

L'ARGENT EST ROI – MAÎTRISER LES GARANTIES EN ESPÈCES

Publié le 21 janvier, 2022

Catégories: [Perspectives](#), [Publications](#)

Introduction

Quantifiables et faciles à réaliser pour les créanciers, les garanties en espèces sont utilisées dans toutes sortes d'opérations financières. Dans le cas des prêts garantis, les liquidités du débiteur peuvent faire partie de la garantie générale du prêteur ou encore être déposées auprès d'une institution financière en prévision d'obligations conditionnelles (lettres de crédit en cours, par exemple). Les garanties en espèces sont aussi largement utilisées dans le cadre de certaines opérations sur produits dérivés de gré à gré. Des changements proposés aux exigences réglementaires pour ce type d'opérations les rendront encore plus attrayantes, et en feront même dans certains cas la seule forme de garantie valable.

Vu l'importance des garanties en espèces, les prêteurs, les contreparties aux opérations sur dérivés de gré à gré et d'autres créanciers garantis cherchent souvent à confirmer la validité et la priorité de rang de leur sûreté comparativement à celles d'autres personnes. Pour un créancier garanti, la maîtrise est le mode d'opposabilité le plus sûr. Toutefois, au contraire de l'article 9 du *Uniform Commercial Code* (l'« **article 9** »), la législation sur les sûretés mobilières des provinces de common law canadiennes ne permet pas de rendre opposable par maîtrise une sûreté sur des espèces.

Les garanties en espèces selon l'article 9 : l'opposabilité par maîtrise

En vertu de l'article 9, une sûreté sur un compte de dépôt commercial^[1] peut être rendue opposable par maîtrise (*control*). Le créancier garanti peut obtenir cette maîtrise de trois façons. Premièrement, il l'obtient automatiquement s'il est la banque domiciliaire du compte de dépôt du débiteur^[2]. Deuxièmement, s'il n'est pas la banque domiciliaire, il peut avoir la maîtrise en concluant une convention de contrôle avec elle et le débiteur^[3] (entente aux termes de laquelle la banque domiciliaire s'engage à suivre les directives du créancier garanti quant à l'affectation des fonds du compte sans consulter le débiteur). Troisièmement, il peut obtenir la maîtrise en devenant le client de la banque par rapport au compte de dépôt, ce qui lui donne le droit d'en utiliser les fonds^[4].

Lorsque plusieurs sûretés grevant un même compte de dépôt se font concurrence, les règles de priorité établies à l'article 9-327 s'appliquent, ce qui signifie que le créancier garanti dont la sûreté a été rendue

opposable par maîtrise passera avant celui qui n'a pas la maîtrise[5]. Lorsque deux créanciers garantis ont la maîtrise d'un compte de dépôt, les rangs sont déterminés en fonction du moment où ils ont obtenu la maîtrise (le premier à l'avoir obtenu ayant priorité de rang)[6], sous réserve de deux exceptions : (i) une sûreté détenue par la banque domiciliaire a priorité de rang par rapport à celle des autres créanciers, et (ii) une sûreté détenue par un créancier garanti qui devient le client de la banque par rapport au compte de dépôt a priorité de rang par rapport à celle détenue par la banque domiciliaire.

Les garanties en espèces selon la LSM : l'opposabilité par enregistrement

Dans la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario (la « **LSM** ») et les lois analogues des autres provinces et territoires de common law du Canada, les comptes de dépôt sont considérés comme des « comptes » que les institutions financières doivent à leur titulaire. Ce type de compte est donc généralement considéré comme un « bien immatériel » pour l'application de la LSM. La LSM ne prévoit pas de mécanisme pour rendre opposable par maîtrise une sûreté sur un bien immatériel. Le créancier doit plutôt le faire en enregistrant un état de financement.

Si plusieurs sûretés ainsi rendues opposables se font concurrence, la priorité est déterminée selon l'ordre d'enregistrement[7]. Il y a toutefois quelques exceptions à cette règle générale. Par exemple, un créancier garanti peut prendre une sûreté en garantie du prix d'acquisition grevant un bien qu'il finance, vend ou loue au débiteur, tant que les conditions d'existence de ce type de sûreté sont respectées[8]. Une telle sûreté confère au créancier la première priorité, quel que soit l'ordre d'enregistrement. Cette sûreté et sa priorité s'étendent aussi au produit (en espèces ou non) de la vente du bien. Par conséquent, le créancier garanti qui a une sûreté de premier rang sur un compte de dépôt peut perdre sa priorité si l'argent déposé dans le compte est une sûreté en garantie du prix d'acquisition.

Tout cela fait en sorte que l'opposabilité par enregistrement d'un compte de dépôt aux termes de la LSM laisse place à plus d'incertitude pour les créanciers qui ont des garanties en espèces, comparativement au régime d'opposabilité par maîtrise de l'article 9. Pour réduire cette incertitude, les créanciers garantis ont intérêt à faire leurs vérifications avant de constituer une sûreté, notamment en faisant des recherches et en obtenant des certificats de préclusion auprès des autres créanciers au besoin. Il demeure que, sous le régime de la LSM, ils courent le risque que leurs sûretés sur des comptes de dépôt soient supplantées par une sûreté en garantie du prix d'acquisition ou par d'autres exceptions aux règles générales sur l'ordre de priorité des sûretés rendues opposables par enregistrement.

Modifications proposées pour la LSM

En février 2012, l'Association du Barreau de l'Ontario (l'« **ABO** ») a soumis une proposition (la « **proposition de l'ABO** ») au gouvernement de la province dans laquelle elle suggère des modifications pour établir dans la LSM

un régime d'opposabilité par maîtrise pour les sûretés en espèces. Son objectif était de [TRADUCTION] « faciliter le recours aux espèces [...] pour garantir des prêts et d'autres obligations »^[9]. La proposition de l'ABO s'inspire fortement de l'article 9^[10], et elle permettrait de rendre opposables par maîtrise les sûretés grevant des biens d'une nouvelle catégorie (les « **comptes financiers** ») englobant les comptes de dépôt et toute autre obligation pécuniaire d'une institution financière relativement aux fonds qu'elle conserve ou reçoit à titre de garantie de l'exécution d'une obligation. Toutefois, dans son budget de 2012, le gouvernement de l'Ontario n'a pas adopté les modifications proposées par l'ABO^[11].

Des conseils consultatifs créés ultérieurement par le ministère des Services gouvernementaux et des Services aux consommateurs ont suivi les traces de l'ABO et recommandé que la LSM soit modifiée pour que les sûretés d'une garantie en espèces puissent être rendues opposables par maîtrise afin d'offrir plus de certitude aux créanciers garantis détenant une priorité de premier rang. Un premier rapport l'a proposé à l'automne 2016^[12], puis un autre en octobre 2019^[13]. Les modifications proposées ont toutefois soulevé quelques inquiétudes. Certains théoriciens craignent par exemple la prolifération de « privilèges cachés » dans les comptes financiers si l'enregistrement, qui sert en quelque sorte d'avis au public, n'est plus requis pour rendre une sûreté opposable^[14]. D'autres intervenants, représentant des bénéficiaires de pension, ont plaidé en faveur de la préservation des sûretés super prioritaires sur des comptes et des stocks de fiducies réputées telles aux termes des lois sur les normes d'emploi et les régimes de retraite, comme le prévoit le paragraphe 30(7) de la LSM^[15]. L'ABO a en effet indiqué qu'elle s'opposait à tout changement au paragraphe 30(7) de la LSM qui subordonnerait les intérêts des employés et des bénéficiaires visés par ces lois à ceux des créanciers titulaires d'une sûreté opposable sur un compte, un stock ou un compte financier^[16].

À ce jour, le législateur ontarien n'a mis en œuvre aucune de ces recommandations, et la LSM demeure inchangée. De son côté, le gouvernement du Québec a adopté le 21 avril 2015 des modifications au *Code civil du Québec* qui facilitent, d'une manière similaire à ce que prévoit l'article 9, l'opposabilité des sûretés sur les espèces données en garantie par voie de maîtrise. La législation québécoise est la seule au Canada à prévoir un régime d'opposabilité par maîtrise pour les garanties en espèces.

Considérations pratiques en attendant des changements

Les créanciers garantis doivent bien étudier et prendre en compte les différences entre les règles actuellement en vigueur en vertu de la LSM et les régimes d'opposabilité par maîtrise qui existent ailleurs. Ceux qui constituent une sûreté sur des espèces données en garantie doivent a) continuer d'enregistrer un état de financement visant le débiteur auprès de l'autorité compétente conformément à LSM et b) faire des recherches sur le débiteur et négocier avec les créanciers ayant des sûretés déjà opposables (qui ont donc priorité de rang) sur les mêmes espèces pour tenter de conclure des conventions de subordination, de renonciation ou de préclusion.

Les créanciers garantis devraient par ailleurs penser à conclure une convention de contrôle avec l'institution financière domiciliaire du compte de dépôt dans lequel se trouve les espèces utilisées en garantie au Canada, même si une telle convention n'a rien à avoir avec l'opposabilité de la sûreté dans les provinces de common law du pays^[17].

D'ici à ce qu'un mécanisme d'opposabilité par maîtrise soit intégré à la LSM pour les garanties en espèces, les prêteurs, les contreparties aux opérations sur dérivés et d'autres créanciers garantis seront toujours confrontés à une certaine incertitude quant au rang de leur créance garantie par des espèces dans les provinces de common law du Canada, et ils continueront donc d'être désavantagés lorsqu'ils font des opérations dans ces provinces.

Ce texte est une mise à jour d'un bulletin de McMillan publié en 2015 intitulé Canada: Getting It Perfect in Cross-Border Financings: Cash Collateral.

[1] UCC § 9-109(d)(13) prévoit que l'article 9 ne s'applique pas à [TRADUCTION] « la cession d'un compte de dépôt dans le cadre d'une opération de consommation », mis à part § 9-315 et § 9-322, qui trouvent application en ce qui a trait aux produits et aux règles de priorité pour les produits.

[2] UCC § 9-104(a)(1).

[3] UCC § 9-104(a)(2).

[4] UCC § 9-104(a)(3).

[5] UCC § 9-327(1).

[6] UCC § 9-327(2).

[7] *Loi sur les sûretés mobilières*, LRO 1990, c P10, art 30(1).

[8] LSM, art 33.

[9] Association du Barreau de l'Ontario, sous-comité du droit des sûretés mobilières, « [Perfecting Security Interests in Cash Collateral](#) » (6 février 2012), à la p 3, en ligne (pdf) [proposition de l'ABO].

[10] La proposition de l'ABO se distingue du régime de l'article 9 sur deux points. D'abord, selon l'article 9, la maîtrise est la seule façon de rendre opposable une sûreté sur un compte de dépôt comme bien grevé en premier. L'ABO propose de permettre l'opposabilité par maîtrise ou par enregistrement. Voir la proposition de l'ABO, *supra* note 9, à la p 9. Ensuite, la portée du mécanisme de l'article 9 est limitée par la définition de « compte de dépôt » (*deposit account*), qui exclut les biens de placement, les comptes attestés par un instrument et les comptes tenus par une institution financière non bancaire. L'ABO propose le terme « compte financier », qui engloberait non seulement les comptes de dépôt, mais aussi les obligations pécuniaires des institutions financières non bancaires relativement aux fonds qu'elles détiennent en garantie. Ce faisant, la maîtrise permettrait de rendre opposables les sûretés sur toutes les formes de garanties en espèces impliquant une institution financière. Voir la proposition de l'ABO, *supra* note 9, à la p 32.

[11] *Loi de 2012 sur une action énergique pour l'Ontario (mesures budgétaires)*, LO 2012, c 8.

[12] Conseil consultatif en matière de droit des affaires de l'Ontario, « [Rapport à l'intention de la ministre des Services gouvernementaux et des Services aux consommateurs](#) » (3 février 2017), en ligne.

[13] Ontario, Ministère des Services gouvernementaux et des Services aux consommateurs, « [Recommandations du Conseil de la modernisation du droit des affaires et de l'allégement du fardeau réglementaire pour actualiser les lois ontariennes sur le droit des affaires](#) » (11 octobre 2019), en ligne (pdf).

[14] Association du Barreau de l'Ontario, « [2019 Business Law Modernization and Burden Reduction Council's Recommendations to Modernize Ontario's Business Law Statutes](#) » (26 novembre 2019), aux p 11-12, en ligne (pdf) [rapport de l'ABO].

[15] LSM, art 30(7).

[16] Rapport de l'ABO, *supra* note 14, aux p 8-9.

[17] Pour en savoir plus, consultez le bulletin « [Survol des conventions de compte bloqué au Canada](#) » (26 août 2021), en ligne : *McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l.*

par [Alex Ricchetti](#) et [Maria Sagan](#)

Mise en garde

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder uniquement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt obtenir des conseils juridiques précis.

© McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l. 2022