



# Assemblée générale

Distr.: Générale  
19 avril 2007

Français  
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
**Quarantième session**  
Vienne, 25 juin-12 juillet 2007

## Sûretés

### Projet de guide législatif sur les opérations garanties

#### Note du secrétariat

#### Additif

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
XIII. Droit international privé .....	1-75	3
A. Remarques générales .....	1-75	3
1. Introduction .....	1-11	3
a) Objet des règles de droit international privé .....	1-6	3
b) Champ d'application des règles de droit international privé .....	7-11	5
2. Règles de droit international privé concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière .....	12-24	6
3. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels .....	25-34	9
a) Règle générale: loi du lieu de situation du bien grevé ( <i>lex situs</i> ou <i>lex rei sitae</i> ) .....	26-27	9
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 .....	28-30	10
c) Règle spéciale pour la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable .....	31	10



d) Exceptions pour certains types de biens . . . . .	32-34	11
4. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels . . . . .	35-47	12
a) Règle générale: loi du lieu de situation du constituant . . . . .	35-40	12
b) Exceptions pour certains types de biens . . . . .	41-47	13
5. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit . . . . .	48-52	15
6. Loi applicable aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté . . . . .	53	16
7. Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs . . . . .	54-55	16
8. Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière . . . . .	56-64	17
9. Règles et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation . . . . .	65-70	19
10. Ordre public et lois de police . . . . .	71	20
11. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités . . . . .	72-75	20
B. Recommandations . . . . .		21

## **XIII. Droit international privé**

### **A. Remarques générales**

#### **1. Introduction**

##### **a) Objet des règles de droit international privé**

1. 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 A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Ces règles sont généralement appelées "règles de droit international privé" (ou "règles de conflit de lois"). Elles 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 droit international privé 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.

2. Les règles de droit international privé proposées dans le Guide ne s'appliqueront que si le for est situé dans un État qui a adopté les recommandations du Guide. Elles ne peuvent s'appliquer dans un autre État si ce dernier n'est pas un État adoptant. La raison en est qu'un État ne peut pas légiférer sur les règles de droit international privé qui doivent être appliquées dans un autre État. Les tribunaux de l'autre État appliquent leurs propres règles de droit international privé. Pour déterminer la loi applicable – loi interne ou loi d'un autre État –, le tribunal doit déterminer si l'affaire est nationale ou internationale, question qui pourrait en soi être considérée comme relevant du droit international privé. À la différence de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international<sup>1</sup> (dénommée ci-après "Convention des Nations Unies sur la cession"), qui définit le "caractère international", le Guide n'aborde pas la question, mais laisse à une autre loi du for le soin de le faire. En tout état de cause, pour que s'applique la loi d'un État à laquelle renvoient les règles de droit international privé, il faut un facteur de rattachement. Les principaux facteurs de rattachement examinés dans le présent chapitre sont le lieu de situation des biens et le lieu de situation du constituant d'une sûreté réelle mobilière.

3. Une fois qu'une sûreté réelle mobilière a été constituée et est devenue opposable, la localisation du facteur 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 droit international privé 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 droit international privé prévoient également que l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles corporels

<sup>1</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.4.

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 soit nécessaire de prendre d'autres mesures dans cet État. Une autre solution serait d'obtenir une nouvelle sûreté 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 droit international privé, elle est examinée dans le chapitre V du Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 46). Le présent chapitre traite seulement du moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation des biens ou du constituant pour déterminer si une sûreté a été constituée, est devenue opposable et a la priorité sur un autre droit (voir A/CN.9/631, recommandation 216).

4. Dans un régime efficace en matière d'opérations garanties, les règles de droit international privé 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 droit international privé – concernant les opérations garanties. Un autre objectif est la prévisibilité. Comme l'illustre l'exemple donné au paragraphe précédent, les règles de droit international privé 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 serait désignée pour une sûreté du même type. Un troisième objectif essentiel d'un bon système de droit international privé est que les règles de ce système doivent correspondre aux attentes raisonnables des parties intéressées (en l'occurrence, du créancier, du constituant, du débiteur et des tiers). On peut faire valoir que, pour obtenir ce résultat, la loi applicable à une sûreté devrait avoir un lien avec la situation de fait qu'elle sera appelée à régir.

5. 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 droit international privé. 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 droit international privé différentes pour le même type de biens grevés, le créancier devra se conformer à plusieurs régimes afin d'être pleinement protégé. Un des avantages de l'existence de règles de droit international privé harmonisées dans différents États est que le 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.

6. Des règles de droit international privé 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'appliqueront. 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 droit international privé**

7. Le présent chapitre ne définit pas les sûretés réelles mobilières auxquelles s'appliqueront les règles de droit international privé. Normalement, un droit sera qualifié de sûreté réelle mobilière aux fins du droit international privé 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 droit international privé appropriée. La question est toutefois de savoir si les règles de droit international privé 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 droit international privé applicables aux opérations garanties.

8. 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 droit international privé) 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. 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.

9. Quelle que soit la décision d'un État concernant les catégories d'opérations régies par les règles de droit international privé, 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 systèmes juridiques, les obligations purement contractuelles sont habituellement soumises à la loi choisie par les parties dans leur convention ou, en l'absence d'un tel choix, à la loi régissant la convention constitutive de sûreté (par exemple, la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>2</sup>, conclue à Rome en 1980, dénommée ci-après la "Convention de Rome"). Le Guide recommande

<sup>2</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1605, n° 28023.

d'adopter la même approche pour déterminer les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté.

10. Si l'autonomie des parties est reconnue pour ce qui est des obligations personnelles, les règles de droit international privé 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.

11. Les règles de droit international privé de nombreux systèmes juridiques 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 droit international privé (voir toutefois A/CN.9/631, recommandation 219, alinéa b), et recommandation 220). Le renvoi est exclu par souci de prévisibilité et aussi parce qu'il peut être contraire aux attentes des parties. Le Guide adopte la même approche (voir A/CN.9/631, recommandation 217).

## **2. Règles de droit international privé concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière**

12. 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).

13. 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 droit international privé relatives à la réalisation seront examinées dans une autre section du présent chapitre.

14. Tous les systèmes juridiques ne font pas de distinction entre l'efficacité d'une sûreté réelle mobilière entre les parties et l'opposabilité (et la priorité). Dans nombre d'entre eux, une sûreté (ou tout autre droit réel) qui a été valablement constituée est, par définition, efficace à l'égard de tous (*erga omnes*) sans qu'aucune formalité supplémentaire ne soit nécessaire. Dans ces systèmes, une même règle de droit international privé s'applique à l'efficacité d'une sûreté à l'égard de tous (et la priorité peut aussi être analysée comme une question d'efficacité). Cependant, même les systèmes qui font une distinction claire entre l'efficacité entre les parties, l'opposabilité et la priorité ne prévoient pas toujours une règle de droit international privé distincte pour chacun de ces aspects et la même règle peut s'appliquer aux trois et aboutir donc à l'application d'une règle de droit matériel unique.

15. Par conséquent, la question essentielle est de savoir si une règle de droit international privé 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 systèmes juridiques, de sorte que l'élaboration de règles de droit international privé 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 ou des droits similaires (notamment les créanciers judiciaires et les administrateurs de l'insolvabilité).

16. Une autre question importante est de savoir si, pour l'un quelconque de ces trois aspects (constitution, opposabilité ou priorité), la règle de droit international privé 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*).

17. Une approche reposant sur la loi du lieu de situation des biens grevés (*lex situs*) ne serait cependant pas conforme, pour les créances de sommes d'argent, 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 droit international privé 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 A/CN.9/631, recommandation 204).

18. 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. 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 approche a été adoptée dans la Convention principalement parce qu'elle aboutit à l'application d'une loi unique qui est facile à déterminer et qui est la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du cédant sera le plus susceptible d'être ouverte.

19. Des considérations de simplicité et de sécurité pourraient même inciter à adopter la même règle de droit international privé (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 le même bien régie par la loi de l'État B).

20. Cependant, les systèmes juridiques 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 des comptes bancaires ou les droits de propriété intellectuelle, question qui est examinée ci-dessous). En outre, l'adoption de la loi du lieu de situation du constituant aboutirait à ce qu'une loi régie 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.

21. De plus, il est presque universellement admis qu'une sûreté avec dépossession devrait être régie par la loi du lieu où le bien est détenu, 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.

22. Pour toutes ces raisons, le Guide recommande deux règles générales de droit international privé 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 A/CN.9/631, recommandation 202);

b) Pour les biens meubles incorporels, la loi applicable devrait être la loi du lieu de situation du constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 204).

23. Comme les règles de droit international privé applicables varieront généralement selon qu'il s'agit de biens meubles corporels ou incorporels, la question est de savoir quelle est la règle appropriée si des biens incorporels sont susceptibles d'être grevés d'une sûreté avec dépossession. À ce propos, la plupart des systèmes juridiques assimilent certaines catégories de biens meubles incorporels matérialisés 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 A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation), de sorte que la règle de droit international privé 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 A/CN.9/631, recommandation 202).

24. Le même problème se pose lorsque des marchandises sont représentées par un titre négociable (tel qu'un connaissance). Il est généralement admis qu'un titre



représentatif négociable est également assimilé à un bien meuble corporel et peut faire l'objet d'un gage avec dépossession. La loi du lieu où se trouve le document (et non les marchandises) régirait alors le gage. La question est toutefois de savoir quelle loi s'appliquerait à un conflit de priorité entre un créancier ayant reçu le titre représentatif en gage et un autre créancier auquel le débiteur aurait consenti une sûreté sans dépossession sur les marchandises elles-mêmes, si le document et les marchandises ne se trouvent pas dans le même État. Dans un tel cas, les règles de droit international privé devraient donner préséance à la loi gouvernant le gage, au motif que cette solution répondrait davantage aux attentes légitimes des parties intéressées, ce qui serait également conforme à la règle de droit matériel proposée dans le Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 107).

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

25. Les considérations de principe militant en faveur de règles générales de droit international privé exposées ci-dessus (voir par. 22) ne s'appliquent pas nécessairement dans toutes 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 droit international privé énoncées plus haut ainsi que leurs exceptions.

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

26. 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 A/CN.9/631, recommandation 202). 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.

27. La règle générale de droit international privé 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 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**

28. 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. Cela signifie 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 d'en arriver là, une solution serait que le for 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 se fondent sur le lieu de situation réel des biens et qui ont octroyé un crédit au constituant conformément aux conditions requises par la loi du lieu de destination finale de ces biens.

29. Une autre approche serait que le for du lieu de destination finale reconnaisse pendant une durée limitée l'efficacité d'une sûreté constituée et rendue opposable conformément à la loi du lieu initial des biens. Les parties du lieu de destination initiale disposeraient ainsi d'un délai pour remplir les conditions requises par la loi de l'État de destination finale pour conserver leur sûreté telle qu'elle a été initialement constituée et rendue opposable. Cette approche permettrait de concilier les intérêts des parties situées dans des pays différents (et est, de fait, recommandée dans le Guide d'une manière générale pour tous les biens meubles corporels; voir A/CN.9/631, recommandations 46 et 216).

30. 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 (ou intermédiaire) (voir A/CN.9/631, recommandation 203). 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. 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 de constitution et 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**

31. Comme il a été indiqué plus haut, il est généralement admis que la loi de l'État dans lequel est situé l'instrument (*lex situs*) devrait régir la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, 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. En tout état de cause, cette approche ne

concerne que l'opposabilité assurée par inscription, la loi du lieu de situation de l'instrument continuant de régir la priorité d'une sûreté sur cet instrument (voir A/CN.9/631, recommandation 207).

**d) Exceptions pour certains types de biens**

32. La règle générale de droit international privé concernant les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels 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 meubles corporels mobiles*

33. Les biens meubles corporels mobiles sont des biens qui dans le cours normal des affaires franchissent des frontières nationales (par exemple aéronefs, navires et parfois 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). En vertu de la règle générale de droit international privé sur les biens meubles corporels de ce type, 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 de nombreux systèmes juridiques, la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les types de biens meubles corporels habituellement utilisés dans plusieurs États sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant (sauf si la propriété de ce type de biens meubles corporels est soumise à inscription sur un registre spécialisé qui prévoit aussi l'inscription des sûretés; voir le paragraphe 34 ci-dessous, voir également A/CN.9/631, recommandation 202).

*ii) Biens meubles corporels soumis à inscription sur un registre spécialisé*

34. La propriété de certains types de biens meubles corporels est parfois inscrite sur des registres spécialisés, ce qui est généralement le cas des aéronefs et des navires et, dans certains États, des véhicules automobiles. Si le registre concerné permet également l'inscription des sûretés réelles mobilières, la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu 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. Ainsi, une recherche dans le registre 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 A/CN.9/631,

recommandation 202) ou les conventions internationales, qui prévalent (par exemple la Convention de l'Institut international pour l'unification du droit privé 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**

35. Dans certains systèmes juridiques, la loi de l'État dans lequel est situé le constituant régit la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité. 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).

36. Dans d'autres systèmes juridiques, la loi du lieu de situation du bien régit encore la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité. Dans ces systèmes, 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). La loi du lieu de situation (*lex situs*) d'un bien meuble incorporel régit ces trois aspects.

37. La loi du lieu de situation du constituant présente plusieurs avantages par rapport à la loi du lieu de situation du bien (*lex situs*). C'est une loi unique, puisque le cédant est toujours une seule et même personne, même si la cession porte sur plusieurs créances de sommes d'argent dues par différents débiteurs (les cessions subséquentes, de A à B et de B à C, ne posent pas de problèmes de priorité, étant donné qu'un cédant prend la place de l'autre). 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 cédant sera probablement ouverte.

38. En outre, si la loi du lieu de situation du bien grevé (*lex situs*) fonctionne bien dans la plupart des cas pour les biens meubles corporels, 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. 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 droit international privé solide en matière d'opérations garanties.

39. Par ailleurs, même si un système juridique a 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 poseront 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, par exemple, 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.

40. Compte tenu de ce qui précède, le Guide recommande d'adopter la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 204). Les critères définissant le lieu de situation du constituant sont conformes à ceux énoncés dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir A/CN.9/631, recommandation 215).

#### **b) Exceptions pour certains types de biens**

41. 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; 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*

42. 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, ainsi que des droits et obligations de la banque dépositaire concernant cette sûreté, des approches différentes ont été adoptées dans les divers systèmes juridiques (pour la définition de "compte bancaire", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Dans certains systèmes, ces questions relèvent de la loi de l'État où se trouve la succursale qui tient le compte. 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. Elle conduirait en outre à l'application de la même loi à toutes les questions liées aux activités bancaires (telles que les prêts, les questions fiscales ou réglementaires).

43. 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 cet État. Si la convention de compte ne spécifie aucune loi, la loi applicable serait 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. La loi applicable répondrait ainsi aux attentes des parties à la convention de compte. En outre, il ne serait plus nécessaire de déterminer le lieu de situation d'un compte bancaire, ce qui pourrait ne pas être facile, et 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 sur le compte.

44. Comme pour les instruments négociables, 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. 31 ci-dessus).

ii) *Produit d'un engagement de garantie indépendant*

45. Dans de nombreux systèmes juridiques, la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, ainsi que les droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée, sont régies par la loi spécifiée dans l'engagement de garantie (pour la définition de "droit au produit d'un engagement de garantie indépendant", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation; pour la présente approche, voir A/CN.9/631, recommandation 208). 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 A/CN.9/631, recommandation 209). Cette approche confère sécurité juridique et prévisibilité quant à la loi applicable. Elle correspond également aux attentes normales des parties à de telles opérations. S'agissant de la constitution d'une sûreté sur un tel bien, il est fait référence à la loi du lieu de situation du constituant, pour les raisons examinées plus haut en relation avec les sûretés sur des créances, et compte tenu du fait que la constitution entraîne 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 tiers.

46. À l'exception de la constitution, les aspects abordés dans le paragraphe précédent sont régis par la loi applicable aux créances et aux instruments négociables 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 et, conformément à la loi applicable, le créancier ayant un droit sur la créance, l'instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel a automatiquement l'avantage de la sûreté sur le produit de l'engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/631, recommandation 210). Cette approche se justifie par la nécessité d'appliquer, dans un souci de cohérence, la même loi à la sûreté sur une créance ou un instrument négociable qui s'étend automatiquement aux droits garantissant l'exécution de la créance ou de l'instrument négociable.

iii) *Créances liées à des biens meubles incorporels*

47. 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 régira normalement les aspects réels d'une sûreté réelle mobilière sur la créance. Cependant, 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 est régi par la loi de cet État (voir A/CN.9/631, recommandation 205).

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

48. Il y a généralement deux 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 A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

49. 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 des 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 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. D'un autre côté, cette approche conduirait à l'application d'une autre loi que la loi qui, selon les parties octroyant un financement par cession de créances, devrait s'appliquer à leurs droits sur les créances en tant que biens initialement grevés.

50. Un autre inconvénient de cette approche est que les parties octroyant un financement par cession de créances seraient incapables de prévoir la loi applicable, étant donné que le choix 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.

51. La seconde 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 dont l'avantage est qu'elle permettrait toujours de déterminer la loi applicable indépendamment des parties au litige.

52. On pourrait aussi envisager de 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'un droit sur le produit seraient soumises à la loi qui leur aurait été applicable si le produit avait été le bien initialement grevé. 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 réclameurs concurrents d'identifier avec certitude la loi qui régira un éventuel conflit de priorité (voir A/CN.9/631, recommandation 211).

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

53. Comme il a été indiqué plus haut (voir par. 9), 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 droit international privé généralement applicables aux obligations contractuelles (voir A/CN.9/631, recommandation 212). Par exemple, en l'absence de choix, les droits et obligations réciproques des parties à la convention constitutive de sûreté peuvent être 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'une convention constitutive de sûreté garantissant un prêt présente les liens les plus étroits avec l'État dans lequel la partie qui exécute l'obligation caractéristique de la convention 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**

54. Les sûretés sur des biens meubles incorporels font généralement intervenir des tiers tels que le débiteur d'une créance, le 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 droit international privé 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 voies de droit découlant de sa sûreté. Il faut en premier lieu éviter de décevoir les attentes des parties qui ont une obligation



de paiement découlant du bien grevé mais qui ne participent pas à l'opération visée dans la convention constitutive de sûreté.

55. 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 droits 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 lorsque le bien grevé est 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 (voir A/CN.9/631, recommandations 206, 208 et 213).

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

56. Dans la plupart des systèmes juridiques, 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 un tribunal se référerait 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.

57. Par conséquent, 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 à moins que certaines conditions pour la protection du constituant ne soient réunies, alors que la loi du lieu de réalisation pourrait exiger une intervention judiciaire. Chacune des solutions possibles à cette question comporte des avantages et des inconvénients.

58. 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 serait souvent le lieu de situation du constituant. 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 trouve le bien qui fait l'objet de la

réalisation (et pourrait aussi coïncider avec la loi régissant la priorité si les règles de droit international privé 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 d'exercer des droits contre les biens d'un constituant, que ces droits soient d'origine nationale ou étrangère.

59. 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 serait très difficile de répondre à cette question, car il faudrait définir le critère permettant de déterminer le lieu de situation des créances (voir le paragraphe 38 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 rattachées à plusieurs États, de multiples lois peuvent s'appliquer à la réalisation. Le résultat 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.

60. 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.

61. Une autre possibilité serait donc de soumettre les questions de fond concernant la réalisation à la loi régissant la priorité de la 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.

62. Une troisième possibilité serait d'adopter une règle en vertu de laquelle la loi régissant la relation contractuelle des parties s'appliquerait également aux questions de réalisation, ce qui correspondrait généralement à l'attente de ces dernières et, dans bien des cas, coïnciderait aussi avec la loi applicable à la constitution de la sûreté, étant donné que cette loi est souvent 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 constitution, l'opposabilité et 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.

63. 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.

64. Une autre possibilité serait d'essayer de concilier les avantages des approches fondées sur la *lex fori* et sur la loi régissant la priorité. La réalisation d'une sûreté sur un bien meuble corporel 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 (voir A/CN.9/631, recommandation 214).

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

65. Étant donné que les règles générales de droit international privé 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.

66. 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 alinéa h) de l'article 5 h) de la Convention). La définition du Guide est similaire (voir A/CN.9/631, recommandation 215).

67. Quel que soit le facteur de rattachement retenu pour déterminer la règle de droit international privé 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 définir le moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation.

68. Si cette question n'est pas réglée de façon expresse, les règles générales de droit international privé concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité 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.

69. 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).

70. Par conséquent, il semblerait nécessaire de formuler des orientations sur ces questions pour éviter toute incertitude, dans la mesure où un changement de la localisation du facteur de rattachement conduira à l'application d'une autre loi que celle escomptée par les parties si la loi du nouveau lieu de situation des biens ou du constituant est soumise à une règle de droit international privé différente. En général, pour déterminer la loi applicable à la constitution, le lieu pertinent est le lieu où se situe le bien grevé ou le constituant au moment de la constitution. Pour déterminer la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité, le lieu pertinent est leur lieu de situation au moment où la question se pose (voir A/CN.9/631, recommandation 216).

#### **10. Ordre public et lois de police**

71. Conformément aux règles de droit international privé généralement applicables, le for ne peut refuser d'appliquer la loi applicable en vertu de ses règles de droit international privé que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for ou si ses effets seraient contraires aux lois de police de l'État du for. 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 ou en vertu des lois de police, cet État peut refuser de se soumettre à une disposition de la loi applicable qui reconnaîtrait un tel droit. En revanche, le for ne peut pas non plus appliquer sa propre loi à des questions d'opposabilité et de priorité, sauf si la loi du for est la loi applicable (voir A/CN.9/631, recommandation 218). Cette approche se justifie par la nécessité de ne pas compromettre 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. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités**

72. Le terme "État", dans le Guide, désigne un État ou un pays souverain. La question de la loi applicable se pose lorsque, pour une question donnée, la règle de droit international privé 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 droit international privé 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.

73. 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 A/CN.9/631, recommandation 219, alinéa a)).

74. Pour préserver la cohérence des règles de droit international privé internes d'un État à plusieurs unités, il est généralement prévu que ces règles continuent de s'appliquer, mais seulement sur le plan interne (voir A/CN.9/631, recommandation 219, alinéa b), et recommandation 220). 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 A/CN.9/631, recommandation 217). 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.

75. Ces règles s'appliquent seulement aux questions qui, dans un État à plusieurs unités, sont régies par les lois des unités territoriales. 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. Elles ne s'appliqueraient pas non plus si la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités où l'application d'un renvoi pourrait être involontairement source d'incertitude quant à la loi applicable.

## 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.9/631 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.]*