner les politiques qui concernent leur protection, car cette question ne se prête pas à unification.

11. Dans le même esprit, le Guide répond également aux préoccupations qui ont été exprimées au sujet des crédits garantis. On a dit par exemple que le fait de donner à un créancier un droit prioritaire sur la totalité ou la quasi-totalité des biens d'une personne risquait de limiter la capacité de cette dernière à obtenir un financement auprès d'autres sources. On a dit aussi qu'un créancier garanti pouvait exercer une influence sur une entreprise, puisqu'il avait la faculté, en cas de défaillance, de saisir ou de menacer de saisir les biens grevés. On a dit encore que, dans certains cas, les créanciers garantis risquaient de prendre la plupart ou la totalité des biens d'une personne insolvable et de laisser peu de choses aux créanciers chirographaires, qui n'étaient pas en mesure de négocier une sûreté sur ces biens. Le Guide examine ces préoccupations et, lorsqu'elles semblent fondées, propose des solutions.

12. Le Guide s'inspire des travaux de la CNUDCI et d'autres organisations, en particulier des textes suivants: Loi modèle de la BERD sur les sûretés, finalisée en 1994; Principes généraux de la BERD d'un droit moderne des sûretés, élaborés en 1997; Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés, élaboré en 1997; étude sur la réforme des lois relatives aux opérations garanties en Asie², réalisée par la Banque asiatique de développement en 2000; Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (Convention des Nations Unies sur la cession)³, adoptée en 2001; Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adoptée en 2001, et les protocoles s'y rapportant; Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée en 2001; Loi type interaméricaine de l'OEA relative aux sûretés mobilières, élaborée en 2002; *Guide législatif* de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, finalisé en 2004; [Convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires; et [...]].

² *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol. II (Banque asiatique de développement, 2000).

³ Résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe.

B. Terminologie et règles d'interprétation

13. Le Guide adopte une certaine terminologie pour exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Cette terminologie n'est empruntée à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se trouve être identique à celui employé dans une loi nationale, le Guide n'entend pas adopter le sens qu'il revêt dans cette loi. Il fournit au contraire des définitions donnant un sens précis à chaque terme clef. De nombreuses définitions ont aussi pour effet de délimiter le champ des recommandations du Guide qui utilisent ces termes. Certaines recommandations précisent ces définitions et d'autres utilisent des termes qu'elles définissent. Ainsi, le champ et le contenu de chaque recommandation dépendent du sens du terme défini employé.

14. L'approche consistant à employer des termes définis a pour but de faciliter une communication précise, indépendante de tout système juridique national particulier, et de permettre aux lecteurs du Guide d'en comprendre les recommandations de manière uniforme, en leur fournissant un vocabulaire et un cadre conceptuel communs. Les définitions devront être lues attentivement et il conviendra de s'y rapporter toutes les fois que les termes définis seront rencontrés.

15. Bien que les termes ne soient pas eux-mêmes un élément impératif des recommandations du Guide, les lois fondées sur ce dernier comprendront généralement des définitions spécifiques des termes qu'elles utilisent. Même si ces termes diffèrent de ceux du Guide, on pourra utiliser les définitions données dans la section "Terminologie". On évitera ainsi de modifier involontairement le fond et on augmentera au maximum les chances que les termes employés soient, dès le début, compris de manière uniforme par les juges, les parties commerciales et leur conseil, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'État adoptant, et donc que le texte soit interprété de manière uniforme dès la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation, ce qui évitera des périodes de doute en attendant une interprétation judiciaire. L'emploi des termes et, ce qui est plus important, des définitions données dans le Guide encouragera aussi l'harmonisation de la loi régissant les sûretés.

16. La conjonction "ou" n'est pas exclusive; le singulier inclut le pluriel et vice-versa; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe "peut" exprime la permission et le verbe "devrait" une instruction; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents. Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l'État du for et les créanciers étrangers, sauf indication contraire.

17. Certains États pourront choisir d'appliquer les recommandations du Guide en adoptant une loi unique globale (méthode qui a de bonnes chances d'éviter les incohérences, les erreurs par omission ou les malentendus), tandis que d'autres voudront peut-être modifier leur législation en insérant en divers endroits des règles particulières. Le Guide désigne l'ensemble des règles recommandées, quelle que soit la méthode retenue pour leur application, par les termes "la loi" ou "la présente loi".

18. Le Guide emploie également les termes "loi" et "droit" dans différents contextes. Sauf indication expresse contraire, dans l'ensemble du Guide: a) les

termes “loi” ou “droit” désignent aussi bien le droit législatif que le droit non législatif; b) les termes “loi” ou “droit” désignent la loi interne ou le droit interne, sauf les règles de conflit de lois (afin d’éviter le renvoi); c) l’expression “loi autre que la loi sur les opérations garanties” désigne l’ensemble des lois d’un État (qu’il s’agisse du droit matériel ou du droit procédural) à l’exception de celle qui régit les opérations garanties sur des biens meubles (qu’elle préexiste au Guide ou ait été adoptée ou modifiée depuis peu conformément aux recommandations du Guide); d) l’expression “la loi régissant ... (par exemple, les instruments négociables)” désigne non seulement une loi ou un ensemble de lois particuliers que l’on appellerait “loi sur les instruments négociables”, mais inclut également le droit des contrats et tout autre droit général qui pourrait être applicable aux opérations ou situations où intervient un instrument négociable; et e) le terme “loi sur l’insolvabilité” a lui aussi une acception très large, mais fait référence uniquement au droit qui pourrait être applicable après l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité.

19. On trouvera ci-après la liste des principaux termes qui sont employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le Guide. Ce sens est précisé dans les chapitres suivants où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d’autres termes (comme c’est le cas notamment du chapitre sur l’insolvabilité). Les définitions doivent être lues conjointement avec les recommandations où figurent les termes:

a) Le terme “sûreté réelle mobilière” désigne un droit réel conventionnel sur un bien meuble ou un bien rattaché qui garantit le paiement ou une autre forme d’exécution d’une ou de plusieurs obligations, que les parties aient ou non appelé ce droit “sûreté réelle mobilière”. Il désigne également les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d’une acquisition et les sûretés réelles mobilières non liées au paiement d’une acquisition. En ce qui concerne les créances, ce terme désigne aussi le droit au transfert pur et simple d’une créance, ainsi qu’un transfert à titre de garantie. Pour que les recommandations générales s’appliquent aux sûretés sur des créances et aux transferts purs et simples de créances, ce terme désigne aussi, sauf indication contraire, le “droit d’un cessionnaire”;

b) Le terme “sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition” désigne [, dans le contexte d’une approche unitaire,] une sûreté réelle mobilière sur un bien qui garantit l’obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d’achat de ce bien ou une obligation contractée pour permettre au constituant d’acquérir ce bien. Il englobe non seulement les droits appelés sûretés réelles mobilières, mais aussi les droits conservés ou obtenus dans le cadre de ventes avec réserve de propriété, d’opérations de location-vente, de crédits-bails et d’opérations de prêt pour le financement du prix d’achat. Le terme “constituant” d’une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition désigne un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant dans une opération de prêt finançant le prix d’achat. Le terme “partie finançant l’acquisition” désigne le créancier garanti titulaire d’une sûreté réelle mobilière garantissant le paiement d’une acquisition et inclut un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un prêteur du financement du prix d’achat;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Voir la note qui fait suite à la définition b) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.29.]

c) Le terme “obligation garantie” désigne l’obligation garantie par une sûreté réelle mobilière;

d) Le terme “créancier garanti” désigne un créancier titulaire d’une sûreté réelle mobilière. Pour que les recommandations générales s’appliquent aux sûretés sur des créances et aux transferts purs et simples de créances, il désigne également dans le Guide, sauf indication contraire, le “cessionnaire”;

e) Le terme “débiteur” désigne une personne qui doit exécuter l’obligation garantie [et inclut les débiteurs subsidiaires, tels que les garants de l’obligation]. Le débiteur peut être ou non la personne qui consent la sûreté réelle mobilière à un créancier garanti (voir “constituant”);

f) Le terme “constituant” désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d’un créancier garanti pour garantir sa propre obligation ou celle d’une autre personne (voir “débiteur de la créance”). Pour faire que les recommandations générales s’appliquent aux sûretés sur des créances et aux transferts purs et simples de créances, il désigne également dans le Guide, sauf indication contraire, le “cédant”;

g) Le terme “convention constitutive de sûreté” désigne une convention entre un constituant et un créancier, quelle qu’en soit la forme ou l’appellation, qui crée une sûreté réelle mobilière;

h) Le terme “bien grevé” désigne un bien meuble corporel ou incorporel sur lequel porte une sûreté réelle mobilière;

i) Le terme “biens meubles corporels” désigne notamment les stocks, le matériel, les biens rattachés, les instruments négociables, les documents négociables et l’argent;

j) Le terme “stocks” désigne un ensemble de biens meubles corporels destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires du constituant, mais aussi les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication);

k) Le terme “matériel” désigne des biens meubles corporels utilisés par une personne dans l’exploitation de son entreprise;

l) Le terme “biens rattachés à des biens immeubles” désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à des biens immeubles au point que, même s’ils n’ont pas perdu leur identité distincte, ils sont traités comme des immeubles en vertu de la loi de l’État où se trouvent ces biens immeubles;

m) Le terme “biens rattachés à des biens meubles” désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à d’autres biens meubles corporels au point que, même s’ils n’ont pas perdu leur identité distincte, ils sont traités comme faisant partie de ces biens meubles en vertu d’une loi autre que la présente loi;

n) Les termes “masse ou produit fini” désignent des biens meubles corporels autres que de l’argent qui sont physiquement associés ou unis à d’autres biens meubles corporels au point qu’ils ont perdu leur identité distincte;

o) Le terme “biens meubles incorporels” désigne notamment les droits incorporels, les créances et les droits à l’exécution d’obligations autres que des créances;

p) Le terme “créance” désigne un droit au paiement d’une obligation monétaire et un droit contractuel à l’exécution d’une obligation non monétaire, à l’exclusion des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l’obligation de payer en vertu d’un engagement de garantie indépendant et de l’obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire;

[Note à l’intention du Groupe de travail: Voir la note qui fait suite à la définition p) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.29.]

q) Le terme “cession” désigne la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance et comprend le transfert pur et simple d’une créance. La constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance comprend le transfert pur et simple en garantie;

r) Le terme “cédant” désigne la personne qui cède une créance;

s) Le terme “cessionnaire” désigne la personne à laquelle une créance est cédée;

t) Le terme “cession subséquente” désigne une cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire. Dans une cession subséquente, la personne qui effectue la cession est le cédant et la personne à qui la cession est effectuée est le cessionnaire;

u) Le terme “débiteur de la créance” désigne une personne tenue de payer une créance. Il inclut un garant ou une autre personne responsables à titre subsidiaire du paiement de la créance;

Un garant n’est pas seulement débiteur de la créance, dont il a garanti le paiement, mais aussi débiteur de la créance qui est constituée par la garantie, étant donné qu’une garantie est elle-même une créance (autrement dit, il y a deux créances);

v) Les termes “notification” et “avis” désignent une communication par écrit, sauf indication contraire dans le Guide;

w) Le terme “notification de la cession” désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment la créance cédée et le cessionnaire. Une communication électronique satisfait à l’exigence d’un écrit si l’information qu’elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement (voir article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁴ et article 9-2 de la Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux⁵);

[Note à l’intention du Groupe de travail: Voir la note qui fait suite à la définition v) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.29.]

⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4

⁵ Résolution 60/21 de l’Assemblée générale, annexe.

x) Le terme “contrat initial” désigne, dans le contexte d’une cession, le contrat entre le cédant et le débiteur de la créance d’où naît la créance. Pour les créances non contractuelles, il désigne la source non contractuelle de la créance;

y) Le terme “instrument négociable” désigne un instrument représentatif d’un droit à paiement, tel qu’un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les instruments négociables;

z) Le terme “document négociable” désigne un document représentatif d’un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu’un récépissé d’entrepôt ou un connaissance, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les documents négociables;

aa) Le terme “engagement de garantie indépendant” désigne une lettre de crédit (commerciale ou stand-by), une confirmation de lettre de crédit, une garantie indépendante (garantie sur demande, à première demande, bancaire ou contre garantie bancaire) ou tout autre engagement de garantie considéré comme indépendant par la loi ou les règles de pratique, telles que la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (“la Convention sur les garanties et les stand-by”), les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande;

bb) Le terme “produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé souscrit ou un autre article de valeur, que doit dans chaque cas remettre le garant/émetteur honorant le tirage d’un engagement de garantie indépendant ou une personne désignée fournissant une prestation au titre de ce tirage. Il ne désigne pas:

i) Le droit de tirer un engagement de garantie indépendant (c’est-à-dire de demander paiement); ni

ii) Ce qui est reçu après que l’engagement de garantie indépendant a été honoré ou après disposition du produit d’un engagement de garantie indépendant (à savoir le produit découlant du recouvrement ou de la disposition du produit d’un engagement de garantie indépendant);

Cette définition fait référence au “produit d’un engagement de garantie indépendant”, suivant ainsi la terminologie généralement utilisée dans le droit et la pratique des engagements de garantie indépendants. Tel qu’employé dans le Guide, ce terme désigne le droit du constituant, en tant que bénéficiaire d’un engagement de garantie indépendant, de recevoir tout paiement effectué ou autre prestation donnée au titre de l’engagement à condition de se conformer aux conditions dudit engagement. Il ne désigne pas le produit lui-même, autrement dit ce qui est effectivement reçu après que le tirage a été honoré par le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée (la réception par le bénéficiaire d’une prestation d’une banque négociatrice ne devrait pas être assimilée à l’acte d’honorer ou de disposer) ou après disposition du droit au produit d’un engagement de garantie indépendant;

Le terme “produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne un droit de recevoir même si le mot “produit”, tel qu’employé dans le droit et la pratique des engagements indépendants, peut renvoyer soit au droit de recevoir soit à tout ce qui

est reçu au titre de l'engagement et même si le "produit" désigne, dans d'autres parties du Guide, tout ce qui est reçu. Une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) diffère d'une sûreté sur le "produit" (concept clef du Guide) de biens visés par le Guide;

cc) Le terme "garant/émetteur" désigne une banque ou une autre personne qui émet un engagement de garantie indépendant;

dd) Le terme "confirmateur" désigne une banque ou une autre personne qui ajoute son propre engagement de garantie indépendant à celui du garant/émetteur;

Comme à l'alinéa e) de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by, une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, conformément aux conditions de l'engagement confirmé;

ee) Le terme "personne désignée" désigne une banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple, "toute banque dans un pays X") comme étant la personne désignée pour fournir une prestation au titre de l'engagement et qui agit conformément à cette désignation;

ff) Un créancier garanti a le "contrôle" du produit d'un engagement de garantie indépendant:

i) Automatiquement, dès la constitution de la sûreté réelle mobilière, s'il est le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée; ou

ii) Si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée a émis une acceptation en sa faveur;

gg) Le terme "acceptation" en ce qui concerne le produit d'un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une autre prestation suite au tirage de l'engagement de garantie indépendant, unilatéralement ou conventionnellement:

i) A accepté la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur ce produit (que cette sûreté soit appelée "cession" ou autrement) en faveur du créancier garanti, ou y a consenti (quelle que soit la façon dont cette acceptation ou ce consentement sont constatés); ou

ii) S'est engagé à payer le créancier garanti ou à lui fournir une prestation suite au tirage de l'engagement;

hh) Le terme "compte bancaire" désigne un compte tenu par une banque sur lequel des fonds peuvent être déposés ou crédités. Il inclut les comptes chèques ou autres comptes courants, les comptes d'épargne ou les dépôts à terme. Il n'inclut pas une créance contre la banque constatée par un instrument négociable;

Le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comprend le droit au paiement de fonds transférés sur un compte interne de la banque qui ne sont pas affectés au règlement d'obligations dues à la banque. Les fonds transférés à la banque à titre de remboursement anticipé d'une obligation de paiement futur que la banque a acceptée dans le cours normal de ses activités sont également visés dans la mesure où la personne ayant donné des instructions à la banque a droit à ces fonds si la banque n'effectue pas ce paiement futur;

ii) Un créancier garanti a le “contrôle” d’un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire:

i) Automatiquement dès la constitution d’une sûreté réelle mobilière s’il est la banque dépositaire;

ii) Si la banque dépositaire a conclu avec le constituant et avec lui un accord de contrôle constaté par un enregistrement authentifié dans lequel elle est convenue de suivre les instructions du créancier concernant le paiement de fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement; ou

iii) S’il est titulaire du compte;

Une banque dépositaire n’est pas obligée de conclure un accord de contrôle. D’autre part, les droits d’un créancier garanti seront soumis aux droits et obligations que la loi et la pratique régissant les comptes bancaires confèrent à la banque dépositaire. En outre, un accord de contrôle ne peut être conclu sans le consentement du constituant (et de la banque dépositaire) et le constituant conserve le droit de disposer des fonds se trouvant sur le compte bancaire jusqu’à ce que le créancier garanti donne à la banque dépositaire d’autres instructions (bien que, dans certains accords de contrôle, les fonds soient bloqués dès la conclusion de l’accord). Ce point vise les situations où: a) un compte existant est transféré au créancier garanti; b) le créancier garanti convient avec le constituant que les fonds seront déposés sur un compte qui sera ouvert ultérieurement; et c) le créancier garanti est seul titulaire du compte (autrement dit, il n’est pas un simple cotitulaire);

jj) Le terme “droit de propriété intellectuelle” désigne les brevets, les marques de fabrique, de commerce ou de service, les secrets de fabrique, le droit d’auteur et les droits voisins ainsi que les dessins et modèles. Il désigne aussi les droits d’un titulaire de licence découlant de licences de droits de propriété intellectuelle;

kk) Le terme “produit” désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés, y compris ce qui est reçu d’une vente ou d’un autre acte de disposition ou d’administration, d’un recouvrement, d’une location ou d’une mise sous licence d’un bien grevé, le produit du produit, les fruits civils et naturels, les dividendes, les répartitions, les indemnités d’assurance et les créances nées de vices, d’un dommage ou d’une perte de biens grevés;

ll) Le terme “priorité” désigne le droit d’une personne d’obtenir l’avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent;

mm) Le terme “réclamant concurrent” désigne:

i) Un autre créancier garanti titulaire d’une sûreté réelle mobilière sur le même bien grevé (qu’il s’agisse d’un bien initialement grevé ou du produit);

ii) Dans le contexte d’un système fondé sur une approche non unitaire en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d’une acquisition, le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d’achat du même bien grevé qui en est resté propriétaire;

iii) Un autre créancier du constituant ayant un droit sur le même bien grevé (par exemple, de plein droit, par saisie conservatoire, saisie exécutoire ou par une procédure similaire);

iv) Le représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant⁶; ou

v) Tout acheteur ou autre bénéficiaire du transfert (y compris un preneur à bail ou un titulaire de licence) du bien grevé;

nn) Le terme "sûreté réelle mobilière avec dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui sont en possession du créancier garanti;

oo) Le terme "sûreté réelle mobilière sans dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui ne sont pas en possession du créancier garanti;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Voir la note qui fait suite à la définition nn) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.29.]

pp) Le terme "possession", sauf tel qu'il est employé dans les recommandations 27 et 48 à 50 en ce qui concerne l'émetteur d'un document négociable, désigne la possession effective de biens meubles corporels par une personne, ou un mandataire ou un employé de cette personne, ou une personne indépendante qui accepte de les détenir pour cette personne. Ce terme n'inclut pas la possession virtuelle, fictive, supposée ou symbolique;

qq) Le terme "émetteur" d'un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément à la loi régissant les documents négociables;

Dans le cas d'un connaissance "multimodal" (s'il est considéré comme un document négociable par la loi applicable), l'"émetteur" peut être une personne qui sous-traite plusieurs parties du transport à d'autres personnes mais qui assume la responsabilité du transport et de tout dommage qui pourrait survenir pendant celui-ci;

rr) Le terme "tribunal de l'insolvabilité" désigne une autorité judiciaire ou autre compétente pour contrôler ou superviser une procédure d'insolvabilité;

ss) Le terme "masse de l'insolvabilité" désigne les biens et les droits du débiteur qui sont soumis au contrôle ou à la surveillance du représentant de l'insolvabilité et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité;

tt) Le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, menée conformément à la loi sur l'insolvabilité en vue du redressement ou de la liquidation de l'entreprise du débiteur;

uu) Le terme "représentant de l'insolvabilité" désigne une personne ou un organe chargé d'administrer la masse de l'insolvabilité;

⁶ Dans le chapitre sur l'insolvabilité, il est fait référence à "l'insolvabilité du débiteur" afin de suivre la terminologie employée dans le *Guide de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (voir note 55 du document A/CN.9/WG.VI/WP.29, chapitre XI sur l'insolvabilité).

vv) Le terme “acheteur dans le cours normal des affaires” désigne une personne qui achète des stocks dans le cours normal des affaires d’un vendeur dont l’activité consiste à vendre des biens meubles corporels du même genre sans savoir que cette vente viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d’autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

ww) Le terme “preneur à bail dans le cours normal des affaires” désigne une personne qui prend à bail des stocks dans le cours normal des affaires d’un bailleur dont l’activité consiste à louer des biens meubles corporels du même genre sans savoir que cette location viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d’autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

xx) Le terme “titulaire de licence dans le cours normal des affaires” désigne une personne qui prend sous licence des biens meubles incorporels dans le cours normal des affaires d’un donneur de licence, dont l’activité consiste à mettre sous licence des biens du même genre sans savoir que cette licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d’autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

Les termes “acheteur dans le cours normal des affaires”, “preneur à bail dans le cours normal des affaires” et “titulaire de licence dans le cours normal des affaires” sont mentionnés dans la recommandation 83 traitant des droits des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, chap. VII). Il est possible pour un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de connaître l’existence d’une sûreté sans pour autant savoir que le transfert se fait en violation des clauses de la convention constitutive de sûreté. Dans les rares cas où l’acheteur des stocks a connaissance non seulement de la sûreté mais aussi du fait que la vente se fait en violation de la convention constitutive, il ne sera pas considéré comme acheteur dans le cours normal des affaires et par conséquent ne prendra pas les stocks libres de sûretés, comme le prévoit la recommandation 83 a). Le critère établi dans la recommandation 83 est le même que dans les recommandations 94 (Priorité d’une sûreté sur un droit au paiement des fonds crédités sur un compte bancaire) et 95 (Priorité d’une sûreté sur de l’argent);

yy) Le terme “biens de consommation” désigne des biens meubles corporels que le constituant utilise ou entend utiliser à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

I. Principaux objectifs d’un régime efficace et effectif en matière d’opérations garanties

20. Afin de fournir des solutions pratiques opérantes, le Guide présente et analyse les objectifs et thèmes principaux ci-après d’un régime efficace et effectif en matière d’opérations garanties. Il vise, ce faisant, à offrir un cadre général pour la mise en place et le développement d’un tel régime.

A. Promouvoir le crédit garanti

21. Le Guide a pour objectif premier de promouvoir l'offre de crédit garanti bon marché aux personnes se trouvant dans les États qui adoptent une législation fondée sur ses recommandations et de permettre ainsi à ces personnes et à l'économie tout entière de tirer parti des avantages économiques que procure l'accès à ce type de crédit (voir par. 2 ci-dessus).

B. Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale de différents types de biens à titre de garantie dans des opérations de crédit aussi diverses que possible

22. Pour porter ses fruits, un régime juridique en matière d'opérations garanties doit notamment permettre à un grand nombre d'entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque totale de leurs biens pour obtenir des financements dans toutes sortes d'opérations de crédit. À cette fin, il importe que ce régime ait une large portée: a) en permettant la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur différents types de biens (présents et futurs); b) en permettant que les obligations les plus diverses (futurs et conditionnelles, monétaires et non monétaires) soient garanties par des sûretés réelles mobilières constituées sur des biens; et c) en s'appliquant au plus grand nombre possible de débiteurs, de créanciers et d'opérations de crédit.

C. Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace

23. Le coût du crédit sera réduit si des sûretés réelles mobilières peuvent être obtenues efficacement. C'est pourquoi le Guide propose des méthodes pour simplifier les procédures d'obtention de ces sûretés et plus généralement pour réduire le coût des opérations: suppression des formalités inutiles; recours à une méthode unique pour constituer des sûretés, plutôt qu'à des mécanismes multiples pour différents types de biens grevés; et possibilité de constituer des sûretés sur des biens futurs et pour des crédits futurs, sans que les parties aient à établir d'autres documents ou à accomplir d'autres formalités.

D. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit

24. Une concurrence saine entre tous les créanciers potentiels étant un moyen efficace de réduire le coût du crédit, le Guide recommande que le régime sur les opérations garanties s'applique de la même manière aux différents créanciers, y compris les banques et d'autres organismes financiers, ainsi qu'aux créanciers nationaux ou étrangers.

E. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession

25. Pour éviter qu'il ne devienne difficile ou impossible au débiteur ou à un autre constituant de continuer à exploiter son entreprise en raison de la constitution d'une sûreté réelle mobilière, le Guide recommande que le régime juridique prévoie la

possibilité de créer des sûretés sans dépossession sur différents types de biens et d'en informer le public au moyen d'un système de registre.

F. Encourager un comportement responsable de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence

26. Pour être efficace, un régime sur les opérations garanties devrait également encourager toutes les parties à une opération de crédit à avoir un comportement responsable. C'est pourquoi le Guide cherche à promouvoir la prévisibilité et la transparence pour permettre à celles-ci d'évaluer toutes les questions juridiques pertinentes et à prévoir des conséquences appropriées en cas de non-observation des règles applicables, tout en respectant et en abordant les considérations de confidentialité.

G. Établir des règles de priorité claires et prévisibles

27. Une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut déterminer, au moment où l'opération a lieu, quel est son rang de priorité par rapport aux autres créanciers (y compris un représentant de l'insolvabilité). C'est pourquoi le Guide propose l'établissement d'un système d'enregistrement d'avis publics relatifs aux sûretés et, sur la base de ce système, des règles claires permettant aux créanciers de déterminer, dès le début de l'opération, le rang de priorité de leurs sûretés de manière fiable, rapide et économique.

H. Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace

28. De même, une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut la réaliser de manière prévisible et efficace. Le Guide propose donc des procédures permettant aux créanciers de réaliser ainsi leurs sûretés, sous réserve du contrôle, de la supervision ou de l'examen d'un tribunal ou d'une autre autorité, lorsqu'il y a lieu. Il recommande aussi que l'État coordonne étroitement ses lois sur les opérations garanties et ses lois sur l'insolvabilité afin que l'efficacité et la priorité antérieures à l'insolvabilité, de même que la valeur économique, d'une sûreté soient respectées sous réserve des règles appropriées de la loi sur l'insolvabilité.

I. Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées

29. Du fait que les opérations garanties touchent les intérêts de diverses personnes, à savoir le débiteur, d'autres constituants, les créanciers concurrents qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires, les acheteurs et les autres bénéficiaires de transferts et l'État, le Guide propose des règles qui tiennent compte de leurs intérêts légitimes et visent à permettre la réalisation, de manière équilibrée, de tous les objectifs mentionnés ci-dessus.

J. Reconnaître l'autonomie des parties

30. Pour être efficace, un régime sur les opérations garanties devrait avoir une souplesse et une durabilité maximales pour englober les formes existantes les plus diverses mais aussi les formes nouvelles d'opérations de crédit. C'est pourquoi le Guide insiste sur la nécessité de limiter au minimum les règles impératives pour que les parties puissent adapter leurs opérations de crédit à leurs besoins particuliers. Il tient aussi compte du fait que d'autres lois peuvent protéger les intérêts légitimes des consommateurs ou d'autres personnes et souligne qu'un régime sur les opérations garanties ne devrait pas avoir préséance sur de telles lois.

K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois

31. L'adoption d'une législation fondée sur les recommandations du Guide se traduira par une harmonisation des lois sur les opérations garanties (car des règles de droit matériel similaires seront adoptées, ce qui facilitera la reconnaissance internationale des sûretés réelles mobilières) et, ce faisant, favorisera le financement du commerce international et les échanges de biens et de services entre pays. Cependant, comme il ne sera probablement pas possible d'harmoniser complètement les lois nationales sur les opérations garanties, des règles de conflit seront particulièrement utiles pour faciliter les opérations internationales. En tout état de cause, de telles règles seraient utiles, par exemple pour aider les créanciers garantis à déterminer comment rendre leur sûreté opposable.

Recommandation 1 [Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les recommandations figureront immédiatement après le commentaire qui s'y rapporte. La recommandation 1 sera donc insérée ici dans la version finale du Guide.]

II. Portée du guide législatif

32. Le régime envisagé par le Guide est conçu pour être un régime unique global pour les opérations garanties, applicable au plus large éventail possible de biens, parties, obligations garanties, sûretés réelles mobilières et pratiques de financement.

A. Biens visés

33. Le Guide vise avant tout les éléments essentiels de l'actif commercial, tels que les meubles corporels à usage commercial (stocks et matériel) et les créances commerciales. Il propose cependant que tous les types de biens puissent être grevés, y compris tous les actifs présents et futurs d'une entreprise, et s'applique à tous les biens, à la fois corporels et incorporels, sauf exception expresse.

34. Le guide porte sur tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les obligations non monétaires contractuelles, les instruments négociables, les

documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle. En ce qui concerne les créances, les recommandations générales, complétées par les recommandations sur les créances, s'appliquent: a) aux créances contractuelles et non contractuelles, les recommandations 22 (Efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances) et 109 (Garanties dues par le cédant) ne s'appliquant toutefois pas aux créances non contractuelles); et b) aux obligations contractuelles non monétaires. Une loi autre que celle recommandée dans le Guide s'applique aux droits des débiteurs d'obligations contractuelles non monétaires.

35. Certains biens, tels que les aéronefs, le matériel roulant ferroviaire, les objets spatiaux, les navires et les droits de propriété intellectuelle, sont entièrement ou partiellement soumis à des lois spéciales. Les sûretés sur de tels biens sont visées par le Guide, mais en cas d'incompatibilité entre une loi spéciale et la loi sur les opérations garanties, la première (par exemple, le système d'inscription sur un registre spécialisé) prévaut là où il y a incompatibilité. En cas d'incompatibilité directe, la loi devrait confirmer expressément que ces lois spéciales et obligations internationales régissent les biens en question là où il y a incompatibilité. Les mots "aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires et droits de propriété intellectuelle" devraient être interprétés selon le sens qui leur est donné par la législation nationale ou les conventions internationales régissant ces biens.

36. Lors de l'élaboration de sa loi sur les opérations garanties, un État devrait tenir compte de l'importance croissante et de la valeur économique des biens de propriété intellectuelle pour les sociétés qui cherchent à obtenir des crédits garantis bon marché.

37. Un État qui adopte une législation sur les opérations garanties conformément au Guide devrait déterminer s'il conviendrait d'adapter certaines de ces recommandations quand elles s'appliquent aux droits de propriété intellectuelle. À cet égard, l'État devrait examiner ses lois existantes sur la propriété intellectuelle ainsi que ses obligations découlant de conventions internationales et, si les recommandations du Guide sont incompatibles avec l'une quelconque de ces lois ou conventions, la loi sur les opérations garanties de cet État devrait confirmer que lesdites lois et conventions existantes régissent la question là où il y a incompatibilité. Lorsqu'il détermine s'il convient d'adapter d'une quelconque manière les recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, l'État devrait analyser chaque situation sous tous les aspects et tenir dûment compte à la fois de la nécessité de mettre en place un régime efficace en matière d'opérations garanties et de celle d'assurer la protection et l'exercice des droits de propriété intellectuelle conformément aux conventions internationales et à la législation interne.

38. Le Guide insiste sur la nécessité de permettre à un constituant de constituer des sûretés non seulement sur ses biens existants, mais aussi sur ses biens futurs (à savoir les biens acquis ou créés après la conclusion de la convention constitutive de sûreté), sans que le créancier garanti ou lui-même aient à établir d'autres documents ni à accomplir d'autres formalités au moment de l'acquisition ou de la création desdits biens. Cette approche est conforme, par exemple, à la Convention des Nations Unies sur la cession, qui prévoit la constitution de sûretés sur des créances

de sommes d'argent futures sans exiger de démarches supplémentaires. Le Guide recommande en outre la reconnaissance d'une sûreté constituée sur tous les biens présents et futurs d'une entreprise au moyen d'une seule et unique convention constitutive comme le prévoient déjà certains systèmes juridiques sous la forme d'un "nantissement global d'entreprise" ("enterprise mortgage") ou d'une combinaison de charges fixes et de charges flottantes.

B. Biens exclus

39. Les biens immeubles, les valeurs mobilières et les paiements reçus dans le cadre du travail sont purement et simplement exclus du Guide.

40. Les biens immeubles (à l'exception des biens rattachés, qui entrent dans le champ d'application du Guide et qui peuvent être grevés de sûretés) sont exclus car ils soulèvent des questions différentes et sont soumis à un système d'inscription de la propriété sur des registres spécialisés indexés par bien et non par constituant.

41. Le Guide ne traite pas non plus des sûretés portant sur des valeurs mobilières, car la nature des valeurs mobilières et leur importance pour le fonctionnement des marchés financiers soulèvent de nombreuses questions qui méritent un traitement spécial dans la législation. Les questions de droit matériel relatives aux sûretés et aux autres droits sur des valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire sont abordées dans un projet de convention que prépare actuellement l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit).

42. Les questions de droit international privé sur le sujet ne sont pas traitées dans le Guide, car elles le sont dans la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (La Haye, décembre 2002).

43. Le Guide est structuré de manière que l'État adoptant une législation fondée sur le régime qui y est envisagé puisse, en même temps, appliquer les textes élaborés par Unidroit et la Conférence de La Haye, de même que les textes émanant de la CNUDCI, tels que la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, décembre 2001, dénommée ci-après "la Convention des Nations Unies sur la cession") et le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

44. Bien que les biens immeubles et les valeurs mobilières soient exclus du champ d'application du Guide en tant que biens initialement grevés, ils peuvent être affectés par les recommandations du Guide. Si une sûreté réelle mobilière portant sur une hypothèque ou des valeurs mobilières garantit une créance, un instrument négociable ou une autre obligation, et que la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation est cédée, la sûreté sur les valeurs mobilières ou l'hypothèque suit. Cette règle n'a aucune incidence sur les droits des tiers ou les prescriptions en matière de priorité et de réalisation prévus dans la loi sur les biens immeubles ou les valeurs mobilières. Par exemple, la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des valeurs mobilières intermédiaires est déterminée par la loi sur les valeurs mobilières (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, chap. IV, recommandation 24, et chap. V, recommandation 45).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la question de savoir si les valeurs mobilières détenues directement et les biens immeubles ou les valeurs mobilières en tant que produit doivent être visés reste posée (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, chap. II, note sur la recommandation 5).]

45. Les sûretés sur les paiements reçus dans le cadre du travail sont exclues en raison du principe de protection de la vie des particuliers et de leur famille. Toutes autres exclusions motivées par des incompatibilités d'objectifs devraient être limitées en nombre et en portée, être clairement mentionnées dans la loi et ne devraient être adoptées qu'une fois leurs avantages potentiels soigneusement pesés par rapport à l'objectif économique et social de la loi sur les opérations garanties envisagée dans le Guide, qui est de promouvoir l'offre de crédit bon marché.

C. Parties visées

46. Toute personne, physique ou morale, peut se trouver en position de débiteur, de constituant ou de créancier garanti aux termes du Guide. Celui-ci peut également s'appliquer aux consommateurs, qu'il n'y a pas de raison de priver des avantages du régime qui y est envisagé. Cependant, en cas de conflit entre une disposition dudit régime et la loi sur la protection des consommateurs, cette dernière prévaudrait. Les États n'ayant pas de législation sur la protection des consommateurs voudront peut-être se demander si l'adoption d'une loi reposant sur les recommandations du Guide modifierait les droits des consommateurs, et rendrait alors nécessaire l'adoption d'une telle législation.

D. Obligations visées

47. Le Guide recommande aussi qu'un large éventail d'obligations, monétaires ou non, puisse être garanti et que les personnes physiques comme les personnes morales, y compris les consommateurs, sous réserve des lois relatives à leur protection, puissent être parties à une opération garantie. Il est également destiné à s'appliquer à diverses opérations garanties, notamment celles reposant sur des sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession, ainsi qu'aux mécanismes qui n'entrent pas dans la dénomination d'opération garantie (réserve de propriété, transfert de propriété à titre de garantie, cession de créances à titre de garantie, crédit-bail, cession-bail et autres opérations similaires).

E. Droits visés

48. Le Guide traite des sûretés réelles mobilières conventionnelles. Il mentionne toutefois les sûretés non conventionnelles – par exemple légales ou judiciaires – lorsque le même bien est grevé à la fois de sûretés conventionnelles et non conventionnelles et que la loi doit prévoir le rang de priorité de chacune (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, chap. VII, recommandations 85 à 88).

49. Afin que tous les mécanismes ayant une fonction de garantie soient couverts, le Guide traite également des droits qui, s'ils ne sont pas appelés sûretés réelles

mobilières, remplissent néanmoins une fonction de garantie (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, chap. XII, recommandations 182 à 194).

50. Le Guide traite également des droits qui ne sont pas des sûretés réelles mobilières (c'est-à-dire les ventes pures et simples de créances) lorsqu'il faut éviter des problèmes de caractérisation et faire en sorte que le système de registre et les règles de priorité qu'il prévoit s'appliquent à ces droits.

F. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide législatif

51. On trouvera ci-après des exemples brefs de types d'opérations de crédit garanties que le Guide vise à encourager et auxquels il sera fait référence dans tout le texte pour illustrer des points particuliers. Ces exemples ne représentent que quelques-unes des nombreuses formes d'opérations garanties actuellement pratiquées, et un régime efficace dans ce domaine doit être suffisamment souple pour prendre en compte non seulement les nombreuses méthodes de financement existantes, mais aussi celles qui pourront apparaître dans l'avenir.

1. Financement de l'acquisition de stocks et de matériel

52. Les entreprises obtiennent souvent un financement pour certains achats de stocks ou de matériel. Le financement nécessaire est fourni dans de nombreux cas par le vendeur des biens meubles corporels (stocks et matériel) achetés dans d'autres cas par un prêteur, qui peut être un tiers indépendant ou bien avoir un lien avec le vendeur. Le vendeur reste propriétaire ou le prêteur se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur les biens meubles corporels achetés en garantie du remboursement du crédit ou du prêt.

53. Voici un exemple de financement d'acquisitions: la Société ABC Manufacturing (ABC), qui fabrique des meubles, souhaite acquérir certains stocks et matériels pour les utiliser dans ses activités de fabrication. Elle veut acheter de la peinture (qui constitue une matière première et, partant, des stocks) au vendeur A, des perceuses à colonne (qui constituent du matériel) au vendeur B et du matériel de manutention au vendeur C. Enfin, elle veut louer du matériel informatique à un bailleur A.

54. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur A, ABC 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 vendeur en garantie du paiement du prix d'achat. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur B, ABC est tenue de payer les perceuses dans les 10 jours qui suivent leur livraison à son usine. Pour financer cet achat, elle obtient un prêt du prêteur A, qui est garanti par une sûreté constituée sur les perceuses. ABC a aussi un compte bancaire qu'elle lui a également affecté en garantie du remboursement du prêt.

55. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur C, ABC est tenue de payer le matériel de manutention une fois celui-ci installé dans son usine et mis en état de fonctionner. Pour financer cet achat et cette installation, ABC obtient du prêteur B un prêt qu'elle garantit en créant une sûreté sur le matériel en question.

56. En vertu du contrat de location avec le bailleur A, ABC loue à ce dernier le matériel informatique pour une période de deux ans. Elle est tenue de verser des loyers mensuels pendant la durée du bail, à l'expiration duquel elle a la possibilité (mais non l'obligation) d'acheter le matériel à un prix symbolique. Le bailleur A reste propriétaire du matériel pendant la durée du bail. La propriété sera transférée à ABC à l'expiration du bail si elle exerce l'option d'achat. Ce type de bail est souvent appelé "crédit-bail". Dans certaines formes de crédit-bail, la propriété des biens loués est transférée au preneur automatiquement à l'expiration du bail. Il faut distinguer le crédit-bail de ce que l'on appelle généralement le "bail d'exploitation", à l'expiration duquel les biens loués conservent en principe une durée de vie utile et ne peuvent être achetés par le preneur à un prix symbolique ni lui être transférés en pleine propriété automatiquement.

57. Dans chacun des cas ci-dessus, l'acquisition est rendue possible par un financement octroyé par une autre personne (vendeur, prêteur ou crédit-bailleur) qui détient des droits sur les biens acquis en garantie du remboursement de ce financement. Comme le montrent clairement les exemples, le financement d'acquisitions vaut aussi bien pour les stocks que pour le matériel.

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

58. Les entreprises ont généralement besoin d'engager des capitaux avant de pouvoir générer et encaisser des recettes. Par exemple, avant de générer des créances et d'être payé, un fabricant doit avancer du capital pour acheter des matières premières, les transformer en produits finis et vendre ces produits. Selon le type d'activité, ce processus peut prendre parfois 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.

59. Un crédit permanent constitue pour l'entreprise un moyen très efficace de financer ce fonds de roulement. En effet, dans ce type de crédit, l'emprunteur bénéficie de prêts sur demande qu'il garantit par ses stocks et créances existants et futurs. Il demande généralement un prêt lorsqu'il a besoin d'acheter et de fabriquer des stocks et le rembourse quand ces stocks sont vendus et le prix de vente reçu. Les emprunts et les remboursements sont donc fréquents (mais pas nécessairement réguliers) et le montant du crédit fluctue constamment. Comme la structure du crédit permanent fait correspondre les emprunts au cycle d'exploitation de l'emprunteur (acquisition de stocks, transformation et vente des stocks, création de créances, réception du paiement et acquisition de nouveaux stocks pour recommencer le cycle), elle est, du point de vue économique, extrêmement efficace et avantageuse pour l'emprunteur, à qui elle évite d'emprunter plus que ce dont il a réellement besoin.

60. Voici une illustration de ce type de financement: Il faut à ABC normalement quatre mois pour fabriquer ses produits, les vendre et être payée. Le prêteur B accepte de lui ouvrir une ligne de crédit permanent pour financer ce processus. ABC peut ainsi obtenir des prêts au gré de ses besoins pour un montant global représentant jusqu'à 50 % de la valeur de ses stocks que le prêteur B juge acceptables (en fonction de leur type et qualité ainsi que d'autres critères) et jusqu'à 80 % de la valeur de ses créances que le prêteur B juge acceptables (en fonction de critères tels que la solvabilité des débiteurs en compte) pour le prêt. ABC est censée

rembourser à mesure qu'elle est payée par ses clients. Sa ligne de crédit est garantie par l'ensemble de ses créances et de ses stocks existants et futurs. Dans ce type de financement, il est également fréquent que le prêteur obtienne une sûreté réelle mobilière sur le compte bancaire où sont déposés les paiements effectués par les clients (en d'autres termes le produit des stocks et des créances).

3. Affacturage

61. L'affacturage est un mode de financement par cession de créances extrêmement efficace, qui était déjà pratiqué il y a plusieurs milliers d'années. En règle générale, il s'agit d'un achat de créances pur et simple, le vendeur étant le constituant (cédant), et l'acheteur le facteur (cessionnaire). Ce transfert pur et simple de créances entre dans la définition de la sûreté réelle mobilière aux fins du Guide (voir plus haut la définition a) "sûreté réelle mobilière").

62. Il y a plusieurs types d'accords d'affacturage. Le facteur peut payer une partie du prix d'achat des créances au moment de l'achat (affacturage avec mobilisation de créances immédiate, ou "discount factoring"), au moment où les créances sont acquittées seulement (affacturage-recouvrement, ou "collection factoring"), ou encore à la date d'échéance moyenne de l'ensemble des créances affacturées ("affacturage à échéance"). La cession des créances peut se faire avec ou sans possibilité de recours contre le cédant en cas de non-paiement des créances par leurs débiteurs (c'est-à-dire les clients du cédant). Enfin, les débiteurs des créances peuvent être avisés ("affacturage avec notification") ou non ("affacturage sans notification") que leurs créances ont fait l'objet d'un affacturage. Lorsqu'il y a notification, il est souvent exigé qu'elle s'effectue par une indication à cet effet portée par le cédant sur les factures qu'il envoie à ses clients. Le facteur peut également fournir au cédant divers services relatifs aux créances: confirmation et évaluation de la solvabilité des débiteurs, comptabilité, ou encore mesures de recouvrement des impayés. Ces services peuvent être très utiles aux entreprises ne disposant pas de leur propre service de crédit et de recouvrement.

63. Voici une illustration d'un d'accord type d'affacturage: ABC passe avec Facteur un accord d'affacturage avec mobilisation de créances immédiate aux termes duquel Facteur consent à acheter les créances qu'il estime recouvrables. Facteur avance à ABC un montant égal à 90 % de la valeur nominale de ces créances, et garde les 10 % restants en réserve pour couvrir les éventuels droits et indemnités des clients qui réduiraient la valeur des créances. L'accord d'affacturage s'accompagne d'une notification aux clients d'ABC.

4. Titrisation

64. Une autre forme de financement très efficace reposant sur la mobilisation des créances est la titrisation. Il s'agit d'un montage financier complexe qui permet à une entreprise commerciale de tirer parti de la valeur de ses créances pour obtenir un financement meilleur marché en transférant celles-ci à une société ad hoc (par exemple un fonds commun de créances) qu'elle détient entièrement et qui émettra sur les marchés financiers du papier commercial ou d'autres valeurs mobilières garantis par le flux des revenus générés par ces créances. Cette technique est souvent utilisée, par exemple, pour des créances sous forme de sommes payées par carte de crédit, de loyers ou de prêts hypothécaires, mais beaucoup d'autres types de créances peuvent également être titrisées. Les opérations de titrisation sont des

opérations financières complexes qui dépendent également des lois d'un État sur les valeurs mobilières et les prêts garantis.

65. La titrisation vise à réduire le coût du financement, étant donné que la société ad hoc est structurée de manière à "écarter" tout risque d'insolvabilité (il est théoriquement impossible qu'elle devienne insolvable) en limitant le montant de la dette qu'elle peut contracter. Cela réduit considérablement l'un des risques dont le prêteur doit tenir compte pour déterminer le taux d'intérêt applicable au prêt. En outre, comme les crédits proviennent des marchés financiers et non du système bancaire, la titrisation peut procurer des crédits d'un montant plus important que les prêts bancaires classiques, et ce à un coût moindre.

66. Voici une illustration d'une opération de titrisation: une filiale d'un constructeur automobile crée une société ad hoc en vue d'acheter des créances de loyers de crédit-bail automobile à des concessionnaires sur tout un marché géographiquement déterminé. Les créances sont achetées aux concessionnaires pour un montant inférieur à la valeur prévue des flux de paiement que devraient générer ces crédits-bails. La société ad hoc émet ensuite sur le marché financier, conformément aux lois applicables aux valeurs mobilières, des titres de créance qui sont garantis par ce flux de revenus. À mesure que les loyers sont payés, elle utilise ce produit pour rémunérer ces titres.

5. Financement par des prêts à terme

67. Les entreprises ont souvent besoin de financer de grosses dépenses exceptionnelles, telles que l'acquisition de matériel important ou d'une autre entreprise. Elles essaient alors en général d'obtenir un financement sous la forme de prêts remboursables à échéance fixe (le principal étant payé par versements périodiques – mensuels, trimestriels ou autres – suivant un échéancier convenu ou en une seule fois à l'échéance du prêt).

68. 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 d'être capable de constituer des sûretés réelles mobilières sur ses actifs pour garantir le financement. Le montant de ce dernier dépendra en partie de la valeur de réalisation nette des actifs à grever estimée par le créancier. Dans de nombreux États, et plus probablement dans les États qui n'ont pas de régime moderne sur les opérations garanties, les biens immeubles sont les seuls types d'actifs généralement acceptés par les prêteurs pour garantir un prêt à terme et, par conséquent, il est souvent impossible d'obtenir des prêts à terme sur d'autres types d'actifs importants, tels que le matériel ou la valeur totale de l'entreprise. Cependant, beaucoup d'entreprises, en particulier les entreprises nouvellement établies, ne possèdent pas de biens immeubles et n'auront donc probablement pas accès à ce type de financement. Dans d'autres États, les prêts à terme garantis par des biens meubles, tels que du matériel, des droits de propriété intellectuelle, ou encore la valeur de l'entreprise sont courants.

69. Voici une illustration de ce type de financement: ABC souhaite développer ses activités et acquérir une entreprise. À cette fin, elle obtient un prêt du prêteur C (calculé sur la valeur de presque tous les actifs de l'entreprise acquise et garanti par ces mêmes actifs). Le prêt est remboursable en mensualités égales échelonnées sur

10 ans. Il est garanti par les actifs existants et futurs d'ABC et de l'entreprise acquise.

6. Transfert de la propriété à titre de garantie

70. Les États qui respectent les transferts de propriété même s'ils sont opérés sans transfert de la possession à des fins de financement reconnaissent les opérations qualifiées de transfert de la propriété à titre de garantie (ou parfois de "transfert fiduciaire de la propriété"). Ces opérations sont pour l'essentiel des sûretés réelles mobilières sans dépossession et sont utilisées principalement dans les États dont la loi sur les opérations garanties ne reconnaît pas encore suffisamment ce type de sûretés.

7. Opérations de cession-bail

71. Une opération de cession-bail permet à une société d'obtenir un crédit en tirant parti de ses biens meubles corporels existants (généralement du matériel) tout en gardant la possession et le droit d'utiliser ces biens dans ses activités. Dans ce type d'opération, la société vend ses biens à une autre personne pour une somme déterminée (que ladite société peut ensuite utiliser pour financer son fonds de roulement, pour effectuer des dépenses d'investissement ou à d'autres fins) tout en les lui relouant pour une durée et un loyer stipulés dans le bail. Ce type d'opération est souvent un "crédit-bail" et non un "bail d'exploitation" (voir plus haut, par. 27, pour une définition des deux termes).

Recommandations 2 à 7 [Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les recommandations 2 à 7 seront insérées ici dans la version finale du Guide.]
