

**Assemblée générale**

Distr. limitée
15 septembre 2016
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Trentième session
Vienne, 5-9 décembre 2016

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

Note du Secrétariat

Additif

Table des matières

	<i>Page</i>
Chapitre VIII. Conflit de lois	3
Introduction	3
A. Règles générales	4
Article 84. Droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti	4
Article 85. Sûreté réelle mobilière grevant un bien corporel	4
Article 86. Sûreté réelle mobilière grevant un bien incorporel	6
Article 87. Sûreté réelle mobilière grevant une créance relative à un bien immeuble	6
Article 88. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	6
Article 89. Sûreté réelle mobilière grevant le produit	7
Article 90. Signification du "lieu de situation" du constituant	7
Article 91. Moment servant de référence pour déterminer le lieu de situation	8
Article 92. Exclusion du renvoi	8
Article 93. Lois de police et ordre public	9



Article 94. Incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière.	10
Article 95. État à plusieurs unités.	10
B. Règles relatives à des biens particuliers	11
Article 96. Droits et obligations des tiers débiteurs et des créanciers garantis.	11
Article 97. Sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	11
Article 98. Opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière grevant certains types de biens	12
Article 99. Sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle	13
Article 100. Sûreté réelle mobilière grevant des titres non intermédiés	13
Chapitre IX. Transition	16
Introduction.	16
Article 101. Modification et abrogation d'autres lois.	16
Article 102. Applicabilité générale de la présente Loi	16
Article 103. Applicabilité de la loi antérieure aux questions qui font l'objet de procédures ouvertes avant l'entrée en vigueur de la présente Loi	17
Article 104. Applicabilité de la loi antérieure à la constitution d'une sûreté réelle mobilière antérieure.	18
Article 105. Règles transitoires pour déterminer l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière antérieure.	19
Article 106. Applicabilité de la loi antérieure à la priorité d'une sûreté réelle mobilière antérieure sur les droits de réclamants concurrents qui découlent de la loi antérieure.	20
Article 107. Entrée en vigueur de la présente Loi.	21

Chapitre VIII. Conflit de lois

Introduction

1. Le chapitre VIII de la Loi type énonce les règles à utiliser pour décider du droit matériel applicable aux questions traitées dans les autres chapitres, que l'on désigne généralement en tant que règles de conflit de lois. Dans un État qui a adopté la Loi type, un tribunal ou une autre autorité utilisera les règles de conflit de lois du chapitre VIII pour déterminer l'État dont le droit matériel régira des questions telles que la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, ainsi que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti et les droits et obligations qui existent entre les tiers débiteurs et les créanciers garantis. Il pourra s'agir du droit matériel de l'État adoptant ou d'un autre État. On notera qu'en cas de litige faisant l'objet d'une procédure dans un État, un tribunal ou une autre autorité de cet État devrait appliquer: a) le droit matériel de son propre système juridique pour qualifier une question en vue de choisir la règle de conflit de lois appropriée; et b) les règles de conflit de lois de son propre système juridique pour déterminer l'État dont le droit sera applicable au fond du litige (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 dans un cas particulier 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, 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 d'un État, le tribunal pourrait méconnaître une règle de conflit de lois de cet 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 en tant que telle comportait un élément international. Dans les circonstances particulières où 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 désigne la loi qui régit la convention constitutive de sûreté (voir art. 84). Il ne s'agit toutefois pas d'une règle de droit impérative (puisque'elle ne figure pas au paragraphe 1 de l'article 3 en tant que règle de droit impérative). Les parties sont libres de choisir la loi qui s'appliquera à leurs obligations et droits contractuels, ce que reconnaît l'article 84. 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'aux effets d'une sûreté sur un tiers débiteur sont impératives (voir art. 3, par. 1). Ainsi, en ce qui concerne ces questions, les parties ne sauraient 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 en est ainsi parce que les sûretés réelles mobilières sont des droits réels (*in rem*) et ont donc un effet sur des tiers. Permettre aux parties à une convention constitutive de sûreté de choisir la règle de conflit de lois applicable

lorsque ce choix a des effets à l'égard des tiers irait également à l'encontre de l'un des principaux objectifs de ces règles, qui est d'identifier l'État dont le droit matériel 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 pour des tiers de déterminer la loi applicable à la résolution du différend si X et Y étaient autorisés à choisir, dans la convention constitutive de sûreté, des lois différentes pour le classement de leurs sûretés respectives.

A. Règles générales

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

4. L'article 84 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 (les "Principes de La Haye"). 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 laisse aux autres règles de conflit de lois de l'État adoptant. Ces autres règles déterminent également la loi qui régit la relation contractuelle entre les parties en l'absence d'un choix de 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 84 se limite aux aspects contractuels de la convention constitutive de sûreté. Comme cela a déjà été indiqué (voir par. 3 ci-avant), les questions relatives aux aspects réels des opérations garanties (priorité d'une sûreté, par exemple) sortent du champ de la liberté contractuelle; sur ces questions, les parties ne peuvent pas choisir une loi autre que celle indiquée par les règles de conflit de lois.

Article 85. Sûreté réelle mobilière grevant un bien corporel

5. L'article 85 se fonde sur les recommandations 203 à 207 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 28 à 38). Il traite de la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien corporel. 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 un certificat (voir art. 2, al. c); voir aussi Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 26).

6. Le paragraphe 1 énonce la règle générale selon laquelle la loi applicable à ces questions est celle de l'État où se trouve le bien grevé ("*lex situs*" ou "*lex rei sitae*"). L'article 91 traite de la situation dans laquelle le bien est déplacé 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 articles 85, paragraphes 2 à 4, 98 et 100.

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 est déterminée par la loi de l'État dans lequel se trouve le document, et non par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien visé par ce dernier (voir art. 85-2). Contrairement à la recommandation 206, sur laquelle se fonde le paragraphe 2, qui renvoyait à la priorité sur une "sûreté réelle mobilière concurrente", pour couvrir tous les conflits de priorité (par exemple, à l'égard d'un créancier judiciaire), le paragraphe 2 renvoie à la priorité "par rapport au droit d'un réclamant concurrent". La deuxième exception concerne la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, pour un bien d'un type que l'on peut habituellement utiliser dans plusieurs États, à savoir un "bien mobile" (voir art. 85-3; pour la signification du "lieu de situation", voir art. 90; pour le moment à prendre en compte pour déterminer le lieu de situation, voir art. 91). 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 art. 85-4). Une sûreté sur un bien corporel situé dans un État, qui est en transit ou destiné à être déplacé vers un autre État, peut être créée et rendue opposable en vertu de la loi de l'État de sa destination finale si le bien atteint cette destination dans un délai à préciser par l'État adoptant. Il convient de noter que: a) si le bien n'atteint pas la destination voulue en temps opportun, la règle du paragraphe 4 ne s'applique pas; et b) selon la règle du paragraphe 1, un créancier garanti peut aussi prendre les mesures nécessaires pour créer et rendre la sûreté opposable en vertu de la loi de l'État dans lequel se trouve effectivement le bien au moment où ces mesures sont prises. On notera également que le paragraphe 4 est une règle de conflit de lois du seul État adoptant et que la question de savoir si la sûreté sera traitée comme valablement créée et rendue opposable dans l'État de destination finale du bien dépend de la loi applicable conformément aux règles de conflit de lois de cet État.

9. La quatrième exception figure à l'article 100, qui se réfère à des lois autres que celle de l'État dans lequel se trouve le certificat, pour une sûreté réelle mobilière grevant des titres non intermédiés représentés par des certificats. La cinquième exception se trouve à l'article 98, qui se réfère à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, pour l'opposabilité par inscription en ce qui concerne certains types de biens corporels lorsque cette loi reconnaît l'inscription comme méthode permettant d'assurer l'opposabilité pour ces types de biens.

10. Une autre exception possible était envisagée dans le Guide sur les opérations garanties, s'agissant des 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 devait être 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; voir aussi A/CN.9/WG.VI/WP.71/Add.1, par. 85). Cette exception n'a pas été retenue dans le chapitre VIII.

Article 86. Sûreté réelle mobilière grevant un bien incorporel

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

12. La première exception concerne la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une créance découlant de la vente ou de la location de biens immobiliers, ou garantie par des biens immobiliers (voir art. 87). Les autres exceptions concernent une sûreté grevant des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir art. 97), une propriété intellectuelle (voir art. 99, qui renvoie à la fois à la *lex protectionis* et à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé) et des titres non intermédiés (voir art. 100).

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

13. L'article 87 se fonde sur la recommandation 209 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 54). Il traite de la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une créance découlant de la vente ou de la location de biens immobiliers, ou garantie par des biens immobiliers, sur les droits de réclameurs concurrents. L'article 87 constitue une exception à la règle générale énoncée à l'article 86, et renvoie cette question à la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre immobilier est tenu. Pour que l'article 87 s'applique, le droit d'un réclameur concurrent doit être susceptible d'inscription (sans être nécessairement inscrit) dans le registre immobilier pertinent. On notera que pour qu'un créancier garanti puisse déterminer la loi applicable à la priorité de sa sûreté dans de telles circonstances, il devra pouvoir déterminer si la créance est née de la vente ou de la location d'un bien immeuble, ou est garantie par un tel bien.

Article 88. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière

14. L'article 88 se fonde sur la recommandation 218 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 64 à 72). L'alinéa a) traite de la loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien corporel, tel que défini à l'alinéa c) de l'article 2. Il renvoie à la loi de l'État où se trouve le bien à la date du début de la réalisation (*lex fori*). L'alinéa a) prévoit une exception pour les titres non intermédiés représentés par un certificat (voir art. 100).

15. Il convient de noter que la réalisation peut comprendre plusieurs actions distinctes (dont la notification de l'intention du créancier garanti d'obtenir la possession d'un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, la disposition d'un bien grevé et la répartition du produit d'une disposition) 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. Un problème similaire survient si une sûreté réelle mobilière est créée et greève plusieurs biens corporels situés dans différents États ou dans le cas moins fréquent où la réalisation est menée dans

plusieurs États parce que le bien a été déplacé vers un autre État après le début de la procédure. Dans chaque cas, la loi applicable sera celle de l'État où se trouve le bien concerné au moment où la première mesure relevant de la réalisation est prise.

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 dématérialisés, voir art. 97, 99 et 100) est la loi qui régit la priorité. Le principal avantage de cette approche est que la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien incorporel (mais pas les devoirs et les obligations qui existent entre le débiteur de la créance et le créancier garanti; voir art. 96) sont renvoyées à une seule et même loi (voir Guide sur les opérations garanties, chap. X, par. 69).

Article 89. Sûreté réelle mobilière grevant le produit

17. L'article 89 se fonde sur la recommandation 215 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 55 à 60). L'exemple qui suit en illustre le fonctionnement. Supposons que le bien initialement grevé est constitué de stocks, qui sont vendus, et que le prix de vente est réglé par un transfert de fonds 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 en tant que produit des stocks initialement grevés est la loi du lieu de situation des stocks à la date de la constitution présumée de la sûreté (voir art. 91-1 a)). En vertu du paragraphe 2, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté qui grève le produit est la loi qui serait applicable à une sûreté sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire en tant que bien initialement grevé (voir art. 97).

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 l'article 89 ne traite que de la loi applicable au produit issu des biens initialement grevés suite à une disposition effectuée par le constituant ou à un autre événement survenu avant la réalisation. L'article 88 traite de la loi applicable à la répartition du produit de la disposition des biens grevés dans le cadre d'une procédure de réalisation après défaillance.

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

19. L'article 90 se fonde sur la recommandation 219 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 73 et 74). On notera que l'État dans lequel un constituant qui est une personne morale exerce son administration centrale n'est pas nécessairement l'État dans lequel cette personne morale a son siège statuaire (ou siège social). Si le constituant est une personne morale constituée en vertu de la loi de l'État A (où se trouve son siège statuaire), mais qu'il a dans l'État B un établissement où sa direction est basée, alors le constituant est situé dans l'État B. Il résulte de cette approche qu'entre autres la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté grevant une créance sont renvoyées à une seule et même loi qui est généralement facile à déterminer, à savoir en toute probabilité celle de l'État où serait menée la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du

constituant, si ce dernier devenait insolvable (auquel cas le créancier garanti devrait selon toute probabilité réaliser sa sûreté). Par conséquent, cette approche limite le risque d'incohérences entre la loi régissant la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) et le droit matériel applicable à une sûreté, étant donné qu'il s'agira du droit d'un seul et même État.

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

20. L'article 91 se fonde sur la recommandation 220 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 75 à 78). Il traite de la situation dans laquelle 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 prévoit que la constitution d'une sûreté est régie par la loi du lieu de situation du bien ou du constituant à la date de la constitution présumée de la sûreté, même en cas de changement ultérieur du lieu. L'État B reconnaîtra 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 soit le bien soit le constituant était situé dans ce dernier. Cependant, pour les questions d'opposabilité et de priorité, la loi applicable sera celle du lieu de situation effectif du bien ou du constituant "au moment où ces questions se posent". Il s'agit du moment où se produit l'événement qui pousse à se demander quelle serait la loi applicable à l'opposabilité ou à la priorité. Par exemple, si une procédure d'insolvabilité est ouverte dans l'État B à l'encontre du constituant d'une sûreté sur une créance, la loi applicable à l'opposabilité de la sûreté sera celle de l'État B si le constituant se trouve alors dans cet État (voir art. 86).

22. En conséquence, pour que la sûreté soit traitée comme étant opposable au représentant de l'insolvabilité dans l'État A ou dans l'État B, il faut que les conditions d'opposabilité de la loi de l'État B aient été satisfaites avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Un autre exemple est celui de la saisie d'un bien corporel par un créancier judiciaire. Les priorités respectives du créancier garanti et du créancier judiciaire seront déterminées conformément au droit du lieu où se situe le bien à la date de la saisie (c'est-à-dire "le moment où la question se pose"). C'est le cas dans chaque exemple, même si la sûreté avait été rendue opposable en vertu de la loi de l'État A au moment où le bien ou le constituant était situé dans ce dernier.

23. 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, le conflit sera réglé conformément à la loi de cet État (soit, dans notre exemple, l'État A).

Article 92. Exclusion du renvoi

24. L'article 92 se fonde sur la recommandation 221 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 14). Il a pour but de rejeter la doctrine du renvoi et d'éviter les complications qui en découlent afin d'assurer une plus grande sécurité juridique en ce qui concerne la loi applicable. En vertu de la doctrine du renvoi, lorsque les règles de conflit de lois d'un État (État A) renvoient une question à la loi d'un autre État (État B), cette dernière inclut les règles de conflit de lois de l'État B. Si tel est le cas et les règles de conflit de lois de l'État A renvoient la priorité d'une

sûreté à la loi de l'État B, il est possible que les règles de conflit de lois de l'État B renvoient cette question à la loi d'un troisième État (État C). Dans ce cas, un tribunal de l'État A devra résoudre le conflit de priorité en se fondant sur la loi de l'État C (et non sur celle de l'État B). Mais c'est là un résultat qui créerait une incertitude quant à la loi applicable et serait contraire aux attentes des parties. C'est pourquoi l'article 92 exclut le renvoi (une exception à cette interdiction est prévue à l'article 95).

Article 93. Lois de police et ordre public

25. L'article 93, qui se fonde sur la recommandation 222 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 79) et sur l'article 11 des Principes de La Haye, énonce des principes généralement reconnus de droit international privé.

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

27. 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 une sûreté réelle mobilière qui a été valablement constituée en vertu de la loi applicable (même s'il s'agit de la loi du for), si la constitution de cette sûreté serait manifestement contraire à l'ordre public d'un autre État (par exemple, un État étroitement lié à la situation). Prenons par exemple le cas d'un cabinet d'avocats situé dans l'État du for (État A), qui veut céder des créances découlant des services juridiques fournis, cession autorisée par la loi de l'État A. Admettons que le client est situé dans un autre État (État B) dont la loi interdit, pour des raisons d'ordre public (confidentialité de la relation avocat-client), le transfert, par un cabinet d'avocats, de créances découlant des services juridiques. Dans ce cas, la loi de l'État A pourra autoriser un tribunal de l'État A à prendre en considération l'ordre public de l'État B pour déterminer la validité de la cession.

28. Le paragraphe 5 vise à préciser que les règles énoncées aux paragraphes 1 à 4 peuvent également être invoquées par les tribunaux arbitraux, même si, contrairement aux autres tribunaux, ils ne fonctionnent pas dans le cadre de l'infrastructure judiciaire d'un système juridique spécifique. En vertu du paragraphe 5, un tribunal arbitral peut prendre en compte les lois de police et l'ordre public, par exemple celles prévues au lieu d'arbitrage (quelle que soit la manière dont celui-ci a été déterminé) ou au lieu où toute éventuelle 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 lieu désigné ou réputé de l'arbitrage, les éventuelles règles institutionnelles applicables à l'arbitrage et le contrôle potentiel que pourraient exercer les tribunaux

étatiques appliquant la législation locale relative à l'arbitrage (voir commentaire de l'article 11-5 des Principes de La Haye).

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

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

30. L'article 94 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 tout tribunal de l'État adoptant chargé d'affaires d'insolvabilité doit, en principe, respecter la loi applicable aux sûretés conformément à ses règles de conflit de lois. Cependant, rien à l'article 94 ne 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, la suspension des droits à réalisation des créanciers garantis, le classement des créances et la répartition du produit lors de l'insolvabilité du constituant.

Article 95. État à plusieurs unités

31. L'article 95 se fonde sur les recommandations 224 à 227 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 83 à 87) ainsi que, partiellement, sur la première phrase de l'article 37 de la Convention sur la cession. Il a pour objet de définir la loi applicable lorsque l'État dont la loi s'applique à une question conformément aux dispositions du présent chapitre comprend une ou plusieurs unités territoriales, qui ont chacune leurs propres règles de droit matériel, voire leurs propres règles de conflit de lois. Dans un tel cas, l'alinéa a) prévoit qu'une référence à la loi d'un État à plusieurs unités vise en principe la loi applicable dans l'unité concernée à déterminer conformément aux dispositions du présent chapitre. Ainsi, dans le cas d'une sûreté sur une créance constituée par un constituant situé (c'est-à-dire ayant son administration centrale) dans l'unité territoriale A, la loi applicable à cette sûreté sera la loi de l'unité territoriale A (voir art. 86 et 90).

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

33. Par conséquent, l’alinéa b) constitue indirectement une exception à l’exclusion de la doctrine du renvoi (voir art. 92) 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, un tribunal du for à l’extérieur dudit État appliquera le droit matériel de la même unité que le ferait un tribunal du for dans l’État même en vertu de ses règles de conflit de lois internes.

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

B. Règles relatives à des biens particuliers

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

35. L’article 96 se fonde sur la recommandation 217 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 62 et 63) et sur l’article 29 de la Convention sur la cession. Son but est double. Premièrement, les règles de conflit de lois 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” aux fins des règles relatives à l’opposabilité et à la priorité d’une sûreté réelle mobilière, dans la mesure où ce ne sont pas des réclamants concurrents. Deuxièmement, la loi applicable à ces questions est celle qui régit la relation juridique entre le constituant et le débiteur de la créance, le débiteur de l’instrument ou l’émetteur du document; c’est elle qui s’applique également à la question de savoir si l’un de ces derniers peut 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. Par exemple, dans le cas d’une créance née d’un contrat de vente, la loi choisie par le vendeur/constituant et le débiteur de la créance s’appliquera aux questions visées à l’article 96.

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

36. L’article 97 se fonde sur la recommandation 210 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. X, par. 49 à 51). Si un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est, au sens générique, une créance du client sur l’établissement de dépôt, l’article 97 s’écarte de la règle générale de conflit de lois relative à la loi applicable aux biens incorporels (voir art. 86), afin de ne pas empiéter sur la loi et les pratiques bancaires. Deux options s’offrent à l’État adoptant en ce qui concerne

la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, ainsi qu'aux droits et obligations qui existent entre l'établissement de dépôt et le créancier garanti.

37. Dans l'option A, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'agence de l'établissement de dépôt qui tient le compte. Il convient de noter qu'une succursale ou une agence d'un établissement de dépôt peut être considérée comme étant située dans un pays donné, que l'institution y offre ses services à ses clients dans des bureaux physiques ou seulement via une connexion en ligne. À cet égard, on notera que généralement, tout établissement de dépôt doit avoir une présence physique ou une adresse légale dans un pays pour que les autorités réglementaires pertinentes l'autorisent à recevoir des dépôts et à tenir des comptes bancaires dans ce pays.

38. Dans l'option B, la loi applicable est la loi désignée dans la convention de compte comme régissant les questions visées à l'article 97 ou, en l'absence d'une telle désignation, la loi désignée par les parties à la convention de compte comme régissant cette convention. Pour être efficace à des fins de règlement de conflits de lois, une désignation doit renvoyer à la loi d'un État dans lequel l'établissement de dépôt exerce une activité régulière de réception de dépôts et de tenue de comptes bancaires. On notera que l'État dont la loi est ainsi désignée peut différer de celui dans lequel le compte bancaire du constituant est tenu.

39. S'il est impossible de déterminer la loi applicable conformément aux indications du paragraphe précédent, l'option B prévoit une série de règles inspirées des règles supplétives énoncées à l'article 5 de la Convention de La Haye sur les titres, que l'État adoptant voudra peut-être insérer dans cet article s'il choisit l'option B de l'article 97.

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

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

41. Par conséquent, s'agissant de ces types de biens, un créancier garanti peut s'en remettre à la loi du lieu de situation du constituant pour rendre sa sûreté opposable par inscription même si, pour ces types de biens, la loi applicable pourrait être différente conformément aux autres règles de conflit de lois du présent chapitre. Toutefois, si les règles de priorité de la loi applicable se fondent sur les règles de priorité de la Loi type, le créancier garanti rendant sa sûreté opposable par inscription n'obtiendrait qu'un rang de priorité inférieur en cas de conflit de priorité

avec un créancier garanti concurrent qui aurait assuré l'opposabilité, par exemple, par possession dans le cas d'un instrument négociable (voir art. 46-1), en devenant le titulaire du compte dans le cas d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir art. 47-1), ou par possession dans le cas d'un document négociable ou d'un titre non intermédié représenté par un certificat (voir art. 49-1 et 51-1, respectivement). Toutefois, la sûreté primerait le droit: a) du représentant de l'insolvabilité du constituant ou de la masse des créanciers; et b) des créanciers judiciaires, si l'inscription avait eu lieu avant, par exemple, qu'un d'entre eux ne saisisse les biens grevés.

Article 99. Sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle

42. L'article 99 se fonde sur la recommandation 248 du Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (voir par. 284 à 337). L'effet du paragraphe 1 est le suivant. Si une propriété intellectuelle est protégée dans un État donné, la loi de cet État s'applique aux conditions à remplir pour que la sûreté réelle mobilière qui greève cette propriété soit considérée comme ayant été créée et rendue opposable et étant prioritaire dans cet État. On notera qu'une sûreté grevant une propriété intellectuelle peut être accordée par toute personne qui a un droit sur cette propriété conformément au droit correspondant applicable. Par conséquent, le constituant peut être le propriétaire, un preneur à bail ou un preneur de licence de la propriété intellectuelle destinée à être grevée.

43. Le paragraphe 2 prévoit une autre façon de constituer et de rendre opposable à certains tiers une sûreté sur une propriété intellectuelle. Il dispose que le créancier garanti peut également s'en remettre, à ces fins, à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. Le principal avantage du paragraphe 2 est que, si la sûreté a été rendue opposable à un représentant de l'insolvabilité du constituant en vertu de la loi de l'État dans lequel ce dernier est situé, tout tribunal de l'État adoptant chargé d'affaires d'insolvabilité reconnaîtra la sûreté, même si les conditions d'opposabilité de tous les États dans lesquels la propriété intellectuelle est protégée ne sont pas remplies.

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

Article 100. Sûreté réelle mobilière grevant des titres non intermédiés

45. L'article 100 énonce une règle générale applicable aux titres de participation, et une autre applicable aux titres de créance. On notera qu'aucune de ces règles générales n'établit de distinction entre les titres représentés par un certificat et les titres dématérialisés, ou entre les titres négociés et non négociés. S'agissant des titres de participation, le paragraphe 1 désigne la loi de constitution de l'émetteur

comme étant la loi applicable à toutes les questions (constitution, opposabilité, priorité, réalisation et opposabilité à l'émetteur d'une sûreté sur ces titres). Cette approche apporte une plus grande certitude dans la détermination de la loi applicable, car le fait de renvoyer à une seule loi pour toutes les questions permet d'éviter les difficultés qui pourraient se poser en cas de chevauchement entre certaines questions (par exemple, réalisation et opposabilité à l'émetteur), et seraient susceptibles d'entraîner le renvoi à des lois différentes.

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

47. Le critère de distinction entre les titres de participation et les titres de créance devrait se fonder sur leur caractérisation aux fins du droit des sociétés, et non du droit comptable ou d'un autre droit. Ainsi, les actions privilégiées devraient être considérées comme des titres de participation même si, selon les règles comptables et d'autres règles, elles sont considérées comme un élément du passif. De même, les titres de créance subordonnés (par exemple, dette payable en cas d'insolvabilité uniquement après satisfaction des obligations dues à certains créanciers, comme les prêteurs) devraient être traités en tant que titres de créance même si, de la perspective d'un prêteur qui octroie un autre crédit à l'émetteur, une dette subordonnée peut être considérée en tant que participation.

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

49. S'agissant des titres de créance non intermédiés, le paragraphe 2 applique la loi régissant les titres à toutes les questions (constitution, opposabilité, priorité, réalisation et opposabilité à l'émetteur d'une sûreté sur ces titres). Comme on l'a noté plus haut (voir par. 45 ci-avant), on garantit davantage de certitude en désignant une seule loi applicable à toutes les questions. La loi régissant les titres de créance est la loi retenue par les parties pour régir leurs droits et obligations contractuels découlant de l'émission de ces titres. En l'absence d'un tel choix (ce qui serait extrêmement rare pour des titres de créance), le for déterminera la loi applicable en fonction de ses propres règles de conflit de lois. La Loi type ne répond pas à la question de savoir si les parties peuvent choisir une loi applicable qui n'a

aucun lien avec l'émission des titres. Cette question est laissée aux règles de conflit de lois relatives aux obligations contractuelles de l'État du for.

50. Le terme "titres de créance" n'est pas défini dans la Loi type. Cette notion est toutefois bien comprise dans la plupart des systèmes juridiques et désigne une obligation de paiement. Dans le contexte des titres de créance, l'obligation consiste généralement à payer une somme d'argent. Les obligations et les billets à ordre sont des titres de créance, dans la mesure où ils entrent dans la définition des titres à l'article 2 kk). L'obligation d'un emprunteur vis-à-vis d'un prêteur dans le cadre d'un mécanisme de crédit ne serait pas considérée comme un titre de créance, car elle n'entre pas dans cette définition. Elle constituerait plutôt une créance et serait soumise aux règles de conflit de lois relatives aux créances.

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

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

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

54. L'article 98 introduit une exception aux règles générales de conflit de lois prévues à l'article 100. Si la loi de l'État dans lequel le constituant est situé reconnaît l'inscription d'un avis comme moyen de rendre opposable une sûreté sur des titres non intermédiés représentés par un certificat, la loi de cet État est aussi la loi applicable à l'opposabilité par inscription de la sûreté réelle mobilière sur ce type de biens (voir par. 40 et 41 ci-dessus). On notera que les titres non intermédiés dématérialisés ne sont pas mentionnés à l'article 98 et que, par conséquent, la loi de l'émetteur (et non la loi du lieu de situation du constituant) est la loi applicable à

l'opposabilité par inscription (si celle-ci est autorisée par la loi de l'émetteur) de la sûreté sur ce type de biens.

Chapitre IX. Transition

Introduction

55. Ce chapitre remplit trois fonctions. Tout d'abord, il prévoit l'abrogation de la loi qui régissait précédemment les sûretés réelles mobilières (la "loi antérieure") (voir art. 101). En deuxième lieu, il prévoit les règles régissant le traitement des sûretés qui ont été créées alors que la loi antérieure était en vigueur mais qui continuent d'exister, éventuellement pendant de longues périodes, après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les sûretés (la "nouvelle loi") (voir art. 102 à 106). En troisième lieu, il définit une date à laquelle la nouvelle loi entrera en vigueur (voir art. 107). Ainsi, ce chapitre fournit des règles qui permettent de passer, de manière équitable et efficace, de la loi antérieure à la nouvelle (voir Guide sur les opérations garanties, chap. XI, par. 1 à 3).

Article 101. Modification et abrogation d'autres lois

56. La Loi type est conçue comme un système complet de droit des sûretés mobilières, qui remplace intégralement le régime antérieur, plutôt que comme un complément à 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.

57. Nombre d'autres textes de loi interagissent avec le droit des sûretés mobilières. Dans certains cas, leurs dispositions peuvent partir du principe que la législation antérieure relative aux sûretés mobilières est en vigueur. Le paragraphe 2 offre à l'État adoptant la possibilité de modifier ces dispositions pour les intégrer à la nouvelle loi. Il convient de noter que, comme tout autre article de la Loi type, l'article 101 ne pourra s'appliquer que lorsque la nouvelle loi donnant effet à la Loi type entrera en vigueur conformément à l'article 107. Ainsi, les lois existantes sont modifiées ou abrogées uniquement à compter de la date où la nouvelle loi entre en vigueur (autrement dit, les deux ensembles de règles ne régissent simultanément les opérations garanties à aucun moment).

Article 102. Applicabilité générale de la présente Loi

58. Le paragraphe 1 de cet article définit deux termes utilisés dans le chapitre. Selon le paragraphe 1 a), la "loi antérieure" désigne les règles qui s'appliquaient aux sûretés en vertu de la loi de l'État adoptant avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Étant donné que, conformément aux règles de conflit de lois de l'État adoptant (qui existaient avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi), la loi

applicable peut être celle de l'État adoptant ou d'un autre État, l'article 102 renvoie à la loi précédemment applicable en vertu des règles de conflit de lois de l'État adoptant. Dans la mesure où une loi différente peut être applicable aux diverses questions relatives aux sûretés réelles mobilières (par exemple, les droits et obligations contractuels qui existent entre le constituant et le créancier garanti, la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation des sûretés, ainsi que l'opposabilité d'une sûreté à un tiers débiteur), la loi antérieure désigne la loi qui s'appliquait précédemment au sujet en question.

59. Selon le paragraphe 1 b), le terme "sûreté réelle mobilière antérieure" désigne le droit créé par une convention conclue avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, que cette dernière traiterait aussi en tant que sûreté réelle mobilière entrant dans son champ d'application. C'est le cas même si la convention porte sur des biens futurs (voir art. 2, al. d)). Les dispositions de la Loi type relatives à la transition déterminent la mesure dans laquelle, même après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, les règles de la loi antérieure continuent de s'appliquer à une sûreté réelle mobilière antérieure.

60. Fondé sur la recommandation 228 (deuxième phrase) du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 7 à 12), le paragraphe 2 énonce la règle générale concernant l'applicabilité de la nouvelle loi. Il dispose qu'à son entrée en vigueur conformément à l'article 105, la nouvelle loi s'applique à toutes les sûretés réelles mobilières qui entrent dans son champ d'application, notamment les sûretés antérieures, sauf disposition contraire du présent chapitre (par exemple aux articles 103 et 104). Le reste du chapitre est essentiellement consacré à la présentation d'exceptions à cette règle générale. Lues conjointement, la règle énoncée au paragraphe 2 et les exceptions prévues dans le reste du chapitre instituent une période de transition durant laquelle la nouvelle loi s'applique à toutes les nouvelles opérations, tandis que certains aspects des règles de la loi antérieure continuent de s'appliquer à diverses questions liées aux sûretés antérieures.

61. Du paragraphe 2, il découle que les sûretés réelles mobilières antérieures peuvent être régies, du moins en partie, par la nouvelle loi. C'est avantageux car, 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 être en mesure d'appliquer tant la nouvelle loi que la loi antérieure (en fonction de l'opération concernée), et au cours de laquelle la recherche de réclamants concurrents devrait être faite au titre des règles de la nouvelle loi et de la loi antérieure. Par conséquent, une règle prévoyant que la nouvelle loi s'applique uniquement aux opérations conclues après son entrée en vigueur engendrerait des coûts supplémentaires et retarderait l'apparition des bienfaits économiques du nouveau système.

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

62. L'article 103 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 énoncée au paragraphe 2 de l'article 102 selon laquelle la nouvelle loi s'applique à toutes les

sûretés réelles mobilières qui entrent dans son champ d'application, y compris aux sûretés antérieures. Le paragraphe 1, en particulier, dispose que si une question relative à une sûreté réelle mobilière antérieure fait l'objet d'une procédure judiciaire ou arbitrale ouverte avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le droit matériel (et non procédural) régissant le litige restera la loi antérieure (un for pourra appliquer ses propres règles de procédure si elles ne sont pas incompatibles avec celles de la loi antérieure). Ce paragraphe s'applique à tous les litiges liés à une sûreté antérieure, que ce soit entre le créancier garanti et le constituant, le créancier garanti et un réclamant concurrent ou le créancier garanti et une personne débitrice, par exemple, d'une créance ou d'un instrument négociable. On notera que l'ouverture, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, d'une procédure judiciaire visant à régler une question n'exclut pas l'application des dispositions de la nouvelle loi à une question distincte découlant de la même convention constitutive de sûreté qui ne fait pas l'objet du litige.

63. Le paragraphe 2 énonce une règle de fond relative à la réalisation des sûretés réelles mobilières constituées conformément à la loi antérieure. Conformément à cette règle, si la réalisation a commencé en vertu de la loi antérieure (les questions de savoir ce qui constitue la "réalisation" et si elle a "commencé" relèvent 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 ou, au contraire, choisir d'utiliser les mécanismes de réalisation de la nouvelle loi (la question de savoir ce qui constitue la "réalisation" conformément à la nouvelle loi est traitée au chapitre VII). Cette règle s'applique même si la réalisation a commencé en vertu de la loi antérieure sans qu'un tribunal ou une autre autorité ne soit saisi. Ainsi, par exemple, si avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le créancier garanti prend des mesures autorisées en vertu de la loi antérieure pour obtenir la possession d'un bien grevé sans saisir un tribunal ou une autre autorité, il peut, après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, choisir de disposer du bien grevé et d'en distribuer le produit conformément à la loi antérieure, ou de procéder sur ces points conformément à la nouvelle loi.

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

64. Fondé sur la recommandation 230 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 17 à 19), l'article 102 énonce deux règles. Tout d'abord, le paragraphe 1 prévoit que la loi antérieure détermine si une sûreté réelle mobilière supposément constituée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi l'a effectivement été. En deuxième lieu, conformément au paragraphe 2, une sûreté réelle mobilière effectivement créée en vertu de la loi antérieure continue de produire effet 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.

65. Partons par exemple du principe qu'avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi: a) la loi antérieure autorisait la constitution d'une sûreté par le biais d'une

convention verbale, même en l'absence de possession du bien grevé par le créancier garanti; et b) un créancier garanti a octroyé un crédit au constituant et ce dernier a garanti son obligation de remboursement en constituant une sûreté sur un bien incorporel en faveur du créancier garanti par le biais d'une convention verbale. Si la règle prévue au paragraphe 2 n'existait pas, la sûreté ne serait pas opposable en vertu de la nouvelle loi et le créancier garanti devrait obtenir la coopération du constituant pour que la sûreté soit opposable, car la nouvelle loi exige une convention écrite signée par le constituant (voir art. 6-3).

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

66. L'article 105 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 avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi restent opposables pendant une certaine période de 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 à laquelle l'opposabilité de la sûreté aurait cessé en vertu de la loi antérieure (voir par. 1 a) ou la date précisée au paragraphe 1 b)).

67. Illustration: Conformément à la loi antérieure sur les sûretés mobilières de l'État X, il était possible de rendre opposable une sûreté réelle mobilière sur une créance en notifiant le débiteur de cette créance, mais la sûreté cessait d'être opposable après cinq ans, à moins que le créancier garanti n'envoie un avis de renouvellement au débiteur de la créance (qui prolongerait l'opposabilité de la sûreté pour une nouvelle période de cinq ans. Lorsque l'État X a adopté la Loi type, il a prévu une période de trois ans au titre de la règle énoncée au paragraphe 1 b)). Un an avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le constituant a créé en faveur du créancier une sûreté sur une créance que lui devait le débiteur, et le créancier garanti a avisé le débiteur de l'existence de cette sûreté. Selon le paragraphe 1 a), la sûreté cesserait d'être opposable cinq ans après la conclusion de la convention constitutive de sûreté et la notification du débiteur de la créance en vertu de la loi antérieure (ce qui, dans ces circonstances, aurait pour résultat que la sûreté cesserait d'être opposable quatre ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi). Selon le paragraphe 1 b), la sûreté cesserait d'être opposable trois ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Par conséquent, étant donné que la date visée au paragraphe 1 b) est antérieure à la date visée au paragraphe 1 a), la sûreté cessera d'être opposable en application de la nouvelle loi trois ans après son entrée en vigueur (sous réserve des règles énoncées aux paragraphes 2 et 3).

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

69. Les paragraphes 2 et 3 abordent le sujet de la continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière antérieure lorsque: a) la sûreté était opposable conformément à la loi antérieure; et b) les exigences en matière d'opposabilité de la nouvelle loi sont satisfaites. Le paragraphe 2 dispose que, lorsque les conditions

d'opposabilité de la nouvelle loi sont remplies avant l'expiration de la période spécifiée au paragraphe 1, la sûreté antérieure reste opposable sans interruption à partir du moment où l'opposabilité a été assurée; par conséquent, la priorité de cette sûreté, aux fins des règles qui déterminent la priorité par référence à la date d'opposabilité, remonte à ce moment.

70. Toutefois, si les exigences de la nouvelle loi en ce qui concerne l'opposabilité de la sûreté réelle mobilière antérieure ne sont remplies qu'après l'expiration de la période spécifiée au paragraphe 1, il s'écoulera un laps de temps entre l'expiration de l'opposabilité en vertu du paragraphe 1 et le début de l'opposabilité conformément à la nouvelle loi. Dans ce cas, le paragraphe 3 dispose que la sûreté n'est opposable qu'à partir du moment où elle l'est rendue en vertu de la nouvelle loi; par conséquent, la priorité de cette sûreté, aux fins des règles qui déterminent la priorité par référence à la date d'opposabilité, ne remonte qu'à ce moment.

71. La règle énoncée au paragraphe 5 explicite un principe qui ressort implicitement du paragraphe 2. Ce dernier prévoit que, lorsque les conditions d'opposabilité d'une sûreté antérieure prévues par la nouvelle loi sont satisfaites avant l'expiration de la période visée au paragraphe 1, la sûreté antérieure reste opposable à partir du moment où elle a été rendue opposable conformément à la loi antérieure. Le paragraphe 5 indique que, si la sûreté a été rendue opposable par inscription en vertu de la loi antérieure et qu'elle reste opposable sans interruption, conformément au paragraphe 2, la date d'inscription sous le régime de la loi antérieure est la date à utiliser pour appliquer les règles de priorité qui dépendent de la date d'inscription.

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

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

73. En particulier, conformément à la règle énoncée au paragraphe 1, c'est la loi antérieure, plutôt que la nouvelle, qui sert à déterminer la priorité d'une sûreté réelle mobilière antérieure à l'égard des réclamants concurrents, si cette sûreté et les droits de tous les réclamants concurrents sont nés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et que le rang de priorité des réclamants concurrents n'a pas changé.

74. Le paragraphe 2 dispose que le rang de priorité d'une sûreté a changé si l'un de deux événements est survenu. Tout d'abord, le rang de priorité a changé si: a) la sûreté antérieure n'était opposable en vertu de la nouvelle loi que du fait de la règle prévue à l'article 105-1; et b) l'opposabilité a cessé parce que la période visée à l'article 105-1 a expiré avant que n'aient été accomplies les actions voulues pour rendre la sûreté opposable en vertu de la nouvelle loi. En deuxième lieu, le rang de priorité d'une sûreté a changé si elle n'était pas opposable conformément à la loi antérieure au moment où la nouvelle loi est entrée en vigueur, mais qu'elle l'est devenue lorsque la nouvelle loi est entrée en vigueur ou plus tard. Cette règle a pour but de maintenir les rangs de priorité des réclamants concurrents établis en vertu de

la loi antérieure quand aucun changement n'est survenu autre que l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Article 107. Entrée en vigueur de la présente Loi

75. L'article 107, qui se fonde sur la recommandation 228 du Guide sur les opérations garanties (voir chap. XI, par. 4 à 6), prévoit la date à laquelle ou le mécanisme selon lequel la nouvelle loi entrera en vigueur. La Loi type ne recommande pas de date, ni de mécanisme particulier, et laisse la question à l'État adoptant. Ce dernier voudra peut-être se demander si cet article devrait être placé au début ou à la fin de la nouvelle loi.

76. Pour choisir une date ou un mécanisme d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, il faudra veiller 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) sensibiliser les participants au système des opérations garanties, en particulier les créanciers garantis actuels et futurs, aux effets de la nouvelle loi et aux modalités du passage de l'ancienne à la nouvelle loi, et leur permettre de se préparer, entre autres, à respecter de nouvelles règles et à utiliser de nouveaux formulaires. 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.