



# Assemblée générale

Distr.: Générale  
24 septembre 2007

Français  
Original: Anglais

---

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

## Sûretés

### Projet de guide législatif sur les opérations garanties

#### Note du secrétariat

#### Additif

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
XIII. Transition .....	1-30	2
A. Remarques générales .....	1-30	2
1. Nécessité de dispositions transitoires .....	1-3	2
2. Date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation .....	4-10	3
3. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires .....	11-30	5
a) Généralités .....	11-12	5
b) Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral ..	13	5
c) Efficacité entre les parties des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur .....	14-16	6
d) Opposabilité des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur .....	17-19	6
e) Conflits de priorité .....	20-23	7
f) Réalisation .....	24-30	8
B. Recommandations .....		10



## **XIII. Transition**

### **A. Remarques générales**

#### **1. Nécessité de dispositions transitoires**

1. Le précédent chapitre avait pour thème le “conflit de lois”, à savoir l’ensemble des règles visant à déterminer, dans les cas où deux ou plusieurs systèmes juridiques prévoient des règles de fond susceptibles de s’appliquer à une opération particulière, lesquelles s’appliqueraient en fait. Souvent, ces règles de conflit de lois sont considérées comme des règles régissant le conflit de lois “dans l’espace”, afin de les distinguer d’un autre type de règles de conflit de lois (à savoir celles régissant le conflit de lois “dans le temps”). Toutes les mesures d’ordre législatif soulèvent des questions relatives au conflit de lois dans le temps. C’est pourquoi la plupart des États ont mis au point des principes élaborés pour déterminer, lorsqu’une nouvelle loi entre en vigueur, ses effets sur une loi antérieure incompatible et la portée de son application à des relations juridiques existantes. Toutefois, lorsqu’une réforme majeure de la loi existante est envisagée, les États incorporent habituellement dans le processus de réforme des règles spécifiques régissant le conflit de lois dans le temps en relation avec l’entrée en vigueur de la nouvelle loi. Ces règles sont en général dénommées “dispositions transitoires”. Compte tenu du champ d’application des précédents chapitres, le présent Guide recommande aux États d’adopter une série de dispositions transitoires expressément adaptées à la nouvelle loi qu’ils pourraient promulguer.

2. Les règles formulées dans la nouvelle législation sur les opérations garanties à partir des recommandations du Guide seront sans doute sensiblement différentes de celles de la loi antérieure, ce qui aura un impact évident sur toute convention que les constituants et les créanciers garantis pourront conclure après la promulgation de la nouvelle loi. Toutefois, de nombreuses opérations conclues en vertu de la loi antérieure se maintiendront lorsque la nouvelle loi entrera en vigueur. Compte tenu des différences entre l’ancien régime juridique et le nouveau et de la continuité des opérations conclues et des sûretés mobilières constituées sous l’empire du régime antérieur, il importe, pour le succès de la nouvelle législation, que celle-ci énonce des règles équitables et efficaces de transition entre la loi ancienne et la nouvelle. Des dispositions transitoires sont également nécessaires lorsque, en vertu des règles de conflit de lois du régime antérieur, la loi d’un autre État (à savoir un État différent de celui dont la loi régit cette question en vertu des règles de conflit de lois du nouveau régime) régissait la constitution d’une sûreté, son opposabilité ou sa priorité.

3. Deux questions liées à la transition entre l’ancien et le nouveau régime doivent être examinées. La nouvelle législation devrait préciser, premièrement (voir section A.2), à quelle date elle-même ou ses divers éléments entreront en vigueur (“date d’entrée en vigueur”, voir recommandation 223) et, deuxièmement (voir section A.3), dans quelle mesure elle s’applique, après la date d’entrée en vigueur, aux opérations ou aux sûretés antérieures à cette date.

## 2. Date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation

4. Il faut prendre en considération un certain nombre de facteurs pour déterminer la date d'entrée en vigueur. Afin d'assurer l'exploitation rapide des avantages économiques de la nouvelle législation, les États doivent veiller à donner effet à la nouvelle loi le plus tôt possible après son adoption. Il faut toutefois trouver un compromis entre ces avantages et la nécessité d'éviter de déstabiliser ou de perturber les marchés qui seront régis par la nouvelle législation et de laisser aux acteurs de ces marchés suffisamment de temps pour se préparer à réaliser, dans le cadre de cette législation, des opérations qui pourront être très différentes de celles régies par la loi antérieure. De ce fait et compte tenu de la mesure dans laquelle la nouvelle législation aura fait l'objet d'un débat public (y compris par le biais d'importants programmes de formation des juges, des avocats et des acteurs intervenant sur les marchés) un État peut décider que cette nouvelle législation devra entrer en vigueur quelque temps après son adoption afin que ces marchés et leurs acteurs adaptent leur conduite en conséquence.

5. Lorsqu'ils détermineront la date d'entrée en vigueur, les États pourraient examiner divers facteurs, notamment les suivants: l'impact de cette date sur les décisions d'octroyer des crédits; la maximisation des avantages découlant de la nouvelle législation; les mesures qu'ils doivent prendre notamment en matière de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'ils doivent apporter aux infrastructures; l'état de la loi préexistante et d'autres infrastructures; l'harmonisation de la nouvelle législation sur les opérations garanties avec d'autres lois; les limites constitutionnelles, le cas échéant, de la rétroactivité de la nouvelle législation; et la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la législation (par exemple le premier jour du mois).

6. En général, les États adoptent l'une des trois méthodes ci-après pour donner effet à une loi à une date suivant sa promulgation. Premièrement, il est prévu qu'une loi entre en vigueur à une date fixée par "décret" ou "proclamation". Dans d'autres cas, cette date est précisée dans la loi proprement dite. Par exemple, si une loi a été promulguée le 17 janvier d'une année donnée, elle peut simplement disposer qu'elle entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre de cette même année. Dans d'autres cas encore, la loi contient une formule particulière pour déterminer la date de son entrée en vigueur. Ainsi, elle peut disposer que cette date sera le premier jour du mois civil à l'issue d'une période de six mois après la date de promulgation. Une deuxième formule peut consister à fixer comme date d'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier ou le 1<sup>er</sup> juillet, selon ce qui intervient en premier, à l'issue d'une période de six mois après la date de promulgation. Conformément à une troisième formule, il faut différer la date d'entrée en vigueur pour laisser le temps de mettre en place une infrastructure technique (par exemple un registre informatisé). Dans ce cas, les États procèdent souvent par décret pour décider, par exemple, que la date à laquelle le registre sera opérationnel servira de point de départ à la période de six mois ou plus. Le Guide recommande aux États soit de spécifier la date d'entrée en vigueur, soit d'énoncer une formule pour déterminer cette date dans la loi proprement dite (recommandation 223).

7. Comme les dettes garanties par les sûretés prises sur des biens du constituant sont souvent remboursables sur une certaine durée, de nombreuses sûretés constituées avant la date d'entrée en vigueur continueront probablement d'exister à cette date et après, garantissant ainsi des dettes qui n'ont pas encore été payées.

Aussi, les États devraient également se demander si la nouvelle législation devrait s'appliquer à des éléments intervenant après la date d'entrée en vigueur, lorsque ces éléments ont trait à des opérations conclues avant cette date.

8. Une solution serait que la nouvelle législation ne s'applique que pour l'avenir et donc qu'elle ne régit pas les différents aspects des opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur. Bien que cette solution puisse présenter un certain attrait, en particulier pour les questions qui se posent entre le constituant et le créancier garanti, elle créerait d'importants problèmes, notamment en ce qui concerne le classement des sûretés. Le principal de ces problèmes serait la nécessité de régler des conflits de priorité entre un créancier garanti ayant obtenu sa sûreté avant la date d'entrée en vigueur et un créancier garanti concurrent ayant obtenu sa sûreté sur les mêmes biens grevés après cette date. Du fait que la notion de priorité implique une comparaison et que la même règle de classement doit s'appliquer aux deux sûretés qui sont comparées, il n'est pas possible que les règles antérieures régissent le rang de la sûreté du créancier antérieur à la date d'entrée en vigueur et que les nouvelles règles régissent le rang de la sûreté du créancier postérieur. La détermination de la règle de classement à appliquer à ce conflit ne va pas sans difficulté. L'application des règles antérieures en l'espèce aurait essentiellement pour effet de retarder l'efficacité de certains des principaux aspects de la nouvelle législation, si bien que les avantages économiques importants qu'offre cette dernière pourraient tarder considérablement à se matérialiser. Ce retard compromettrait toutes les nouvelles opérations, alors qu'il pourrait n'être nécessaire que pour certaines opérations antérieures. En outre, il empêcherait les parties à une convention constitutive de sûreté visant des biens futurs de mettre à profit la nouvelle loi pour des biens acquis après sa date d'entrée en vigueur. D'un autre côté, l'application des nouvelles règles pourrait injustement léser les parties qui se sont fondées sur la loi antérieure (en particulier celles qui se sont fondées sur cette loi sans savoir qu'elle pourrait être modifiée) et risquerait également de les inciter à contester la nouvelle législation ou à préconiser une date d'entrée en vigueur trop éloignée.

9. Selon une autre solution, on pourrait assurer une plus grande sécurité juridique et une concrétisation plus rapide des avantages de la nouvelle législation en appliquant cette dernière à toutes les opérations à compter de la date d'entrée en vigueur, tout en prévoyant cependant les "dispositions transitoires" nécessaires pour ménager une transition efficace entre l'ancien régime et le nouveau sans que les sûretés perdent le rang prioritaire qu'elles occupaient avant cette date. Cette solution permettrait d'éviter les problèmes décrits ci-dessus mais également de concilier, de manière équitable et efficace, les intérêts des parties qui ont observé la loi antérieure avec les intérêts des parties qui se conforment à la nouvelle loi.

10. Compte tenu de ces considérations, le Guide recommande la seconde de ces deux approches générales: a) application immédiate de la nouvelle loi à toutes les opérations intervenant après sa date d'entrée en vigueur; b) pas d'application rétroactive générale de la nouvelle loi aux opérations conclues avant sa date d'entrée en vigueur; c) application de la nouvelle loi aux questions et procédures (par exemple, conflits de priorité et mécanismes d'application) intervenant après sa date d'entrée en vigueur; et d) adoption de dispositions transitoires pour protéger les droits des parties acquis dans le cadre d'opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur (recommandation 223, deuxième phrase).

### 3. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires

#### a) Généralités

11. De nombreuses sûretés constituées avant la date d'entrée en vigueur continueront d'exister après cette date et risquent d'entrer en concurrence avec des sûretés créées en vertu de la nouvelle loi. Des dispositions transitoires claires sont donc nécessaires pour déterminer dans quelle mesure la nouvelle loi s'appliquera à ces sûretés préexistantes. Ces dispositions transitoires devraient répondre de manière appropriée tant aux attentes établies des parties qu'à la nécessité d'assurer la sécurité et la prévisibilité dans les opérations futures. Elles devront indiquer dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, dans les relations entre les parties à une opération ayant donné naissance à une sûreté avant cette date. Elles devront également préciser dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, au règlement des conflits de priorité entre le titulaire d'une sûreté et un réclamant concurrent, lorsque la sûreté ou le droit de ce dernier a été créé avant cette date.

12. Il n'est pas possible d'établir une règle ou une formule unique pour régir tous les cas en présence, car même si tous les États appliquaient le Guide de façon identique, chacun d'eux partirait d'un régime préexistant différent. En outre, les particularités du régime préexistant auront une incidence sur les décisions prises aux fins de la transition, comme le fait de savoir si l'on pourra facilement établir que les biens étaient grevés d'une sûreté en vertu de l'ancien régime, ou combien de temps les opérations pourront rester "intactes" (par exemple si, en vertu de l'ancien régime, il ne serait pas nécessaire de procéder à un renouvellement ou de prendre d'autres mesures pour maintenir l'opposabilité). La discussion ci-après porte sur les principales questions dont les États devraient tenir compte pour élaborer une série de dispositions transitoires.

#### b) Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral

13. Lorsqu'un différend fait l'objet d'une procédure judiciaire à la date d'entrée en vigueur, les droits des parties ont suffisamment cristallisé, de sorte que l'entrée en vigueur du nouveau régime juridique ne devrait pas modifier l'issue de ce différend. Le même principe devrait s'appliquer lorsque le différend est soumis à une procédure de règlement des litiges comparable, telle qu'une procédure d'arbitrage, mais il ne le devrait pas lorsqu'une procédure, comme la conciliation, est mise à profit par les parties (car le caractère non contraignant du résultat d'une telle procédure indique que les droits des parties n'ont pas suffisamment cristallisé). Il s'ensuit donc qu'un tel différend ne devrait pas être réglé en vertu du nouveau régime juridique (voir recommandation 224). En outre, dans le cadre d'une procédure de réalisation en cours, les parties au différend ne devraient généralement pas pouvoir se prévaloir de mécanismes ou de droits prévus dans la nouvelle loi. La procédure judiciaire peut mettre en jeu des questions autres que la réalisation. Dans ce cas, une procédure judiciaire en cours visant un aspect d'une opération garantie ne devrait pas empêcher l'application de la nouvelle loi à des aspects de l'opération qui ne sont pas soumis à ladite procédure. Celle-ci ne devrait pas non plus empêcher les parties d'engager une procédure judiciaire visant une question pertinente en vertu de la nouvelle loi.

c) *Efficacité entre les parties des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur*

14. Lorsqu'une sûreté a été constituée avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation, deux questions se posent en ce qui concerne l'efficacité de cette sûreté dans les relations entre le constituant et le créancier. La première est de savoir si une sûreté qui avait effectivement été constituée en vertu de la loi ancienne mais qui ne remplissait pas les conditions requises pour être constituée en vertu de la nouvelle cesse d'être efficace à la date d'entrée en vigueur de celle-ci. La deuxième est de savoir si une sûreté qui n'était pas effectivement constituée en vertu de la loi ancienne mais qui remplissait toutes les conditions requises pour être constituée en vertu de la nouvelle devient efficace à la date d'entrée en vigueur de celle-ci.

15. S'agissant de la première question, différentes solutions sont également possibles. Par exemple, il pourrait être établi une période transitoire pendant laquelle la sûreté resterait efficace entre les parties, afin que le créancier puisse prendre les mesures nécessaires pour constituer cette sûreté conformément à la nouvelle loi. À l'expiration de cette période, si les mesures nécessaires n'avaient pas été prises, la sûreté cesserait d'être efficace conformément à la nouvelle loi. Une autre solution, plus simple (c'est celle adoptée dans le Guide), serait de prévoir que, si une sûreté est constituée (à savoir, si elle est efficace entre les parties) avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, elle reste efficace entre elles après l'entrée en vigueur (voir recommandation 225).

16. S'agissant de la seconde question, il faudrait envisager de rendre la sûreté efficace à compter de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, puisqu'il est permis de supposer que, pour les parties, l'efficacité s'entend à compter du moment où elles ont conclu leur convention. Néanmoins, certains États exigent du constituant qu'il confirme son intention de rendre efficace, en vertu de la nouvelle loi, une sûreté qui jusque-là ne l'était pas. Toutefois, une telle exigence est difficile à mettre en pratique, car elle suppose, ce qui est peu vraisemblable, qu'une des parties au moins avait connaissance du problème, n'avait rien fait pour le résoudre en vertu de l'ancienne loi et voulait maintenant rendre la sûreté efficace. La situation la plus vraisemblable serait que le vice soit découvert après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, auquel cas une règle prévoyant l'efficacité automatique au moment de l'entrée en vigueur serait justifiée. C'est la position implicitement recommandée dans le Guide (recommandation 223, deuxième phrase).

d) *Opposabilité des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur*

17. Différentes questions se posent en ce qui concerne l'opposabilité aux tiers d'une sûreté constituée avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Étant donné que la nouvelle législation contiendra des dispositions d'ordre public sur les mesures appropriées à prendre pour rendre une sûreté opposable, il est préférable qu'elle s'applique aussi largement que possible. Cependant, il peut être déraisonnable d'exiger d'un créancier dont la sûreté était opposable en vertu du régime juridique antérieur de l'État adoptant (ou de la législation de l'État dont la loi régissait l'opposabilité conformément aux règles de conflit de lois du régime antérieur) qu'il se conforme immédiatement à toute prescription supplémentaire de la nouvelle loi. Cette exigence serait particulièrement difficile à satisfaire pour les créanciers institutionnels, qui seraient tenus de se conformer simultanément aux

prescriptions supplémentaires de la nouvelle loi pour une multitude d'opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur.

18. Il serait préférable qu'une sûreté qui était opposable en vertu du régime juridique antérieur mais qui ne le serait pas en vertu des dispositions nouvelles demeure opposable pendant une période raisonnable (fixée dans les dispositions transitoires de la nouvelle loi) afin que le créancier ait le temps de se conformer aux prescriptions de cette dernière. À l'expiration de la période transitoire, la sûreté ne serait plus opposable, sauf si elle l'était devenue en application de la nouvelle loi (voir recommandation 226). Pour déterminer la durée de la période pendant laquelle les créanciers sont autorisés à rendre leurs sûretés existantes opposables, les États devraient envisager un certain nombre de questions concrètes. Par exemple, lorsqu'il existe déjà un système de registre des sûretés, une plus longue période pourrait être envisagée puisque les tiers continueraient de disposer d'un moyen de déterminer si une sûreté grevait un bien particulier. En revanche lorsqu'il n'existe pas de registre pour les sûretés, une période plus courte pourrait être prévue (du moins en ce qui concerne les sûretés pour lesquelles il n'était pas nécessaire d'inscrire un avis en vertu de l'ancienne loi) puisque les tiers ne disposeraient pas d'un moyen simple pour déterminer si une sûreté grevait un bien d'un éventuel constituant.

19. Si la sûreté n'était pas opposable en vertu du régime juridique antérieur, mais est opposable en application des nouvelles dispositions, elle devrait l'être dès la date d'entrée en vigueur. Là encore, on suppose que les parties avaient l'intention que la sûreté soit efficace entre elles et que les tiers sont protégés dans toute la mesure prévue par les nouvelles dispositions. C'est la position implicitement recommandée dans le Guide (recommandation 223, deuxième phrase).

e) *Conflits de priorité*

20. Des questions tout à fait autres se posent dans le cas des conflits de priorité. Ceux-ci impliquent en effet nécessairement l'application d'une série de règles à deux sûretés différentes (ou plus) constituées à des dates différentes. Un système juridique ne saurait prévoir simplement que la règle de classement en vigueur à la date de constitution d'une sûreté régit le rang de cette dernière, car une telle règle n'apporterait pas de réponse cohérente lorsqu'une des sûretés que l'on compare a été constituée sous l'empire de l'ancien régime et l'autre en vertu du nouveau régime. Il doit plutôt prévoir des règles pour chacune des situations suivantes: a) lorsque les deux sûretés sont constituées après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation; b) lorsque les deux sûretés sont constituées avant cette date; et c) lorsqu'une sûreté est constituée avant la date d'entrée en vigueur et l'autre après.

21. La situation la plus simple est celle où il y a un conflit de priorité entre deux réclamants concurrents dont les sûretés ont été constituées après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation. Il est clair dans ce cas que les règles de classement prévues dans la nouvelle législation devraient s'appliquer au règlement de ce conflit.

22. Inversement, si les deux sûretés concurrentes ont été constituées avant la date d'entrée en vigueur et que le rang de chaque sûreté sur les biens grevés a été établi avant cette date et si, en outre, aucun événement (autre que l'entrée en vigueur) de nature à modifier ce rang n'est survenu, la stabilité des relations laisse penser qu'il

ne faudrait pas, au seul motif que la nouvelle loi est entrée en vigueur, modifier le rang attribué à chaque sûreté avant la date d'entrée en vigueur. Si, en revanche, il se produit après la date d'entrée en vigueur un événement qui aurait eu un effet sur le classement des sûretés sous l'empire du régime juridique antérieur (par exemple si une sûreté devient ou cesse d'être opposable), il y a moins de raisons de continuer à soumettre à l'ancienne loi un conflit de priorité qui a été modifié par une action ou un événement postérieur à cette date. Il est beaucoup plus justifié d'appliquer les nouvelles dispositions à une telle situation. En d'autres termes, les sûretés existantes des parties telles qu'elles se présentaient lorsque la nouvelle loi est entrée en vigueur sont protégées, mais les parties ne devraient pas être déchargées de l'obligation de s'assurer qu'elles se sont abstenues d'agir (ou qu'elles n'ont pas agi) dans un sens qui ferait que leurs sûretés ne sont plus protégées en vertu de la nouvelle loi (voir recommandations 227 à 229).

23. La situation la plus complexe est celle où il y a conflit de priorité entre une sûreté constituée avant la date d'entrée en vigueur et une autre sûreté créée après. Dans ce cas, s'il est préférable que les règles nouvelles s'appliquent à terme (en fait le plus tôt sera le mieux), il convient de prévoir une disposition transitoire protégeant le rang du créancier qui a obtenu sa sûreté en vertu du régime ancien, sous réserve qu'il prenne toutes les mesures nécessaires pour maintenir cette protection dans le cadre du nouveau régime. Si ces mesures sont prises dans les délais prescrits dans la disposition transitoire, la nouvelle législation devrait octroyer au créancier la même priorité que celle qu'il aurait eue si les nouvelles dispositions avaient été en vigueur lors de l'opération initiale et si ces mesures avaient été prises en temps voulu en vertu de l'ancienne loi (voir recommandation 227).

*f) Réalisation*

24. Un différend peut faire l'objet d'une procédure judiciaire (ou d'une autre procédure de règlement des litiges, telle qu'une procédure d'arbitrage) à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Comme noté plus haut, dans ce cas les droits des parties ont suffisamment cristallisé, de sorte que l'entrée en vigueur d'un nouveau régime juridique ne devrait pas modifier l'issue de ce différend (voir recommandation 224). Les parties au différend ne devraient pas, en général, pouvoir se prévaloir de mécanismes ou de droits prévus dans la nouvelle loi. Par exemple, si des mesures de réalisation non-judiciaires sont interdites en vertu de l'ancienne loi, mais autorisées en vertu de la nouvelle, les parties procédant à la réalisation ne devraient pas pouvoir transformer le processus de réalisation judiciaire en processus de réalisation non judiciaire. De même, dans le cadre d'une procédure de réalisation en cours, les parties ne devraient normalement pas être autorisées à invoquer des moyens de défense ou d'autres droits formulés uniquement dans la nouvelle loi. Cela étant, le champ d'application de ce principe est sujet à interprétation. Selon un point de vue, dès lors qu'un créancier a engagé une procédure de réalisation en vertu de l'ancienne loi, on devrait estimer qu'il a choisi en l'espèce de se référer à cette loi et qu'il ne pourra par la suite tenter de se prévaloir des moyens de recours offerts par la nouvelle loi. Selon un autre point de vue, ce principe suppose uniquement que le créancier ne peut être contraint de transformer la procédure engagée en vertu de l'ancienne loi en procédure relevant de la nouvelle loi. Il peut poursuivre la procédure de réalisation comme si la nouvelle loi n'était pas encore entrée en vigueur. Si toutefois le créancier procédant à la réalisation devait



abandonner la procédure de réalisation judiciaire ou arbitrale engagée, de ce point de vue, rien ne pourrait l'empêcher d'engager une autre procédure de réalisation (y compris une procédure de réalisation non judiciaire) en vertu de la nouvelle loi. Le Guide ne donne pas de recommandation sur le point de savoir laquelle de ces deux méthodes les États devraient adopter en ce qui concerne la procédure de réalisation en cours.

25. Néanmoins, la plupart des différends portant sur des opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi surgiront après cette date. Deux situations peuvent alors se produire. D'une part, les créanciers garantis pourront être habilités à exercer certains recours et les constituants à invoquer certains moyens de défense que la nouvelle loi n'autorise plus. De l'autre, la nouvelle loi pourra permettre aux créanciers d'user de nouveaux moyens de recours et aux débiteurs d'invoquer de nouveaux moyens de défense qui jusque-là n'étaient pas autorisés.

26. D'aucuns estiment que lorsque la nouvelle loi supprime certains moyens de recours ou les soumet à une procédure nouvelle et plus lourde, cela ne devrait pas porter préjudice aux créanciers. Par exemple, dans certains États, les créanciers en possession du bien grevé peuvent, en cas de défaillance, simplement prendre le bien donné en gage sans avoir à en aviser le constituant ou les tiers. En revanche, le Guide envisage qu'un créancier devrait donner notification de son intention d'accepter le bien à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir recommandations 141 à 145).

27. Un raisonnement analogue vaut également lorsque les constituants sont privés des moyens de défense ou des droits de procédure qu'ils auraient pu exercer conformément à la loi antérieure. Par exemple, dans certains États, les constituants défaillants peuvent suspendre la procédure de réalisation en réparant l'omission à l'origine de la défaillance et, partant, en régularisant l'inexécution de l'obligation garantie et en arrêtant la procédure de réalisation. En revanche, le Guide envisage que les constituants ont le droit de libérer le bien de sa sûreté en s'acquittant du montant de l'obligation, mais n'ont pas le droit de remédier à la défaillance et de régulariser l'inexécution de l'obligation (voir recommandation 139).

28. Dans les deux cas, d'aucuns font valoir que le préjudice que peut causer à un créancier garanti ou à un constituant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi est suffisant pour justifier que les droits découlant de la loi antérieure ne soient pas supprimés, même lorsqu'une procédure de réalisation est engagée après l'entrée en vigueur. L'un comme l'autre devrait pouvoir exécuter la convention initiale conformément à la loi qui était en vigueur lorsque cette convention a été conclue. En revanche, d'autres sont tout aussi fortement convaincus que, dans la mesure où le nouveau régime de réalisation répond au souci de l'État d'établir le meilleur équilibre possible entre les droits de toutes les parties, il devrait s'appliquer à tous les moyens de réalisation postérieurs à la date d'entrée en vigueur. Cet argument est particulièrement convaincant lorsque la réalisation a une incidence sur les droits des tiers qui ont pris une sûreté sur les biens après l'entrée en vigueur du nouveau régime. En outre, étant entendu que l'équilibre relatif qui doit être établi est subordonné à la configuration particulière des droits de réalisation des créanciers garantis et des droits des constituants dans les différents États en vertu de la loi antérieure, le Guide adopte le principe général de l'application immédiate (voir recommandation 223).

29. Cela étant dit, d'autres textes législatifs dans un État donné (par exemple, le droit général des obligations ou les principes constitutionnels relatifs aux mesures rétroactives concernant les droits réels) peuvent influencer sur la mesure dans laquelle la procédure de réalisation engagée après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi est conditionnée par le principe d'application immédiate.

30. S'agissant du cas où la nouvelle loi donne aux créanciers de nouveaux moyens de recours et aux constituants de nouveaux droits de procédure, l'argument en faveur de l'application de la nouvelle loi aux opérations existant avant son entrée en vigueur est convaincant. Le créancier garanti en vertu de la loi antérieure qui a pris les mesures nécessaires pour assurer l'opposabilité aux tiers en vertu de la nouvelle loi ne devrait pas être dans une situation différente de celle d'un créancier qui a pris initialement une sûreté conformément à la nouvelle loi. De même, tout nouveau moyen de défense ou droit de procédure accordé aux constituants et aux tiers en vertu de la nouvelle loi devrait être disponible dans le cadre de la procédure de réalisation engagée par tous les créanciers garantis, y compris ceux qui réalisent des sûretés découlant d'opérations qui existaient avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Ainsi, le nouveau régime de réalisation est-il révélateur de l'idée que se fait un État donné de ce que doit être un régime équitable et efficace à l'appui de la réalisation des sûretés. Si ce régime convient pour les sûretés qui ont été constituées après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, il devrait également s'appliquer, à compter de cette date, à la réalisation des sûretés constituées antérieurement.

## **B. Recommandations**

*[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, dans la mesure où le document A/CN.9/637 renferme un ensemble complet de recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces recommandations ne sont pas reproduites ici; dès qu'elles auront été finalisées, elles apparaîtront à la fin de chaque chapitre.]*