



**CONFERENCE DIPLOMATIQUE POUR L'ADOPTION
D'UNE CONVENTION SUR LES REGLES DE DROIT
MATERIEL APPLICABLES AUX TITRES INTERMEDIÉS**
Session finale
Genève, 5 au 7/9 octobre 2009

UNIDROIT 2009
CONF. 11/2 – Doc. 18
Original: anglais
24 août 2009

Observations

(présentées par la Commission européenne)

1. La Commission européenne souhaite remercier le Secrétariat pour avoir l'opportunité de présenter des observations sur le texte du projet de Convention avant la seconde partie de la Conférence diplomatique pour l'adoption du projet de Convention d'UNIDROIT sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires.
2. Nos observations portent sur le texte du projet de Convention ainsi que sur le projet de Commentaire officiel dans la mesure où le Commentaire fournit une "interprétation" du texte de la Convention.
3. Conformément à la Résolution N° 1, nous comprenons que les demandes d'amendement du projet de Convention qui seront soumises par les diverses délégations seront examinées par un Comité *ad hoc*, appelé le Comité de filtrage. Le Comité présentera des recommandations à la Conférence diplomatique, sachant que ces recommandations ne sont pas contraignantes.

I. Dispositions relatives à l'insolvabilité (articles 7, 14 et 21 et al.)

4. Nous avons pris note du Mémoire CONF. 11/2 – Doc. 6 qui contient des suggestions des Editeurs du Commentaire officiel sur cette question. Nous sommes totalement en accord et demandons par conséquent également que la session finale de la Conférence diplomatique examine à nouveau ces dispositions et les nouvelles propositions et, de façon plus générale, l'ensemble de la relation entre la Convention et ses dispositions avec les lois nationales en matière d'insolvabilité.

II. Portée de l'article 28(1) et sa relation avec l'article 24 en particulier

II-1 Article 28 (1): phrases 1 et 2

5. L'article 28(1) introduit, à l'égard des intermédiaires, une approche fonctionnelle. En vertu de cette approche, les résultats qu'un intermédiaire doit atteindre sont identifiés par la Convention, mais les détails sur la façon de parvenir à ces résultats ne sont pas précisés dans le texte de l'instrument. Par conséquent, la première phrase de l'article 28(1) dispose que le droit non conventionnel peut préciser les obligations d'un intermédiaire, y compris la manière dont il satisfait à son obligation.
6. L'article 28(1) ajoute dans sa seconde phrase que si le contenu d'une obligation en vertu de la Convention fait l'objet d'une disposition du droit non conventionnel [etc.], la conformité à cette disposition satisfait à cette obligation.

7. Il faut établir clairement la relation entre ces deux phrases, en ce sens que l'effet de la seconde est simplement d'éviter une double réglementation. On pourrait autrement interpréter que le droit interne peut prévoir (a) des règles qui précisent les obligations en vertu de la Convention, et (b) des règles ayant le même contenu sans être une précision de la Convention. Une telle interprétation peu souhaitable est alimentée par le paragraphe 28-11 du Commentaire officiel qui évoque la possibilité de l'existence simultanée d'une double exigence: celle qui serait établie par le traité et celle qui serait imposée ou permise en vertu du droit non conventionnel.

8. Toutefois, l'intégration de la future Convention dans le droit des Etats contractants ne peut pas conduire à "deux exigences". En gros, dans certains Etats contractants la Convention s'appliquera directement, et toutes les dispositions non conformes du droit interne devront être modifiées ou abolies. Seules les règles qui précisent les dispositions de la Convention et celles relatives à des questions non traitées par la Convention seront possibles. Dans un second groupe d'Etats contractants, la Convention devra être mise en œuvre, c'est-à-dire qu'il faudra rédiger ou promulguer une loi interne reflétant le contenu de la Convention, ou que les lois existantes devront être modifiées pour refléter le contenu de la Convention. Encore une fois, il peut y avoir des précisions, mais pas de dispositions contradictoires.

9. Par conséquent, nous proposons de clarifier la rédaction de l'article 28(1) comme suit:

Les obligations d'un intermédiaire en vertu de la présente Convention, y compris la manière dont un intermédiaire satisfait à ses obligations, peuvent être précisées par le droit non conventionnel [...]. Si le contenu d'une telle obligation ~~fait l'objet d'~~ est précisé par une disposition du droit non conventionnel [...], la conformité à cette disposition satisfait à cette obligation.

10. La question suivante est celle de savoir dans quelle mesure une "précision" constitue une simple incorporation du contenu de la Convention dans l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires d'un Etat contractant, sans abroger des aspects fondamentaux de la Convention. Il est évident que l'article 28(1), lorsqu'il prévoit que "le droit non conventionnel peut préciser le contenu des obligations en vertu de la Convention" (cf. paragraphe 28-10 du projet de Commentaire officiel), ne permet pas que ces obligations soient "renversées", pour prendre une situation extrême. Le Commentaire officiel ne fournit pas suffisamment d'indications sur ce point.

II-2 Précision de l'article 24

11. Le paragraphe 28-9 du projet de Commentaire officiel explique que la Convention impose des obligations expresses aux intermédiaires dans les articles 10, 23, 24 et 25 (il faudrait vraisemblablement ajouter l'article 15 dans cette liste). Le Commentaire donne ensuite un certain nombre d'exemples qui impliquent principalement des obligations qui figurent à l'article 24.

12. Les exemples constituent une excellente base pour l'analyse de la mesure de l'étendue de la "précision" au sens de l'article 28(1): les Exemples 28-1 et 28-5 élargissent considérablement le contenu de l'article 24(1), alors que l'Exemple 28-3 semble illustrer les précisions en termes purement techniques de mise en œuvre d'une obligation en vertu de la Convention.

13. Outre ces considérations de fond, il en existe une technique. Dans son paragraphe 1, l'article 24 énonce l'obligation de référence. Aux paragraphes 2 et 3, l'article 24 indique des précisions qui donnent une certaine marge de manœuvre aux Etats contractants (même relativement large si l'on considère le paragraphe 2(e) – "par toute autre méthode appropriée"). Les paragraphes 2 et 3 apparaissent donc comme des règles visant de façon spécifique à régler la question de savoir comment remplir l'obligation contenue au paragraphe 1.

14. La paragraphe 4 de l'article 24 est similaire à l'article 28(1), mais pas identique, en prévoyant que:

Le présent article ne porte pas atteinte à toute disposition du droit non conventionnel [...] relative à la manière de se conformer aux obligations résultant du présent article [...].

15. En d'autres termes, le droit non conventionnel peut préciser la manière de se conformer aux paragraphes 1, 2 et 3, mais les obligations prévues par cette disposition ne peuvent être modifiées. Il y a, à cet égard, une différence avec la première phrase de l'article 28(1).

16. Le fait que les paragraphes 2 et 3 précisent l'obligation de l'article 24(1), et que le paragraphe 4 donne une marge de manœuvre supplémentaire aux Etats contractants de prévoir la manière de se conformer à cette obligation, ne laisse pas de place à d'autres précisions en vertu de l'article 28(1). L'article 28(1) ne s'applique par conséquent pas aux matières traitées à l'article 24.

III. Article 33(2) lu conjointement avec l'article 34(2)

17. L'article 33(2) sur l'efficacité de la clause de compensation fait référence à deux hypothèses (voir les paragraphes 33-17 et 33-18 du projet de Commentaire officiel), la seconde concernant des situations (faisant l'objet de l'article 34) où, dans un contrat de garantie avec constitution de sûreté, le constituant de garantie a donné son accord au preneur de garantie pour que celui-ci puisse utiliser les titres remis en garantie, à charge pour lui de remettre des titres équivalents au plus tard lors de l'extinction de l'obligation garantie.

18. L'article 34(2) indique ensuite clairement que lorsque le preneur de garantie exerce un droit d'utilisation, il doit remplacer les titres qui lui ont été initialement remis à titre de garantie en remettant au constituant de la garantie, au plus tard lors de l'extinction des obligations garanties, des titres équivalents.

19. Nous pensons que l'utilisation des mots "au plus tard lors de l'extinction des obligations garanties" à l'article 34(2) introduit un élément d'incertitude et ils devraient être remplacés par "au plus tard à la date à laquelle ces obligations garanties sont exigibles". L'extinction effective de l'obligation peut être retardée et ne pas avoir lieu à l'échéance de l'obligation. Le preneur de garantie devrait néanmoins pouvoir remplir son obligation de retransférer des titres (équivalents) dès la date d'exigibilité.

IV. Article 35

20. Cette disposition devrait être modifiée de façon à supprimer la référence à l'article 32 comme cela est suggéré dans le document CONF. 11/2 – Doc. 6.

V. Article 36(1)(a)(i)

21. Les explications données au paragraphe 36-13 et dans l'Exemple 36-1 du projet de Commentaire officiel soulèvent une question importante relative à la protection offerte par l'article 36 à la remise de garantie qui dépasse ce qui peut être nécessaire pour tenir compte des variations de la valeur des titres remis en garantie à l'origine.

22. Habituellement, des titres supplémentaires sont remis pour tenir compte des variations de la valeur des actifs remis en garantie. Ils devraient couvrir ce qui a été concordé au préalable (y compris toute décote (raisonnable) appliquée). La valeur des actifs remis en garantie et toute

variation de cette valeur ne fera habituellement pas partie de la sphère d'influence du preneur de garantie et du constituant (méthodes d'évaluation préalables).

23. Sur cette base, on peut envisager les possibilités suivantes:

a) Le contrat de garantie original exige simplement la remise de titres supplémentaires pour tenir compte des seules variations de la valeur des actifs remis à l'origine. Dans ce cas, on pourrait s'attendre à ce que l'évaluation de tout actif "en excès", c'est-à-dire la garantie qui va au-delà de la variation de la valeur de la garantie originale n'est pas couverte par le contrat de garantie. Dans ce cas, cette garantie supplémentaire ("en excès") ne pourrait bénéficier de la protection de l'article 36.

b) Dans la mesure où, bien entendu, les deux parties concordent après coup la remise de ces titres supplémentaires "en excès", pourrait-on considérer cela comme une modification du contrat original? Dans ce cas, la protection de cette garantie supplémentaire ne pourrait commencer qu'à partir de la date à laquelle la modification a été concordée et sous réserve de remplir toute autres conditions de forme qui pourrait s'appliquer (par exemple, que la modification soit faite par écrit).

c) Le contrat de garantie original prévoit la possibilité pour le constituant de la garantie de remettre des titres supplémentaires "en excès" par rapport à ce qui est nécessaire pour simplement compenser la baisse de valeur de la garantie originale. C'est ce que semble impliquer l'Exemple 36-1 par les mots "si le contrat de garantie prévoyait une telle situation". Que prévoirait le contrat dans ce cas? Qu'en cas de baisse de la valeur de la garantie de 20% par exemple, le constituant de la garantie doit remettre des titres qui devraient excéder la baisse de la valeur? Dans ce cas, les raisons invoquées ou implicites dans le contrat pour une telle remise ne peuvent être ignorées; selon les circonstances (par exemple la baisse simultanée de l'indice de notation du constituant de la garantie), il pourrait y avoir une possibilité de requalifier la remise de cet excédent comme, par exemple, une garantie complémentaire couvrant la détérioration du crédit. Dans ce cas, la protection en vertu de l'article 36 pourrait dépendre de la question de savoir si l'Etat contractant reconnaît la constitution d'une garantie complémentaire couvrant le risque de crédit.

d) Enfin, il pourrait être nécessaire d'examiner la question de façon plus approfondie aux paragraphes 36-27 *et seq.* parce que la protection dont pourrait bénéficier la remise de titres supplémentaires "en excès" en vertu de l'article 36(1)(a)(i) ne concerne que les règles de *claw back*. Cela ne devrait-il pas signifier que l'article 36(1)(a)(i) de la Convention ne peut offrir de protection contre une disposition de droit non conventionnel qui ne permet pas la remise de titres supplémentaire "en excès" ou qui peut la limiter à ce qui peut être considéré comme "objectif" et "nécessaire" selon les circonstances (cela étant déterminé, disons, par les tribunaux)?

VI. Article 39

24. En relisant l'article 39, nous avons l'impression qu'il faudrait revoir la rédaction du paragraphe 2; il est obscur et extrêmement difficile à comprendre à lui seul en tant qu'exception à la clause de protection prévue au paragraphe 1. En outre, si nous sommes d'accord avec le commentaire fait par les auteurs du Commentaire officiel concernant la définition des "droits préexistants", nous pensons que le terme défini devrait être également utilisé au paragraphe 1. Le fait d'utiliser des termes différents pour indiquer les mêmes droits ajoutera à la confusion sur un texte qui est déjà obscur.