



INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW
INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

**CONFERENCE DIPLOMATIQUE POUR
L'ADOPTION D'UNE CONVENTION SUR LES
REGLES DE DROIT MATERIEL APPLICABLES AUX
TITRES INTERMEDIÉS**
Genève, 1^{er} au 13 septembre 2008

UNIDROIT 2008
CONF. 11 – Doc. 5 Add.
Original: anglais
Août 2008

PROJET DE DISPOSITIONS FINALES

qui pourraient être incorporées dans le projet de Convention
sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés

avec

COMMENTAIRES EXPLICATIFS

(préparé par le Secrétariat d'UNIDROIT)

Article J – Dispositions transitoires

INTRODUCTION

1. Conformément à la pratique habituelle, le projet de dispositions finales qui pourraient être incorporées dans une Convention d'UNIDROIT contient, parmi les clauses habituelles relatives à la signature, la ratification, l'entrée en vigueur, etc., une disposition qui traite des questions inter-temporelles (dispositions transitoires). Les dispositions finales de nature générale ont été préparées par le Secrétariat d'UNIDROIT et seront discutées au sein du Comité des dispositions finales. La clause qui traite des aspects inter-temporels étant une disposition de fond, le Secrétariat présume que l'article J sera discuté au sein de la Commission plénière et rédigée par le Comité de rédaction.

2. Le Secrétariat d'UNIDROIT souhaite apporter des informations supplémentaires concernant l'article J afin d'aider les discussions sur ce point lors de la Conférence diplomatique.

PROJET DE DISPOSITIONS FINALES QUI POURRAIENT ETRE INCORPOREES DANS LE PROJET DE CONVENTION SUR LES REGLES DE DROIT MATERIEL APPLICABLES AUX TITRES INTERMEDIRES

CHAPITRE VII – DISPOSITIONS FINALES

[.....]

Article J Dispositions transitoires

[.....]

Commentaire

Les Etats contractants pourraient vouloir examiner la question de savoir si une telle disposition finale est nécessaire ou appropriée dans la Convention.

La question a été longuement discutée au cours d'un processus ouvert de consultation entre les sessions (sans aboutir toutefois à une conclusion définitive) et le résultat de ces discussions a été soumis au Comité d'experts gouvernementaux d'UNIDROIT dans divers documents. Des extraits de ces documents (UNIDROIT 2007 – Etude LXXVIII – Docs. 84 et 95) figurent aux Annexes I et II du présent document.

ANNEXE I

COMITE D'EXPERTS GOUVERNEMENTAUX D'UNIDROIT POUR LA PREPARATION D'UN PROJET DE CONVENTION
SUR LES REGLES DE DROIT MATERIEL APPLICABLES AUX TITRES INTERMEDIÉS
4^{ème} session, mai 2007

UNIDROIT 2007 - Etude LXXVIII – Doc. 84

Documents connexes: Doc. 49, 59, 68 et 6

Rapport sur les règles transitoires

(préparé par la délégation suisse)

Lors de sa troisième session en Novembre 2006, le Comité d'experts gouvernementaux a examiné un document préparé par la délégation suisse illustrant la nécessité de règles transitoires (Doc. 49). Après une brève discussion, il a décidé de renvoyer cette question au travail inter-sessions à coordonner par le Secrétariat d'UNIDROIT et la délégation suisse. Un document de travail (Doc. 59 de février 2007) a été transmis à toutes les délégations et à tous les observateurs. Des commentaires formels ont été soumis par les délégations de Finlande (Doc. 69) et des Etats-Unis (Doc. 69). Des commentaires informels ont été également présentés.

Priorité des droits conférés avant et après la date d'entrée en vigueur de la Convention

Tous les commentaires abordent le problème identifié en novembre 2006, c'est-à-dire les conflits de grand entre les droits créés conformément au droit d'une juridiction donnée avant l'entrée en vigueur de la Convention pour cette juridiction ("l'entrée en vigueur") et les droits conférés conformément à la Convention et au droit non conventionnel après l'entrée en vigueur.

Le problème surgit parce que l'Article 13(2) du projet de Convention (Doc. 57) établit que, sous réserve de deux exceptions –

"les droits rendus opposables aux tiers conformément à l'article 8 priment tout droit rendu opposable selon une autre méthode prévue par le droit non conventionnel".

La Convention n'interdit pas ni n'invalide les droits qui ont été rendus opposables selon une manière non prévue par l'Article 8, mais elle leur confère un rang inférieur à celui des droits aux droits rendus opposables conformément à l'Article 8, quel que soit le moment où cela s'est réalisé.

Les effets de l'Article 13 sur les droits créés avant l'entrée en vigueur ("droits antérieurs") doivent être réglés par une disposition transitoire, ainsi que cela a été mis en évidence par l'examen de plusieurs exemples concrets dans des documents précédents (voir Doc. 49 et 59).

La brève discussion lors de la session de novembre 2007 et les commentaires reçus jusqu'ici suggèrent trois solutions possibles pour une règle transitoire dans la Convention –

1. sauvegarde (*grandfathering*) complète du rang des droits antérieurs;
2. sauvegarde (*grandfathering*) limitée du rang des droits antérieurs; et
3. renvoi aux Etats contractants de la réglementation des conflits de priorité inter-temporels.

Sauvegarde complète du rang des droits antérieurs

En adoptant la solution de la sauvegarde complète, la Convention prévoirait que l'Article 13 n'affecte en aucune manière le rang des droits antérieurs. Cette solution maximise la sécurité juridique en faveur des titulaires de droits rendus opposables envers les tiers conformément au droit applicable avant l'entrée en vigueur. Quel que soit le rang dont jouissent ces droits, il n'est pas affecté par l'entrée en vigueur de la Convention et par les changements correspondants du droit non conventionnel.

Cette solution exige des acquéreurs potentiels de droits postérieurs qu'ils s'informent de l'existence de droits antérieurs. Elle ne soulève pas de difficultés lorsque les droits antérieurs ont été rendus opposables selon l'une des méthodes indiquées par l'Article 8 de la Convention. Cependant, une clause de sauvegarde complète impose aux acquéreurs de droits postérieurs de s'enquérir, des années après l'entrée en vigueur de la Convention pour une juridiction donnée, de l'existence et de l'opposabilité de droits qui auraient été rendus opposables des années avant l'entrée en vigueur et d'une manière (par exemple l'inscription dans un registre public ou la notification à l'intermédiaire) différente de celles prévues à l'Article 8 et éventuellement différente du droit conventionnel tel qu'amendé à la suite de l'adoption de la Convention.

Sauvegarde limitée des droits antérieurs

La deuxième solution ne perturbe pas ni ne réarrange les rangs qui avaient été acquis avant l'entrée en vigueur. Les droits antérieurs devraient toujours prendre rang conformément au droit applicable selon lequel ils ont été rendus opposables.

Cependant une clause de sauvegarde limitée aurait pour effet de limiter la primauté des droits antérieurs sur les droits postérieurs pour une période de grâce établie par la Convention.

La période de grâce permettrait à tous les droits antérieurs de courte durée de conserver leur rang sans aucune action supplémentaire.

En ce qui concerne les droits antérieurs conférés pour une durée s'étendant au delà de la période de grâce, ceux qui avaient été rendus opposables conformément à une des méthodes reconnues par l'Article 8 maintiendraient leur rang vis-à-vis de tout droit postérieur. Dans les juridictions où les conventions de contrôle et les identifications existent déjà, celles-ci seraient reconnues par la Convention après la date d'efficacité.

En revanche, les droits antérieurs qui sont devenus opposables aux tiers selon une méthode autre que celles qui sont promues par la Convention seraient subordonnés conformément à l'Article 13(2), à moins qu'une mesure ne soit prise pendant la période de grâce pour se conformer soit à l'Article 7 soit à l'Article 8 et maintenir leur rang antérieur.

Cette solution améliore de façon significative la sécurité juridique pour les acquéreurs de droits postérieurs en les libérant de la nécessité d'effectuer des enquêtes sur les droits qui avaient été rendus opposables d'une manière qui n'est pas reconnue par l'Article 8. Cette sécurité juridique additionnelle se réalise au prix de mesures ultérieures qui doivent être prises par les titulaires de droits antérieurs de longue durée qui auraient été rendus opposables d'une manière différente de celles prévues à l'Article 8. Les droits antérieurs de courte durée ne nécessitent pas d'intervention lorsqu'ils expirent avant la fin de la période de grâce.

Renvoi aux Etats contractants de la réglementation des conflits de priorité inter-temporels

Alors que les deux premières solutions promeuvent une règle transitoire uniforme, la troisième laisse la matière à la réglementation de chacun des Etats contractants. L'avantage consisterait dans le fait que les problèmes transitoires peuvent varier d'une juridiction à l'autre, selon les méthodes qui étaient disponibles aux parties avant l'adoption de la Convention, celles qui restent à leur disposition après l'adoption de la Convention ainsi que selon les technologies et les démarches pratiques nécessaires pour maintenir la priorité des droits antérieurs.

Le désavantage significatif de cette solution est que les acquéreurs de droits postérieurs devraient s'informer sur les particularités du droit national pendant une longue période après l'entrée en vigueur de la Convention dans la juridiction concernée. Ce qui semble faisable dans un contexte purement national paraît très coûteux et source d'insécurité juridique pour les participants actifs dans de nombreux marchés et dont les transactions peuvent être soumises à plusieurs droits non conventionnels. Cette solution contribue de façon très réduite à améliorer la sécurité juridique des dispositions sur les titres intermédiés dans le marché global.

Evaluation

Alors que les observations formelles et informelles reçues jusqu'à présent ne convergent pas sur une seule solution, le rédacteur de ce rapport suggère qu'une clause de grand-père limitée devrait être préférée aux solutions alternatives parce qu'elle crée un équilibre entre les droits des titulaires de droits "vieux" et "nouveaux".

Les titulaires de droits antérieurs (c'est-à-dire de droits qui avaient été rendus opposables aux tiers avant l'entrée en vigueur de la Convention dans l'Etat contractant dont le droit est le droit non conventionnel) souhaitent garder leurs priorités sans la nécessité et les coûts de mesures additionnelles provoquées par l'entrée en vigueur de la Convention.

Les acquéreurs de droits postérieurs souhaitent profiter des avantages de la Convention et pouvoir vérifier la priorité de droits récemment créés conformément à la Convention et au droit non conventionnel sans subir l'obligation et les coûts d'enquêter sur les autres méthodes qui étaient utilisées avant l'entrée en vigueur de la Convention.

Une clause de sauvegarde limitée (*limited grandfathering*) réalise un bon équilibre entre les intérêts des uns et des autres, permettant aux investisseurs et aux preneurs de garantie de profiter des bénéfices de la Convention sans délais excessifs et sans coûts transitoires excessifs.

Les références dans la Convention aux conventions de compte, aux conventions de contrôle et aux identifications devraient être entendues comme se référant aux conventions et aux identifications effectuées avant ou après la date d'efficacité.

Autres questions transitoires

Aucune autre question transitoire particulière n'a été identifiée pendant le travail inter-sessions. On pourrait envisager l'opportunité d'aborder les effets inter-temporels des différentes déclarations que les Etats peuvent effectuer ou révoquer aux termes de la Convention¹. Aucune suggestion n'a été formulée jusqu'à présent.

¹ Voir Articles 1(n)(iii), 1(o)(iii), 8(4), et 32. Voir aussi l'Article X [*Application des déclarations*].

ANNEXE II**COMITE D'EXPERTS GOUVERNEMENTAUX D'UNIDROIT POUR LA PREPARATION D'UN PROJET DE CONVENTION
SUR LES REGLES DE DROIT MATERIEL APPLICABLES AUX TITRES INTERMEDIÉS
4^{ème} session, mai 2007****UNIDROIT 2007 - Etude LXXVIII – Doc. 95****EXTRAIT DU RAPPORT****Règles transitoires**

83. Le Président du Groupe de travail informel sur les règles transitoires, le délégué suisse, a été invité à présenter un rapport sur cette question (pour la documentation de base sur les règles transitoires, voir le paragraphe 1 ci-dessus). Il a rappelé que la question des droits concurrents avait été considérée comme une question compliquée qui méritait d'être examinée avant la Conférence diplomatique. Il a fait référence à un document présenté en octobre 2006 (Doc. 49), qui avait été brièvement discuté au cours de la troisième session du CEG en novembre de cette année, et qui avait donné lieu à des travaux intersessions.

84. Outre les questions des droits concurrents et de la priorité, le Groupe de travail informel avait également été chargé d'identifier d'autres questions liées à la phase de transition. Une seule autre question avait été identifiée, à savoir faire, retirer ou modifier des déclarations. La question restait ouverte et il était encore possible d'identifier d'autres questions.

85. Concernant le point fondamental du conflit de priorité, le Président du Groupe de travail informel a indiqué que cette question avait été traitée dans l'article 16 de la Convention de La Haye sur les titres. Il a rappelé les trois méthodes prévues à l'article 8 pour conférer un droit sur des titres intermédiés: 1) une identification, 2) une convention de contrôle, 3) aucune formalité si la personne à qui le droit était conféré était l'intermédiaire pertinent. En outre, l'article 9 reconnaissait de façon explicite d'autres méthodes en vertu du droit non conventionnel pour établir des droits. Il a indiqué que l'article 13 prévoyait clairement que, en cas de droits concurrents, l'un établi en vertu de l'article 8 et l'autre en vertu du droit non conventionnel, le premier primerait, indépendamment du moment où il avait été constitué. Dans le cas de deux droits établis en vertu de l'article 8, la règle traditionnelle du "premier constitué" s'appliquerait.

86. Le Président du Groupe de travail informel a indiqué que la question des règles transitoires se posait parce que des droits pourraient avoir été établis avant la date de prise d'effet de la Convention dans un Etat donné ("droits préexistants"). Il fallait réglementer la relation entre ces droits et la Convention. En l'absence d'une règle transitoire, le résultat serait que le rang respectif des droits préexistants pourrait être perturbé en raison de la priorité donnée par l'article 13 aux droits établis en vertu de l'article 8. Cette modification de la priorité pourrait signifier un non-respect des droits des titulaires de droits préexistants.

87. Comment pourrait-on résoudre cette question de la période de transition? Du point de vue des titulaires de droits préexistants, il serait souhaitable que la Convention ne modifie pas leurs droits et rang, et une clause complète de sauvegarde ("*full grandfathering clause*") serait par conséquent optimale. Toutefois, ceux qui acquièrent des droits après la date de prise d'effet de la Convention souhaiteraient bénéficier d'une priorité lorsqu'ils devenaient titulaires d'un droit en vertu de l'article 8. Il serait lourd pour eux de devoir tenir compte des droits établis conformément

au droit préconventionnel pendant une période indéterminée après la date de prise d'effet. Du point de vue de ceux qui acquièrent de nouveaux droits, qui souhaitent une certitude juridique, seule une courte période de grâce serait acceptable.

88. Le Président du Groupe de travail informel a indiqué que l'on disposait de trois options pour équilibrer ces droits: 1) une sauvegarde complète, c'est-à-dire que les droits préexistants maintiendraient leur rang dans tous les cas; en vertu de cette approche les titulaires de nouveaux droits devraient toujours enquêter sur l'existence de droits préexistants; 2) une sauvegarde limitée dans le temps, c'est-à-dire que les droits préexistants de courte durée maintiendraient leur rang pendant ce délai, alors que les droits préexistants s'étendant au-delà de la période de grâce pourraient être affectés par les droits établis en vertu de l'article 8 s'ils ne faisaient pas l'objet d'une nouvelle perfection; en vertu de cette approche, les titulaires de nouveaux droits seraient sûrs que les droits établis en vertu de l'article 8 primerait à l'issue de la période de grâce; 3) une référence au droit non conventionnel. Le nombre limité d'observations reçu a montré qu'il n'y avait aucune préférence pour l'une ou l'autre de ces options.

89. Le Président du Groupe de travail informel a terminé sa présentation en donnant un exemple d'effet négatif en cas de clause de sauvegarde illimitée. En l'absence de date limite, les titulaires de nouveaux droits tendraient à se prévaloir des crédits en vertu de l'article 7, plutôt que des méthodes prévues à l'article 8. Cela n'inciterait pas à appliquer l'article 8 et ses règles de priorité, et inciterait les parties à se prévaloir de l'article 7 et des règles relatives à l'acquisition de bonne foi.

90. Le Président du Comité et les délégués ont remercié le Président du Groupe de travail informel pour avoir rédigé un rapport clair sur les questions relatives à la période de transition.

91. Plusieurs délégations et un observateur se sont exprimés en faveur d'une clause de sauvegarde complète. L'un des arguments en faveur de cette position a été que l'industrie n'aurait pas à dépenser de l'argent pour renouveler les droits. Un autre argument a été qu'une clause de sauvegarde partielle pourrait entraîner des difficultés pour le preneur de garantie si le constituant de la garantie n'était pas en mesure de renouveler un droit. Par ailleurs, certains se sont montrés préoccupés du fait que l'option d'une période de grâce pourrait donner lieu à une "course" pour renouveler les anciens droits: celui qui aurait ainsi renouvelé son droit en premier aurait-il priorité indépendamment de l'ancienne situation?

92. Plusieurs autres délégations et un observateur se sont exprimés en faveur d'une clause de sauvegarde partielle avec une période de grâce, à l'issue de laquelle les règles de priorité de la Convention s'appliqueraient. Un argument en faveur a été que la préoccupation permanente des participants au marché que les droits préexistants pourraient primer les droits conventionnels dépassait les coûts liés au renouvellement des droits. Par ailleurs, on a indiqué que le nombre de droits de courte durée serait beaucoup plus élevé que celui des droits de longue durée qui devraient être renouvelés.

93. A propos de l'argument selon lequel une clause de sauvegarde complète réduirait les coûts, une délégation a fait remarquer que l'on n'avait aucune preuve de ce que seraient le coût et l'impact sur le marché. Quel serait, par exemple, le coût du passage des transactions "à bon marché" de l'article 8 aux transactions de l'article 7? Une autre délégation a indiqué qu'en cas de clause de sauvegarde partielle il pourrait ne pas y avoir trop de coûts extraordinaires, par ce que les droits préexistants valablement établis en vertu de la Convention (par exemple une identification) ne devraient pas être reperfectonnés au moment de l'entrée en vigueur de la Convention.

94. Une délégation a posé la question de savoir si la règle sur l'acquisition de bonne foi, une forme de règle de priorité liée à l'article 7, prendrait effet immédiatement à la date de prise d'effet de la Convention et s'appliquerait aux droits préexistants. Il y a eu un consensus parmi un certain nombre de délégations pour dire que cela devrait être le cas. L'une d'entre elles a remarqué à ce propos que les règles relatives à l'acquisition de bonne foi pourraient fonctionner en tant que solution alternative aux participants, et atténuer les préoccupations relatives à la clause de sauvegarde complète.

95. Une délégation a demandé à ceux qui étaient en faveur d'une clause de sauvegarde complète d'indiquer les méthodes d'établissement des priorités dans leur pays en vertu de leur législation actuelle, par exemple par voie de crédit ou d'accord secret ou non public conclu entre les parties. Un observateur a indiqué qu'il serait utile de connaître la nature des droits préexistants, tels que les droits secrets ou non publics, parce que l'industrie pourrait dans ce cas se prévaloir de la règle de l'acquisition de bonne foi. De la même façon, le Président du Groupe de travail informel a indiqué que le niveau de sauvegarde était étroitement lié aux méthodes préconventionnelles d'établissement des droits. Au cas où les méthodes pré conventionnelles coïncidaient avec les méthodes mises en place par la Convention (par exemple la perfection du droit en raison du statut de l'intermédiaire ou de l'existence d'une convention de contrôle), il ne serait pas nécessaire de reperfectonner le droit et donc la question de la période de transition ne se poserait pas et on n'aurait pas besoin de clause de sauvegarde. Il pourrait être nécessaire de prévoir une sauvegarde limitée si les droits étaient rendus opposables par inscription dans un registre public, auquel cas il y aurait des coûts liés au contrôle de ce registre ou en cas des inscriptions non publiques que l'on ne pourrait pas contrôler.

96. Le Président du Groupe de travail informel a fait référence à la question soulevée dans le Doc. 73. Le statut prioritaire des titres supplémentaires résultant d'une identification devrait-il être établi par le droit ancien ou par la nouvelle loi? Le Président a été d'avis que la date à laquelle les droits étaient effectivement opposables était fondamentale, à savoir que les titres supplémentaires primeraient dans ce cas conformément à la Convention. L'implication du preneur de garantie serait alors que différentes parties de la garantie prévue pourraient être soumises à des régimes différents en ce qui concerne la priorité. Il pourrait s'agir d'un argument en faveur d'une période de grâce limitée.

97. Le Président du Comité a conclu qu'aucun consensus n'avait pas été atteint sur la question, mais que la discussion avait été très utile.