



Assemblée générale

Distr.: Générale
15 octobre 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Reprise de la quarantième session
Vienne, 10-14 décembre 2007

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Note du secrétariat*

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
XII. Conflit de lois	1-83	3
A. Remarques générales.....	1-83	3
1. Introduction	1-14	3
a) Objet des règles de conflit de lois.....	1-8	3
b) Champ d'application des règles de conflit de lois.....	9-13	5
c) Plan du chapitre	14	6
2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière.....	15-27	7
3. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels	28-37	9
a) Règle générale: loi du lieu de situation du bien grevé (<i>lex situs</i> ou <i>lex rei sitae</i>)	29-30	10

* La présente note a été soumise deux semaines après la date limite, fixée à 10 semaines avant le début de la session, car il a fallu achever les consultations et modifier le texte en conséquence.



b)	Règle supplémentaire pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation	31-33	10
c)	Règle spéciale pour la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable	34	11
d)	Exceptions pour certains types de biens.	35-37	11
4.	Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels	38-50	12
a)	Règle générale: loi du lieu de situation du constituant	38-43	12
b)	Exceptions pour certains types de biens.	44-50	14
5.	Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit	51-56	15
6.	Loi applicable aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté.	57	17
7.	Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs	58-59	17
8.	Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière	60-68	18
9.	Règles et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation	69-74	20
10.	Ordre public et lois de police	75	21
11.	Impact de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières.	76-78	21
12.	Recommandations spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités	79-83	22
B.	Recommandations		23

XII. Conflit de lois

A. Remarques générales

1. Introduction

a) Objet des règles de conflit de lois

1. L'objet principal du Guide est d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties afin de promouvoir l'offre de crédit garanti et favoriser ainsi la croissance des entreprises nationales et, d'une façon générale, accroître les échanges (voir par. [...]). Afin d'atteindre cet objectif, il faut qu'une loi sur les opérations garanties incite des prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit nationaux et étrangers à octroyer des financements. Le droit des opérations garanties a principalement pour objet les constituants, les créanciers garantis, les tiers débiteurs et les tiers créanciers qui se trouvent dans un même État, ainsi que les conventions constitutives de sûretés portant sur des biens grevés également situés dans ce même État, que ce soit lorsque la sûreté est constituée ou à tout moment par la suite. Toutefois, une grande partie de l'activité commerciale contemporaine échappe à cette configuration. De plus en plus, le droit des opérations garanties s'applique à des conventions conclues entre des parties, ou affectant des parties, situées dans plusieurs États, ou portant sur des biens qui sont destinés à l'exportation ou à l'importation, situés dans plusieurs États, ou habituellement utilisés dans plusieurs États. Afin d'être le plus complet possible, il faut donc que le Guide aborde un large éventail de questions relatives aux différents types d'opérations internationales.

2. Le présent chapitre examine les règles qui déterminent la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, à son opposabilité, à sa priorité sur les droits des réclamants concurrents et à sa réalisation (pour les définitions des termes "sûreté réelle mobilière", "priorité" et "réclamant concurrent", voir Introduction, sect. B, Terminologie). Ces règles, généralement appelées "règles de conflit de lois", déterminent également le champ d'application territorial des règles de droit matériel prévues dans le Guide (autrement dit quand les règles matérielles de l'État adoptant le régime envisagé dans le Guide s'appliquent). Par exemple, si un État a adopté les règles de droit matériel prévues dans le Guide concernant la priorité d'une sûreté, celles-ci ne s'appliqueront à un conflit de priorité survenant dans cet État que si la règle de conflit de lois de l'État du for¹ relative aux questions de priorité désigne les lois de ce dernier. Si la règle renvoie à la loi d'un autre État, le rang de chaque réclamant concurrent sera alors déterminé conformément à cette loi.

3. Les règles de conflit de lois proposées dans le Guide ne s'appliqueront que si l'État du for est un État qui a adopté les règles recommandées par le Guide. Elles ne peuvent s'appliquer dans un État qui n'a pas adopté ces règles. La raison en est qu'un État ne peut pas légiférer sur les règles de conflit de lois qui doivent être appliquées dans un autre État. Les tribunaux de l'autre État appliquent leurs propres règles de conflit de lois pour déterminer s'ils doivent appliquer le droit matériel de leur propre État ou celui d'un autre État.

¹ Le terme "État du for" désigne l'État au regard duquel il convient de déterminer le droit matériel à appliquer dans cet État, ce qui est nécessaire dans le cadre d'une procédure judiciaire comme à chaque fois que l'on veut savoir si une opération produira les effets juridiques voulus.

4. Les règles de conflit de lois désignent l'État dont le droit matériel s'appliquera à une situation en identifiant les facteurs qui rattachent la situation à cet État. Les principaux facteurs de rattachement recommandés par le Guide sont le lieu de situation des biens grevés et le lieu de situation du constituant de la sûreté réelle mobilière. Ainsi, si le facteur de rattachement est le lieu de situation des biens la loi applicable sera celle de l'État où ces biens sont situés.

5. Une fois qu'une sûreté réelle mobilière a été constituée et est devenue opposable, la localisation d'un ou de plusieurs facteurs de rattachement peut changer. Par exemple, si l'opposabilité d'une sûreté grevant des stocks situés dans l'État A est régie en vertu des règles de conflit de lois de cet État par la loi du lieu de situation des stocks, la question est de savoir ce qu'il advient lorsqu'une partie des stocks est transférée par la suite dans l'État B (dont les règles de conflit de lois prévoient également que l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles corporels est soumise à la loi du lieu de situation des biens). Une solution serait que la sûreté reste opposable dans l'État B sans qu'il ne soit nécessaire de prendre d'autres mesures dans cet État. Une autre solution serait d'exiger qu'une nouvelle sûreté soit obtenue conformément aux lois de l'État B. Une autre encore serait de préserver la sûreté préexistante du créancier garanti sous réserve de l'accomplissement, dans l'État B, de certaines formalités dans un délai déterminé (par exemple, dans les 30 jours qui suivent le transfert des biens dans cet État). Étant donné que la question relève du droit matériel et non du conflit de lois, elle est examinée dans le chapitre V du Guide qui est consacré à l'opposabilité (voir par. [...] et recommandation 45). Le présent chapitre traite seulement du moment devant servir de référence pour déterminer si une sûreté a été constituée, est devenue opposable et a la priorité sur un autre droit.

6. Dans un régime efficace en matière d'opérations garanties, les règles de conflit de lois applicables aux opérations garanties répondent normalement aux objectifs de ce régime, ce qui signifie que la loi applicable aux aspects réels d'une sûreté devrait être aisément déterminable. La sécurité juridique est un objectif essentiel de l'élaboration de règles – tant de droit matériel que de conflit de lois – concernant les opérations garanties. Un autre objectif est la prévisibilité. Comme l'illustre l'exemple donné au paragraphe précédent, les règles de conflit de lois devraient permettre de répondre à la question de savoir si une sûreté obtenue conformément aux lois de l'État A reste régie par la loi de cet État ou tombe sous l'empire des lois de l'État B si, suite au changement de localisation du facteur de rattachement, la loi de l'État B était désignée pour une sûreté du même type. Un troisième objectif essentiel d'un bon système de conflit de lois est que les règles de ce système devraient correspondre aux attentes raisonnables des parties intéressées (en l'occurrence, du créancier, du constituant, du débiteur et des tiers). Pour obtenir ce résultat, le facteur de rattachement qui indique la loi applicable à une sûreté doit avoir un véritable rapport, quel qu'il soit, avec la situation de fait que la loi sera appelée à régir.

7. L'utilisation du Guide (y compris du présent chapitre) pour l'élaboration de lois concernant les opérations garanties aidera à réduire les risques et les coûts résultant de différences entre les régimes actuels de conflit de lois. Dans une opération garantie, le créancier souhaite normalement que ses droits soient reconnus dans tous les États où il pourrait réaliser sa sûreté (y compris dans un État où est administrée une procédure d'insolvabilité visant le constituant ou ses biens). Si ces

États ont des règles de conflit de lois différentes pour le même type de biens grevés, le créancier devra se conformer à plusieurs régimes afin d'être pleinement protégé (ce qui est susceptible de nuire à l'offre et au coût du crédit). Un des avantages de l'existence de règles de conflit de lois harmonisées dans différents États est qu'un créancier peut se fonder sur la même règle (aboutissant aux mêmes résultats) pour déterminer le rang de priorité de sa sûreté dans tous ces États. C'est un des objectifs atteints, par la Convention des Nations Unies sur la cession pour ce qui est des créances de sommes d'argent, et par la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée à la Conférence de La Haye de droit international privé en décembre 2002 (dénommée ci-après "Convention de La Haye sur les titres") pour ce qui est des titres détenus indirectement.

8. Des règles de conflit de lois seraient nécessaires même si tous les États avaient harmonisé leurs règles de droit matériel applicables aux opérations garanties. Il subsisterait en effet des cas où les parties devraient déterminer l'État dont les règles s'appliqueraient. Par exemple, si les lois de tous les États prévoyaient qu'une sûreté sans dépossession est rendue opposable aux tiers par inscription sur un registre public, il faudrait encore savoir sur le registre de quel État la sûreté doit être inscrite.

b) Champ d'application des règles de conflit de lois

9. Le présent chapitre ne définit pas les sûretés réelles mobilières auxquelles s'appliqueront les règles de conflit de lois. Normalement, un droit sera qualifié de sûreté réelle mobilière aux fins du conflit de lois en fonction du droit matériel régissant les opérations garanties dans un État donné. En principe, un tribunal appliquera le droit local chaque fois qu'il devra procéder à une telle qualification pour choisir la règle de conflit de lois appropriée. La question est toutefois de savoir si les règles de conflit de lois d'un État concernant les sûretés devraient également s'appliquer à d'autres opérations qui sont fonctionnellement similaires à ces sûretés, même si elles ne sont pas couvertes par les règles de droit matériel régissant les opérations garanties de cet État (notamment les ventes avec réserve de propriété, les crédits-bails et d'autres opérations analogues), ce qui ne devrait pas empêcher pour autant l'État de les soumettre aux règles de conflit de lois applicables aux sûretés. Le Guide recommande cette approche aux États qui adopteraient l'approche non unitaire en matière de financement d'acquisitions (voir recommandation 199).

10. Une question similaire se pose à propos de certains transferts qui ne sont pas effectués à titre de garantie, lorsqu'il est souhaitable que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité du transfert soit la même que pour une sûreté réelle mobilière sur le même type de biens. C'est ce que prévoit par exemple la Convention des Nations Unies sur la cession, dont les dispositions (y compris les règles de conflit de lois) s'appliquent tant aux cessions pures et simples de créances de sommes d'argent qu'aux sûretés sur ce type de créances (voir l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention). Ce choix est motivé notamment par la nécessité de se référer à une seule loi pour classer plusieurs personnes revendiquant un droit sur la même créance. Le Guide adopte la même approche (voir recommandation 205). Autrement, en cas de conflit de priorité entre l'acquéreur d'une créance de somme d'argent et un créancier détenant une sûreté sur cette même créance, il serait plus difficile (et parfois impossible) de déterminer qui a la priorité si le rang de

l'acquéreur était régi par les lois de l'État A et celui du créancier garanti par les lois de l'État B.

11. Quelle que soit la décision d'un État concernant les catégories d'opérations régies par les règles de conflit de lois, les règles concernant la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité et sa priorité ne porteront que sur les aspects réels de ces opérations. Ainsi, une règle concernant la loi applicable à la constitution d'une sûreté détermine uniquement quelle loi régit les conditions à remplir pour la création d'un droit réel sur les biens grevés. Elle ne s'appliquera pas aux obligations personnelles contractées par les parties. Dans la plupart des États, les obligations purement contractuelles qui découlent d'une opération commerciale sont habituellement soumises à la loi choisie par les parties dans leur convention constitutive de sûreté ou, en l'absence d'un tel choix, à la loi régissant cette convention telle qu'elle est déterminée par les règles de conflit de lois de l'État concerné (par exemple, la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles², conclue à Rome en 1980, dénommée ci-après la "Convention de Rome"). Le Guide recommande d'adopter la même approche pour déterminer les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté (voir recommandation 213).

12. Si l'autonomie des parties est reconnue pour ce qui est des obligations personnelles, les règles de conflit de lois applicables aux aspects réels des opérations garanties échappent en revanche à la liberté contractuelle. Par exemple, le constituant et le créancier garanti ne sont normalement pas autorisés à choisir la loi applicable aux questions de priorité, car cela pourrait non seulement avoir une incidence sur les droits des tiers mais également entraîner un conflit de priorité entre deux sûretés concurrentes soumises à deux lois différentes aboutissant à des résultats opposés.

13. Les règles de conflit de lois de nombreux États prévoient désormais que toute référence à la loi d'un autre État en tant que loi régissant une question désigne la loi en vigueur dans cet État, à l'exception de ses règles de conflit de lois. Le renvoi est exclu par souci de prévisibilité et aussi parce qu'il peut avoir des conséquences contraires aux attentes des parties. Le Guide adopte la même approche (voir recommandation 218).

c) Plan du chapitre

14. Le présent chapitre examine dans ses différentes sections: les règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière d'une manière générale (section A.2), la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels (section A.3), la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels (section A.4), la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit (section A.5), la loi applicable aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté (section A.6), la loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs (section A.7), la loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière (section A.8), les règles et

² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1605, n° 28023.

moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation (section A.9), l'ordre public et les lois de police (section A.10) et les règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités (section A.11). Le chapitre se conclut par une série de recommandations (section B).

2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière

15. La détermination de l'étendue des droits conférés par une sûreté exige généralement une analyse en trois étapes:

a) En premier lieu, il faut déterminer si la sûreté a été constituée (pour les questions de constitution, voir chap. IV du Guide);

b) Ensuite, il faut déterminer si la sûreté est opposable (pour les questions d'opposabilité, voir chap. V du Guide); et

c) Enfin, il faut établir le rang de priorité du droit d'un créancier garanti par rapport au droit d'un réclamant concurrent, par exemple un autre créancier ou un administrateur de l'insolvabilité du constituant (pour les questions de priorité, voir chap. VII du Guide).

16. Une sûreté n'a en effet que peu d'utilité pratique si elle ne peut être réalisée efficacement. Cette question n'est toutefois pas liée à l'étendue des droits du créancier garanti sur les biens grevés, et les règles de conflit de lois relatives à la réalisation seront examinées dans une autre section du présent chapitre.

17. Tous les États ne font pas de distinction entre les trois questions mentionnées au paragraphe 15. Dans nombre d'entre eux, une sûreté (ou tout autre droit réel) qui a été constituée est, par définition, efficace à l'égard de tous (*erga omnes*) sans qu'aucune formalité supplémentaire ne soit nécessaire. Dans ces États, une même règle de conflit s'applique à la constitution d'une sûreté et à son efficacité à l'égard des tiers (et la priorité peut aussi être analysée comme une question d'efficacité). Cependant, même les États qui font une distinction claire entre l'efficacité entre les parties (la constitution), l'opposabilité et la priorité ne prévoient pas toujours une règle de conflit de lois distincte pour chacun de ces aspects; la même règle peut donc s'appliquer à chacun des trois et aboutir à ce que la règle de droit matériel du même État soit applicable à tous ces aspects.

18. Par conséquent, la question essentielle est de savoir si une règle de conflit de lois unique devrait être appliquée aux trois aspects. Des considérations d'ordre pratique, telles que la simplicité et la sécurité juridique, militent en faveur de l'application d'une règle unique. Comme cela a été indiqué plus haut, la distinction entre ces trois aspects n'est pas toujours établie ou comprise de la même manière dans tous les États, de sorte que l'élaboration de règles de conflit de lois différentes les concernant risque de compliquer l'analyse ou de créer une incertitude. Cependant, il y a des cas où le choix d'une loi différente pour les questions de priorité tiendrait mieux compte des intérêts des tiers, tels que les personnes détenant des sûretés légales, les créanciers judiciaires ou les administrateurs de l'insolvabilité.

19. Une autre question importante est de savoir si, pour l'un quelconque de ces trois aspects (constitution, opposabilité ou priorité), la règle de conflit de lois applicable devrait être la même pour les biens meubles corporels et les biens

meubles incorporels. Une réponse affirmative à cette question militerait en faveur soit d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation du constituant, soit d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation des biens grevés (*lex situs* ou *lex rei sitae*).

20. Pour ce qui est des créances de sommes d'argent, une approche reposant sur la loi du lieu de situation des biens grevés (*lex situs*) ne serait cependant pas conforme à la Convention des Nations Unies sur la cession (dont l'article 22 fait référence à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant, autrement dit le constituant). En outre, les biens meubles incorporels ne pouvant pas faire l'objet d'une possession physique, si la loi du lieu de situation des biens était adoptée comme règle de conflit de lois applicable, il faudrait élaborer des règles spéciales et des fictions juridiques pour déterminer le lieu de situation effectif des différents types de bien meubles incorporels. Pour cette raison, le Guide ne considère pas le lieu de situation du bien comme le facteur de rattachement approprié pour les biens meubles incorporels et préconise une approche globalement fondée sur la loi du lieu de situation du constituant (voir recommandation 205).

21. En outre, par souci de cohérence avec la Convention des Nations Unies sur la cession, il faudrait définir le lieu de situation du constituant de la même manière que dans la Convention (voir recommandation 216). Aux termes de cette dernière, le lieu de situation du constituant est son établissement ou, s'il a des établissements dans plus d'un État, celui où s'exerce son administration centrale. Si le constituant n'a pas d'établissement, il est fait référence à sa résidence habituelle (voir l'alinéa h) de l'article 5 de la Convention). Cette définition a été adoptée par la Convention principalement parce qu'il a été estimé que ce lieu était le lieu de situation véritable du constituant et qu'elle conduit à l'application de la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du cédant sera le plus susceptible d'être ouverte.

22. Des considérations de simplicité et de sécurité pourraient même inciter à adopter la même règle de conflit de lois (par exemple la loi du lieu de situation du constituant), non seulement pour les biens meubles incorporels, mais aussi pour les biens meubles corporels, en particulier si la même loi devait s'appliquer à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière. Dans cette approche, une seule recherche suffirait pour s'assurer de l'étendue des sûretés grevant tous les biens d'un constituant. En outre, il ne serait pas nécessaire de donner des indications en cas de transfert des biens grevés vers un autre lieu ni d'établir de distinction entre la loi applicable aux sûretés avec dépossession et celle applicable aux sûretés sans dépossession (ni de déterminer celle qui prime lorsqu'une sûreté avec dépossession régie par la loi de l'État A entre en concours avec une sûreté sans dépossession sur les mêmes biens régie par la loi de l'État B).

23. Cependant, les États ne considèrent pas tous la loi du lieu de situation du constituant comme suffisamment rattachée aux sûretés sur des biens meubles corporels, du moins en ce qui concerne les biens "non mobiles" (et même des sûretés sur certains biens meubles incorporels, tels que les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou les droits de propriété intellectuelle). En outre, dans des nombreux cas, l'adoption de la loi du lieu de situation du constituant aboutirait à ce qu'une loi régisse les opérations garanties et une autre les transferts de propriété des biens grevés. Pour éviter ce résultat, les États devraient adopter la loi du lieu de situation du constituant pour tous les transferts de propriété.

24. De plus, il est presque universellement admis qu'une sûreté avec dépossession devrait être régie par la loi du lieu où les biens sont détenus, si bien que l'adoption de la loi du constituant pour ce type de sûreté irait à l'encontre des attentes raisonnables des créanciers peu avertis. En conséquence, même si la loi du lieu de situation du constituant constituait la règle générale, il faudrait faire une exception pour les sûretés avec dépossession.

25. Pour toutes ces raisons, le Guide recommande deux règles générales de conflit de lois sur la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière à savoir:

a) Pour les biens meubles corporels, la loi applicable devrait être la loi du lieu de situation des biens (voir recommandation 200);

b) Pour les biens meubles incorporels, la loi applicable devrait être la loi du lieu de situation du constituant (voir recommandation 205).

26. Comme les règles de conflit de lois applicables varieront généralement selon qu'il s'agit de biens meubles corporels ou incorporels, la question est de savoir quelle est la règle appropriée lorsque des biens incorporels sont susceptibles d'être grevés d'une sûreté avec dépossession. À ce propos, la plupart des États assimilent certaines catégories de sûretés matérialisées par un document (par exemple les instruments négociables) à des biens meubles corporels, reconnaissant ainsi la possibilité de constituer sur ces biens une sûreté réelle mobilière avec dépossession par la remise de ce document au créancier. Le Guide considère ces types de biens meubles incorporels comme des biens meubles corporels (pour la définition de "biens meubles corporels", voir Introduction, sect. B, Terminologie), de sorte que la règle de conflit de lois pour les biens meubles corporels s'applique généralement à ces biens meubles incorporels. En conséquence, la loi de l'État dans lequel le document est détenu régira la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable, son opposabilité et sa priorité (voir recommandation 200).

27. Le même problème se pose lorsque des marchandises sont représentées par un titre négociable (tel qu'un connaissement). Il est généralement admis qu'un titre représentatif négociable est également assimilé à un bien meuble corporel et peut faire l'objet d'une sûreté avec dépossession. La loi du lieu où se trouve le document (et non les biens eux-mêmes) régirait alors la sûreté. La question est toutefois de savoir quelle loi s'appliquerait à un conflit de priorité entre un créancier ayant une sûreté sur un titre représentatif et un autre créancier auquel le débiteur aurait consenti une sûreté sans dépossession sur les biens eux-mêmes, si le document et les biens ne se trouvent pas dans le même État. Dans un tel cas, les règles de conflit de lois devraient donner préséance à la loi gouvernant la sûreté sur le document, au motif que cette solution répondrait davantage aux attentes légitimes des parties intéressées (voir recommandation 203), ce qui serait également conforme aux règles de droit matériel proposées dans le Guide en ce qui concerne la constitution, l'opposabilité et la priorité (voir recommandations 28, 52 et 105).

3. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels

28. Les considérations de principe militant en faveur de règles générales de conflit de lois exposées ci-dessus ne s'appliquent pas nécessairement dans toutes les circonstances et d'autres règles s'appliquent à certains types spécifiés de biens pour

lesquels le lieu de situation du bien ou du constituant n'est pas le facteur de rattachement le plus approprié. En outre, par souci d'efficacité, d'autres règles s'appliquent aux biens meubles corporels en transit ou destinés à l'exportation. Ces biens ne sont pas destinés à rester dans leur lieu de situation initial et peuvent franchir les frontières de plusieurs États avant d'atteindre leur destination finale. Les paragraphes ci-après examinent les deux règles générales de conflit de lois énoncées plus haut ainsi que leurs exceptions.

a) Règle générale: loi du lieu de situation du bien grevé (*lex situs* ou *lex rei sitae*)

29. Comme il a été indiqué plus haut, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sont généralement régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé (voir recommandation 200). Un cas fréquent d'application de cette règle est celui des sûretés réelles mobilières grevant des stocks. Si un constituant est propriétaire de stocks situés dans un État qui applique cette règle (État A), la loi de cet État régira ces aspects. La règle signifie également que, si le constituant est également propriétaire de stocks situés dans un autre État (État B), il devra satisfaire aux conditions pertinentes de l'État B pour que les tribunaux de l'État A reconnaissent que les stocks situés dans l'État B sont soumis aux droits du créancier garanti.

30. La règle générale de conflit de lois concernant les biens meubles corporels ne fait pas de distinction entre sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession. En conséquence, la loi du lieu de situation des biens est généralement appliquée, que le créancier garanti soit ou non en possession des biens. Cela est particulièrement important pour les biens meubles incorporels assimilés à des biens meubles corporels, tels que des instruments et des documents négociables. La loi du lieu de situation de l'instrument ou du document régira par exemple les questions de priorité même si la sûreté est rendue opposable autrement que par prise de possession.

b) Règle supplémentaire pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation

31. S'agissant des biens en transit ou destinés à l'exportation, l'application de la loi du lieu de situation des biens conduit à appliquer la loi de l'État où se trouvent les biens au moment où la question se pose. L'une des conséquences de cette règle est que les créanciers garantis doivent suivre les biens et satisfaire aux conditions imposées par divers États pour s'assurer qu'ils ont à tout moment une sûreté opposable. Pour éviter cette charge, une solution serait que l'État du lieu de destination finale (ou intermédiaire) reconnaisse l'efficacité d'une sûreté constituée et rendue opposable en vertu de la loi du lieu initial. Cette approche répondrait aux attentes des parties au lieu de situation initiale des biens, mais contrarierait les attentes des parties qui ont octroyé un crédit au constituant conformément aux conditions requises par la loi du lieu de destination finale de ces biens.

32. Une autre approche serait que l'État du lieu de destination finale reconnaisse pendant une durée limitée une sûreté constituée et rendue opposable conformément à la loi du lieu initial des biens. Les parties du lieu de situation initial disposeraient ainsi d'un délai pour remplir les conditions d'opposabilité requises par la loi de l'État de destination finale pour conserver l'opposabilité initialement obtenue au

lieu de situation initial. Cette approche permettrait de concilier les intérêts des parties situées dans des pays différents (et est, de fait, recommandée par le Guide pour la plupart des types de biens meubles corporels; voir recommandations 45 et 200).

33. Une troisième approche consisterait à donner au créancier garanti la possibilité de constituer sa sûreté et de la rendre opposable conformément à la loi de l'État où les biens se trouvent initialement ou conformément à la loi de l'État de leur destination finale à condition, dans ce dernier cas, que les biens y parviennent dans un délai spécifié (voir recommandation 204). Cette approche permettrait à un créancier garanti assuré que les biens arriveront à leur lieu de destination prévu de se fonder sur la loi de cet État pour constituer sa sûreté et la rendre opposable. Une règle prévoyant cette possibilité est particulièrement utile lorsque les biens sont susceptibles de transiter brièvement par d'autres États et d'arriver rapidement à leur destination finale une fois embarqués. Autrement, si une sûreté est constituée alors que les biens se trouvent dans leur lieu initial, il faudrait, pour maintenir son opposabilité, que le créancier garanti remplisse les conditions d'opposabilité dans le lieu initial des biens, ainsi que dans chaque État à travers lequel ils pourraient transiter et dans leur lieu de destination finale. En tout état de cause, la priorité resterait soumise à la loi de l'État dans lequel les biens seraient situés au moment où un conflit de priorité surviendrait.

c) Règle spéciale pour la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

34. Comme il a été indiqué plus haut, il est généralement admis que la loi de l'État dans lequel est situé un instrument négociable (*lex situs*) devrait régir la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur cet instrument (voir recommandation 200). Toutefois, dans certains États, l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable peut également être assurée par inscription dans le lieu de situation du constituant. Dans ce cas, il est logique de se fonder sur la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant pour déterminer si l'opposabilité a été assurée par inscription (voir recommandation 208). Il est intéressant de noter que cette possibilité ne concerne que l'opposabilité. La loi du lieu de situation de l'instrument continuera de régir la priorité d'une sûreté sur cet instrument.

d) Exceptions pour certains types de biens

35. La règle générale de conflit de lois concernant les sûretés réelles mobilières sur des biens fait normalement l'objet de certaines exceptions, lorsque le lieu de situation des biens ne constituerait pas un facteur de rattachement efficace (par exemple biens habituellement utilisés dans plusieurs États) ou ne correspondrait pas aux attentes raisonnables des parties (par exemple biens dont la propriété doit être inscrite dans un registre spécial).

i) Biens mobiles

36. Les biens mobiles sont des biens qui dans le cours normal des affaires franchissent des frontières nationales (par exemple aéronefs, navires et parfois machines ou véhicules automobiles). Ainsi, un constituant ayant des activités de construction dans plusieurs États peut avoir besoin de constituer des sûretés sur des

machines qui sont régulièrement transférées d'un État à un autre; ou un constituant qui exploite une entreprise de transport peut avoir besoin de constituer des sûretés sur les véhicules de transport utilisés (même si les véhicules automobiles ne peuvent normalement pas franchir les frontières d'États insulaires). Si la règle générale de conflit de lois sur les biens meubles corporels était appliquée aux biens mobiles, le créancier garanti serait tenu de déterminer le lieu de situation exact de chaque machine ou de chaque véhicule au moment de la constitution de la sûreté. Pour maintenir l'opposabilité de sa sûreté, le créancier garanti devrait se renseigner sur tous les États dans lesquels ces biens pourraient se trouver à tout moment et remplir les conditions nécessaires à cet égard dans tous ces États. En outre, il ne serait pas possible de déterminer dans quel État se trouverait le bien au moment où un conflit de priorité se produirait dans l'avenir et donc de déterminer le régime de priorité à appliquer pour résoudre le litige. Pour éviter ces problèmes ainsi que les coûts et incertitudes qui en résultent, dans certains États la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les types de biens habituellement utilisés dans plusieurs États peuvent être régies par la loi de l'État où se trouve le constituant (sauf si la propriété de ce type de biens est soumise à inscription sur un registre spécialisé qui prévoit aussi l'inscription des sûretés; voir par. 37 ci-dessous). Le Guide adopte cette approche (voir recommandation 201).

ii) Biens meubles corporels soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété

37. La propriété de certains types de biens meubles corporels est parfois inscrite sur des registres spécialisés ou attestée par un certificat de propriété, ce qui est généralement le cas des aéronefs et des navires et, dans certains États, des véhicules automobiles. Si le registre, ou le système d'annotation, concerné permet également l'inscription ou l'annotation des sûretés réelles mobilières, la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu, ou le certificat de propriété délivré, peut être désignée comme la loi régissant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur un bien soumis à inscription sur un tel registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété. Ainsi, une recherche dans le registre, ou un examen du certificat de propriété, ferait apparaître à la fois la propriété de ces biens et les sûretés dont ils sont grevés. Une telle règle pourrait s'appuyer sur les législations nationales (voir recommandation 202) ou les conventions internationales, qui prévalent (par exemple la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les protocoles s'y rapportant).

4. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels

a) Règle générale: loi du lieu de situation du constituant

38. Dans certains États, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sont régies par la loi de l'État dans lequel est situé le constituant. Par exemple, si un exportateur qui se trouve dans l'État A constitue une sûreté sur des créances de sommes d'argent dues par des clients se trouvant dans les États B et C, la loi de l'État A régira les aspects liés aux droits de propriété de la sûreté. Cette règle est conforme à l'approche adoptée dans la Convention des Nations Unies sur la cession pour ce qui touche à la loi applicable à la cession de créances de sommes d'argent (voir art. 22 et 30).

39. Dans d'autres États, la loi du lieu de situation du bien (*lex situs*) régit encore la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité. Dans ces États, il est nécessaire de déterminer le lieu de situation d'un bien meuble incorporel (par exemple, pour une créance de somme d'argent, le lieu de situation de son débiteur).

40. La loi du lieu de situation du constituant présente plusieurs avantages par rapport à la loi du lieu de situation du bien (*lex situs*), en particulier lorsque les biens meubles incorporels grevés sont des créances de sommes d'argent. Une loi unique s'applique, même si la cession porte sur plusieurs créances de sommes d'argent dues par différents débiteurs. En outre, il est facile de déterminer le lieu de situation du constituant au moment de la cession, même s'il s'agit de la cession de créances futures ou de cessions globales de créances. De plus, la loi du lieu de situation du constituant (lieu de l'administration centrale, si le constituant a des établissements dans plus d'un État) est la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du constituant sera probablement administrée.

41. Même si la loi du lieu de situation du bien grevé (*lex situs*) fonctionne bien dans la plupart des cas pour les biens meubles corporels, il arrive aussi qu'elle pose de grands problèmes pour les biens meubles incorporels tant sur le plan théorique que dans la pratique. Sur le plan théorique, le lieu de situation d'une créance de somme d'argent ne fait l'objet ni d'un consensus ni d'une réponse claire. Pour certains, c'est le lieu où le paiement doit être effectué, pour d'autres, le domicile légal, l'établissement ou le lieu de résidence principale du débiteur. Pour d'autres encore, ce devrait être l'État dont la loi régit la relation contractuelle entre le créancier initial (c'est-à-dire le constituant) et le débiteur de la créance. Quelle que soit l'option retenue, il appartiendrait à un cessionnaire futur de procéder à un examen détaillé de la situation factuelle et juridique. De plus, dans de nombreux cas, il pourrait être impossible pour le cessionnaire de déterminer avec certitude le lieu de situation exact d'une créance puisque les critères peuvent dépendre des pratiques commerciales ou du bon vouloir des parties au contrat d'où naît la créance. Par conséquent, faire de la loi du lieu de situation du bien la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent ne favoriserait ni la sécurité juridique ni la prévisibilité qui sont des objectifs fondamentaux d'un régime de conflit de lois solide en matière d'opérations garanties.

42. Par ailleurs, même si un État avait des dispositions détaillées autorisant un créancier garanti futur ou existant à déterminer facilement et objectivement la loi du lieu de situation d'une créance, des problèmes d'ordre pratique se poseraient tout de même lors de nombreuses opérations commerciales parce qu'une sûreté peut porter non seulement sur des créances existantes et identifiées avec précision, mais aussi sur beaucoup d'autres. Une sûreté peut donc couvrir un ensemble de créances actuelles et futures. Dans un tel cas, choisir la loi du lieu de situation du bien comme loi régissant la priorité ne serait pas efficace, étant donné que des règles de priorité différentes pourraient s'appliquer aux diverses créances cédées. En outre, lorsque les créances futures sont soumises à une sûreté, le créancier garanti ne pourrait pas déterminer l'étendue de ses droits de priorité au moment de l'opération, puisque le lieu de situation des futures créances lui est encore inconnu.

43. Compte tenu de ce qui précède, le Guide recommande que la constitution d'une sûreté sur un bien meuble incorporel, son opposabilité et sa priorité soient, d'une manière générale, régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le

constituant (voir recommandation 205). Les critères définissant le lieu de situation du constituant sont conformes à ceux énoncés dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir par. 21 et 70; voir aussi recommandation 216).

b) Exceptions pour certains types de biens

44. Il y a trois catégories de biens meubles incorporels auxquelles s'appliquent différentes considérations et pour lesquelles le lieu de situation du constituant n'est pas le facteur de rattachement le plus (ou le seul) approprié pour déterminer la loi applicable: les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire; les droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant; et les créances de sommes d'argent nées d'une opération concernant des biens immeubles.

i) Droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

45. S'agissant de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité et de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, des approches différentes ont été adoptées dans les divers États (pour la définition de "compte bancaire", voir Introduction, sect. B, Terminologie). Dans un souci de simplicité, et parce qu'un dépôt en banque constitue une créance de somme d'argent, certains États considèrent que la loi régissant les créances d'une manière générale devrait aussi s'appliquer à un compte bancaire. Une autre approche est de se référer à la loi de l'État où se trouve la succursale qui tient le compte (voir recommandation 207, variante A). Cette approche permettrait d'améliorer la sécurité juridique et la transparence en ce qui concerne la loi applicable, puisque le lieu de situation de la succursale concernée serait facile à déterminer dans une relation bilatérale entre la banque et son client, et répondrait de plus aux attentes normales des parties aux opérations bancaires actuelles. Elle conduirait en outre à ce que la loi régissant une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire soit la même que celle applicable aux questions réglementaires. Le lieu de situation de la succursale est souvent considéré comme étant le lieu de situation d'un compte bancaire pour les questions réglementaires, ou autres, pour lesquelles ce lieu doit être déterminé.

46. Une autre approche consiste à se référer à la loi spécifiée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou à toute autre loi expressément indiquée dans la convention de compte, sous réserve que la banque dépositaire ait une succursale dans l'État dont la loi est ainsi spécifiée. Si la convention de compte ne spécifie aucune loi, la loi applicable pourrait être déterminée sur la base des mêmes critères par défaut que ceux énoncés à l'article 5 de la Convention de La Haye sur les titres (voir recommandation 207, variante B). La loi applicable répondrait ainsi aux attentes des parties à la convention de compte. Les tiers pourraient savoir quelle loi a été désignée dans la convention de compte, étant donné que le constituant titulaire du compte doit normalement communiquer des informations sur la convention de compte pour obtenir un prêt en fonction des fonds crédités sur le compte.

47. Comme pour les instruments négociables, et pour les mêmes raisons, la loi de l'État où se trouve le constituant pourrait s'appliquer à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire lorsque l'opposabilité peut être assurée par inscription dans le lieu de situation du constituant (voir par. 34 ci-dessus et recommandation 208).

ii) *Droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant*

48. Dans de nombreux États, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant sont régies par la loi spécifiée dans l'engagement de garantie (pour la définition de "droit à recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant", voir Introduction, sect. B, Terminologie; pour la présente approche, voir recommandation 209). Si la loi applicable n'est pas spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant, la loi qui régit ces aspects est celle de l'État où se trouve l'établissement de la personne qui a émis (ou qui a accepté d'exécuter, selon le cas) l'engagement de garantie (voir recommandation 210). Cette approche est estimée être celle qui reste la plus fidèle à l'engagement en ce qui concerne la loi applicable à ces questions. Elle correspond également aux attentes normales des parties à de telles opérations. S'agissant de la constitution d'une sûreté sur un tel bien, la règle générale de conflit de lois pour les biens meubles incorporels continue à s'appliquer compte tenu du fait que la constitution entraîne seulement l'efficacité de la sûreté réelle mobilière entre les parties à la convention constitutive de sûreté et n'a pas d'incidence sur les droits des autres parties.

49. Toutefois, si un engagement de garantie indépendant est émis pour garantir l'exécution d'une obligation au titre d'une créance ou d'un instrument négociable, la loi régissant la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur la créance ou l'instrument négociable déterminera si la sûreté s'étend automatiquement à l'engagement indépendant (voir recommandation 211). Cette approche se justifie par la nécessité d'appliquer, dans un souci de cohérence, la même loi à la constitution et à l'opposabilité de la sûreté grevant la créance ou l'instrument négociable et le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant connexe.

iii) *Créances liées à des biens meubles incorporels*

50. Lorsqu'une créance naît de la vente ou de la location d'immeubles ou qu'elle est garantie par des immeubles, comme c'est le cas de toute autre créance, la loi de l'État où se trouve le constituant devrait normalement régir les aspects réels d'une sûreté réelle mobilière sur la créance. Cependant, le Guide recommande qu'un conflit de priorité où au moins l'un des réclamants concurrents a inscrit son droit dans le registre immobilier de l'État dans lequel est situé l'immeuble soit régi par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu (voir recommandation 206). Cette dernière règle a pour objet de faire en sorte que la loi de l'État dans lequel le registre est tenu s'applique effectivement aux parties qu'elle autorise à se servir du registre. Pour la même raison, cette règle ne s'applique qu'à la situation où, conformément à la loi de l'État du registre, l'inscription joue un rôle pour la priorité.

5. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

51. Il y a généralement trois approches en ce qui concerne la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit (pour la définition de "produit", voir Introduction, sect. B, Terminologie).

52. La première consiste à renvoyer à la loi applicable à la sûreté sur les biens initialement grevés pour déterminer la loi applicable à une sûreté sur le produit. Si, par exemple, les biens initialement grevés sont des stocks situés dans l'État A, le produit revêt la forme de créances et le constituant se trouve dans l'État B, la loi de l'État A s'appliquerait à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur les créances, à son opposabilité et à sa priorité. Un conflit de priorité entre une sûreté sur des créances en tant que produit découlant des stocks et une sûreté sur des créances en tant que biens initialement grevés serait donc régi par la loi de l'État A (c'est-à-dire la loi du lieu de situation des stocks). Ainsi, la sécurité juridique quant à la loi applicable serait améliorée au profit des parties finançant les stocks qui s'appuient sur les créances en tant que produit.

53. Cette approche a toutefois des inconvénients majeurs pour les parties octroyant un financement par cession de créances. Elle conduirait par exemple à l'application d'une autre loi que la loi qui, selon ces parties, devrait s'appliquer à leurs droits sur les créances en tant que biens initialement grevés. Un autre inconvénient est que ces parties seraient incapables de prévoir la loi applicable, étant donné qu'elle dépendrait de la question de savoir si le conflit naît avec les parties finançant les stocks (auquel cas s'appliquerait la loi du lieu de situation de ces devises) ou avec un autre réclamant concurrent (auquel cas s'appliquerait la loi du lieu de situation du constituant). Cette approche n'apporte pas non plus de solution aux litiges tripartites entre la partie octroyant un financement par cession de créances, la partie finançant les stocks et un autre réclamant concurrent. De plus, elle compromettrait le choix de la loi du lieu de situation du constituant comme loi applicable à une sûreté sur des créances car les créances découlent souvent de la vente de biens meubles corporels. La partie octroyant un financement par cession de créances ne pourrait alors, dans bien des cas s'appuyer sur la loi du lieu de situation du constituant.

54. Une autre approche consiste à renvoyer à la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur les biens de même type que le produit. Dans l'exemple donné ci-dessus, la loi de l'État B (la loi du lieu de situation du constituant) s'appliquerait à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances. Des considérations de simplicité et de sécurité militeraient en faveur de cette approche qui permettrait toujours de déterminer la loi applicable indépendamment des parties au litige.

55. Une autre approche encore consiste à combiner les deux approches ci-dessus, en retenant la deuxième pour l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur le produit et la première pour la constitution d'une telle sûreté. Ainsi, la question de savoir si une sûreté s'étend au produit serait régie par la loi applicable à la constitution d'une sûreté sur les biens initialement grevés dont découle le produit, tandis que l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur le produit seraient soumises à la loi qui leur aurait été applicable si le produit avait été le bien initialement grevé.

56. Cette approche répondrait aux attentes d'un créancier qui obtient une sûreté sur des stocks conformément à une loi interne prévoyant le report automatique de cette sûreté sur le produit. Elle répondrait aussi aux attentes des parties octroyant un financement par cession de créances quant à la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur des créances en tant que biens initialement grevés. Enfin, elle permettrait à la partie finançant les stocks de s'appuyer sur la loi régissant sa sûreté pour savoir si le droit s'étend au produit et

permettrait à tous les réclamants concurrents d'identifier avec certitude la loi qui régira un éventuel conflit de priorité. Pour toutes ces raisons, cette approche est celle que le Guide recommande (voir recommandation 212).

6. Loi applicable aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté

57. Comme il a été indiqué plus haut (voir par. 11), les règles régissant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière ne portent que sur les aspects réels (*in rem*) de la sûreté. Elles ne s'appliquent pas aux droits et obligations réciproques des parties à la convention constitutive de sûreté qui sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention conformément aux règles de conflit de lois généralement applicables aux obligations contractuelles (voir recommandation 213). Par exemple, dans un État dans lequel la Convention de Rome est en vigueur, en l'absence de choix les droits et obligations réciproques des parties à la convention constitutive de sûreté seront régis par la loi la plus étroitement liée à ladite convention (voir par. 1 de l'article 4 de la Convention de Rome). Il peut être présumé qu'un contrat d'emprunt par lequel une sûreté est aussi consentie présente les liens les plus étroits avec l'État dans lequel la partie qui exécute l'obligation caractéristique du contrat a son administration centrale ou sa résidence habituelle (voir par. 2 de l'article 4 de la Convention de Rome). Dans ce cas, ce peut être le prêteur. Dans une vente avec réserve de propriété, ce peut être le vendeur.

7. Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs

58. Les sûretés sur des biens meubles incorporels font généralement intervenir des tiers tels que le débiteur d'une créance, un débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, la banque dépositaire, l'émetteur/garant, le confirmateur ou la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant ou l'émetteur d'un document négociable. Les règles de conflit de lois régissant les aspects réels ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière ne sont pas nécessairement appropriées pour déterminer la loi applicable aux obligations des tiers à l'encontre desquels le créancier garanti peut vouloir exercer les recours découlant de sa sûreté. L'application de ces règles décevrait les attentes des parties qui ont une obligation de paiement, ou autre, découlant du bien grevé mais qui ne participent pas à l'opération visée dans la convention constitutive de sûreté.

59. En particulier, le fait qu'une créance ait été grevée par une sûreté ne devrait pas contraindre le débiteur de la créance à se soumettre à une loi différente de celle régissant la créance. Des considérations similaires valent pour les obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, la banque dépositaire, l'émetteur/garant, le confirmateur ou la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant, l'émetteur d'un document négociable lorsqu'une sûreté a été consentie sur un instrument négociable, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant ou un instrument négociable. D'une manière générale, il est admis que l'existence de la sûreté ne devrait pas évincer la loi applicable à la relation entre toutes ces parties et le constituant et que cette loi devrait aussi régir la relation de ces parties avec le créancier garanti. Les règles de conflit de lois que le Guide propose suivent cette approche (voir recommandation 214).

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

60. Dans la plupart des États, les questions de procédures sont régies par la loi de l'État dans lequel est engagé l'acte de procédure pertinent. Toutefois, la réalisation peut être liée à des questions de fond ou de procédure. Même si le for se réfère à la loi locale pour distinguer les questions de fond et les questions de procédure, on trouvera ci-après des exemples de questions généralement considérées comme étant de fond: la nature et la portée des moyens auxquels le créancier peut recourir pour réaliser les actifs grevés, la possibilité d'utiliser ces moyens (ou certains de ces moyens) sans procédure judiciaire, les conditions auxquelles le créancier garanti doit satisfaire pour pouvoir prendre possession des biens et en disposer (ou en obtenir la réalisation judiciaire), le pouvoir qu'a le créancier garanti de recouvrer des créances de sommes d'argent grevées et les obligations du créancier garanti à l'égard des autres créanciers du constituant.

61. Pour ce qui est des questions de fond concernant la réalisation, lorsqu'une sûreté est constituée et rendue opposable conformément à la loi d'un État mais que sa réalisation est demandée dans un autre État, il s'agit de savoir quelle est la loi applicable et donc quelles sont les voies de droit qui s'offrent au créancier garanti. Cette question revêt une grande importance pratique lorsque les règles matérielles de réalisation des deux États diffèrent considérablement. Par exemple, la loi régissant la sûreté pourrait autoriser la réalisation par le créancier garanti sans recours préalable au système judiciaire, alors que la loi du lieu de réalisation pourrait exiger une intervention judiciaire préalable. Chacune des solutions possibles à cette question comporte des avantages et des inconvénients.

62. Une possibilité est de soumettre les moyens de réalisation de la sûreté à la loi du lieu de réalisation, c'est-à-dire à la *lex fori*. Le lieu de réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel serait dans la plupart des cas le lieu où se trouve ce bien, tandis que le lieu de réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel, telle une créance de somme d'argent, pourrait être le lieu de situation du débiteur de la créance. Les raisons militent pour cette approche sont notamment les suivantes:

a) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait avec celle généralement applicable aux questions de procédure;

b) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait, dans de nombreux cas, avec la loi du lieu où se trouvent les biens qui font l'objet de la réalisation (et pourrait aussi coïncider avec la loi régissant la priorité si les règles de conflit de lois de l'État concerné renvoient à ce lieu pour les questions de priorité);

c) Les règles seraient les mêmes pour tous les créanciers ayant l'intention, au lieu de réalisation, d'exercer des droits contre les biens d'un constituant, que ces droits soient d'origine nationale ou étrangère.

63. D'un autre côté, choisir la *lex fori* peut être source d'incertitude si les biens grevés sont des biens meubles incorporels. Par exemple, lorsque les biens grevés revêtent la forme de créances, quel est le lieu de réalisation? Il pourrait être très difficile de répondre à cette question, car il faudrait définir les critères permettant de déterminer le lieu de situation des créances (voir par. 41 ci-dessus). En outre, le créancier garanti pourrait se trouver dans un autre État au moment où les premières étapes de la réalisation sont engagées. Dans le cas d'une cession globale de créances

dues par des débiteurs situés dans plusieurs États, de multiples lois peuvent s'appliquer à la réalisation. Le problème serait le même si une étape de la réalisation devait être exécutée dans un État (par exemple la notification au débiteur de la créance) et une autre dans un État différent (par exemple le recouvrement ou la vente de la créance). Dans le cas de créances futures, le créancier garanti peut ignorer au moment de la cession quelle loi régira ses moyens de réalisation. Toutes ces incertitudes quant à la loi applicable pourraient avoir un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit.

64. Un autre problème est que la *lex fori* pourrait ne pas répondre aux attentes des parties. Celles-ci s'attendent sans doute à ce que leurs droits et obligations respectifs en cas de réalisation soient ceux prévus par la loi sous l'empire de laquelle la priorité de la sûreté sera déterminée. Par exemple, si la réalisation extrajudiciaire est permise par la loi régissant la priorité de la sûreté, elle serait également possible dans l'État où le créancier garanti doit réaliser sa sûreté même si elle n'est généralement pas autorisée par la législation interne de cet État.

65. Une autre possibilité serait donc de soumettre les questions de fond concernant la réalisation à la loi régissant la priorité d'une sûreté. L'avantage de cette approche serait de lier étroitement ces questions aux questions de priorité (c'est-à-dire, la manière dont un créancier garanti réalisera sa sûreté peut avoir une incidence sur les droits des réclamants concurrents). De plus, la loi régissant la priorité étant souvent aussi celle qui régit la constitution et l'opposabilité d'une sûreté, il en résulterait en fin de compte que les questions de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation seraient généralement soumises à la même loi.

66. Une troisième possibilité serait une règle en vertu de laquelle la loi régissant la relation contractuelle des parties s'appliquerait également aux questions de réalisation, ce qui permettrait de faire en sorte que la loi applicable corresponde souvent à l'attente des parties. De cette manière, cette loi coïnciderait en outre dans bien des cas avec la loi applicable à la constitution de la sûreté, étant donné que cette loi est fréquemment retenue comme étant également la loi régissant leurs obligations contractuelles. Cependant, selon cette approche, les parties pourraient librement choisir, en ce qui concerne les questions de réalisation, une loi autre que la *lex fori* ou que la loi régissant la priorité. Cette solution serait défavorable aux tiers qui n'auraient probablement aucun moyen de déterminer la nature des voies de droit susceptibles d'être utilisées par un créancier garanti contre les biens de leur débiteur commun. En conséquence, la règle consistant à soumettre les questions de réalisation à la loi régissant la relation contractuelle des parties devrait comporter des exceptions visant à tenir compte des intérêts des tiers, ainsi que des règles impératives du for, ou de la loi régissant la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité.

67. Une quatrième possibilité serait d'essayer de concilier les avantages des approches fondées sur la loi du lieu de réalisation (*lex fori*) et sur la loi régissant la priorité. La réalisation d'une sûreté sur des biens meubles corporels pourrait alors être régie par la *lex fori*, tandis que la réalisation d'une sûreté sur des biens meubles incorporels tomberait sous l'empire de la loi applicable à la priorité. C'est la solution recommandée par le Guide car elle préserve les avantages de l'utilisation de la *lex fori* pour les biens meubles corporels, tout en évitant les difficultés qui pourraient survenir si cette loi devait s'appliquer aux biens meubles incorporels (voir recommandation 215).

68. Il convient de noter que les règles de conflit de lois ci-dessus relatives à la réalisation ne régissent pas la relation entre un créancier garanti et des tiers débiteurs. Comme on l'a vu plus haut (voir par. 59), les obligations de ces derniers envers le créancier garanti sont généralement régies par la même loi que celle qui était applicable à leur relation avec le constituant.

9. Règles et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

69. Étant donné que les règles générales de conflit de lois concernant les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels et incorporels désignent le lieu de situation des biens grevés et le lieu de situation du constituant, respectivement, il est essentiel de pouvoir identifier aisément ces lieux de situation. Pour les biens meubles corporels, il s'agit généralement du lieu où ils se trouvent physiquement et il n'est donc pas nécessaire de définir une règle spécifique. Pour le constituant en revanche, il faut une règle. Le domicile légal et le lieu de résidence d'une personne physique pourraient se trouver dans des États différents. De même, une personne morale peut avoir son siège statutaire dans autre État que celui où se trouve son établissement principal ou son centre de décision.

70. Comme il a été indiqué plus haut, la Convention des Nations Unies sur la cession définit le lieu de situation du constituant comme le lieu où se situe son établissement ou, s'il a des établissements dans plus d'un État, celui où s'exerce son administration centrale. Si le constituant n'a pas d'établissement, il fait référence à sa résidence habituelle (voir l'alinéa h) de l'article 5 de la Convention). La définition du Guide est similaire (voir recommandation 216).

71. Quel que soit le facteur de rattachement retenu pour déterminer la règle de conflit de lois la plus appropriée pour une question donnée, sa localisation peut changer après la constitution d'une sûreté. Par exemple, lorsque la loi applicable est celle de l'État où se trouve le siège social du constituant, ce dernier pourrait transférer par la suite son siège dans un autre État. De même, lorsque la loi applicable est celle de l'État où les biens grevés sont situés, ces biens peuvent être déplacés vers un autre État. Il faut donc aussi définir le moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation.

72. Si cette question n'est pas réglée de façon expresse, les règles générales de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté pourraient être interprétées comme suit: en cas de changement de la localisation du facteur de rattachement, la loi initialement applicable continue de régir les questions de constitution parce qu'elles se sont posées avant ce changement, tandis que la loi applicable ultérieurement régirait les événements postérieurs qui soulèvent des questions d'opposabilité ou de priorité. Par exemple, lorsque la loi applicable à l'opposabilité est celle du lieu de situation du constituant, l'opposabilité de la sûreté à l'administrateur de l'insolvabilité du constituant serait déterminée par application de la loi de l'État du nouveau lieu où se trouve le constituant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

73. Cependant, le silence de la loi sur ces questions pourrait donner lieu à d'autres interprétations. Par exemple, une interprétation possible serait que la loi applicable ultérieurement régit également la constitution entre les parties en cas de conflit de priorité survenant après le changement de la localisation du facteur de rattachement (au motif que les tiers concluant des opérations avec le constituant ont le droit de

déterminer la loi applicable à toutes les questions en se fondant sur le lieu effectif du facteur de rattachement, à savoir le lieu où celui-ci se trouve au moment de leurs opérations).

74. Par conséquent, il est nécessaire de formuler des orientations sur ces questions pour permettre aux parties intéressées de déterminer avec certitude si un changement de la localisation du facteur de rattachement conduirait à l'application d'une autre loi que celle initialement escomptée par les parties si l'État du nouveau lieu de situation des biens ou du constituant possédait une règle de conflit de lois différente. Aussi, le Guide propose-t-il d'explicitier l'interprétation mentionnée au paragraphe 73: pour déterminer la loi applicable à la constitution, le lieu pertinent devrait normalement être le lieu où se situe le bien grevé ou le constituant au moment de la constitution présumée (prétendue ou revendiquée); pour déterminer la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité, le lieu pertinent devrait être leur lieu de situation au moment où la question se pose. Toutefois, en cas de litige opposant uniquement des créanciers concurrents dont les droits sont devenus opposables avant que le lieu de situation du bien ou du constituant ne change, les questions d'opposabilité et de priorité devraient être régies par la loi du lieu de situation initial (voir recommandation 217).

10. Ordre public et lois de police

75. Selon les règles de conflit de lois de nombreux États, l'État du for ne peut refuser d'appliquer la loi désignée par ses règles de conflit de lois que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à son ordre public ou aux dispositions de son droit qui, même dans les situations internationales, sont impératives. Cette règle vise à préserver les principes fondamentaux de justice de l'État du for. Si, par exemple, la loi de l'État du for n'autorise pas la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des prestations de retraite pour des raisons d'ordre public, cet État peut refuser de se soumettre à une disposition de la loi applicable qui reconnaîtrait cette constitution. Ces principes ne devraient toutefois pas autoriser l'État du for à appliquer ses propres règles d'opposabilité et de priorité à la place de celles de la loi applicable (voir recommandation 219). Il doit recourir à d'autres dispositions de cette loi pour déterminer l'opposabilité et la priorité. Cette approche 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 approche au paragraphe 2 de l'article 23, au paragraphe 2 de l'article 30 et à l'article 31 de la Convention des Nations Unies sur la cession, ainsi qu'au paragraphe 3 de l'article 11 de la Convention de La Haye sur les titres.

11. Impact de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières

76. Déterminer la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté et des droits qu'a le créancier garanti après défaillance peut poser des problèmes supplémentaires lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État et que certains des actifs ou créanciers du débiteur se trouvent dans un autre État, ou lorsque des procédures sont ouvertes dans deux États différents du fait de la nature multinationale de l'entreprise du débiteur. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, la plupart des États prévoient que ce seraient les règles générales de conflit de lois applicables en dehors de ces procédures qui régiraient ces questions,

sous réserve des limitations examinées ci-dessous. Cela est conforme à la recommandation 30 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, selon laquelle l'État où une procédure d'insolvabilité est ouverte (c'est-à-dire l'État du for) devrait appliquer ses règles de conflit de lois pour déterminer la loi qui régit des questions telles que la validité et l'opposabilité des droits et créances (et des sûretés) qui existent au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir aussi la recommandation 220 du présent guide).

77. Une fois la validité et l'opposabilité d'une sûreté déterminées conformément à la loi autre que la loi sur l'insolvabilité qui s'applique en dehors des procédures d'insolvabilité en vertu des règles de conflit de lois de l'État du for, il se pose une deuxième question, qui concerne les effets qu'a l'ouverture de procédures d'insolvabilité sur la priorité des sûretés. Il est généralement admis que la loi sur l'insolvabilité de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) s'applique à l'ouverture, au déroulement, y compris le classement des créances, à l'administration et à la conclusion de cette procédure (aux "effets de l'insolvabilité") (voir recommandation 31 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*). Il se peut que cela modifie la priorité relative qu'une sûreté aurait en vertu de la loi sur les opérations garanties et définisse des catégories de créances qui primeraient, lors de la répartition, une sûreté dans une procédure d'insolvabilité. En outre, indépendamment des questions de priorité, il se peut qu'une sûreté soit soumise aux dispositions d'annulation de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 88 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

78. Si les effets qu'a la procédure d'insolvabilité sur les sûretés sont habituellement régis par la *lex fori concursus*, certains États n'en ont pas moins adopté des exceptions. Ainsi, tel État du for peut s'en remettre, pour ce qui est des effets de l'insolvabilité sur les sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles, à la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel les biens immeubles sont situés (*lex rei sitae*). Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* traite de ces exceptions plus en détail (voir deuxième partie, chap. I, par. 85 à 91), mais ne recommande pas d'appliquer la *lex rei sitae* aux effets de l'insolvabilité sur des biens rattachés à des biens immeubles, voire, généralement, à des biens meubles. Au lieu de cela, il recommande, d'une manière générale, que toutes exceptions à l'applicabilité de la *lex fori concursus* aux effets de l'insolvabilité soient limitées en nombre et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 34 et deuxième partie, chap. I, par. 88).

12. Recommandations spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

79. Le terme "État", dans le Guide, désigne un État ou un pays souverain. La question de la loi applicable se pose toutefois lorsque, pour une question donnée, la règle de conflit de lois renvoie à un État qui comprend plusieurs unités territoriales ayant chacune son propre système juridique en la matière, ce qui peut être le cas dans des États fédéraux dans lesquels les opérations garanties relèvent généralement de la législation de leurs unités territoriales. Pour que les règles de conflit de lois fonctionnent lorsque la loi applicable est la loi d'un État fédéral (même si le for n'est pas un État à plusieurs unités), il est nécessaire de déterminer l'unité territoriale dont la loi s'appliquera.

80. Normalement, les références à la loi d'un État fédéral désignent la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée, déterminée en fonction du facteur de rattachement approprié (tel que le lieu de situation du bien ou du constituant). Par exemple, si la loi applicable est la loi d'un État à trois unités (A, B et C), la référence à la loi du lieu de situation du constituant comme loi applicable à une sûreté sur des créances revient à désigner la loi de l'unité A si le lieu où le constituant exerce son administration centrale se situe dans l'unité A (voir recommandation 221).

81. Pour préserver la cohérence des règles de conflit de lois internes d'un État à plusieurs unités, le Guide adopte une approche suivie par de nombreuses conventions internationales et recommande que ces règles continuent de s'appliquer, mais seulement sur le plan interne (voir recommandation 222). En prenant l'exemple donné dans le paragraphe précédent, si le constituant se trouve dans l'unité A d'un État à plusieurs unités, la loi de l'unité B pourrait s'appliquer si les règles de conflit internes de l'unité A désignent la loi de l'unité B comme étant la loi applicable, ce qui pourrait être le cas si les règles de conflit de l'unité A prévoient (comme dans le Guide) que la loi du lieu de situation du constituant régit l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances mais qu'elles définissent le lieu de situation différemment. Si le lieu de situation du constituant tel qu'il est défini dans le Guide (autrement dit le lieu de son administration centrale) se situe dans l'unité A, mais que la loi de l'unité A définit le lieu de situation du constituant comme le lieu où se situe son siège social et que celui-ci se trouve dans l'unité B, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances seront régies par la loi de l'unité B, ce qui semble déroger de la règle générale sur l'exclusion du renvoi (voir recommandation 218). Cependant, cette "dérogation" concerne seulement le renvoi interne et ne compromet pas la sécurité juridique quant à la loi applicable. Dans l'exemple cité ci-dessus, il n'y aurait pas de référence à une loi autre que celle de l'unité A, si le siège social du constituant était situé dans un autre État que dans l'État dont l'unité A fait partie.

82. Ces règles sur les États à plusieurs unités ne concernent que les questions qui, dans un État de ce type, sont régies par les lois des unités territoriales. Ainsi, par exemple, elles n'ont aucune incidence dans un État fédéral dont la constitution prévoit que les questions relatives aux opérations garanties sont régies par les lois fédérales.

83. Les recommandations 223 et 224 ne s'appliquent que si un État adopte la variante B de la recommandation 207.

B. Recommandations

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, compte tenu du fait que le document A/CN.9/637 contient un ensemble complet de recommandations pour le projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces recommandations ne sont pas reproduites ici. Une fois que les recommandations seront finalisées, elles seront placées à la fin de chaque chapitre.]