



Assemblée générale

Distr. limitée
25 novembre 2015
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Vingt-neuvième session
New York, 8-12 février 2016

Projet de guide pour l'incorporation du projet de loi type sur les opérations garanties

Note du Secrétariat

Additif

Table des matières

	<i>Page</i>
Chapitre VIII. Conflit de lois	3
Introduction	3
A. Règles générales	4
Article 81. Loi applicable aux droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti	4
Article 82. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant un bien corporel	4
Article 83. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant un bien incorporel . . .	5
Article 84. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant des créances relatives à des biens immeubles	6
Article 85. Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière	6
Article 86. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant le produit d'un bien grevé	6
Article 87. Signification du "lieu de situation" du constituant	7
Article 88. Moment à considérer pour déterminer le lieu de situation	7



	Article 89. Exclusion du renvoi	8
	Article 90. Lois de police impératives et ordre public	8
	Article 91. Incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière	9
B.	Règles relatives à des biens particuliers	9
	Article 92. Loi applicable à la relation entre les tiers débiteurs et les créanciers garantis	9
	Article 93. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	10
	Article 94. Loi applicable à l'opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière grevant certains types de biens	10
	Article 95. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle	11
	Article 96. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant des titres non intermédiés	11
	Article 97. Loi applicable dans le cas d'un État à plusieurs unités	12
Chapitre IX.	Transition	13
	Introduction	13
	Article 98. Modification et abrogation d'autres lois	13
	Article 99. Application transitoire de la présente Loi	13
	Article 100. Inapplicabilité de la présente Loi aux actions ouvertes avant son entrée en vigueur	14
	Article 101. Constitution d'une sûreté réelle mobilière antérieure	14
	Article 102. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière antérieure	15
	Article 103. Priorité d'une sûreté réelle mobilière antérieure	16
	Article 104. Entrée en vigueur de la présente Loi	16

Chapitre VIII. Conflit de lois

Introduction

1. Le chapitre VIII de la Loi type énonce les règles à utiliser pour déterminer le droit matériel applicable à la plupart des questions traitées dans les autres chapitres. Ces règles sont généralement appelées 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 quel droit matériel régit 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 la relation qui existe entre les tiers débiteurs et les créanciers garantis. Il pourra s'agir du droit matériel de l'État adoptant ou d'un autre État. Il faut souligner qu'en cas de litige dans un État, le tribunal ou une autre autorité appliquera les règles de conflit de lois de son propre système juridique pour régler le différend (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).

2. L'application des règles de conflit de lois relatives aux sûretés réelles mobilières ne devrait pas être subordonnée à la détermination préalable du fait que l'affaire comporte un élément international. Chaque fois qu'une règle de conflit de lois 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" de la situation. Sinon, un tribunal pourrait méconnaître une règle de conflit de lois adoptée par un État, 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 de cet autre État. Autrement dit, si, dans une situation donnée, la règle d'un État A renvoie à la loi d'un État B, il faudra présumer que le législateur de l'État A a considéré que la situation elle-même comportait un élément international. Lorsque, dans certaines circonstances, des critères supplémentaires seraient requis pour que puisse s'appliquer une règle de conflit de lois d'un État, il faudrait énoncer ces critères dans les règles de conflit de lois de cet État.

3. La règle de conflit de lois relative à la loi applicable aux droits et obligations réciproques des parties n'est pas impérative (elle ne figure pas au paragraphe 1 de l'article 3). Ainsi, les parties sont libres de choisir la loi qui s'appliquera à leurs obligations et droits contractuels. Cependant, les règles de conflit de lois relatives au droit applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, ainsi qu'à la relation qui existe entre les tiers débiteurs et les créanciers garantis (ou à l'effet d'une sûreté sur un tiers débiteur) sont impératives (voir art. 3, par. 1). Cela signifie que les parties ne peuvent pas être autorisées, par une clause d'élection de loi, à éviter les dispositions de fond du système juridique auquel une règle de conflit de lois renvoie. Il doit en être ainsi parce que les sûretés réelles mobilières sont des droits réels (*in rem*) et ont donc un effet sur des tiers. Permettre aux parties de choisir la règle de conflit de lois applicable irait également à l'encontre de l'un des principaux objectifs de ces règles, qui est d'identifier l'État dont le droit matériel s'appliquera 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 de déterminer la loi applicable à la résolution du différend si X et Y avaient été

autorisés à choisir, dans la convention constitutive de sûreté qu'ils ont conclue avec le constituant, des lois différentes pour le classement de leurs sûretés respectives.

A. Règles générales

Article 81. Loi applicable aux droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti

4. L'article 81 se fonde sur la recommandation 216 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 61). Il dispose que les parties à une convention constitutive de sûreté sont libres de choisir la loi applicable à leur relation contractuelle. Il suit l'approche préconisée par les textes internationaux sur cette question, y compris les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. La Loi type n'aborde pas la question de savoir s'il faudrait fixer des contraintes à l'autonomie des parties en ce qui concerne la loi applicable aux relations contractuelles, et la renvoie aux autres règles de conflit de lois de l'État adoptant. Ces autres règles déterminent également la loi qui régit la relation contractuelle des parties en l'absence d'un choix de la loi dans la convention constitutive de sûreté; elles renvoient souvent au droit de l'État le plus étroitement lié à la convention. Il convient de noter que la règle énoncée à l'article 81 se limite aux aspects contractuels de la convention constitutive de sûreté. Comme cela a déjà été indiqué, les questions relatives aux aspects réels des opérations garanties (priorité d'une sûreté, par exemple) sortent du champ de la liberté contractuelle; les parties ne peuvent pas, sur ces questions, choisir une loi autre que celle indiquée par les règles de conflit de lois.

Article 82. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant un bien corporel

5. L'article 82 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. Le terme "bien corporel" désigne l'ensemble des types de biens meubles corporels, y compris les instruments et documents négociables, les espèces et les titres non intermédiés représentés par des certificats (voir art. 2, al. ii); voir aussi Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 26; même si, en ce qui concerne les titres non intermédiés représentés par des certificats, c'est l'article 96 qui prévaut en tant que règle relative à des biens particuliers).

6. Le paragraphe 1 énonce la règle générale selon laquelle la loi applicable à ces questions est la loi du lieu de situation du bien grevé ("*lex situs*" ou "*lex rei sitae*"). L'article 88 traite de la situation dans laquelle le lieu de situation du bien se déplace vers un autre État une fois la sûreté créée. La règle de la *lex situs* relative aux biens corporels connaît cinq exceptions qui sont énoncées aux paragraphes 2 à 4 et dans les options B et C de l'article 96.

7. 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 sera déterminée par la loi du lieu de situation du document, et non par le lieu de situation du bien visé par ce dernier (voir par. 2). La deuxième exception concerne la loi du lieu de situation du

constituant pour un bien d'un type que l'on peut habituellement utiliser dans plusieurs États, à savoir un "bien mobile" (voir par. 3; pour la signification du "lieu de situation", voir art. 87; pour le moment à considérer pour déterminer le lieu de situation, voir art. 88). Ce critère est objectif et ne fait pas référence à l'utilisation réelle. L'exemple le plus évident est un aéronef, qui peut voler d'un État vers de nombreux autres. La règle s'appliquera même si un avion particulier n'est en fait utilisé que dans un seul État.

8. La troisième exception concerne un bien corporel (autre qu'un bien mobile) en transit ou destiné à être exporté (voir par. 4). Une sûreté sur un bien corporel situé dans un État, mais en transit ou destiné à être déplacé vers un autre État, peut être créée et rendue opposable en vertu de la loi de sa destination finale si le bien atteint cette destination dans le délai à préciser par l'État adoptant. Il convient de noter que: a) si les biens n'atteignent pas la destination voulue en temps opportun, la règle du paragraphe 4 ne s'applique pas; et b) la règle du paragraphe 4 n'empêche pas un créancier garanti de prendre les mesures nécessaires pour créer et rendre la sûreté opposable en vertu de la loi du lieu de situation effectif du bien au moment où ces mesures sont prises. On notera également que le paragraphe 4 est une règle de conflit de lois de l'État adoptant seulement 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 relève des règles de conflit de lois de cet État.

9. La quatrième exception figure dans les options B et C de l'article 96, qui se réfèrent à des lois autres que celles qui concernent le lieu de situation du certificat pour une sûreté grevant des titres représentés par des certificats.

10. Une autre exception possible concerne les biens pour lesquels un avis relatif à une sûreté réelle mobilière est susceptible d'être inscrit dans un registre de propriété spécialisé ou consigné sur un certificat de propriété. La loi applicable à la sûreté grevant un tel bien est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu ou le certificat est situé (voir Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 37 et 38, ainsi que la recommandation 205).

Article 83. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant un bien incorporel

11. L'article 83 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 création, 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. 87; pour le moment à considérer pour déterminer le lieu de situation, voir art. 88). On notera que les créances sont visées par cette règle, qui est soumise à plusieurs exceptions énoncées aux articles 84 et 93 à 96.

12. La première exception concerne la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une créance découlant d'une vente ou d'une location de biens immobiliers [ou garantie par des biens immobiliers] (voir art. 84 ci-dessous). Les autres exceptions concernent une sûreté grevant des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir art. 93), une propriété intellectuelle (voir art. 95, qui renvoie à la fois à la *lex protectionis* et à la loi de l'État dans lequel est situé le constituant) et des titres non intermédiés (voir art. 96).

**Article 84. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière
grevant des créances relatives à des biens immeubles**

13. L'article 84 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 d'une vente ou d'une location de biens immobiliers [ou garantie par des biens immobiliers] sur les droits de réclameurs concurrents. Énonçant une exception à la règle générale de l'article 83, l'article 84 renvoie cette question à la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre immobilier est organisé. Pour que l'article 84 s'applique, le droit d'un réclameur concurrent doit être susceptible d'inscription dans le registre immobilier pertinent.

Article 85. Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière

14. L'article 85 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 ii) de l'article 2. Il renvoie à la loi de l'État [où a lieu la réalisation (*lex fori*), qui serait dans la plupart des cas celle de l'État où se trouve le bien grevé (pour les raisons de principe sous-tendant cette démarche, voir Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 66)] [où se trouve le bien grevé].

15. Il convient de noter que la réalisation peut comprendre plusieurs actes distincts (dont la notification de l'intention du créancier garanti d'obtenir la possession d'un bien grevé sans saisir un tribunal ou une autre autorité, la disposition d'un bien grevé et la répartition du produit d'une disposition) qui 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. En conséquence, la loi de différents États peut être applicable à la réalisation. Le résultat serait le même si une sûreté réelle mobilière était créée et grevait plusieurs biens corporels situés dans différents États. Il convient également de noter que l'alinéa a) n'aborde pas le cas moins fréquent où la réalisation est menée dans différents États parce que le bien a été déplacé vers un autre État après le début de la procédure. Toutefois, dans un tel cas, on suppose que le lieu pertinent est celui où la réalisation a commencé.

16. 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) est la loi qui régit la priorité. Le principal avantage de cette approche est que la création, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une créance (mais pas la relation entre le débiteur de la créance et le créancier garanti; voir art. 92) sont renvoyées à une seule et même loi, à savoir celle du lieu de situation du constituant (voir Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 69).

**Article 86. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière
grevant le produit d'un bien grevé**

17. L'article 86 se fonde sur la recommandation 215 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 55 à 60). L'exemple qui suit illustre le fonctionnement de la règle relative à la loi applicable au produit. Supposons que le bien initialement

grevé est constitué de stocks, qui sont vendus, et que le prix de vente est versé sur un compte bancaire. 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 comme produit des stocks initialement grevés est la loi du lieu de situation des stocks. En vertu du paragraphe 2, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté qui grève le produit est la loi applicable au droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire (voir art. 93).

18. 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 automatique au produit tandis que celle qui régit l'opposabilité et la priorité n'en reconnaît aucun ou ne reconnaît qu'un droit très limité. Il convient de noter également que cet article 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, tandis que 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 87. Signification du “lieu de situation” du constituant

19. L'article 87 se fonde sur la recommandation 219 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 73 et 74). On notera que le lieu de l'administration centrale d'une personne morale n'est pas nécessairement le lieu de son siège statutaire. 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 que la création, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté grevant une créance sont renvoyées à une seule et même loi qui est aisément déterminée, à savoir en toute probabilité celle de l'État où sera menée la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du constituant.

Article 88. Moment à considérer pour déterminer le lieu de situation

20. L'article 88 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 le lieu de situation du bien ou du constituant passe d'un État (État A) à un autre (État B) dans les cas où la loi applicable est déterminée par référence à ce lieu.

21. Le paragraphe 1 établit que l'État B reconnaît l'existence de la sûreté réelle mobilière si celle-ci a été valablement créée en vertu de la loi de l'État A au moment où le bien ou le constituant était situé dans ce dernier. Cependant, si un conflit de priorité survient dans l'État A ou dans l'État B, c'est le droit matériel de l'État B qui sera appliqué pour déterminer si la sûreté est opposable et a priorité sur les droits des réclamants concurrents. En conséquence, pour que la sûreté soit traitée comme étant opposable 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. Il en est ainsi 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. En effet, cette analyse part du principe que les deux États sont des États adoptants.

22. Le paragraphe 2 constitue une exception aux règles générales du paragraphe 1. En cas de conflit de priorité entre deux sûretés réelles mobilières qui ont été rendues opposables dans l'État du lieu de situation initial (l'État A, dans l'exemple), le conflit est réglé par la loi de ce lieu.

Article 89. Exclusion du renvoi

23. L'article 89 se fonde sur la recommandation 221 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 14). Son but est de rejeter la doctrine du renvoi et d'éviter les complications qui en découlent pour assurer une plus grande sécurité juridique en ce qui concerne la loi applicable. En vertu de la doctrine du renvoi, la loi applicable telle qu'indiquée par les règles de conflit de lois d'un État (État A) inclut les règles de droit international privé (ce terme est utilisé dans le même sens que le terme "conflit de lois") de l'État dont c'est la loi qui est applicable. Il en découle que si les règles de conflit de lois de l'État A renvoient la priorité d'une sûreté sur une créance à la loi du lieu de situation du constituant (loi de l'État B) et que les règles de conflit de lois de l'État B renvoient cette question à la loi qui régit la créance (loi de l'État C), un tribunal de l'État A résoudra le conflit de priorité en se fondant sur la loi de l'État C (et non sur celle de l'État B). Mais c'est là un résultat qui créerait une incertitude quant à la loi applicable et irait également à l'encontre des attentes des parties. C'est pourquoi l'article 89 interdit le renvoi (une exception à cette interdiction est énoncée au paragraphe 3 de l'article 97).

Article 90. Lois de police impératives et ordre public

24. L'article 90, 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 sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux ("Principes de La Haye"), énonce des principes généralement reconnus du droit international privé.

25. Pour illustrer la façon dont les règles énoncées aux paragraphes 1 et 3 fonctionnent, supposons que la loi du for interdit les transactions sur certains types de biens (comme un bien qui est le produit d'activités criminelles ou fait l'objet de sanctions internationales) et que le droit de l'État dont la loi est applicable ne prévoit pas une telle interdiction. Dans ce cas, le tribunal du for pourra refuser de reconnaître comme valable une sûreté créée sur ce bien conformément à la loi étrangère qui est applicable, en vertu des dispositions du présent chapitre, même si cette loi ne prévoit pas la même interdiction. Pour ce faire, cependant, il devra conclure que l'application de la loi étrangère serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for (voir par. 3).

26. 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 comme valablement créée une sûreté réelle mobilière dont la création avait été autorisée par la loi applicable (même s'il s'agit de la loi du for), pour autant que cette création soit manifestement contraire à l'ordre public d'un État étroitement lié à la situation. Par exemple, si un cabinet d'avocats est situé dans l'État du for et si, en vertu de la loi applicable de cet État, une sûreté peut être constituée sur des créances nées de services juridiques, mais que le client est situé dans un État étranger doté de règles de confidentialité strictes qui interdisent de constituer une sûreté sur les créances d'un cabinet d'avocats nées de services juridiques, le tribunal du for pourra refuser d'appliquer la

loi applicable de l'État du for s'il conclut que cette application serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du lieu de situation du client.

27. 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 unique. En vertu du paragraphe 5, un tribunal arbitral peut prendre en compte certaines dispositions et politiques impératives, par exemple celles du siège (quelle que soit la manière dont celui-ci a été déterminé) ou du lieu où la sentence serait susceptible d'être exécutée. Le paragraphe 5 exige du tribunal arbitral qu'il détermine s'il doit ou s'il peut tenir compte des dispositions impératives en matière de police ou d'ordre public d'une autre loi, vu (en particulier) l'accord des parties, le siège 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).

28. Le paragraphe 6 dispose que l'État du for ne peut pas écarter les dispositions de la loi applicables à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière au motif que cela serait contraire à son ordre public, et appliquer ses propres dispositions 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 91. Incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière

29. L'article 91 se fonde sur la recommandation 223 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 80 à 82). Il a pour objet de préciser que les tribunaux de l'État adoptant chargés des affaires d'insolvabilité doivent, en principe, respecter la loi applicable aux sûretés conformément à ses règles de conflit de lois. Cependant, rien à l'article 91 ne réserve 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 lors de l'insolvabilité du constituant.

B. Règles relatives à des biens particuliers

Article 92. Loi applicable à la relation entre les tiers débiteurs et les créanciers garantis

30. L'article 92 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 relatives 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”. 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 invoquer le fait 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.

Article 93. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

31. L’article 93 se fonde sur la recommandation 210 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 49 à 51). Il s’écarte de la règle générale de conflit de lois relative à la loi applicable aux biens incorporels (voir art. 83). Un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est, au sens générique, une créance du client sur l’établissement dépositaire, mais dans ce cas, une règle différente s’applique pour déterminer la loi applicable. Deux options s’offrent à l’État adoptant en ce qui concerne la loi applicable à la création, 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 dépositaire et le créancier garanti.

32. Dans l’option A, la loi applicable est celle de l’État dans lequel se situe la succursale ou l’agence de l’établissement dépositaire qui tient le compte. Il convient de noter qu’une succursale (ou une agence) d’un établissement dépositaire peut être considérée comme étant située dans un pays particulier, 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 dépositaire doit avoir une présence physique ou une adresse légale dans un pays pour que les autorités réglementaires pertinentes l’autorisent à y exercer ses activités.

33. Dans l’option B, la loi applicable est la loi désignée dans la convention de compte comme régissant les questions visées à l’article 93 ou, en l’absence d’une telle désignation, la loi désignée par les parties à la convention de compte comme régissant cette convention. 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 dépositaire tient des comptes bancaires. On notera, cependant, que l’État dont la loi est ainsi désignée peut différer de celui dans lequel le compte bancaire du constituant est tenu.

34. Si la loi applicable ne peut pas être déterminée comme cela est décrit dans le paragraphe précédent, l’option B prévoit plusieurs règles subsidiaires 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 cette option.

Article 94. Loi applicable à l’opposabilité par inscription d’une sûreté réelle mobilière grevant certains types de biens

35. L’article 94 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. Conformément aux articles 82, 93 et 96, 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 94 dispose que si l'État adoptant reconnaît l'inscription d'un avis comme moyen de rendre opposable une sûreté sur un instrument négociable, un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou un titre non intermédié représenté par un certificat, la loi applicable à l'opposabilité par inscription est alors celle de l'État dans lequel le constituant est situé.

**Article 95. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant
une propriété intellectuelle**

36. L'article 95 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 étant prioritaire. On notera qu'une sûreté grevant une propriété intellectuelle peut être accordée par toute personne qui est en droit d'utiliser cette propriété dans le cadre du droit correspondant applicable. Par conséquent, le constituant peut être le propriétaire, le bénéficiaire d'un transfert, un preneur à bail ou un preneur de licence de la propriété intellectuelle destinée à être grevée.

37. Le paragraphe 2 prévoit une autre façon de créer et de rendre opposable à certains tiers une sûreté grevant une propriété intellectuelle. Il dispose que le créancier garanti peut également utiliser, à ces fins, la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. Le principal avantage de ce paragraphe est que si elle a été rendue opposable à un administrateur de l'insolvabilité du constituant en vertu de la loi du lieu de situation de ce dernier, 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.

38. S'agissant des questions de réalisation relatives à la propriété intellectuelle, le paragraphe 3 renvoie à la loi du lieu de situation du constituant. Si la réalisation fait intervenir plusieurs actes qui se déroulent dans plusieurs États, cette règle conduit quand même à appliquer une seule et même loi, dans la mesure où il est peu probable que le lieu de situation du constituant change entre de tels actes. En outre, si par un rare hasard cela se produisait, on suppose que le tribunal renverrait à la loi applicable au lieu où se situait le constituant au début de la réalisation. Il convient de noter que l'opposabilité de la sûreté à des personnes autres que le constituant (par exemple le propriétaire de la propriété intellectuelle, si le constituant est un preneur de licence) sort du champ d'application de cet article.

**Article 96. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant
des titres non intermédiés**

39. [...].

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire relatif à l'article 96 sera rédigé lorsqu'il aura pris une décision quant à l'option à conserver ou au fait de savoir si l'article

devrait comprendre plusieurs options, et qu'il sera convenu de la teneur de l'article.]

Article 97. Loi applicable dans le cas d'un État à plusieurs unités

40. L'article 97 se fonde sur les recommandations 224 à 227 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 83 à 87). Il a pour but de traiter de la loi applicable lorsque l'État dont la loi est applicable comprend plusieurs unités territoriales. Dans ce cas, le paragraphe 1 prévoit qu'une référence à la loi d'un État à plusieurs unités est une référence à la loi applicable dans l'unité concernée. Dans un État fédéral, par exemple, la législation des opérations garanties peut relever de l'organe législatif d'une de ses unités territoriales. Dans ce cas, chaque unité est dotée de son propre droit matériel et de ses propres règles de conflit de lois. Le paragraphe 2 dispose que l'unité concernée est déterminée en fonction du lieu de situation du constituant ou du bien grevé, ou, sinon, conformément aux dispositions du chapitre. Il convient de noter que les paragraphes 1 et 2 correspondent à des dispositions interprétatives, qui s'appliquent également lorsque l'État du for est celui dont la loi est applicable conformément aux dispositions du chapitre.

41. Lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités qui n'est pas un État adoptant, le paragraphe 3 dispose que les règles de conflit de lois de l'État ou de l'unité territoriale en question déterminent s'il convient d'appliquer la loi d'une autre unité territoriale de cet État (voir Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 85). Cela signifie que le tribunal du for doit examiner les règles internes de conflit de lois de l'État où le constituant ou le bien grevé est situé. 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 (art. 37). Dans le présent article, cependant, 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 de l'État à plusieurs unités.

42. Pour illustrer le fonctionnement de la règle du paragraphe 3, supposons que les règles du présent chapitre relatives au conflit de lois renvoient à la loi du lieu de situation du constituant et qu'en vertu de ce chapitre, ce lieu se situe dans l'une des unités territoriales d'un État à plusieurs unités dont les lois (y compris ses règles de conflit de lois) régissent les opérations garanties. Supposons également qu'en vertu de ce chapitre, le lieu de situation du constituant se situe dans l'unité A de cet État à plusieurs unités (l'unité A étant le lieu de situation de l'administration centrale du constituant). Si, cependant, les règles de conflit de lois de l'unité A renvoient à la loi d'une unité B comme étant la loi applicable (parce que l'unité B renvoie également au lieu de situation du constituant, mais le définit comme son siège statutaire et non comme le lieu de son administration centrale, par exemple), le tribunal du for doit appliquer la loi de l'unité B si le siège statutaire du constituant se trouve dans cette unité.

43. Indirectement, le paragraphe 3 constitue une exception à l'exclusion de la doctrine du renvoi (voir art. 89) puisqu'il fait intervenir un "renvoi interne". Cette exception vise à assurer que lorsque la loi applicable est celle d'une des unités d'un État à plusieurs unités qui n'est pas un État adoptant, un tribunal du for à l'extérieur dudit État à plusieurs unités appliquera le droit matériel de la même unité que le ferait un tribunal du for dans l'État même.

Chapitre IX. Transition

Introduction

44. Ce chapitre remplit trois fonctions. Tout d’abord, il prévoit l’abrogation de la loi antérieure qui régissait les sûretés réelles mobilières (voir art. 98). En deuxième lieu, il établit la loi applicable aux sûretés créées alors que la loi antérieure était en vigueur mais qui continuent d’être opposables, éventuellement pendant de longues périodes, après l’entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les opérations garanties (voir art. 99 à 103). En troisième lieu, il prévoit la détermination d’une date à laquelle la nouvelle loi entrera en vigueur (voir art. 104). Ainsi, ce chapitre fournit des règles qui permettent de passer, de manière équitable et efficace, de la loi antérieure régissant de telles sûretés à la nouvelle (voir Guide sur les opérations garanties, chap. XI, par. 1 à 3).

Article 98. Modification et abrogation d’autres lois

45. La Loi type est conçue comme un système complet de droit des opérations garanties, remplaçant intégralement le régime antérieur plutôt que complétant la législation existante. En conséquence, il faudra qu’au paragraphe 1, l’État adoptant énonce et ainsi abroge les lois qui constituent son régime des opérations garanties. Les formalités d’abrogation dépendront de la forme du régime antérieur. S’il s’agit d’un code autonome ou d’un ensemble similaire, il pourra être abrogé dans son intégralité. En revanche, s’il s’agit de textes liés à une législation abordant aussi d’autres sujets, l’État adoptant devra examiner comment il pourra en extraire les règles qui régissent les sûretés. Lorsque la loi antérieure se fonde en partie sur la jurisprudence (ce qui peut être le cas par exemple dans certains systèmes de *common law*), l’État adoptant doit déterminer comment l’abroger.

46. Nombre d’autres textes de loi interagissent avec le droit des opérations garanties. Dans certains cas, leurs dispositions auront été rédigées en partant du principe que la législation antérieure des opérations garanties était en vigueur. Le paragraphe 2 offre à l’État adoptant la possibilité de modifier ces dispositions pour les intégrer à la nouvelle loi.

Article 99. Application transitoire de la présente Loi

47. Le paragraphe 1 de cet article définit deux termes utilisés dans le chapitre. Selon le paragraphe 1 a), la “loi antérieure” peut être celle de l’État adoptant ou celle d’un autre État dont la loi est applicable conformément aux règles de conflit de lois de l’État adoptant. Selon le paragraphe 1 b), une “sûreté réelle mobilière antérieure” est une sûreté réelle mobilière pour autant que la convention constitutive de sûreté pertinente ait été conclue avant l’entrée en vigueur de la nouvelle loi, même si la sûreté grève des biens futurs (voir art. 2, al. m)). Ainsi, une telle sûreté bénéficiera des provisions de la Loi type relatives à la transition.

48. 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 dispose qu’à la fin de la période transitoire prévue à l’article 104, la Loi type s’applique à toutes les sûretés qui entrent dans son champ d’application, y compris aux sûretés antérieures, sauf dans les cas prévus dans le chapitre (entre autres à l’article 100).

49. Du paragraphe 2, il découle que même les sûretés réelles mobilières antérieures seront régies, du moins en partie, par la nouvelle loi. Dans la mesure où de nombreuses opérations garanties durent plusieurs années, si la nouvelle loi s'appliquait uniquement aux opérations conclues après son entrée en vigueur, la loi antérieure persisterait pendant une longue période au cours de laquelle les prêteurs, les emprunteurs, les avocats et les juges devraient appliquer les deux systèmes et rechercher des réclamants concurrents au titre des deux régimes. Cela engendrerait des coûts supplémentaires et retarderait l'apparition des bienfaits économiques du nouveau système.

Article 100. Inapplicabilité de la présente Loi aux actions ouvertes avant son entrée en vigueur

50. L'article 100 se fonde sur la recommandation 229 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 13 à 16). Il introduit une exception à la règle de l'article 99 selon laquelle, à la fin de la période transitoire, la Loi type s'applique à toutes les sûretés réelles mobilières qui entrent dans son champ d'application, y compris aux sûretés antérieures. Dans certains cas, seule la loi antérieure régira un aspect donné d'une convention constitutive de sûreté conclue en vertu de ce régime.

51. Le paragraphe 1, en particulier, dispose que si une question relative à une sûreté réelle mobilière fait l'objet d'une procédure judiciaire ou arbitrale ouverte avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, c'est la loi antérieure qui continue de régir le litige. Ce paragraphe s'applique à tous les litiges nés de la loi 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 l'ouverture, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, d'une procédure judiciaire visant à régler un litige donné n'exclut pas l'application des dispositions de la nouvelle loi à un litige distinct né de la même convention constitutive de sûreté.

52. Le paragraphe 2 énonce une règle de fond relative à la réalisation des sûretés réelles mobilières. Il indique que si la réalisation a commencé en vertu de la loi antérieure, le créancier garanti peut la poursuivre conformément à ce régime antérieur même après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Article 101. Constitution d'une sûreté réelle mobilière antérieure

53. L'article 101 se fonde sur la recommandation 230 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 17 à 19). Il dispose que si une sûreté réelle mobilière a été valablement créée en vertu de la loi antérieure, cela suffit pour qu'elle continue de produire des effets entre les parties en vertu de la nouvelle loi, même si sa constitution ne respecte pas les conditions qu'impose cette dernière. Cette règle évite l'invalidation des sûretés antérieures et permet de ne pas provoquer de situation dans laquelle le créancier garanti aurait besoin de la coopération du constituant pour prendre les mesures supplémentaires requises par la nouvelle loi pour maintenir l'existence de la sûreté. En effet, le constituant qui aurait déjà reçu un crédit garanti par la sûreté sur le bien grevé ne se montrerait pas nécessairement coopératif.

Article 102. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière antérieure

54. L'article 102 se fonde sur la recommandation 231 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 20 à 22). Il dispose que les sûretés réelles mobilières créées et rendues opposables en vertu de la loi antérieure le restent pendant un certain temps en vertu de la nouvelle loi, même si les conditions d'opposabilité fixées par cette dernière ne sont pas remplies. Cette période expire à celle des deux dates suivantes qui intervient la première: la date précisée dans la Loi type ou la date à laquelle l'opposabilité aurait cessé en vertu de la loi antérieure.

55. Illustration 1: Dans l'ancien droit des opérations garanties d'un État X, une sûreté constituée sur une créance était automatiquement opposable sans aucune action supplémentaire. Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, un constituant a créé, en faveur d'un créancier, une sûreté sur ses créances. Toutes les mesures nécessaires à la création d'une sûreté en vertu de la loi antérieure ont été dûment prises; en vertu de cette loi, par conséquent, le créancier possédait sur les créances une sûreté qui était opposable. Le paragraphe 1 dispose qu'une fois que la nouvelle loi entre en vigueur, la sûreté du créancier demeure opposable jusqu'à l'expiration de la période de temps spécifiée à l'alinéa a).

56. Illustration 2: Dans l'ancien droit des opérations garanties d'un État Y, une sûreté constituée sur des créances par une société agissant en tant que constituant était rendue opposable par un avis envoyé au registre des sociétés. Conformément à la loi antérieure, cet avis expirait après quatre ans. Un an avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, un constituant a créé, en faveur d'un créancier, une sûreté sur ses créances. Toutes les mesures nécessaires à la création d'une sûreté ont été dûment prises et le créancier a soumis l'avis requis au registre des sociétés le jour même; en vertu du régime antérieur, par conséquent, la créance était opposable. Le paragraphe 1 dispose qu'une fois que la nouvelle loi entre en vigueur, la sûreté du créancier reste opposable: a) jusqu'à l'expiration de la période de quatre ans d'opposabilité, en vertu de la loi antérieure, de l'avis soumis au registre des sociétés; ou b) jusqu'à l'expiration de la période de temps spécifiée à l'alinéa b), selon ce qui intervient en premier.

57. Un créancier garanti ayant une sûreté opposable en vertu de la loi antérieure, mais qui cessera de l'être en vertu de la règle énoncée au paragraphe 1, pourra prendre 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. Cela sera facilité par le paragraphe 2, qui dispose que la convention écrite préalable qui crée la sûreté suffit pour valoir autorisation de l'inscription de l'avis.

58. Le paragraphe 3 dispose que, aussi longtemps qu'une sûreté réelle mobilière est opposable conformément à la loi antérieure et que les conditions d'opposabilité de la nouvelle loi ont été remplies avant l'expiration de la période spécifiée au paragraphe 1, cette sûreté antérieure demeure opposable à partir du moment où elle l'a été rendue en vertu de la loi antérieure et que, par conséquent, la priorité compte à partir de ce moment-là.

59. Toutefois, si une sûreté réelle mobilière était opposable conformément à la loi antérieure mais qu'il s'écoule un laps de temps avant qu'elle ne devienne opposable en vertu de la nouvelle loi, le paragraphe 4 dispose qu'elle n'est opposable qu'à partir du moment où elle l'est rendue en vertu de la nouvelle loi et que, par conséquent, sa priorité ne vaut qu'à partir de ce moment.

Article 103. Priorité d'une sûreté réelle mobilière antérieure

60. L'article 103 énonce deux règles servant à déterminer la priorité d'une sûreté réelle mobilière créée conformément à la loi antérieure. Le paragraphe 1 indique comment appliquer la règle de priorité précisée à l'article 28 à une telle sûreté. Il prévoit que la date d'opposabilité ou d'inscription d'un avis, selon le cas, conformément à la loi antérieure est retenue pour déterminer la priorité si la sûreté était opposable en vertu de la loi antérieure et qu'elle l'est restée en vertu du paragraphe 3 de l'article 102 de la nouvelle loi.

61. Toutefois, conformément au paragraphe 2, c'est la loi antérieure, plutôt que la nouvelle, qui sert à déterminer la priorité si la position des réclamants concurrents en matière de priorité n'a pas changé. Cette règle a pour but de maintenir la priorité qui avait été établie entre réclamants concurrents conformément à la loi antérieure, lorsque le seul changement survenu est l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Article 104. Entrée en vigueur de la présente Loi

62. L'article 104 se fonde sur la recommandation 228 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 4 à 6). Il dispose qu'il appartient à l'État adoptant de déterminer soit la date à laquelle soit le mécanisme selon lequel la nouvelle loi entre en vigueur. L'État adoptant pourrait aussi vouloir déterminer si cet article devrait être placé au début ou à la fin de la nouvelle loi.

63. Pour déterminer le moment auquel la nouvelle loi sur les opérations garanties entrera en vigueur, il faudra veiller, en particulier, d'une part à ce que les avantages économiques de la nouvelle loi puissent être obtenus le plus rapidement possible et, d'autre part, à limiter les perturbations que pourraient causer les importants changements qui surviendront dans la pratique des opérations garanties du fait de la nouvelle loi. 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 c) permettre aux parties, notamment aux créanciers garantis actuels et futurs, de se préparer, par exemple, à respecter les nouvelles règles et à concevoir de nouveaux formulaires. La nouvelle loi pourrait par exemple entrer en vigueur à une date précise ou quelques mois après une date précise, ou bien à une date à préciser par voie de décret une fois le registre opérationnel.