



Assemblée générale

Distr.: Limitée
4 avril 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail VI (Sûretés)
Première session
New York, 20-24 mai 2002

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Rapport du Secrétaire général

Additif*

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-25	2
XI. Conflit de lois et application territoriale	1-25	2
A. Remarques générales	1-24	2
1. Introduction	1-7	2
a. Objet du présent chapitre	1-4	2
b. Portée des règles de conflit de lois	5-7	3
2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, la publicité et le rang des sûretés	8-14	4
3. Effet d'une modification ultérieure concernant le facteur de rattachement	15-18	5
4. Règles de conflit de lois pour les questions de réalisation	19-24	6
B. Résumé et recommandations	25	8

* Le présent additif est soumis trois semaines après la date normale, qui doit précéder de dix semaines le début de la réunion, étant donné que le secrétariat de la Commission a été pleinement occupé par l'établissement d'autres documents, notamment de 11 autres additifs au document A/CN.9/WG.VI/WP.2, dont 9 ont déjà été soumis.



XI. Conflit de lois et application territoriale

A. Remarques générales

1. Introduction

a. Objet du présent chapitre

1. Ce chapitre examine les règles permettant de déterminer le droit applicable à la constitution, à la publicité, au rang et à la réalisation d'une sûreté. Ces règles sont généralement appelées "règles de conflit de lois" et elles déterminent également le champ territorial des règles de fond prévues dans le Guide. Par exemple, si un État a adopté les règles de fond prévues dans le Guide relatives au rang d'une sûreté, ces règles ne seront applicables à une contestation de rang surgissant dans cet État que dans la mesure où la règle de conflit de lois concernant les questions de rang des sûretés désigne les lois de cet État. Si la règle de conflit de lois stipule que la loi régissant le rang des sûretés est celle d'un autre État, alors les rangs relatifs des réclamants concurrents sont déterminés conformément à la loi de cet autre État et non aux règles de fond de l'État adoptant relatives au rang des sûretés.

2. Après qu'une sûreté est entrée en vigueur, une modification peut se produire dans le facteur de rattachement aux fins du choix de la loi applicable. Par exemple, si une sûreté sur des biens corporels situés dans l'État A est régie par la loi du lieu de situation des biens, la question se pose de savoir ce qui se passe si des biens faisant l'objet d'une sûreté dans cet État sont ensuite transférés dans l'État B (dont les règles de conflit de lois stipulent également que la localisation des biens régit les sûretés sur les biens corporels). Une possibilité serait que la sûreté reste efficace dans l'État B sans qu'il soit nécessaire de prendre une mesure complémentaire dans l'État B. Une autre possibilité consisterait à obtenir une nouvelle sûreté en vertu des lois de l'État B. Selon une troisième possibilité, le droit préexistant du créancier garanti serait préservé sous réserve de l'accomplissement dans l'État B de certaines formalités dans un certain délai (par exemple, dans les 30 jours qui suivent le transfert des biens dans l'État B). Ces questions sont abordées par les règles de conflit de lois de certains systèmes juridiques. Le présent chapitre propose une règle générale à cet égard.

3. Les règles de conflit de lois devraient répondre aux objectifs d'un régime efficace d'opérations garanties. L'application de ce principe au présent chapitre a pour effet que la loi applicable aux aspects patrimoniaux d'une sûreté devrait pouvoir être aisément déterminée: la certitude est un objectif essentiel de l'élaboration de règles concernant les opérations garanties tant au niveau du fond qu'à celui du conflit de lois. La prévisibilité constitue un autre objectif. Comme l'illustrent les questions évoquées au paragraphe précédent, les règles de conflit de lois devraient permettre la préservation d'une sûreté obtenue en vertu des lois de l'État A si une modification ultérieure du facteur de rattachement pour la détermination de la loi applicable entraîne l'applicabilité des lois de l'État B à la sûreté. Un troisième objectif essentiel d'un bon système de conflit de lois est que les règles pertinentes doivent correspondre aux attentes raisonnables des parties intéressées (créancier, débiteur et tiers). Beaucoup estiment que, pour obtenir ce

résultat, il faut que la loi applicable à une sûreté ait un lien avec la situation de fait qui est régie par cette loi.

4. L'utilisation du Guide (y compris le présent chapitre) pour l'élaboration de lois concernant les opérations garanties aidera à réduire les risques et les coûts résultant de différences entre les règles actuelles de conflit de lois. Dans le cadre d'une opération garantie, le créancier garanti souhaite normalement faire en sorte que ses droits soient reconnus dans tous les États où une réalisation pourrait avoir lieu (y compris dans un État où est administrée l'insolvabilité du débiteur). Si ces États ont des règles différentes en matière de conflit de lois pour le même type de biens grevés, le créancier devra se conformer à plusieurs régimes afin d'être pleinement protégé. L'existence de règles harmonisées de conflit de lois dans différents États présente l'avantage que le créancier peut se fonder sur une loi unique pour déterminer le rang de sa sûreté dans tous ces États. Il s'agit de l'un des buts atteints en ce qui concerne les créances par la Convention des Nations Unies sur la cession.

[Note au Groupe de travail: Dans ce contexte, il pourrait être fait référence à la convention que prépare actuellement la Conférence de La Haye de droit international privé sur la loi applicable aux cessions de titres intermédiés, une fois que son texte aura été mis au point.]

b. Portée des règles de conflit de lois

5. Ce chapitre ne définit pas les sûretés auxquelles les règles de conflit de lois seront applicables. Normalement, la caractérisation d'une sûreté aux fins des conflits de lois reflète le fond du droit relatif aux sûretés dans un État donné. Cependant, il peut être nécessaire de déterminer si les règles de conflit de lois concernant les sûretés devraient également être applicables à d'autres opérations qui sont fonctionnellement similaires aux sûretés, même si elles ne sont pas couvertes par un régime d'opérations garanties. Dans la mesure où les accords de réserve de propriété, les locations financières, les consignations et d'autres opérations analogues ne seraient pas régies par les règles de droit de fond, un État pourrait néanmoins les soumettre aux règles de conflit de lois applicables aux opérations garanties.

6. Une question similaire se pose à l'égard de certaines cessions qui ne concernent pas une sûreté, lorsqu'il est souhaitable que la loi applicable à la création, à la publicité et au rang de priorité soit la même que pour une sûreté sur la même catégorie de biens. C'est ce que prévoit par exemple la Convention des Nations Unies sur la cession, dont les dispositions (y compris les règles de conflit de lois) s'appliquent tant aux cessions pures et simples de créances qu'aux sûretés sur des créances. Ce choix est motivé notamment par la nécessité de se référer à une seule loi pour déterminer le rang de priorité de plusieurs réclamants concurrents pour la même créance. Dans l'éventualité d'un litige concernant les rangs respectifs de l'acquéreur d'une créance et d'un créancier détenant une sûreté sur la même créance, il serait beaucoup 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 tandis que le rang du créancier garanti serait régi par les lois de l'État B.

7. Quelle que soit la décision qu'un État prenne sur la gamme d'opérations couvertes par les règles de conflit de lois, les règles ne portent que sur les aspects

patrimoniaux de ces opérations, qui constituent des questions extérieures au domaine de la liberté contractuelle. Ainsi, une règle concernant la loi applicable à la constitution d'une sûreté ne fait que déterminer quelle loi régit la création d'un droit de propriété. Cette règle ne s'appliquerait pas aux obligations personnelles des parties en vertu de leur contrat.

2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, la publicité et le rang des sûretés

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

- i) en premier lieu, il faut déterminer si la sûreté a été valablement constituée (voir chapitre IV);
- ii) ensuite, il faut déterminer si la sûreté est opposable aux tiers (voir chapitres V et VI); et
- iii) enfin, il faut établir quel est le rang du créancier garanti (voir chapitre VII).

9. Les systèmes juridiques n'établissent pas tous des distinctions conceptuelles spécifiques entre ces trois questions. Dans certains d'entre eux, le fait qu'un droit sur un bien a été valablement créé implique nécessairement que ce droit est opposable aux tiers. En outre, les systèmes juridiques qui établissent une distinction claire entre ces trois questions n'instituent pas toujours des règles de fond distinctes pour chacune d'entre elles. Par exemple, dans le cas d'un gage avec dépossession conforme aux règles à respecter aux fins de la validité réelle d'une sûreté, la sûreté est opposable aux tiers sans qu'aucune action supplémentaire ne soit nécessaire.

10. Il est essentiel de déterminer si une seule règle de conflit de lois devrait être appliquée aux trois questions énoncées plus haut ou s'il faut permettre une plus grande souplesse, auquel cas il peut être préférable que la loi applicable à la publicité ou au rang de la sûreté soit différente de celle qui régit la constitution de celle-ci. Des considérations d'ordre général, telles que celles relatives à la simplicité et à la certitude, militent en faveur de l'adoption d'une règle unique pour la constitution, la publicité et le rang de la sûreté. Comme cela a été indiqué plus haut, la distinction entre ces trois questions n'est pas toujours établie ou comprise de la même manière dans tous les systèmes juridiques, de sorte que l'établissement de règles de conflit de lois différentes concernant ces questions risque de compliquer l'analyse ou de créer une incertitude. Cependant, il y a des cas dans lesquels le choix d'une loi différente pour les questions de rang de la sûreté tiendrait mieux compte des intérêts des tiers, tels que les personnes détenant des sûretés non conventionnelles.

11. Il importe également de déterminer si, pour l'une de ces trois questions (à savoir la constitution, la publicité ou le rang de la sûreté), la règle de conflit de lois applicable devrait être la même pour les biens corporels et incorporels. Une réponse positive à cette question militerait en faveur d'une règle reposant sur la loi applicable dans le lieu de situation du constituant. Sinon, il faut retenir le lieu où se situe le bien grevé (*lex situs*), ce qui ne serait cependant pas conforme, pour les créances, à la Convention des Nations Unies sur la cession.

12. Des considérations de simplicité et de certitude incitent à adopter la même règle de conflit de lois pour les biens corporels et incorporels, en particulier si la même loi est applicable à la constitution, à la publicité et au rang des sûretés. Selon cette démarche, une seule recherche de renseignements suffirait pour s'assurer de l'étendue des sûretés grevant tous les biens d'un débiteur. En outre, il ne serait pas nécessaire de formuler des recommandations concernant le cas d'un changement de localisation des biens grevés ni d'établir une distinction entre la loi applicable aux sûretés respectivement avec et sans dépossession (et de déterminer celles qui priment au cas où une sûreté avec une dépossession régie par la loi de l'État A entrerait en concurrence avec une sûreté sans dépossession relative au même bien régie par la loi de l'État B).

13. Cependant, les systèmes juridiques ne considèrent pas tous que la loi du lieu de situation du constituant est suffisamment rattachée aux sûretés sur des biens corporels (s'agissant de biens "non mobiles" du moins). En outre, la loi régissant la sûreté devrait être la même que la loi régissant la vente des biens sur lesquels elle porte. En conséquence, l'acceptation de la loi du constituant pour tous les types de sûreté ne serait réalisable que si les systèmes juridiques, d'une manière générale, étaient disposés à accepter cette règle pour toutes les cessions.

14. En outre, il est presque universellement admis qu'une sûreté avec dépossession devrait être régie par la loi du lieu où le bien se trouve, de sorte que l'adoption de la loi du constituant pour les sûretés avec dépossession irait à l'encontre de l'attente raisonnable des créanciers peu avisés. En conséquence, même si la loi du lieu de situation du constituant était retenue d'une manière générale, il faudrait faire une exception pour les sûretés avec dépossession.

[Note au Groupe de travail: Si la portée de la loi envisagée dans le présent guide se limite aux biens commerciaux, au matériel et aux créances commerciales, il se peut qu'il ne soit pas nécessaire de décider de l'opportunité d'adopter des règles spéciales de conflit de lois pour certaines catégories de biens incorporels tels que les créances non commerciales, les valeurs mobilières, les dépôts bancaires, les lettres de crédit et les droits de propriété intellectuelle. Il faudrait néanmoins examiner cette question, étant donné que les biens faisant partie de ces catégories de biens constituent souvent une partie importante de la valeur d'une entreprise. En particulier l'absence de règles de conflit de lois pour les droits de propriété intellectuelle causerait de grandes difficultés dans les transactions commerciales.]

Par ailleurs, dans la mesure où les règles de conflit de lois contenues dans le présent guide pourraient porter sur certains aspects également abordés par les règles proposées par d'autres organisations internationales (par exemple, la Conférence de La Haye, dans le domaine des titres intermédiés), le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner des moyens d'assurer la cohérence et d'éviter les contradictions.]

3. Effet d'une modification ultérieure concernant le facteur de rattachement

15. Quel que soit le facteur de rattachement retenu pour déterminer la règle de conflit de lois la plus appropriée pour une question donnée, il pourrait se produire une modification relative à ce facteur après la constitution de la sûreté. Par exemple,

si la loi applicable est celle de l'État où le constituant a son bureau principal, ce constituant pourrait ultérieurement transférer son bureau principal dans un autre État. De même, si la loi applicable est la loi de l'État où le bien grevé est situé, ce bien pourrait être transféré dans un autre État.

16. Si ces questions ne sont pas réglées de façon spécifique, une règle implicite pourrait être déduite. Les règles générales de conflit de lois concernant la constitution, la publicité et le rang des sûretés pourraient être interprétées dans le sens que, en cas de modification concernant le facteur de rattachement pertinent, la loi applicable initialement continue d'être applicable aux questions qui se sont posées avant la modification (constitution, par exemple), tandis que la loi applicable ultérieure serait applicable aux événements se produisant par la suite (par exemple, s'il faut déterminer les rangs respectifs de deux réclamants concurrents).

17. Cependant, le silence de la loi sur ces questions pourrait donner lieu à d'autres interprétations. Par exemple, une interprétation pourrait être que la loi applicable ultérieure est également applicable à la constitution dans l'éventualité où un différend relatif au rang d'une sûreté se produirait après la modification (au motif que les tiers concluant des transactions avec le débiteur ont le droit de déterminer la loi applicable pour toutes les questions en se fondant sur le facteur de rattachement effectif, qui est le facteur de rattachement existant au moment de leurs transactions).

18. L'institution d'une règle sur ces questions semble être nécessaire pour éviter l'incertitude, en particulier lorsque le facteur de rattachement passe d'un État qui n'a pas adopté la loi prévue dans le présent guide à un État qui l'a adoptée.

4. Règles de conflit de lois pour les questions de réalisation

19. Lorsqu'une sûreté est constituée et fait l'objet d'une publicité en application de la loi d'un État, mais que sa réalisation est demandée dans un autre État, une question se pose au sujet des voies de recours dont dispose le créancier garanti. Cela revêt une grande importance pratique lorsque les règles de fond relatives à la réalisation des deux États sont nettement différentes. Par exemple, la loi régissant la sûreté pourrait autoriser la réalisation par le créancier garanti sans recours préalable au système judiciaire à moins qu'il n'y ait trouble à l'ordre public, alors que la loi du lieu de réalisation pourrait exiger une intervention judiciaire. Chacune des solutions possibles à ce problème comporte des avantages et des inconvénients.

20. Une option consiste à soumettre les voies de recours en matière de réalisation à la loi du lieu de réalisation, c'est-à-dire à la *lex fori*. Les raisons de politique générale qui militent en faveur de cette règle sont les suivantes:

- i) La loi applicable aux voies de recours coïnciderait avec la loi applicable d'une manière générale aux questions de procédure;
- ii) La loi applicable aux voies de recours coïnciderait dans de nombreux cas avec le lieu où se trouve le bien qui fait l'objet de la réalisation (et pourrait ainsi coïncider avec la loi régissant le rang de priorité des sûretés si les règles de conflit de lois de l'État pertinent renvoient au lieu pour les questions relatives au rang des sûretés);

iii) Les conditions seraient les mêmes pour tous les créanciers ayant l'intention d'exercer des droits contre les biens d'un débiteur, que ces droits soient d'origine nationale ou étrangère.

21. D'autre part, la *lex fori* pourrait ne pas donner effet à l'intention des parties. Celles-ci pourraient s'attendre à ce que leurs droits et obligations respectifs dans une situation de réalisation sont ceux qui sont prévus dans la loi en vertu de laquelle la sûreté a été constituée. Par exemple, s'il est permis de procéder à la réalisation sans avoir recours aux tribunaux en vertu de la loi régissant la constitution de la sûreté, le créancier garanti pourrait aussi effectuer une telle réalisation extrajudiciaire dans l'État où il doit réaliser sa sûreté, même si une action extrajudiciaire de ce type n'est d'une manière générale pas autorisée en vertu de la loi nationale de cet État.

22. Une démarche reposant sur les attentes raisonnables des parties se traduirait par une règle soumettant les questions de réalisation à la loi régissant la constitution de la sûreté. Cette solution éviterait de séparer les voies de recours de la nature des droits conférés par une sûreté. Une telle séparation n'est pas évidente lorsque les voies de recours sont étroitement liées aux attributs de la sûreté (par exemple, les voies de recours de celui qui a réalisé une vente avec réserve de propriété peuvent être considérées comme découlant du fait qu'il est resté le propriétaire légal des biens). Dans la mesure où la règle de conflit de lois sur les questions relatives au rang des sûretés serait la même que celle relative à la constitution et à la publicité, un autre avantage du fait que la loi régissant la constitution de la sûreté et la loi régissant la réalisation proviennent du même régime serait que les questions de rang et de réalisation des sûretés seraient soumises à la même loi.

23. Une troisième option consisterait à adopter une règle en vertu de laquelle la loi régissant les relations contractuelles entre les parties régirait également les questions de réalisation. Cela correspondrait souvent à leur attente 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 loi également applicable au contrat. Cependant, selon cette démarche, 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, la publicité et (ou) le rang de la sûreté. Cette solution serait défavorable aux tiers, qui pourraient ne pas disposer de moyens de déterminer la nature des voies de recours qui pourraient être utilisées par un créancier garanti contre les biens de leur débiteur commun.

24. En conséquence, s'il était établi que les questions de réalisation étaient régies par la loi applicable à la relation contractuelle entre les parties, il faudrait instituer des exceptions visant à tenir compte des intérêts des tiers, ainsi que des règles obligatoires de la *lex fori*, ou de la loi régissant la validité et la publicité. En tout état de cause, il faudrait que les questions de procédure soient régies par la *lex fori*. En conséquence, les différentes questions de réalisation seraient traitées différemment.

[*Note au Groupe de travail: Il serait également possible d'examiner les effets de l'insolvabilité sur toute règle de conflit de lois en ce qui concerne les mesures de réalisation, et de déterminer si le Guide devrait traiter de cette question ou s'il serait préférable qu'elle soit abordée dans le guide sur l'insolvabilité.*]

B. Résumé et recommandations

[*Note au Groupe de travail: En ce qui concerne la loi applicable à la constitution, à la publicité et au rang des sûretés, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les options suivantes:*

Option 1

Règle générale: La constitution, la publicité et le rang des sûretés sur des biens corporels et incorporels sont régis par la loi du lieu de situation du constituant (le lieu de situation du constituant devrait être défini; voir par exemple l'article 5 h) de la Convention des Nations Unies sur la cession, aux termes duquel le lieu de situation d'un constituant commercial se trouve dans l'État dans lequel il a le siège de son administration centrale).

Exceptions: La loi du lieu de situation du bien régit la constitution, la publicité et le rang d'une sûreté avec dépossession, et le rang d'une sûreté sans dépossession sur des biens corporels, des espèces, et des documents et instruments négociables (d'autres catégories de biens incorporels pouvant faire l'objet d'un gage avec dépossession devront peut-être être ajoutées).

Option 2

Règle générale: La création, la publicité et le rang d'une sûreté sont régis par la loi du lieu de situation des biens.

Exceptions: La loi du lieu de situation du constituant régit la constitution, la publicité et le rang d'une sûreté sans dépossession sur des biens corporels, et de toute sûreté sur des biens corporels d'un type qui est normalement utilisé dans plusieurs États. Une sous-option consisterait à soumettre les biens mobiles à la loi du lieu où leurs déplacements sont contrôlés.

Il pourrait être envisagé d'établir une règle supplémentaire pour les biens transportés. Une sûreté sur de tels biens peut valablement être constituée et faire l'objet d'une publicité en vertu de la loi du lieu de destination, pour autant qu'ils soient transportés vers ce lieu dans un délai déterminé.

Les règles susmentionnées ne se rapportent pas spécifiquement aux produits, sur la base de l'hypothèse que les règles de conflit de lois concernant les produits devraient, en principe, être les mêmes que celles applicables à une sûreté initialement obtenue sur le même type de biens.]

25. Une sûreté qui a été constituée et a fait l'objet d'une publicité valablement en application de la loi d'un État autre que l'État qui a adopté la législation prévue dans le présent Guide continue d'être valable et de faire l'objet d'une publicité dans un État adoptant après que le facteur de rattachement est transféré dans l'État adoptant, si les conditions de publicité de l'État adoptant sont respectées dans un certain délai de grâce. Cette règle impliquerait que les questions de constitution continuent d'être régies par la loi applicable initiale, tandis que la publicité (et le rang de la sûreté dans la mesure où ce rang est régi par la même loi que celle qui régit la publicité) serait régie, après le transfert, par la loi de l'État adoptant.

[Note au Groupe de travail: En ce qui concerne la loi applicable aux questions de réalisation, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les options suivantes:

Option 1

Les questions de fond touchant la réalisation des droits d'un créancier garanti sont régies par la loi de l'État où la réalisation a lieu (c'est-à-dire par la lex fori).

Option 2

Les questions de fond touchant la réalisation du droit d'un créancier garanti sont régies par la loi régissant la constitution [et le rang] de la sûreté.

Option 3

Les questions de fond touchant la réalisation des droits d'un créancier garanti sont régies par la loi régissant la relation contractuelle du créancier et du débiteur, à l'exception de [...].]
