



**COMITE D'EXPERTS GOUVERNEMENTAUX D'UNIDROIT
CHARGE D'ELABORER UN PROJET DE CONVENTION
SUR L'HARMONISATION DES REGLES DE DROIT
MATERIEL APPLICABLES AUX TITRES DETENUS
AUPRES D'UN INTERMEDIAIRE**

Rome, avril 2005

UNIDROIT 2005
Etude LXXVIII – Doc. 22
Original: français

*OBSERVATIONS DES GOUVERNEMENTS ET DES
ORGANISATIONS INTERNATIONALES*

(Observations du Gouvernement de la République tunisienne)

Par une lettre datée du 23 décembre 2004 l'Institut international pour l'unification du droit privé sollicite le Gouvernement tunisien à formuler les commentaires qu'il jugerait utiles sur l'avant-projet de la Convention en vue de leur examen lors de la session qui se tiendra à Rome du 9 au 20 mai 2005.

Après étude, l'avant-projet en question suscite des commentaires quant à la forme et quand au fond :

I – Commentaires relatifs à la forme :

Il est nécessaire de rappeler que le projet a été rédigé en anglais puis traduit en français, et cette traduction n'a pas manqué de porter atteinte à la signification de certaines terminologies qui ont perdu leur concept juridique tel que formulé par le texte original.

A titre d'exemple nous pouvons citer l'article 14 qui interdit à l'intermédiaire d'inscrire des titres au crédit d'un compte tenu par lui-même ou d'aliéner ces titres s'il n'a pas le nombre suffisant ou n'a pas la possibilité de les avoir. En cas de violation de cette obligation il est responsable de la perte causée au titulaire du compte et il doit l'indemniser de gré ou par voie judiciaire. Cette idée que les rédacteurs ont affirmée dans l'article 14 dans sa version anglaise n'apparaît pas clairement dans la version française.

D'autres articles peuvent être cités comme ayant perdu toute signification.

A la lumière de cela, nous proposons la constitution d'un comité de rédaction qui aura pour mission de procéder à une nouvelle rédaction du projet en langue française laquelle rédaction serait la plus conforme possible à la version anglaise. Cette démarche n'empêche pas

cependant de faire des propositions de rectifications de certaines imperfections linguistiques et grammaticales en avançant une nouvelle rédaction de certains articles et ce de la façon suivante :

Article 1 :

Cet article est relatif aux définitions des termes utilisés. Parmi ces termes on trouve « procédure d'insolvabilité » qui a été défini comme étant une procédure collective judiciaire ou administrative, or il est communément admis que la procédure collective ne peut être que judiciaire eu égard aux garanties qu'elle offre et qui n'existent pas dans la procédure administrative. Par conséquent, il est souhaitable de ne permettre que la procédure collective judiciaire.

Article 2 :

Les alinéas c), d) et e) du paragraphe 1 de l'article 2 sont rédigés d'une manière assez lourde et nous proposons de les reformuler, et ce dans un souci de clarté et de précision.

Article 3 paragraphe 4 :

« Le crédit ou le débit d'un compte produit ses effets même en cas d'absence d'identification de l'opération effectuée sur le compte de titres. »

Article 4 alinéa a) du paragraphe 1 :

« en faveur de l'intermédiaire pertinent par convention conclue entre ce dernier et le titulaire du compte. »

Article 5 paragraphe 1 :

« Un débit ou un crédit à un compte de titres ou une identification au sens de l'article 4 est nul s'il est exécuté sans l'autorisation du titulaire du compte. »

Article 5 paragraphe 2 : « Lorsqu'un débit, un crédit ou une identification au sens de l'article 4 est assortie d'une condition visée par la convention de compte ou les règles d'un système de compensation ou de règlement – livraison, il n'est opposable aux tiers qu'une fois la condition est remplie et aux termes de l'article 9 le droit est réputé avoir été créé dès le moment où le crédit ou l'identification pertinente a été effectuée ».

Article 7 :

« Les dispositions des règles ou conventions régissant le fonctionnement d'un système de compensation ou de règlement – livraison destiné à assurer la stabilité du système ou le caractère définitif des aliénations effectuées par ce système doivent prévaloir sur toute disposition de cette convention sauf en cas d'incohérence ».

Article 10 paragraphe 2 :

« Le paragraphe 1 ne s'applique pas à l'acquisition de titre (ou à la constitution de sûreté) par voie de donation ou toute autre cession¹.

¹ - Le terme "manière" utilisé dans cet article du projet n'a pas une signification juridique et on l'a remplacé par le terme voulu par les rédacteurs du projet en l'occurrence « cession ».

Chapitre IV : Les procédures collectives

Article 11 : Titre

Droits des titulaires de compte en cas d'ouverture des procédures collectives contre l'intermédiaire.

Article 13 paragraphe 1 :

« Sous réserve du paragraphe 2, un intermédiaire n'est pas tenu, ni autorisé à donner effet à toute instruction... ».

Article 14 paragraphe 3 :

« Dans les paragraphes précédents, un intermédiaire est considéré comme détenteur d'un nombre suffisant de titres de même nature lorsqu'il a un nombre égal ou une valeur équivalente de titres inscrits au crédit des comptes tenus par cet intermédiaire ».

Article 14 paragraphe 4 alinéa b) :

« exigeant d'un titulaire du compte qu'il paye² l'opérateur du système ou tout autre intermédiaire pertinent des coûts engendrés par le crédit de titre supplémentaire sur le compte de ce titulaire lorsque les titres ont été ou peuvent être débités de ce compte de titres conformément à l'alinéa a) ».

Article 14 paragraphe 5 :

« Le présent article n'affecte aucune disposition d'une convention de compte relative au paragraphe des coûts engendrés par une action intentée par un intermédiaire visant au respect du paragraphe 2 dans le cas où... ».

Article 15 paragraphe 2 :

« Les titres affectés conformément au paragraphe précédent ne font pas partie des actifs de l'intermédiaire disponibles pour distribution ou réalisation en faveur des créanciers dans le cadre d'une procédure collective ou ne peuvent être autrement revendiqués par les créanciers ».

Article 16 paragraphe 1 :

« S'il y a quantité manquante du fait que le nombre ou la valeur nominale des titres détenus auprès d'un intermédiaire est inférieur au nombre ou à la valeur nominale des titres de même nature crédités aux comptes tenus par cet intermédiaire, on est dans l'un des cas suivants :... ».

Article 18 paragraphe 1 :

« Entre l'émetteur de titres et le titulaire d'un compte auquel ces titres sont crédités, le fait que les titres soient détenus auprès d'un intermédiaire ne doit pas par ce seul fait empêcher l'existence ou entraver l'exercice dans une procédure collective relative à l'émetteur, de tous droits de compensation qui auraient existé et auraient pu être exercés si le titulaire du compte avait détenu les titres d'une façon directe ».

²

Les rédacteurs du projet ont utilisé le terme "indemnise", or il admis que l'indemnisation est due en contrepartie de la réparation d'un dommage, alors qu'il s'agit dans notre cas du paiement d'une somme d'argent dont la valeur est antérieurement connue, par conséquent il est souhaitable de remplacer le terme « indemnise » par « paye ».

Article 21 paragraphe 1 :

«Sauf stipulation contraire du contrat de garantie le preneur de la garantie aura le droit d'usage et d'aliénation des titres donnés en garantie comme s'il était propriétaire ».

Article 21 paragraphe 2 :

« Lorsque le preneur de la garantie exerce son droit d'usage...³

Article 21 paragraphe 3 :

«

a)

b) seront à tous les autres égards soumis aux stipulations du contrat de garantie considéré ».

Article 21 paragraphe 5 :

« Le contrat de garantie considéré peut prévoir qu'en cas de survenance d'un ou deux cas de la réalisation de la garantie avant l'exécution complète des obligations garanties ou en cas de possibilité de survenance selon la décision du preneur de la garantie soit par compensation, résiliation d'opération ou autrement :

a) la déchéance du terme des obligations respectives est prononcée. De ce fait, les obligations deviennent soit immédiatement exigibles par le paiement d'une somme d'argent correspondant à la valeur courante estimée ou éteintes et remplacées par une obligation de payer une somme d'argent correspondant au montant susmentionné ».

Article 22 :

« Leavant l'engagementavant d'une procédure collective à l'égard du constituant de la garantie ».

II – Les observations relatives au fond :

On sait que la méthode des règles matérielles est une réplique pour pallier l'insuffisance d'internationalisation de la règle de conflit. La règle de conflit désigne généralement comme loi compétente la loi interne d'un Etat, la loi interne est conçue pour le commerce interne, or le droit étatique est un droit généralement statique, il ne répond pas aux impératifs du commerce international toujours renouvelé et mouvant. Pour cette raison le commerce international a forgé un droit matériel ou substantiel que l'Institut international pour l'unification du droit privé a participé à son élaboration par plusieurs conventions qui lorsqu'elles sont ratifiées s'appliquent aux conflits ayant un élément d'extranéité. Pour ce faire, en élaborant une convention il faut utiliser des termes juridiques précis et utilisés par la majorité des pays, ce qui n'apparaît pas clairement dans ce projet, ceci apparaît à travers les exemples suivants :

1) L'usage de termes juridiques imprécis :

Les articles 4 et 5 utilisent les termes de « valide » et « invalide » et parfois « inopposable aux tiers » pour parler d'une identification effectuée sur le compte de titres, or on sait qu'un acte juridique qui ne remplit pas les conditions de formation est nul, mais cette nullité est une nullité absolue ou une nullité relative. Si le défaut de validité du contrat se situe sur le

³ Le terme "utilisation" n'a pas de signification juridique et il est souhaitable de le remplacer par un terme plus approprié juridiquement en l'occurrence le terme « usage ».

terrain des vices de consentement le contrat est seulement annulable.

Quant à l'opposabilité à l'égard des tiers, elle signifie que les tiers ne sont tenus d'aucune obligation, mais ils ont la possibilité de se prévaloir du contrat envers les parties.

Par conséquent, il est nécessaire de déterminer qui est tiers par rapport à un contrat et la question qui nous concerne est celle des titres détenus par un intermédiaire. Cette idée n'apparaît pas clairement dans l'avant-projet de Convention et il est nécessaire qu'elle soit clarifiée en déterminant la notion de tiers dans les identifications effectuées sur un compte de titres.

2) L'usage de termes juridiques dont le sens diffère d'un pays à un autre :

L'avant-projet de convention a utilisé le terme de procédure d'insolvabilité, or ce terme n'a pas la même signification juridique dans tous les pays. En effet, il est entendu en Allemagne comme la procédure qui a pour finalité de désintéresser les créanciers d'un débiteur de manière collective par la réalisation du patrimoine de celui-ci et la répartition du produit ou de trouver un plan d'insolvabilité les bases particulières d'un règlement et cela selon l'article 1 du Code allemand de l'insolvabilité du 5 octobre 1994. En Belgique, on parle des procédures du concordat et de la faillite contre le débiteur qui a la qualité de commerçant sur la base des lois du 17/07/1997 et 08/08/1997. En Espagne, on parle des procédures collectives contre le commerçant qui cesse le paiement de ses dettes aux termes de l'article 874 du Code de commerce. Au Japon, on parle d'ouverture des procédures collectives contre toute personne qui est dans l'impossibilité totale de paiement selon l'article 126 de la loi de faillite. Aux Etats-Unis d'Amérique, on parle de procédures collectives en vertu du Chapitre 11 du Code des Etats-Unis qui s'ouvre contre tout débiteur qui est en cessation de paiement de ses dettes. En Tunisie, on parle de redressement des entreprises en difficultés économiques en vertu de la loi du 17/04/1995 qui est applicable à toute personne physique ou morale exerçant une activité commerciale, industrielle ou artisanale. Cette procédure sera clôturée soit par un règlement judiciaire avec maintien de l'activité de l'entreprise, soit par la déclaration de faillite du débiteur.

Si on a passé en revue ces différentes lois c'est pour insister sur le fait que l'utilisation du terme « **procédures collectives** » s'avère nécessaire pour éviter les divergences d'interprétations. En effet, le terme « **insolvabilité** » s'applique dans le domaine civil uniquement, alors que « **les procédures collectives** » s'appliquent aux commerçants qu'ils soient personnes physiques ou morales.

3) L'aliénation du titre par le donneur de garantie :

Le Chapitre VII relatif aux opérations de garantie dispose dans son article 21 que « le preneur de garantie aura le droit d'aliéner les titres donnés en garantie comme s'il était le propriétaire ». Cette position est critiquable. En effet, il est communément admis que le preneur de la garantie a le droit à une commission en contrepartie du prêt qu'il aura accordé, et en plus en cas de retard du paiement de la dette il a droit à des intérêts moratoires ou compensatoires. De la sorte il s'avère que la vente des titres donnés en garantie ne peut être possible que si à l'échéance du terme le débiteur ne paie pas la dette. En plus la crainte qu'en cas d'ouverture de procédures collectives contre le débiteur le créancier se trouve lésé étant donné qu'il aura le même rang que les autres créanciers de la masse n'a pas de raison d'être, car les titres gagés permettent au créancier gagiste d'avoir le premier rang et il est payé avant les autres créanciers du produit de la vente des titres gagés.

De la sorte, il nous semble que le Chapitre VII relatif aux opérations de garantie n'a pas sa place dans l'avant-projet de Convention parce qu'il nous paraît contraire aux règles de garantie applicables par la majorité des pays du monde, d'autant plus qu'il pose plus de

problèmes qu'il n'en résout. En effet il n'y a aucune raison de vendre les titres donnés en garantie avant l'échéance du terme de la dette et après autorisation du tribunal compétent, et en plus la vente telle que prévue dans l'avant-projet de Convention ouvre la voie à des actions en justice et des expertises d'évaluation des titres au moment de la vente en cas de désaccord ou de conflit entre les parties, ce qui ne paraît pas être la bonne solution.