



COMITE D'EXPERTS GOUVERNEMENTAUX D'UNIDROIT
POUR LA PREPARATION D'UN PROJET DE CONVENTION
SUR LES REGLES DE DROIT MATERIEL APPLICABLES AUX
TITRES INTERMEDIÉS
Quatrième session
Rome, 21-25 mai 2007

UNIDROIT 2007
Etude LXXVIII – Doc. 86
Original: français/anglais
mai 2007

***OBSERVATIONS DES GOUVERNEMENTS
ET DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES***

(Observations du Gouvernement français)

La délégation française au Comité d'experts au projet UNIDROIT sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés souhaite soulever la question de la nature de l'instrument en discussion, qui n'a jusqu'à présent pas été explicitement tranchée.

1. Un débat nécessaire

Alors que les travaux du groupe d'experts sont sur le point de s'achever (la prochaine session de travail en mai 2007 ne portera que sur un nombre de points limités), la question de la nature du futur instrument UNIDROIT sur les titres intermédiés est toujours en suspens.

Certes, la question a été évoquée au cours des premières sessions du Comité d'experts gouvernementaux. Un Groupe de travail a été constitué sous la présidence de la délégation italienne aux fins d'étudier la question et le Secrétariat a publié les conclusions de cette étude¹. Toutefois, la question n'a pas été véritablement débattue par le Comité: lors de la session de mars 2006, un consensus paraît avoir été trouvé sur le fait que «bien que le travail entre les sessions à ce sujet ait été utile, il était trop tôt pour faire un choix définitif concernant ce point»²; lors de la session de novembre 2006, le sujet n'a pas été abordé.

Il paraît désormais nécessaire de considérer la question, afin d'une part de ne pas la traiter dans l'urgence, et d'autre part parce que le choix effectué aura nécessairement des conséquences sur la rédaction finale. Notre objectif commun doit être de définir le moyen juridique qui permet de maximiser les effets pratiques du texte final.

¹ Doc. 26 et Doc. 43, Rapport Mai 2006, Annexe 17.

² Document 43 préc., n° 123-124.

2. Rappel des options juridiques possibles

Au regard des statuts d'UNIDROIT³, deux types d'instrument sont possibles:

- Une convention internationale, contraignante, dont l'application prévaut sur celle du droit interne dès lors que ses conditions d'application sont réunies en vertu du droit de l'Etat concerné;
- Des principes généraux, à l'instar des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dont le préambule précise:

«Ils s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat;

ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les «principes généraux du droit», la lex mercatoria ou autre formule similaire;

ils peuvent s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat;

ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme;

ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national;

ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux ou internationaux.»

3. Application au texte d'UNIDROIT sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés

Le Groupe de travail avait privilégié l'idée d'une convention internationale en considérant que lorsque les droits des tiers peuvent être affectés, il est nécessaire de choisir l'instrument qui permet la plus grande harmonisation en vue de la meilleure sécurité juridique. Cette option présente incontestablement des avantages, rappelés dans le document 43 de mai 2006⁴.

Il faut néanmoins considérer l'évolution récente du texte, qui s'est traduite par une multiplication des renvois au droit non conventionnel (DNC). Cette évolution emporte deux conséquences :

- Les renvois au DNC sont susceptibles de compliquer l'insertion du texte dans nos systèmes juridiques nationaux ; la plupart des dispositions de la Convention, précises et contraignantes, devront être complétées par une règle interne pour rendre les dispositions de la Convention cohérentes avec les droits nationaux. Pour pallier cet inconvénient, le Groupe de travail avait proposé de prévoir une clause ayant pour effet d'écartier l'effet automatique d'insertion de la Convention dans les systèmes juridiques

³ Source : site internet UNIDROIT: «*Facteurs déterminant le choix de l'instrument à élaborer*: de par la nature intergouvernementale de l'Institut, les règles uniformes élaborées par UNIDROIT prennent traditionnellement la forme de *conventions internationales* dont l'application prévaut sur celle du droit interne dès que leurs conditions d'application sont réunies en vertu du droit de l'Etat concerné. Toutefois, le fait que les Gouvernements tendent à accorder une priorité réduite à la mise en œuvre des conventions et, dès lors, la durée relativement longue précédant leur entrée en vigueur rendent certaines techniques d'uniformisation plus attrayantes notamment lorsque la question traitée ne requiert pas nécessairement l'adoption d'un instrument à caractère contraignant. Il s'agit notamment des *lois modèles* que les Etats peuvent prendre en considération lors de la préparation d'une réglementation nationale dans la matière traitée, ou encore des *principes généraux* destinés directement aux magistrats, arbitres et parties contractantes qui restent en tout état de cause libres de leur utilisation. Lorsque l'élaboration de règles uniformes peut sembler prématurée, on a recours à la forme du *guide juridique*, particulièrement pour ce qui est des nouvelles techniques commerciales, à l'intention des professionnels dans des pays où est peu répandue la pratique contractuelle émergente en la matière.»

⁴ Doc 43, Mai 2006 n°13 et Annexe 17.

en prévoyant, à la charge des Etats signataires, une simple obligation de mettre leur réglementation en conformité avec la Convention⁵ ;

- Les renvois au DNC soulèvent le risque que l'harmonisation et la sécurité juridique recherchées ne pourront qu'être difficilement atteintes, les acteurs économiques devant dans de nombreuses situations aller vérifier les dispositions du droit non conventionnel pour connaître l'étendue de leurs droits et obligations.

Dans cette perspective, les mérites de Principes généraux peuvent également être considérés : une faible perturbation des systèmes juridiques nationaux ; des dispositions conçues comme autant d'objectifs à atteindre ; une bonne lisibilité du texte qui pourrait être simplifié et allégé ; une cohérence avec le choix de l'approche fonctionnelle retenu par le comité des experts gouvernementaux ; un consensus plus facile à trouver, et partant, une adoption en session diplomatique moins risquée.

Une voie médiane, telle qu'une loi-modèle, pourrait également être envisagée.

Conclusion

La délégation française considère qu'il serait préjudiciable pour le texte lui-même de ne pas soulever la question de sa nature juridique avant la fin des négociations. Notre objectif est en effet, à travers ce débat, de maximiser l'effet utile du texte qui sera adopté.

⁵ Dans le rapport relatif à la session de mars 2006, (Doc. 43, préc. n°13) cette proposition est reprise en des termes un peu différents «Le Groupe [de travail] avait conclu que la flexibilité inhérente à un instrument de droit indicatif ("soft law" donnerait probablement des résultats diversifiés. Cela n'était pas souhaitable pour un texte comme le projet en question, ses dispositions pouvant avoir des effets à l'égard des tiers. Pour cette raison le schéma de "droit contraignant" ("hard law") semblait préférable. Toutefois, la ratification du projet de Convention en l'état pourrait être à l'origine d'obstacles à surmonter dans certains pays. En particulier cela pourrait être problématique lorsque le droit existant d'un pays dit «moniste» pourrait, bien que semblable en substance, être rédigé d'une perspective différente de telle manière qu'il apparaîtrait comme étant en conflit avec le projet de Convention. Pour cette raison, le Groupe était parvenu à la conclusion que les Etats contractants devraient bénéficier de la possibilité de « re-traduire » le texte de façon à donner un effet identique à ses dispositions.»