Nations Unies A/CN.9/914/Add.6

Assemblée générale

Distr. générale
31 mars 2017
Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Cinquantième session
Vienne, 3-21 juillet 2017

Projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières

Note du Secrétariat

Additif

Table des matières

		Page
Chapitre VIII.	Conflit de lois	3
	Introduction	3
A.	Règles générales	4
Article 84.	Droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti	4
Article 85.	Sûreté réelle mobilière grevant un bien corporel	4
Article 86.	Sûreté réelle mobilière grevant un bien incorporel	5
Article 87.	Sûreté réelle mobilière grevant une créance relative à un bien immeuble	5
Article 88.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	6
Article 89.	Sûreté réelle mobilière grevant le produit	6
Article 90.	Signification du "lieu de situation" du constituant	7
Article 91.	Moment servant de référence pour déterminer le lieu de situation	7
Article 92.	Exclusion du renvoi	8
Article 93.	Lois de police et ordre public	8
Article 94.	Incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière	9
Article 95.	État à plusieurs unités	9
B.	Règles relatives à des biens particuliers	10
Article 96.	Droits et obligations des tiers débiteurs et des créanciers garantis	10

V.17-02017 (F) 090617 120617

Merci de recycler

Article 97. Sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire . . . 11

Article 98. Opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière grevant certains types de biens . . . 12

Article 99. Sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle . . . 12

Article 100. Sûreté réelle mobilière grevant des titres non intermédiés . . . 13

Chapitre IX. Transition . . . 15

Introduction . . . 15

Article 101. Modification et abrogation d'autres lois . . . 15

Article 102. Applicabilité générale de la présente Loi . . . 15

Article 103. Applicabilité de la loi antérieure aux questions qui font l'objet de procédures ouvertes avant l'entrée en vigueur de la présente Loi . . . 16

Article 104. Applicabilité de la loi antérieure à la constitution d'une sûreté réelle mobilière antérieure . . . 17

Article 105. Règles transitoires pour déterminer l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière antérieure . . . 17

Article 106. Applicabilité de la loi antérieure à la priorité d'une sûreté réelle mobilière antérieure sur les droits de réclamants concurrents qui découlent de la loi antérieure . . . 19

Article 107. Entrée en vigueur de la présente Loi . . . 19

Chapitre VIII. Conflit de lois

Introduction

1. Le chapitre VIII de la Loi type énonce les règles à utiliser pour décider du droit matériel applicable aux questions traitées dans les autres chapitres, que l'on désigne généralement en tant que règles de conflit de lois. Dans un État qui a adopté la Loi type, un tribunal ou une autre autorité utilisera les règles de conflit de lois du chapitre VIII pour déterminer l'État dont le droit matériel régira des questions telles que la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, ainsi que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti et les droits et obligations qui existent entre les tiers débiteurs et les créanciers garantis. Il pourra s'agir du droit matériel de l'État adoptant ou d'un autre État.

2. On notera que lorsqu'une procédure est ouverte dans un État, un tribunal ou une autre autorité de cet État appliquera généralement: a) le droit matériel de son propre système juridique pour qualifier une opération (le fait de savoir, par exemple, s'il s'agit d'une opération garantie au sens strict ou d'un type d'opération différent tel qu'une vente avec réserve de propriété) ou une question connexe (le fait de savoir, par exemple, s'il s'agit d'une question de priorité ou de réalisation) en vue de choisir la règle de conflit de lois appropriée; b) les règles de conflit de lois de son propre système juridique pour déterminer l'État dont le droit sera applicable au fond du litige; et c) le droit matériel de l'État dont le droit s'applique conformément aux règles de conflit de lois de l'État du for (pour un examen plus poussé du rôle des règles de conflit de lois, voir Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 1 à 13). Par exemple, si un État adopte la Loi type et un tribunal de cet État qualifie une opération d'opération garantie conformément à ladite Loi, il utilisera les règles du chapitre VIII pour déterminer de quel État les règles de droit matériel s'appliquent, puis les appliquera.

3. L'application des règles de conflit de lois énoncées dans le chapitre VIII n'est pas subordonnée à la détermination préalable du fait qu'une affaire particulière comporte un élément international. Ainsi, chaque fois qu'une règle de conflit de lois énoncée dans le présent chapitre se réfère à la loi d'un État, cette référence ne doit pas être refusée au motif qu'il n'existe pas de véritable "internationalité". Sinon, en décidant qu'une affaire n'est pas suffisamment internationale sur la base de critères discrétionnaires qui ne font pas partie des règles de conflit de lois, le tribunal pourrait méconnaître une règle de conflit de lois énoncée dans le présent chapitre.

4. À l'exception de l'article 84, les règles de conflit de lois énoncées dans le présent chapitre sont impératives (voir art. 3, par. 1). Ainsi, le droit applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, ainsi qu'aux effets d'une sûreté sur un tiers débiteur, ne peut être choisi par les parties en recourant à une clause d'élection de loi. Il en est ainsi parce que les sûretés réelles mobilières sont des droits réels (*in rem*) et ont donc un effet sur des tiers (voir art. 3, par. 2). Permettre aux parties à une convention constitutive de sûreté de choisir la règle de conflit de lois applicable lorsque ce choix a des effets à l'égard des tiers irait également à l'encontre de l'un des principaux objectifs de ces règles, qui est d'identifier l'État dont le droit matériel doit s'appliquer en cas de conflit de priorité entre des réclamants concurrents. Ainsi par exemple, dans l'éventualité d'un conflit de priorité entre les créanciers garantis X et Y, il serait impossible pour des tiers de déterminer la loi applicable à la résolution du différend si X et Y étaient autorisés à choisir, dans la convention constitutive de sûreté, des lois différentes pour le classement de leurs sûretés respectives. L'article 84, en revanche, prévoit expressément la possibilité, pour les parties, de choisir la loi applicable. Il en est ainsi parce que cet article ne traite que des droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti qui découlent de leur convention constitutive de sûreté et n'a, par conséquent, aucun effet sur les droits de tiers.

A. Règles générales

Article 84. Droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti

5. L'article 84 se fonde sur la recommandation 216 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 61). Suivant l'approche de textes internationaux tels que les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux ("Principes de La Haye"), il dispose que la loi choisie par les parties à une convention constitutive de sûreté est la loi applicable aux droits et obligations réciproques de ces parties qui découlent de leur convention (sous réserve uniquement des restrictions énoncées à l'article 93). Comme nous l'avons mentionné plus haut (par. 4 ci-dessus), les questions relatives aux aspects patrimoniaux des opérations garanties sortent du champ d'application de l'article 84. Les parties ne peuvent pas choisir la loi qui doit régir ces questions. D'autres questions, telles que l'aptitude des parties à choisir différentes lois pour différents aspects de leur relation contractuelle ou à modifier leur choix, sont laissées aux autres règles de conflit de lois de l'État adoptant (voir, par exemple, art. 2-2 et 2-3 des Principes de La Haye).

6. En l'absence d'un choix de loi par les parties, l'article 84 renvoie au droit qui régit la convention constitutive de sûreté telle que déterminé par les règles de conflit de lois généralement applicables aux obligations contractuelles. Ce droit peut être, par exemple, le droit de l'État: a) qui est le plus étroitement lié à la convention (par exemple, l'État dans lequel une convention constitutive de sûreté est conclue et exécutée, et dans lequel les deux parties sont situées); b) dans lequel l'exécution caractéristique de la convention doit avoir lieu (par exemple, la livraison des marchandises dans un contrat de vente ou l'offre de crédit dans un contrat de crédit); ou c) dans lequel la convention constitutive de sûreté est conclue.

Article 85. Sûreté réelle mobilière grevant un bien corporel

7. L'article 85 se fonde sur les recommandations 203 à 207 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 28 à 38). Il traite de la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien corporel (pour la loi applicable à la réalisation d'une telle sûreté, voir art. 88, al. a)). Le terme "bien corporel" désigne l'ensemble des types de biens meubles corporels et englobe les instruments et documents négociables, les espèces et les titres non intermédiés représentés par un certificat (voir art. 2, al. c); voir aussi Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 26).

8. Le paragraphe 1 énonce la règle générale selon laquelle la loi applicable à ces questions est celle de l'État où se trouve le bien grevé ("*lex situs*" ou "*lex rei sitae*"; pour la signification du "lieu de situation", voir art. 90; pour le moment servant de référence pour déterminer le lieu de situation, voir art. 91). La règle de la *lex situs* relative aux biens corporels connaît cinq exceptions qui sont énoncées aux articles 85, paragraphes 2 à 4, 98 et 100.

9. La première exception prévoit que, si un bien corporel situé dans un État est visé par un document négociable en la possession d'un créancier garanti dans un autre État, la priorité de la sûreté sur le bien visé par ce document est déterminée par la loi de l'État dans lequel se trouve le document, et non par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien visé par ce dernier (voir art. 85-2). Contrairement à la recommandation 206, sur laquelle se fonde le paragraphe 2, qui renvoyait à la priorité sur une "sûreté réelle mobilière concurrente", pour couvrir tous les conflits de priorité (par exemple, à l'égard d'un créancier judiciaire), le paragraphe 2 renvoie à la priorité "par rapport au droit d'un réclamant concurrent".

10. La deuxième exception concerne la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, pour un bien d'un type que l'on peut habituellement utiliser dans plusieurs États, à savoir un "bien mobile" (voir art. 85-3). Cette exception renvoie à l'utilisation habituelle de biens de biens de ce type et non à leur utilisation réelle. Par exemple, lorsqu'un véhicule à moteur franchit habituellement des frontières nationales, la règle

s'appliquera à un véhicule à moteur particulier même s'il n'est en fait utilisé que dans un seul État.

11. La troisième exception concerne un bien corporel (autre qu'un bien mobile) en transit ou destiné à être exporté (voir art. 85-4). Une sûreté sur un bien corporel situé dans un État, qui est en transit ou destiné à être déplacé vers un autre État, peut être créée et rendue opposable en vertu de la loi de l'État de sa destination finale si le bien atteint cette destination dans un délai à préciser par l'État adoptant (par exemple, dans les 45 à 60 jours qui suivent la création putative de la sûreté pour donner au bien suffisamment de temps pour atteindre sa destination). Il convient de noter que: a) si le bien n'atteint pas la destination voulue dans le délai spécifié, la règle du paragraphe 4 ne s'applique pas; et b) selon la règle du paragraphe 1, un créancier garanti peut aussi prendre les mesures nécessaires pour créer et rendre la sûreté opposable en vertu de la loi de l'État dans lequel se trouve effectivement le bien au moment où ces mesures sont prises. On notera également que le paragraphe 4 est une règle de conflit de lois du seul État adoptant et que la question de savoir si la sûreté sera traitée comme valablement créée et rendue opposable dans l'État de destination finale du bien dépend de la loi applicable conformément aux règles de conflit de lois de cet État.

12. La quatrième exception figure à l'article 98 et n'est qu'une exception partielle. Elle ne s'applique qu'à l'opposabilité par inscription d'une sûreté sur certains types de biens corporels et incorporels. Elle ne modifie pas, cependant, la loi applicable à d'autres questions qui relèvent de la règle principale de l'article 85; les questions de priorité par rapport aux réclamants concurrents, par exemple, continueront d'être déterminées par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien (voir par. 44 et 45 ci-dessous).

13. La cinquième exception se trouve à l'article 100. Elle renvoie les questions relatives à une sûreté qui grève des titres représentés par un certificat à des lois autres que celle de l'État dans lequel se trouve le certificat (voir par. 49 à 58)

Article 86. Sûreté réelle mobilière grevant un bien incorporel

14. L'article 86 se fonde sur la recommandation 208 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 39 à 47). Il énonce la règle générale de conflit de lois applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien incorporel. La loi applicable est celle du lieu de situation du constituant (pour le sens de "lieu de situation", voir art. 90; pour le moment à prendre en compte pour déterminer le lieu de situation, voir art. 91). Cette règle est soumise à plusieurs exceptions.

15. La première exception concerne la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une créance découlant de la vente ou de la location de biens immobiliers, ou garantie par des biens immobiliers (voir art. 87). Les autres exceptions concernent une sûreté grevant des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir art. 97), une propriété intellectuelle (voir art. 99) et des titres non intermédiés non représentés par un certificat (voir art. 100).

Article 87. Sûreté réelle mobilière grevant une créance relative à un bien immeuble

16. L'article 87 se fonde sur la recommandation 209 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 54). Il traite de la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une créance découlant de la vente ou de la location de biens immobiliers, ou garantie par des biens immobiliers, sur les droits de réclamants concurrents. L'article 87 constitue une exception à la règle générale énoncée à l'article 86, et renvoie cette question à la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre immobilier est tenu. L'article 87 ne s'applique, cependant, que si le droit d'un réclamant concurrent est susceptible d'inscription (sans être nécessairement inscrit) dans le registre immobilier pertinent. Cela signifie que pour qu'une personne détermine la loi applicable à la priorité de sa sûreté dans de telles circonstances, il faut qu'elle détermine si la créance est née de la vente ou de la location d'un bien immeuble, ou

est garantie par un tel bien. Même si une personne ne le détermine pas, la loi applicable sera toujours celle prévue à l'article 87.

Article 88. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière

17. L'article 88 se fonde sur la recommandation 218 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 64 à 72). L'alinéa a) traite de la loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien corporel, tel que défini à l'alinéa c) de l'article 2. Il renvoie à la loi de l'État où se trouve le bien à la date du début de la réalisation. La règle de l'alinéa a) prévoit une seule exception. La réalisation d'une sûreté grevant des titres non intermédiés représentés par un certificat est renvoyée à la loi indiquée à l'article 100 (qui s'applique à tous les titres, représentés ou non par un certificat).

18. Il convient de noter que la réalisation peut comprendre plusieurs actions distinctes (dont la notification de l'intention du créancier garanti d'obtenir la possession d'un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, la disposition d'un bien grevé et la répartition du produit d'une disposition) et que ces actions peuvent avoir lieu dans différents États. Ainsi par exemple, un créancier garanti peut prendre possession des biens grevés dans un État, en disposer dans un deuxième, et répartir le produit de la disposition dans un troisième. Un problème similaire survient dans le cas moins fréquent où la réalisation est menée dans plusieurs États parce que le bien a été déplacé vers un autre État après le début de la procédure. Dans chaque cas, la loi applicable sera celle de l'État où se trouve le bien concerné au moment où la première mesure relevant de la réalisation est prise.

19. L'alinéa b) dispose que la loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien incorporel (à l'exception d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, d'une propriété intellectuelle et de titres non intermédiés dématérialisés, voir art. 97, 99 et 100) est celle de l'État dont le droit régit la priorité de la sûreté (voir art. 86). Le principal avantage de cette approche est que la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien incorporel sont renvoyées à une seule et même loi (voir Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 69).

Article 89. Sûreté réelle mobilière grevant le produit

20. L'article 89 se fonde sur la recommandation 215 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 55 à 60). Il renvoie la création d'une sûreté grevant le produit à la loi de l'État dont la loi régit la création de la sûreté constituée sur les biens initialement grevés, et l'opposabilité et la priorité d'une sûreté grevant le produit à la loi de l'État dont la loi régit ces questions dans le cas d'une sûreté constituée sur des biens initialement grevés qui serait du même type que celle grevant le produit. L'exemple qui suit en illustre le fonctionnement. Le bien initialement grevé est constitué de stocks situés dans un État A. Ces stocks sont ensuite vendus, et le prix de vente est réglé par un transfert de fonds sur un compte bancaire détenu dans un établissement de dépôt situé dans un État B. En vertu du paragraphe 1, la loi applicable à la question de savoir si le créancier garanti acquiert automatiquement une sûreté sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire en tant que produit des stocks initialement grevés est celle du lieu de situation des stocks à la date de la constitution de la sûreté sur les stocks (voir art. 91-1 a)). En vertu du paragraphe 2, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté qui grève le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire en tant que produit est celle qui serait applicable à une sûreté sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire en tant que bien initialement grevé (voir art. 97).

21. On notera que ce type de double règle crée des difficultés dans les cas où la loi qui régit la constitution reconnaît un large droit au produit (y compris, par exemple, les fruits civils et naturels; voir art. 2, al. dd)) tandis que celle qui régit l'opposabilité et la priorité en reconnaît un plus étroit. Il convient de noter également que l'article 89 ne traite que de la loi applicable au produit issu des biens initialement grevés suite à

une disposition effectuée par le constituant ou à un autre événement survenu avant la réalisation. L'article 88 traite de la loi applicable à la répartition du produit de la disposition des biens grevés dans le cadre d'une procédure de réalisation après défaillance.

Article 90. Signification du "lieu de situation" du constituant

22. L'article 90 se fonde sur la recommandation 219 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 73 et 74). Il dispose que: a) si un constituant a un établissement, il est situé dans cet État; b) si un constituant a un établissement dans plusieurs États, il est situé dans l'État dans lequel il exerce son administration centrale; et c) si un constituant n'a pas d'établissement, il est situé dans l'État dans lequel il a sa résidence habituelle. Le terme "établissement" s'entend du lieu dans lequel le constituant a une activité (et pas nécessairement une activité commerciale). Ainsi, une personne morale sans activité commerciale (une fondation, par exemple) est située dans l'État dans lequel elle exerce son activité. On notera que si un individu a sa résidence habituelle dans un État et un établissement dans un autre, il sera situé dans ce dernier, même si l'opération au titre de laquelle la sûreté est créée l'est à des fins personnelles, familiales ou domestiques non liées à l'activité commerciale de l'individu.

23. On notera également que l'État dans lequel un constituant qui est une personne morale exerce son administration centrale n'est pas nécessairement l'État dans lequel cette personne morale a son siège statutaire (ou siège social). Ainsi, si le constituant est une personne morale constituée en vertu de la loi de l'État A (où se trouve son siège statutaire), mais qu'il a dans l'État B un établissement où sa direction est basée, alors le constituant est situé dans l'État B. Il résulte de cette approche qu'entre autres, la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté grevant une créance sont renvoyées à une seule et même loi qui, de fait, est relativement facile à déterminer, à savoir, en toute probabilité, celle de l'État où serait menée la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du constituant (étant donné que les procédures d'insolvabilité sont généralement renvoyées à la loi de l'État dans lequel la personne insolvable a le centre de ses intérêts principaux et que cet État est généralement interprété comme étant celui dans lequel cette personne a son administration centrale). Cette approche limite le risque d'incohérences entre la loi régissant la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) et le droit matériel applicable à une sûreté, étant donné qu'il s'agira du droit d'un seul et même État.

Article 91. Moment servant de référence pour déterminer le lieu de situation

24. L'article 91 se fonde sur la recommandation 220 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 75 à 78). Il traite de la situation dans laquelle la loi applicable est déterminée par référence au lieu de situation du bien ou du constituant, et dans laquelle ce lieu passe d'un État (État A) à un autre (État B). Dans cette situation, la loi applicable peut changer.

25. Le paragraphe 1 a) prévoit que la constitution d'une sûreté est régie par la loi du lieu de situation du bien ou du constituant à la date de la constitution présumée de la sûreté, même en cas de changement ultérieur du lieu. Cela signifie que si la sûreté a été valablement créée en vertu de la loi de l'État A lorsque le bien ou le constituant y était situé, la loi de l'État A continuera de s'appliquer et, en conséquence, la sûreté continuera d'être considérée comme ayant été effectivement créée même après le passage du bien ou du constituant dans l'État B, que les conditions de création de la loi de cet État aient été ou non satisfaites. Cependant, pour les questions d'opposabilité et de priorité, le paragraphe 1 b) dispose que la loi applicable sera celle du lieu de situation du bien ou du constituant "au moment où ces questions se posent". C'est le moment où l'événement se produit qui crée la nécessité de déterminer la loi qui s'appliquerait à l'opposabilité ou à la priorité.

26. Par exemple, si une procédure d'insolvabilité est ouverte dans l'État B à l'encontre du constituant qui est situé dans l'État A au moment de la création d'une sûreté sur une créance, la loi applicable à l'opposabilité de la sûreté sera celle de l'État B si, au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le constituant est situé dans cet État (voir art. 86). En conséquence, pour que la sûreté soit traitée comme étant opposable au représentant de l'insolvabilité dans l'État A ou dans l'État B, il faut que les conditions d'opposabilité de la loi de l'État B aient été satisfaites avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Un autre exemple est celui de la saisie d'un bien corporel par un créancier judiciaire. La question de la priorité respective du créancier garanti et du créancier judiciaire se posera à la date de la saisie (c'est-à-dire "le moment où la question se pose"). C'est le cas dans chaque exemple, même si la sûreté avait été rendue opposable en vertu de la loi de l'État A au moment où le bien ou le constituant était situé dans ce dernier.

27. Le paragraphe 2 constitue une exception aux règles générales du paragraphe 1. En cas de conflit de priorité entre une sûreté réelle mobilière qui est créée et rendue opposable et les droits de tous les réclamants concurrents qui ont été créés et rendus opposables dans l'État du lieu de situation initial, le conflit sera réglé conformément à la loi de cet État (soit, dans notre exemple, l'État A).

Article 92. Exclusion du renvoi

28. L'article 92 se fonde sur la recommandation 221 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 14). Il a pour but d'exclure la doctrine du renvoi et d'éviter les complications qui en découlent afin d'assurer une plus grande sécurité juridique en ce qui concerne la détermination de la loi applicable. En vertu de la doctrine du renvoi, lorsque les règles de conflit de lois d'un État (État A) renvoient une question à la loi d'un autre État (État B), cette dernière inclut les règles de droit international privé de l'État B. Cependant, il est possible que les règles de conflit de lois de l'État B renvoient cette question à la loi d'un troisième État (État C). Dans ce cas, un tribunal de l'État A devra résoudre le conflit de priorité en se fondant sur la loi de l'État C (et non sur celle de l'État B). Cela pourrait cependant, par circularité, créer une incertitude quant à la loi applicable et serait contraire aux attentes des parties. C'est pourquoi l'article 92 exclut le renvoi (une exception à cette interdiction est prévue à l'article 95).

Article 93. Lois de police et ordre public

29. L'article 93, qui se fonde sur la recommandation 222 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 79) et sur l'article 11 des Principes de La Haye, énonce des principes généralement reconnus de droit international privé. En vertu des paragraphes 1 et 3, le tribunal du for peut appliquer les dispositions dérogatoires de la loi de l'État du for et exclure l'application d'une disposition de la loi applicable en vertu des dispositions du présent chapitre si elle est manifestement incompatible avec les notions fondamentales d'ordre public de l'État du for.

30. Pour illustrer le fonctionnement des règles énoncées aux paragraphes 1 et 3, supposons que la loi du for (État A) interdit les transactions liées à certains types de biens (notamment le produit d'activités criminelles ou des biens qui font l'objet de sanctions internationales) et que le droit de l'État dont la loi est applicable en vertu des dispositions du présent chapitre (État B) ne prévoit pas de telle interdiction légale. Dans ce cas, un tribunal de l'État A pourra refuser de reconnaître une sûreté créée sur un tel bien conformément à la loi de l'État B, même si cette loi ne prévoit pas la même interdiction. De même, même s'il n'existe pas d'interdiction légale dans l'État B au moment où une sûreté est créée sur un "objet culturel", le tribunal du for (État A) peut écarter une disposition de la loi de l'État B qui permet de créer une sûreté sur des objets culturels au motif qu'elle est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État A.

31. Les paragraphes 2 et 4 disposent que le tribunal du for (s'il est autorisé à le faire en vertu de son droit) peut refuser de reconnaître ou de réaliser une sûreté réelle mobilière qui a été effectivement constituée et rendue opposable en vertu de la loi applicable (même s'il s'agit de la loi du for), si la constitution de cette sûreté serait manifestement incompatible avec l'ordre public d'un autre État (par exemple, un État étroitement lié à la situation). Prenons par exemple le cas d'un cabinet d'avocats situé dans l'État du for (État A), qui veut céder des créances découlant des services juridiques fournis, cession autorisée par la loi de l'État A. Admettons que le client est situé dans un autre État (État B) dont la loi interdit, pour des raisons d'ordre public (confidentialité de la relation avocat-client), le transfert, par un cabinet d'avocats, de créances découlant des services juridiques. Dans ce cas, la loi de l'État A pourra autoriser un tribunal de l'État A à prendre en considération l'ordre public de l'État B pour déterminer la validité de la cession.

32. Le paragraphe 5 vise à préciser que les règles énoncées aux paragraphes 1 à 4 peuvent également être invoquées par les tribunaux arbitraux, même si, contrairement aux autres tribunaux, ils ne fonctionnent pas dans le cadre de l'infrastructure judiciaire d'un système juridique spécifique. En vertu du paragraphe 5, un tribunal arbitral peut être tenu de prendre en compte l'ordre public et les dispositions dérogatoires d'un État autre que l'État dont la loi s'applique (par exemple, l'État dans lequel l'arbitrage a lieu ou celui dans lequel une sentence est susceptible d'être exécutée). Le paragraphe 5 exige également du tribunal arbitral qu'il détermine s'il doit ou peut tenir compte des dispositions impératives de police ou d'ordre public d'une autre loi, vu (en particulier) l'accord des parties, le lieu désigné ou réputé de l'arbitrage, les éventuelles règles institutionnelles applicables à l'arbitrage et le contrôle potentiel que pourraient exercer les tribunaux étatiques appliquant la législation locale relative à l'arbitrage (voir commentaire de l'article 11-5 des Principes de La Haye).

33. Le paragraphe 6 dispose que l'État du for ne peut pas écarter les dispositions de la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière et appliquer ses propres dispositions en la matière ou celles d'un autre État. Cette démarche se justifie par la nécessité d'assurer la sécurité juridique quant à la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité. On trouve la même démarche au paragraphe 2 de l'article 23, au paragraphe 2 de l'article 30 et à l'article 31 de la Convention sur la cession, ainsi qu'au paragraphe 3 de l'article 11 de la Convention de La Haye sur les titres.

Article 94. Incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière

34. L'article 94 se fonde sur la recommandation 223 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 80 à 82). Il dispose que tout tribunal de l'État adoptant chargé d'affaires d'insolvabilité doit, en principe, respecter la loi applicable aux sûretés conformément à ses règles de conflit de lois. Cependant, rien à l'article 94 ne fait obstacle à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) à des questions telles que l'annulation d'opérations frauduleuses ou préférentielles, le traitement des créanciers garantis, le classement des créances et la répartition du produit (voir recommandation 31 du Guide sur l'insolvabilité).

Article 95. État à plusieurs unités

35. L'article 95 se fonde sur les recommandations 224 à 227 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 83 à 87) ainsi que, partiellement, sur la première phrase de l'article 37 de la Convention sur la cession. Il a pour objet de définir la loi applicable lorsque l'État dont la loi s'applique à une question conformément aux dispositions du présent chapitre comprend une ou plusieurs unités territoriales, qui ont chacune leurs propres règles de droit matériel, voire leurs propres règles de conflit de lois. Dans un tel cas, l'alinéa a) prévoit qu'une référence à la loi d'un État à plusieurs unités vise en principe la loi applicable dans l'unité concernée (telle que déterminée conformément aux autres dispositions du présent chapitre).

Ainsi, dans le cas d'une sûreté sur une créance constituée par un constituant situé (c'est-à-dire ayant son administration centrale) dans l'unité territoriale A, la loi applicable à cette sûreté sera en principe la loi de l'unité territoriale A (voir art. 86 et 90).

36. Toutefois, selon l'alinéa b), si les règles de conflit de lois internes de l'État à plusieurs unités ou, en l'absence de telles règles, les règles de l'unité territoriale visée à l'alinéa a), renvoient les sûretés à la loi en vigueur dans une autre unité territoriale de cet État, le droit matériel de cette autre unité s'appliquera. Dans l'exemple mentionné ci-dessus, si l'unité territoriale A a une règle de conflit de lois selon laquelle la loi applicable est celle du lieu de situation du constituant, défini comme étant le lieu de son siège statutaire, et que ce lieu se situe dans l'unité territoriale B, le droit matériel de l'unité territoriale B s'appliquera. On notera que les alinéas a) et b) s'appliquent également lorsque l'État du for est celui dont la loi est applicable conformément aux dispositions du présent chapitre.

37. Par conséquent, l'alinéa b) constitue une dérogation à la règle générale d'exclusion du renvoi (voir art. 92). Cette exception vise à assurer que, lorsque la loi applicable est celle d'une des unités d'un État à plusieurs unités, un tribunal du for à l'extérieur dudit État appliquera le droit matériel de la même unité que le ferait un tribunal du for dans l'État même en vertu de ses règles de conflit de lois internes. En conséquence, la dérogation à la règle excluant le renvoi se limite au renvoi interne, ce qui ne devrait pas fortement affecter la sécurité juridique quant à la loi applicable (voir Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 85).

38. Par conséquent, par exemple, lorsque les règles de conflit de lois énoncées dans le présent chapitre renvoient à la loi du lieu de situation du bien ou du constituant, le tribunal du for est tenu, en vertu des dispositions du présent chapitre, d'examiner les règles internes de conflit de lois en vigueur dans l'unité territoriale du lieu de situation du bien ou du constituant. À cet égard, la Convention sur la cession autorise les États à faire une déclaration concernant la détermination de la règle de priorité applicable entre plusieurs unités territoriales (voir art. 37 de la Convention sur la cession). Cependant, dans le présent article, il n'y aurait pas de déclaration et il appartiendrait au tribunal du for de déterminer la loi applicable en fonction des règles de conflit de lois en vigueur dans l'État à plusieurs unités ou, en l'absence de telles règles, en vigueur dans l'unité territoriale visée à l'alinéa a).

B. Règles relatives à des biens particuliers

Article 96. Droits et obligations des tiers débiteurs et des créanciers garantis

39. L'article 96 se fonde sur la recommandation 217 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 62 et 63) et sur l'article 29 de la Convention sur la cession. Son but est double. Premièrement, les règles de conflit de lois qui traitent de la loi applicable à l'opposabilité ou à la réalisation des sûretés réelles mobilières ne s'appliquent pas à l'opposabilité ou à la réalisation d'une sûreté contre le débiteur d'une créance, le débiteur d'un instrument négociable ou l'émetteur d'un document négociable, car ils ne sont pas considérés comme des "tiers" aux fins des règles relatives à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière, dans la mesure où ce ne sont pas des réclamants concurrents. Deuxièmement, la loi applicable à ces questions est celle qui régit la relation juridique entre le constituant et le débiteur de la créance, le débiteur de l'instrument ou l'émetteur du document; c'est elle qui s'applique également à la question de savoir si l'un de ces derniers peut affirmer que la convention qu'il a conclue avec le constituant exclut ou limite le droit qu'a ce dernier de créer une sûreté sur la créance, l'instrument ou le document correspondant. Par exemple, dans le cas d'une créance née d'un contrat de vente, la loi choisie par le vendeur/constituant et l'acheteur/débiteur de la créance pour régir ledit contrat s'appliquera aux questions visées à l'article 96.

Article 97. Sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

40. L'article 97 se fonde sur la recommandation 210 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 49 à 51). Si un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est, au sens générique, une créance du client sur l'établissement de dépôt, l'article 97 s'écarte de la règle générale de conflit de lois relative à la loi applicable aux biens incorporels (voir art. 86). Deux options s'offrent à l'État adoptant en ce qui concerne la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, ainsi qu'aux droits et obligations qui existent entre l'établissement de dépôt et le créancier garanti.

41. Dans l'option A, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'agence de l'établissement de dépôt qui tient le compte. Il convient de noter qu'une succursale ou une agence d'un établissement de dépôt peut être considérée comme étant située dans un pays donné, que l'institution y offre ses services à ses clients dans des bureaux physiques ou seulement via une connexion en ligne. À cet égard, on notera que généralement, tout établissement de dépôt doit avoir une présence physique ou une adresse légale dans un pays pour que les autorités réglementaires pertinentes l'autorisent à tenir des comptes bancaires dans ce pays. Cette approche renforcerait la sécurité juridique et la transparence en ce qui concerne la loi applicable, car le lieu de situation de la succursale concernée pourrait facilement être déterminé dans une relation bilatérale entre un établissement de dépôt et son client. En outre, elle refléterait les attentes normales des parties aux opérations bancaires courantes. Enfin, elle ferait que la loi qui régit une sûreté sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire serait la même que celle qui s'applique aux questions réglementaires (voir Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 49).

42. Dans l'option B, la loi applicable est celle désignée dans la convention de compte comme régissant les questions visées à l'article 97 ou, en l'absence d'une telle désignation, la loi désignée par les parties à la convention de compte comme régissant cette convention. Dans le cadre de cette approche, la loi applicable répondrait aux attentes des parties à la convention de compte. Un prêteur potentiel serait en mesure de vérifier la loi prévue dans la convention, car normalement, le constituant (titulaire du compte) fournira des informations sur cette dernière pour obtenir un crédit auprès du prêteur qui se fiera aux fonds crédités sur le compte (voir Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 50). Pour être efficace à des fins de règlement de conflits de lois, une désignation doit renvoyer à la loi d'un État dans lequel l'établissement de dépôt exerce une activité régulière de tenue de comptes bancaires. On notera que l'État dont la loi est ainsi désignée peut différer de celui dans lequel le compte bancaire du constituant est tenu.

43. S'il est impossible de déterminer la loi applicable conformément aux indications du paragraphe précédent, l'option B prévoit une série de règles inspirées des règles supplétives énoncées à l'article 5 de la Convention de La Haye sur les titres, que l'État adoptant voudra peut-être insérer dans cet article s'il choisit l'option B de l'article 97. Il pourra souhaiter, par exemple, envisager d'insérer, comme paragraphe 3 de l'option B, le texte suivant: "Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément au paragraphe 1 ou 2, elle doit l'être conformément aux règles suivantes: a) S'il est énoncé expressément et sans ambiguïté dans une convention de compte bancaire écrite que l'établissement de dépôt concerné l'a conclue par l'entremise d'une agence particulière, la loi applicable est celle de l'État dans lequel cette agence est située; b) Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément à l'alinéa a), elle est celle de l'État dont le droit régit la constitution ou l'organisation de l'établissement de dépôt concerné au moment de la conclusion de la convention de compte bancaire écrite ou, s'il n'existe pas de telle convention, au moment où le compte bancaire est ouvert; c) Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément à l'alinéa a) ou à l'alinéa b), elle est celle de l'État dans lequel l'institution de dépôt concernée a son établissement ou, si elle en a plusieurs, son établissement principal au moment de la conclusion de la

convention de compte bancaire écrite ou, s'il n'existe pas de telle convention, au moment où le compte bancaire est ouvert".

Article 98. Opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière grevant certains types de biens

44. L'article 98 se fonde sur la recommandation 211 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 34). Il énonce une exception aux règles de conflit de lois relatives à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument ou un document négociable, un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou un titre non intermédié représenté par un certificat (il ne s'applique pas, cependant, aux titres non intermédiés non représentés par un certificat). Conformément aux articles 85, 97 et 100, l'opposabilité d'une sûreté sur un tel bien est régie par les lois d'un État qui peut ne pas être celui du lieu de situation du constituant. Toutefois, l'article 98 dispose que si l'État adoptant reconnaît l'inscription d'un avis comme moyen de rendre opposable une sûreté sur les types de biens visés à l'article 98, la loi applicable à l'opposabilité par inscription est alors celle de l'État dans lequel le constituant est situé.

45. Par conséquent, s'agissant de ces types de biens, un créancier garanti peut s'en remettre à la loi du lieu de situation du constituant pour rendre sa sûreté opposable par inscription même si, pour ces types de biens, la loi applicable pourrait être différente conformément aux autres règles de conflit de lois du présent chapitre. Toutefois, si les règles de priorité de la loi applicable se fondent sur les règles de priorité de la Loi type, le créancier garanti rendant sa sûreté opposable par inscription n'obtiendrait qu'un rang de priorité inférieur en cas de conflit de priorité avec un créancier garanti concurrent qui aurait assuré l'opposabilité, par exemple, par possession dans le cas d'un instrument négociable (voir art. 46-1), en devenant le titulaire du compte dans le cas d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir art. 47-1), ou par possession dans le cas d'un document négociable ou d'un titre non intermédié représenté par un certificat (voir art. 49-1 et 51-1, respectivement). Toutefois, la sûreté primerait le droit: a) du représentant de l'insolvabilité du constituant ou de la masse des créanciers (sous réserve de la loi applicable en matière d'insolvabilité, voir art. 35 et 36); et b) des créanciers judiciaires, si l'inscription avait eu lieu avant qu'un d'entre eux ne prenne les mesures requises pour acquérir un droit sur les biens grevés (voir art. 37-1).

Article 99. Sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle

46. L'article 99 se fonde sur la recommandation 248 du Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (voir par. 284 à 337). L'effet du paragraphe 1 est le suivant. Si une propriété intellectuelle est protégée dans un État donné, la loi de cet État s'applique aux conditions à remplir pour que la sûreté réelle mobilière qui grève cette propriété soit considérée comme ayant été créée et rendue opposable, et comme ayant priorité sur les droits des réclamants concurrents. On notera que même en ce qui concerne une propriété intellectuelle protégée par une convention internationale, la *lex protectionis* est la loi de l'État partie à la Convention en vertu de laquelle la propriété intellectuelle est protégée. En ce qui concerne, par exemple, les types de propriété intellectuelle qui font l'objet d'une inscription dans un registre national, régional ou international (brevets et marques, par exemple), la *lex protectionis* est la loi de l'État (y compris les règles promulguées par des organisations régionales ou internationales) sous l'autorité duquel le registre est tenu (voir Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, par. 297). On notera également qu'une sûreté peut être créée sur une propriété intellectuelle ou sur des droits découlant d'un accord de licence (droit du concédant à des redevances ou droit du titulaire à utiliser le produit objet de la licence; voir Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, par. 89 à 112).

47. Le paragraphe 2 prévoit une autre façon de constituer et de rendre opposable à certains tiers une sûreté grevant une propriété intellectuelle. Il dispose que le créancier

garanti peut également s'en remettre, à ces fins, à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. Le principal avantage du paragraphe 2 est que l'on peut créer et rendre opposable en vertu d'une seule loi une sûreté sur un portefeuille de droits de propriété intellectuelle protégés par les lois de différents États. Un avantage également important de ce paragraphe est que, si la sûreté a été rendue opposable à un représentant de l'insolvabilité du constituant en vertu de la loi de l'État dans lequel ce dernier est situé, tout tribunal de l'État adoptant chargé d'affaires d'insolvabilité reconnaîtra la sûreté, même si les conditions d'opposabilité de tous les États dans lesquels la propriété intellectuelle est protégée ne sont pas remplies.

48. Le paragraphe 3 renvoie les questions de réalisation à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. Cette règle permet l'application d'une même loi à toutes les étapes de la réalisation, même si elles se déroulent dans différents États, dans la mesure où il est peu probable que le lieu de situation du constituant (en particulier le lieu de son administration centrale) change entre ces différentes étapes. Dans le cas, exceptionnel, où cela se produirait, on suppose que le tribunal renverrait à la loi de l'État dans lequel le constituant était situé au début de la réalisation (voir art. 88). Il convient de noter que la réalisation de la sûreté à l'encontre de personnes autres que le constituant (par exemple, le donneur de licence en ce qui concerne la propriété intellectuelle, si le constituant est un preneur de licence) sort du champ d'application de cet article.

Article 100. Sûreté réelle mobilière grevant des titres non intermédiés

49. L'article 100 énonce une règle générale de conflit de lois applicable aux sûretés qui grèvent des titres de participation et une autre applicable à celles qui grèvent des titres de créance, sans opérer de distinction entre les titres représentés par un certificat et les titres dématérialisés, ni entre les titres négociés et non négociés. Ces deux règles renvoient toutes les questions (constitution, opposabilité, priorité, réalisation et opposabilité à l'émetteur d'une sûreté) à une seule loi. Cette approche offre une plus grande sécurité juridique dans la détermination de la loi applicable.

50. S'agissant des titres de participation non intermédiés, le paragraphe 1 désigne la loi de constitution de l'émetteur comme étant la loi applicable à toutes les questions. Le terme "participation" n'est pas défini dans la Loi type, mais il désigne les droits de participation au capital de l'émetteur. Pour une société ou autre personne morale similaire, les titres de participation désignent les actions de son capital. De même, s'agissant d'une entité qui n'est pas une personne morale aux termes de son acte constitutif (comme une société en nom collectif dans de nombreux États), les titres de participation désignent les droits des personnes (par exemple, les associés) qui sont fondées à recevoir, en cas de liquidation de l'entité, la valeur résiduelle de ses biens après le paiement des dettes.

51. La loi de constitution de l'émetteur est celle en vertu de laquelle il est constitué. Pour une société, cet élément est relativement facile à déterminer: il s'agit de la loi en vertu de laquelle celle-ci est constituée en société. Pour une société de personnes, il s'agit de la loi en vertu de laquelle cette société est constituée. Dans les États fédéraux où l'émetteur peut être constitué en vertu soit de la loi fédérale, soit de la loi de l'une des unités territoriales, la Loi type ne prévoit pas de critère spécifique pour déterminer l'unité territoriale dont la loi sera considérée comme étant la loi de l'émetteur lorsque la loi de l'émetteur est une loi fédérale et la loi sur les opérations garanties est celle d'une unité territoriale. Par analogie avec l'article 95, cependant, les règles de conflit de lois internes de l'État fédéral (ou de l'unité territoriale qui est le for) devraient déterminer la loi de l'unité territoriale qui s'appliquera aux questions relevant de l'article 100, lorsque celles-ci ne sont pas toutes traitées par la loi fédérale de constitution de l'émetteur.

52. S'agissant des titres de créance non intermédiés, le paragraphe 2 renvoie toutes les questions à la loi qui régit les titres. La loi qui régit les titres de créance est celle retenue par les parties pour régir leurs droits et obligations contractuels découlant de ces titres. En l'absence d'un tel choix (ce qui serait extrêmement rare pour des titres

de créance), le for déterminera la loi applicable en fonction de ses propres règles de conflit de lois. La Loi type ne répond pas à la question de savoir si les parties peuvent choisir une loi applicable qui n'a aucun lien avec l'émission des titres. Cette question est laissée aux règles de conflit de lois relatives aux obligations contractuelles de l'État du for.

53. Le terme "titres de créance" n'est pas défini dans la Loi type. Cette notion est toutefois bien comprise dans la plupart des systèmes juridiques et désigne une obligation de paiement. Dans le contexte des titres de créance, l'obligation consiste généralement à payer une somme d'argent. Les obligations garanties ou non sont des titres de créance, dans la mesure où elles entrent dans la définition des titres à l'article 2 kk).

54. La distinction entre les titres de participation et les titres de créance devrait se fonder sur leur qualification en vertu du droit des entreprises, et non du droit comptable ou autre. Ainsi, les actions privilégiées (actions qui donnent droit à un dividende fixe, dont le paiement est prioritaire par rapport à celui des dividendes sur actions ordinaires) sont traitées comme des titres de participation si elles sont considérées ainsi par le droit des entreprises de l'État de l'émetteur même si, selon les règles comptables ou autres de cet État, elles sont classées comme passifs. De même, les titres de créance subordonnés (créance payable uniquement après la satisfaction d'obligations contractées à l'égard de certains créanciers, par exemple) sont traités comme des titres de créance s'ils sont considérés ainsi par le droit des entreprises de l'État de l'émetteur, même s'ils sont considérés comme des titres de participation par le droit comptable, la réglementation ou d'autres textes.

55. Le concept de "titre de créance" soulève les deux questions suivantes: a) la qualification des titres de créance convertibles; et b) les effets de cette qualification sur la loi applicable à une sûreté sur ce type de titres. Les titres de créance convertibles sont des titres de créance qui peuvent être convertis en titres de participation sur décision de leur titulaire ou de l'émetteur ou en cas de survenance d'un événement particulier.

56. Les titres de créance convertibles doivent être considérés comme des titres de créance car ils constituent une obligation de paiement aussi longtemps qu'ils n'ont pas été convertis en participations. Ainsi, dès leur émission et jusqu'à leur conversion, la loi régissant ces titres sera la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité, à la réalisation et à l'opposabilité à l'émetteur d'une sûreté sur de tels titres. La qualification des titres de créance convertibles aux fins de l'article 100 peut toutefois être modifiée une fois que ceux-ci sont convertis en participations. Le facteur de rattachement devient alors la loi de constitution de l'émetteur. Par conséquent, après la conversion en participations, la loi applicable à une sûreté sur des titres de créance convertibles sera la loi de l'État en vertu de laquelle l'émetteur a été constitué.

57. L'une des conséquences du passage de la loi régissant les titres à la loi de l'émetteur est qu'une sûreté sur des titres de créance rendue opposable en vertu de la loi régissant les titres pourra cesser d'être opposable après le changement. L'article 23 traite des incidences d'un changement de la loi applicable, et l'article 91 d'un changement du facteur de rattachement. Toutefois, au sens strict, l'article 23 n'est pas applicable à un changement de nature des titres non intermédiés; et l'article 91 traite uniquement du cas où le facteur de rattachement est le lieu de situation du bien ou du constituant. L'État adoptant voudra par conséquent peut-être se fonder sur les articles 23 et 91 et adopter des règles relatives à ce changement à partir de principes similaires à ceux qui sous-tendent les articles 23 et 91.

58. S'agissant des titres de participation représentés par un certificat ou des titres de créance non intermédiés, l'article 98 introduit une exception aux règles générales de conflit de lois prévues à l'article 100. Si la loi de l'État dans lequel le constituant est situé reconnaît l'inscription d'un avis comme moyen de rendre opposable une sûreté sur des titres non intermédiés représentés par un certificat, la loi de cet État est aussi la loi applicable à l'opposabilité par inscription de la sûreté réelle mobilière sur ce type de biens (voir par. 44 et 45 ci-dessus).

Chapitre IX. Transition

Introduction

59. L'introduction de toute nouvelle loi exige des règles de transition équitables et efficaces (voir Guide sur les opérations garanties, chap. XI, par. 1 à 3). Tel est l'objet du présent chapitre. Premièrement, il prévoit que la loi qui régissait précédemment les droits qui entrent dans le champ d'application de la nouvelle loi (la "loi antérieure", voir art. 102-1 a)) est abrogée (voir art. 101). Deuxièmement, il prévoit l'application générale de la nouvelle loi à toutes les sûretés (voir art. 102-2), y compris celles, existantes, créées par une convention constitutive de sûreté conclue alors que la loi antérieure était encore en vigueur (les "sûretés antérieures", voir art. 102-1 b)), mais qui continuent d'exister, parfois pendant de longues périodes, après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les opérations garanties (la "nouvelle loi"). Troisièmement, il préserve l'application exceptionnelle de la loi antérieure lorsque aucun nouveau droit de tiers n'entre en jeu (voir art. 103 à 105). Quatrièmement, il prévoit une période de transition pour permettre aux détenteurs de sûretés antérieures de se conformer aux critères d'opposabilité de la nouvelle loi (voir art. 106). Enfin, il fixe une date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi (voir art. 107).

Article 101. Modification et abrogation d'autres lois

60. La Loi type fournit un cadre juridique complet qui doit régir les sûretés sur les types de biens visés par l'article premier, remplaçant plutôt que complétant la loi antérieure. Aussi le paragraphe 1 exige-t-il que l'État adoptant énumère les lois à abroger lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi en vertu de l'article 107. Les modalités d'abrogation dépendront de la forme de la loi antérieure. Lorsque celle-ci est énoncée dans un texte autonome ou une combinaison de textes, elle pourra être abrogée dans son intégralité. Lorsque la loi antérieure figure dans des textes qui traitent également d'autres sujets, il faudra que l'État adoptant précise les dispositions qui devront être conservées ou modifiées. Lorsque tout ou partie de la loi antérieure se fonde sur la jurisprudence (ce qui peut être le cas, par exemple, dans les systèmes de *common law*), la nouvelle loi sur les opérations garanties aura généralement pour effet d'outrepasser la jurisprudence antérieure sans qu'il soit nécessaire, pour l'État adoptant, de prendre des mesures d'abrogation explicites.

61. Le droit des opérations garanties interagit avec de nombreuses autres lois, qu'il s'agisse, par exemple, de procédure civile, d'exécution des jugements, d'insolvabilité ou de lois foncières et fiscales. Ces lois peuvent contenir des dispositions qui renvoient à la loi antérieure de l'État adoptant ou se fondent sur elle. Aussi le paragraphe 2 exige-t-il que l'État adoptant modifie ces dispositions dans la mesure nécessaire pour les aligner sur la terminologie et les dispositions de sa nouvelle loi.

62. Il convient de noter que comme les autres articles de la Loi type, l'article 101 ne prendra effet que lorsque la nouvelle loi donnant effet à la Loi type entrera en vigueur conformément à l'article 107. Jusqu'à cette date, en conséquence, les dispositions à abroger ou à modifier dans le présent article resteront en vigueur.

Article 102. Applicabilité générale de la présente Loi

63. Le paragraphe 1 de cet article définit deux termes utilisés dans le présent chapitre. Le paragraphe 1 a) définit le terme "loi antérieure" comme désignant la loi qui s'appliquait aux "sûretés antérieures" (voir par. 64) avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Cette définition précise que la loi antérieure applicable est la loi désignée par les règles de conflit de lois de l'État adoptant car ces règles existaient avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Il s'ensuit que la loi applicable peut être: a) la loi de l'État adoptant ou d'un autre État; et b) une loi différente de celle qui s'appliquerait en vertu des règles de conflit de lois de la Loi type si le régime antérieur de conflit de lois de l'État adoptant utilisait un facteur de rattachement différent. On notera que même s'il est exprimé au singulier, le terme "loi antérieure" désigne toutes

les sources pertinentes du droit matériel antérieur applicable partout où elles peuvent se refléter (dans un code civil ou commercial, une loi spéciale, la jurisprudence ou une combinaison de ces sources de droit, par exemple).

64. Le paragraphe 1 b) définit la “sûreté réelle mobilière antérieure” (terme mentionné dans la définition du terme “loi antérieure”, voir par. 63 ci-dessus) comme un droit créé par une convention conclue avant l’entrée en vigueur de la nouvelle loi et que celle-ci traite comme une sûreté. Par exemple, le droit de réserve de propriété d’un vendeur ou d’un bailleur serait une sûreté antérieure, car il est ainsi qualifié dans le cadre de la notion fonctionnelle de sûreté adoptée par la Loi type (voir art. 2 ii)), même si la loi antérieure le traitait comme un droit de propriété. On notera qu’une sûreté sur des biens futurs acquis par le constituant après l’entrée en vigueur de la nouvelle loi serait une sûreté antérieure si elle était prévue dans une convention conclue avant l’entrée en vigueur de la nouvelle loi bien que les conditions de création de cette dernière ne soient pas satisfaites (voir art. 104-2). Cela présuppose que la loi antérieure ait permis de constituer une sûreté sur des actifs futurs; si ce n’était pas le cas, aucune sûreté antérieure ne pourrait exister.

65. Le paragraphe 2 se fonde sur la recommandation 228 (deuxième phrase) du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 7 à 12). Il énonce qu’à son entrée en vigueur conformément à l’article 107, la nouvelle loi s’applique, en règle générale, à toutes les sûretés réelles mobilières qui entrent dans son champ d’application, y compris les sûretés antérieures. Cette règle générale garantit à l’État adoptant la jouissance immédiate des bienfaits économiques de la nouvelle loi et lui épargne les complexités et conflits auxquels il se heurterait s’il tentait d’appliquer des lois distinctes aux sûretés antérieures et nouvelles.

66. La transition vers un nouveau régime juridique exige que l’on veille à ce que les droits existants soient correctement pris en compte. À cette fin, le paragraphe 2 dispose également que l’applicabilité générale de la nouvelle loi aux sûretés antérieures est soumise aux autres dispositions du présent chapitre. Ces autres dispositions préservent l’application exceptionnelle de la loi antérieure aux sûretés antérieures lorsque aucun droit de tiers n’entre en jeu (voir art. 104), ou lorsque les droits d’un détenteur d’une sûreté antérieure et de réclamants concurrents ont déjà été acquis (voir art. 103 et 106); elles prévoient également une période de transition pour permettre aux détenteurs de sûretés antérieures de se conformer aux critères d’opposabilité de la nouvelle loi (voir art. 105).

Article 103. Applicabilité de la loi antérieure aux questions qui font l’objet de procédures ouvertes avant l’entrée en vigueur de la présente Loi

67. L’article 103 se fonde sur la recommandation 229 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 13 à 16). Il introduit deux exceptions à la règle générale énoncée à l’article 102-2 selon laquelle la nouvelle loi s’applique à toutes les sûretés réelles mobilières qui entrent dans son champ d’application, y compris aux sûretés antérieures. Le paragraphe 1 dispose que la loi antérieure continue de s’appliquer à une question relative à une sûreté antérieure qui fait l’objet d’une procédure judiciaire ou arbitrale ouverte avant l’entrée en vigueur de la nouvelle loi (à l’exception des procédures de réalisation traitées distinctement au paragraphe 2).

68. Le paragraphe 2 dispose que si la réalisation d’une sûreté antérieure est engagée avant l’entrée en vigueur de la nouvelle loi, le créancier garanti peut la poursuivre conformément à la loi antérieure (ce qui constitue une “réalisation” en vertu de la loi antérieure devra être déterminé par référence à cette loi) ou choisir de réaliser sa sûreté conformément à la nouvelle loi (ce qui constitue une “réalisation” en vertu de la nouvelle loi est traité au chapitre VII de la Loi type). Le paragraphe 2 s’applique si “quelque mesure que ce soit” a été prise pour réaliser une sûreté antérieure avant l’entrée en vigueur de la nouvelle loi. Ainsi, par exemple, si le créancier garanti a déjà obtenu la possession d’un bien grevé conformément à la loi antérieure lorsque la nouvelle loi entre en vigueur, il peut choisir de disposer du bien grevé et de distribuer

son produit en vertu de la loi antérieure ou de procéder, pour ces questions, en vertu de la nouvelle loi nonobstant le paragraphe 1.

69. Le paragraphe 2 s'applique à tous les litiges liés à une sûreté antérieure, que ce soit entre le créancier garanti et le constituant, le créancier garanti et un réclamant concurrent ou le créancier garanti et une personne débitrice, par exemple, d'une créance ou d'un instrument négociable. On notera que la loi antérieure ne s'applique qu'à la question qui fait l'objet d'une procédure judiciaire ou arbitrale engagée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi; en vertu de la règle générale de l'article 102-2, la nouvelle loi s'applique à une question distincte qui fait l'objet d'une procédure engagée après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, même si elle concerne la même convention constitutive de sûreté.

Article 104. Applicabilité de la loi antérieure à la constitution d'une sûreté réelle mobilière antérieure

70. Fondé sur la recommandation 230 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 17 à 19), l'article 104 prévoit une exception à la règle générale portant sur l'applicabilité de la nouvelle loi aux sûretés mobilières antérieures énoncée à l'article 102-2. Le paragraphe 1 prévoit que la loi antérieure détermine si un droit né d'une convention conclue avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et qui serait une sûreté mobilière en vertu de la nouvelle loi a été effectivement constitué. Le paragraphe 2 confirme qu'une sûreté mobilière antérieure qui a été effectivement constituée en vertu de la loi antérieure continue de produire effet entre les parties après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, même si sa constitution ne respecte pas les conditions qu'impose cette dernière. Cette approche évite l'invalidation rétroactive des sûretés antérieures qui ont été constituées conformément à la loi qui leur était applicable au moment de leur constitution. Elle permet également d'éviter au créancier garanti d'avoir besoin de la coopération du constituant pour prendre les éventuelles mesures supplémentaires requises pour que soient respectées les conditions de constitution de la nouvelle loi. En effet, le constituant qui aurait déjà reçu tout le crédit censé être garanti par la sûreté antérieure ne se montrerait pas nécessairement coopératif.

71. Les exigences de la nouvelle loi en matière de constitution sont relativement minimes (voir art. 6). Par conséquent, il arrivera rarement qu'une sûreté mobilière constituée conformément à la loi antérieure ne puisse en aucun cas être aussi conforme aux exigences de la nouvelle loi en matière de constitution. Un exemple d'exception possible serait une sûreté antérieure constituée conformément à une règle de la loi antérieure qui autorisait la constitution d'une sûreté par le biais d'une convention verbale, même en l'absence de possession du bien grevé par le créancier garanti. Dans cet exemple, le paragraphe 2 maintiendrait les effets de la sûreté antérieure entre les parties, même alors que la nouvelle loi exige une convention écrite signée par le constituant (voir art. 6-3).

Article 105. Règles transitoires pour déterminer l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière antérieure

72. L'article 105 se fonde sur la recommandation 231 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 20 à 22). Il introduit une exception qualifiée à l'applicabilité générale aux sûretés antérieures des exigences de la nouvelle loi en matière d'opposabilité en vertu de l'article 102-2. Le paragraphe 1 dispose que les sûretés mobilières antérieures rendues opposables en vertu de la loi antérieure restent opposables après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi pendant une période de transition précisée par l'État adoptant, même si les conditions d'opposabilité fixées par la nouvelle loi ne sont pas remplies. Cette période transitoire expire à celle des deux dates suivantes qui intervient la première: la date à laquelle l'opposabilité de la sûreté aurait cessé en vertu de la loi antérieure (voir par. 1 a)) ou la date à laquelle la période transitoire se terminerait (voir par. 1 b)). Il convient de noter que la période de transition pourrait durer, par exemple, entre un et deux ans, pour permettre aux créanciers garantis de se familiariser avec la nouvelle loi et de prendre les mesures

requises pour rendre leurs sûretés opposables en vertu de celle-ci (pour le délai nécessaire pour que la nouvelle loi entre en vigueur et les considérations à prendre en compte pour déterminer cette période, voir par. 83 ci-dessous).

73. L'exemple suivant illustre le fonctionnement du paragraphe 1. Une sûreté antérieure est devenue opposable conformément à la loi antérieure du fait de la conclusion d'une convention constitutive de sûreté, sans que le créancier ait eu besoin de procéder à une inscription ou de prendre d'autres mesures supplémentaires comme par exemple obtenir la possession. Le paragraphe 1 a pour effet de préserver l'opposabilité de la sûreté antérieure aux fins de la nouvelle loi, après l'entrée en vigueur de cette dernière et jusqu'à l'expiration de la période spécifiée au paragraphe 1 b) (par exemple un à deux ans). Si la loi antérieure applicable exigeait qu'il soit procédé à une inscription pour assurer l'opposabilité et que le détenteur de la sûreté antérieure avait dûment procédé à une inscription, mais que la période d'inscription en vertu de la loi antérieure aurait expiré six mois après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le paragraphe 1 a) s'appliquerait, de sorte que l'opposabilité de la sûreté antérieure ne serait préservée que pour une période de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

74. Une sûreté réelle mobilière qui cesserait d'être opposable conformément à la règle énoncée au paragraphe 1 pourra le rester si le créancier garanti prend les mesures voulues pour la rendre opposable en vertu de la nouvelle loi. Le plus souvent, cela se fera en inscrivant un avis au registre. La faculté du créancier garanti à cet égard est renforcée par le paragraphe 4, qui dispose que la convention écrite préalable qui crée la sûreté antérieure suffit pour valoir autorisation de l'inscription de l'avis.

75. Selon le paragraphe 2, l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière antérieure qui cesserait autrement d'être opposable conformément au paragraphe 1 est préservée si le créancier garanti prend les mesures requises par la nouvelle loi pour assurer l'opposabilité avant l'expiration de la période de transition visée au paragraphe 1. Dans ce cas, la sûreté antérieure est considérée comme restant opposable sans interruption à partir du moment où l'opposabilité a été assurée conformément à la loi antérieure. Il s'ensuit que la date d'opposabilité en vertu de la loi antérieure sera considérée comme le moment pertinent pour déterminer la priorité de la sûreté à l'égard de réclamants concurrents aux fins des règles de la nouvelle loi qui déterminent la priorité par référence à cette date.

76. Le paragraphe 3 traite du cas où les conditions d'opposabilité prévues par la nouvelle loi ne sont satisfaites qu'après l'expiration de la période de transition visée au paragraphe 1, ce qui laisse un laps de temps entre l'expiration de l'opposabilité conformément au paragraphe 1 et le début de l'opposabilité conformément à la nouvelle loi. Dans ce cas, le paragraphe 3 prévoit que la sûreté ne sera opposable qu'à partir du moment où elle l'est rendue conformément à la nouvelle loi. Il s'ensuit que la priorité de la sûreté antérieure aux fins des règles de la nouvelle loi qui déterminent la priorité par référence à la date d'opposabilité, ne remontera qu'à cette date.

77. Généralement, une sûreté antérieure sera rendue opposable conformément à la nouvelle loi par l'inscription d'un avis au registre (voir art. 18). La Loi type exige que le constituant autorise l'inscription mais prévoit que la conclusion d'une convention constitutive de sûreté écrite constitue une autorisation suffisante, sans qu'une clause d'autorisation expresse ne soit requise (voir art. 2 des dispositions types sur le registre). Conformément à cette règle, le paragraphe 4 confirme qu'une convention écrite entre le constituant et le créancier garanti créant la sûreté réelle mobilière antérieure suffit pour valoir autorisation, même si la convention a été conclue avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

78. Le paragraphe 5 précise un point évoqué, de manière implicite, au paragraphe 2. Il prévoit que si une sûreté antérieure rendue opposable par inscription conformément à la loi antérieure reste opposable sans interruption conformément au paragraphe 2, la date d'inscription sous le régime de la loi antérieure est la date à utiliser pour appliquer les règles de priorité de la nouvelle loi qui font référence à la date d'inscription. On a pensé qu'il était utile de préciser ce point pour couvrir les cas dans

lesquels le lieu d'inscription prévu dans la loi antérieure diffère du registre créé conformément à la nouvelle loi (voir art. 28 de la Loi type).

Article 106. Applicabilité de la loi antérieure à la priorité d'une sûreté réelle mobilière antérieure par rapport aux droits de réclamants concurrents qui découlent de la loi antérieure

79. L'article 106 prévoit une exception à la règle générale selon laquelle la nouvelle loi s'applique à toutes les sûretés mobilières, y compris les sûretés antérieures, règle énoncée à l'article 102-2. Dans la circonstance visée à l'article 106, la priorité d'une sûreté antérieure vis-à-vis des réclamants concurrents est déterminée par application de la loi antérieure.

80. L'application des règles de priorité de la loi antérieure respecte dûment les attentes que peuvent avoir les créanciers garantis et les réclamants concurrents lorsque le seul changement a été l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et que le conflit de priorité ne porte pas sur les droits de nouveaux réclamants concurrents nés après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Par conséquent, le paragraphe 1 assujettit l'application de la loi antérieure à la condition que le rang de priorité de la sûreté antérieure et les droits des réclamants concurrents n'aient pas changé depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

81. Le paragraphe 2 donne des orientations sur les circonstances où le rang de priorité d'une sûreté mobilière antérieure a changé au sens du paragraphe 1 qui mènent à plutôt exiger l'application des règles de priorité de la nouvelle loi conformément à la règle générale énoncée à l'article 102-2. Il a pour effet de rendre les règles de priorité de la nouvelle loi applicables si la sûreté antérieure: a) a été créée en vertu de la loi antérieure mais a, par contre, été rendue opposable en vertu uniquement de la nouvelle loi (voir par. 2 b)); ou b) a été rendue opposable conformément à la loi antérieure mais que la continuité de l'opposabilité n'a pas été préservée avant l'expiration de la période de transition mentionnée à l'article 105-1 (voir par. 2 a)).

Article 107. Entrée en vigueur de la présente Loi

82. L'article 107 se fonde sur la recommandation 228 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 4 à 6). Il impose à l'État adoptant de prévoir soit la date à laquelle soit le mécanisme selon lequel la nouvelle loi entrera en vigueur. La Loi type ne recommande aucune date ou mécanisme particulier, et laisse la question à l'État adoptant. Le placement de cet article et son libellé précis seront également fonction de ce que la nouvelle loi sera autonome ou intégrée à un code civil ou commercial général.

83. S'agissant de déterminer quand la nouvelle loi entrera en vigueur, il faudra veiller, d'une part, à ce que ses avantages économiques puissent être récoltés le plus rapidement possible et, d'autre part, à limiter les perturbations que pourraient causer les importants changements qu'elle provoquera dans la pratique des opérations garanties. Dans la mesure où elle est choisie parce qu'elle représente une amélioration par rapport au régime antérieur, la nouvelle loi devrait entrer en vigueur le plus rapidement possible. Cependant, un certain délai sera nécessaire pour, notamment: a) faire connaître l'existence de la nouvelle loi; b) permettre la création du registre (ou l'adaptation d'un registre existant au système requis par la nouvelle loi) et faire en sorte qu'il soit pleinement opérationnel; c) sensibiliser les participants au système des opérations garanties, aux effets de la nouvelle loi et aux modalités du passage de l'ancienne à la nouvelle loi, et leur permettre de se préparer, entre autres, à respecter de nouvelles règles et à utiliser de nouveaux formulaires d'inscription et de conventions constitutives de sûreté; et d) informer les autres intervenants affectés (par exemple, les acheteurs, les preneurs à bail, les créanciers judiciaires et les représentants de l'insolvabilité) des incidences de la nouvelle loi sur leurs droits. La nouvelle loi pourrait, par exemple, entrer en vigueur à une date précise ou quelques mois (par exemple 6 à 12 mois) après une date précise, ou bien à une date à préciser par voie de décret une fois le registre opérationnel.