



**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. 18
Original: anglais
août 2008

Observations

(présentées par le Gouvernement de l'Inde)

I. OBSERVATIONS SUR LES ARTICLES DU PROJET DE CONVENTION

Article 1, Définitions

Les définitions ne sont pas placées en ordre alphabétique.

Article 1(a) – Définition des titres

Les "obligations" et les "unités de participation" des fonds d'investissement collectif et des fonds communs de placement pourraient également être ajoutées.

Article 1(b) – Définition des titres intermédiés

On ne comprend pas bien pourquoi les titres portés au débit d'un compte de titres ne sont pas inclus dans la définition des "titres intermédiés". Etant donné qu'il y a diverses dispositions générales dans le projet de Convention qui régissent les titres intermédiés, il conviendrait de revoir la définition des "titres intermédiés".

Article 1(d) – Définition de l'intermédiaire

La définition donne l'impression qu'un compte de titres pourrait être tenu par un intermédiaire même non enregistré. Il conviendrait de modifier la définition pour préserver le droit non conventionnel. Si l'intention est que l'intermédiaire ne commence à offrir ses services qu'après avoir suivi les procédures requises (enregistrement, etc ...) du pays où le service est offert, cela pourrait être précisé dans le Commentaire de la Convention.

Article 1(k) (ii) – Respect des instructions d'un tiers en cas de convention de contrôle

La disposition prévoit que l'intermédiaire est tenu de se conformer aux instructions de la personne (à qui est donné le contrôle) sans autre consentement du titulaire de compte. Le titulaire du compte devrait cependant en recevoir notification préalable.

Article 1(n) et 1(o) – Définitions de système de règlement-livraison / système de compensation de titres

L'alinéa ii) devrait viser tout organe autre qu'une banque centrale s'il est reconnu par le droit non conventionnel.

Article 7 – Titres intermédiés

Cet article énonce certains droits du détenteur de titres intermédiés. Le projet de Convention ne dit cependant rien des obligations qui découlent de la détention de titres intermédiés. On pourrait les inclure.

Article 10 – Autres méthodes pour conférer des droits sur des titres intermédiés

Le mot "Autres" n'est pas nécessaire et pourrait être supprimé.

Article 12 – Exigences de preuve

Cet article prévoit que le droit non conventionnel détermine les exigences de preuve relatives aux matières visées aux articles 9 et 10 seulement. L'article 11 (qui envisage d'autres méthodes prévues par le droit non conventionnel pour l'acquisition ou la disposition de titres intermédiés) devrait également être mentionné.

Article 14 – Acquisition de titres intermédiés par une personne de bonne foi

En droit indien, la Section 10(3) du *Depositories Act* de 1996 traite le détenteur des titres comme le propriétaire de ces titres. L'article visé du projet de Convention vise à protéger les droits des personnes qui ont reçu des crédits de bonne foi. En droit, une personne qui a reçu des titres de bonne foi et en est ensuite privée par une revendication de tiers, peut être indemnisée par le vendeur avec le remplacement des titres. Ce droit devrait reconnu conformément aux dispositions du droit non conventionnel.

Dans le contexte indien, cela signifie qu'un droit constitué par un titulaire de compte sur les titres détenus sur le compte mais qui n'a pas été notifié à l'intermédiaire n'aura pas priorité. Ainsi, un gage qui n'aurait pas été constitué conformément à la Section 12 du *Depositories Act* de 1996 ne sera pas opposable au dépositaire ou au participant. Le rang en vertu de l'article 13 pourrait être soumis à des exigences telles que celles posées par la Section 12 du *Depositories Act* de 1996.

Article 18 – Effets de l'insolvabilité

Cette disposition a pour résultat que toutes les dispositions en matière d'insolvabilité des droits nationaux seront écartées au profit du droit conventionnel, sauf pour ce qui est des exceptions précisées dans cet article.

Article 23 – Répartition de la perte en cas d'insolvabilité de l'intermédiaire

En vertu de l'article 7, tous les droits appartiennent au titulaire de compte. Toutefois, en vertu de l'article 23, le titulaire de compte est tenu de supporter la perte en cas d'insolvabilité de l'intermédiaire. Il devrait y avoir un mécanisme qui indemniserait le titulaire de compte dans de tels cas. Le droit indien prévoit une telle indemnité en vertu de la Section 16 du *Depositories Act* de 1996.

Article 28 – Définitions du Chapitre VI

Les définitions de l'article 28(2) pourraient être placées par ordre alphabétique.

Article 29 – Reconnaissance des contrats de garanties avec transfert de propriété

On ne voit pas clairement si le contrat de garantie avec transfert de propriété produit des effets en vertu des dispositions du droit d'un Etat contractant, ou bien conformément aux dispositions du contrat de garantie lui-même. Si l'on veut que les clauses du contrat de garantie l'emportent, l'Etat contractant devrait faire en sorte que sa loi protège le droit du preneur de garantie [c'est-à-dire du prêteur]. Il faudrait également assurer le respect des conditions de la Section 12 du *Depositories Act* en ce qui concerne l'inscription des gages.

Article 30(2)(b) – Réalisation

Des titres remis en garantie peuvent être réalisés et une clause de compensation peut être exécutée indépendamment de l'ouverture ou de la poursuite d'une procédure d'insolvabilité relative au constituant ou au preneur de garantie. Cela devrait être soumis à la condition qu'il n'y ait pas eu de préférence ou de transfert frauduleux.

Article 31(1) – Droit d'utiliser les titres remis en garantie dans les contrats de garantie avec constitution de sûreté

Pour autant que les clauses d'un contrat de garantie avec constitution de sûreté le prévoient, le preneur de garantie a le droit d'utiliser et de disposer des titres remis en garantie comme s'il en était le propriétaire. Cela devrait être soumis aux dispositions du droit non conventionnel, car par exemple en Inde, une telle acquisition entraîne l'application des dispositions en matière de reprises de sociétés.

II. OBSERVATIONS SUR LE DOCUMENT SOUMIS PAR LE PRÉSIDENT DU GROUPE DE TRAVAIL INFORMEL SUR LES QUESTIONS RELATIVES À L'INSOLVABILITÉ (CONF. 11 – Doc. 9)

Le Comité d'experts gouvernementaux d'UNIDROIT a établi, lors de sa quatrième session, un Groupe de travail post-session présidé par le Royaume-Uni pour examiner plusieurs questions liées à l'insolvabilité dans le texte du projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires.

Le Groupe a soumis un document en décembre 2007 (Etude LXXVII – Doc. 97) qui a été transmis par le Secrétariat d'UNIDROIT pour observations. Un Rapport a ensuite été rédigé par le Président du Groupe de travail informel (cf. CONF. 11 – Doc. 9).

L'article 18 est la principale disposition relative à l'insolvabilité. Il établit entre autres qu'aucune disposition de la Convention ne porte atteinte à toute règle du droit applicable dans les procédures d'insolvabilité relative à l'annulation d'une opération, soit parce qu'elle accorde une préférence soit parce qu'elle constitue un transfert en fraude du droit des créanciers, ou à toute règle de procédure relative à l'exercice des droits de propriété soumis au contrôle d'un administrateur d'insolvabilité. Par ailleurs, l'article 18 contient deux réserves spécifiques à la règle générale, à savoir les effets des débits, des crédits et des instructions lors de l'insolvabilité du gestionnaire ou d'un participant un système de règlement livraison (article 24) et l'appel de marge ou substitution de garantie (article 33).

Il ressort que le texte de cette disposition a été repris de la Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (la Convention du Cap). Cette disposition a pour résultat que toutes les dispositions en matière d'insolvabilité en vertu des droits nationaux sont écartées au profit du droit conventionnel avec les exceptions prévues dans ledit article. Il est par conséquent nécessaire d'examiner la portée de ces exceptions au regard du droit national de l'insolvabilité.

Le document a fait un examen approfondi de la portée de la disposition susmentionnée à la lumière de l'article 30(3) de la Convention du Cap et de son Commentaire officiel sur le sens des exceptions, de la justification du libellé actuel de l'article 18, ainsi que des solutions alternatives, à savoir le principe de la protection générale du droit national de l'insolvabilité et l'extension des exceptions. Le Groupe de travail a observé que les Etats contractants devraient examiner chacune des dispositions de leur droit commun de l'insolvabilité, de façon à comprendre pleinement tous les effets de leur exclusion, même si elles sont d'application impérative en vertu du cadre juridique national. Les Etats contractants devraient donc, en ratifiant la Convention ou en y adhérant, reconnaître la primauté des règles d'un tel système en ce qui concerne l'irrévocabilité des instructions et du caractère définitif du règlement, et ce indépendamment de ce que serait l'effet des règles éventuelles concernant les procédures d'insolvabilité ouvertes à l'égard d'un tel participant s'il est enregistré dans ce pays. Le Groupe a enfin conclu que l'on ne pouvait être certain de l'effet des différentes dispositions de la Convention sans traiter d'abord la question du sens et de la portée de l'article 18 en général. Les commentaires des pays reproduits dans ce document seront certainement discutés lors de la Conférence diplomatique.

Droit indien en matière d'insolvabilité

Le droit de l'insolvabilité a pour objet de distribuer les avoirs d'un débiteur de la façon la plus rapide, équitable et économique, et de le libérer de toute poursuite de ses créanciers après qu'il a liquidé ses biens. Le *Presidency Towns Insolvency Act* de 1909 régit l'insolvabilité dans les juridictions des *High Courts* de Mumbai, Madras et Calcutta.

Le *Presidency Towns Insolvency Act* régit de façon exhaustive les actes constitutifs d'insolvabilité, les pouvoirs des tribunaux de déclarer une personne insolvable, les limites posées à la compétence du tribunal d'annuler la procédure d'insolvabilité, les effets d'une ordonnance d'insolvabilité, la formulation de propositions visant à une transaction en vue du règlement des dettes ou à un plan de réorganisation des affaires du débiteur, les conditions dans lesquelles les transactions et les plans de réorganisation doivent être approuvés par le Tribunal, le contrôle sur la personne et les biens du débiteur, la libération du débiteur, l'administration et la distribution des

biens du débiteur, les actifs disponibles en vue du règlement des dettes, la réalisation de la masse de l'insolvabilité, la nomination, les obligations, les pouvoirs et les fonctions de l'administrateur de l'insolvabilité ("*Official Assignee*") et autres questions relevant des procédures d'insolvabilité.

Les dispositions de la loi susmentionnée s'appliquent également aux titres intermédiés. En vertu de celle-ci, un débiteur commet un acte d'insolvabilité dans chacun des cas suivants:

- a) s'il cède la totalité ou une grande partie de ses biens à un tiers au bénéfice de la masse de ses créanciers;
- b) s'il cède ses biens, en tout ou partie, avec l'intention de s'opposer aux droits de ses créanciers ou de modifier leur rang;
- c) s'il cède ses biens, en tout ou partie, alors qu'une telle cession serait entachée de nullité, en vertu de cette loi ou de tout autre texte applicable, au motif qu'elle serait considérée comme accorder une préférence frauduleuse en cas d'insolvabilité;
- d) si, avec l'intention de s'opposer aux droits de ses créanciers ou de modifier leur rang (i) il quitte le pays ou reste à l'étranger, (ii) il quitte son habitation ou son établissement habituel ou s'absente d'une autre façon, (iii) il s'éloigne afin que ses créanciers ne puissent plus communiquer avec lui;
- e) si l'un quelconque de ses biens a été vendu ou saisi à un moment dépassant vingt-et-un jours en exécution d'une décision judiciaire pour le paiement d'une somme d'argent;
- f) s'il a fait une demande pour être déclaré insolvable;
- g) s'il notifie à l'un quelconque de ses créanciers qu'il a suspendu, ou qu'il est sur le point de suspendre, le paiement de ses dettes;
- h) s'il est emprisonné en exécution d'une décision de justice pour le paiement d'une somme d'argent.

Le *Provincial Insolvency Act* de 1920, qui établit le droit relatif à l'insolvabilité ailleurs que dans les trois juridictions mentionnées plus haut, est analogue au *Presidency Towns Insolvency Act* de 1909.

Insolvabilité en droit des sociétés

Le terme "insolvabilité" n'a été ni utilisé ni défini dans le cadre juridique indien régissant les sociétés. Toutefois, la Section 433(e) de la loi sur les sociétés (*Companies Act*) de 1956, envisage la situation où la société est dans "l'impossibilité de payer ses dettes", ce qui constitue un motif de dissolution de la société. L'impossibilité pour une société de payer ses dettes pourrait consister en des pertes considérables de capital, l'interruption de la tenue des comptes et des registres, la suspension de l'activité pour une année entière. Dans de tels cas, le registre des sociétés constate la situation d' "impossibilité de payer les dettes", lesquelles ne concernent que les dettes constituées après l'immatriculation légale de la société. Les cas d' "impossibilité de payer les dettes" ont même été étendus dans la Section 434 de la Loi sur les sociétés (*Companies Act*) de 1956, lorsqu'un créancier d'une somme d'argent de Rs. 1.000.000 ou plus adresse une demande

de paiement par courrier postal recommandé et que la société ne s'exécute pas dans les trois semaines, par paiement de la somme, constitution de garantie ou paiement partiel accepté par le créancier; lorsqu'une injonction de paiement reste sans effet; et lorsque le tribunal constate d'une autre façon que la société est dans l'impossibilité de payer ses dettes.

Il est clair de l'exposé qui précède que le droit de l'insolvabilité en Inde couvre des actes d'insolvabilité qui vont au-delà des procédures d'insolvabilité relatives à l'annulation d'une opération, parce qu'elle accorde une préférence ou parce qu'elle constitue un transfert en fraude des droits des créanciers. En conséquence, si le texte proposé est accepté, la Convention l'emportera sur les dispositions de notre droit national en matière d'insolvabilité.

En conséquence, et tout en étant d'accord avec les commentaires du Groupe de travail, nous souhaiterions demander que l'article 18 soit modifié de façon à réserver l'application du droit non conventionnel.

– FIN –