



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, 1-13 septembre 2008)

UNIDROIT 2008
CONF. 11 – Doc. 20
Original: anglais
août 2008

Observations

(présentées par le Gouvernement de l'Allemagne)

Le Ministère fédéral de la justice souhaite saisir l'opportunité des observations ici soumises pour remercier formellement UNIDROIT et ses comités pour le travail qu'ils ont accompli, et espère que la Conférence diplomatique verra la formation d'un accord acceptable par tous les Etats. La délégation allemande accueille avec satisfaction le fait que l'harmonisation des règles de droit matériel applicable aux titres intermédiés fasse l'objet de ce projet de Convention.

Questions générales

Avant de passer aux questions particulières, la délégation allemande se permet d'indiquer que des opérateurs juridiques extérieurs, notamment parmi ceux qui ont pour mission d'appliquer le droit, ont trouvé le projet de Convention très difficile à comprendre. Les commentaires présentés au Ministère fédéral de la justice par des représentants des milieux intéressés ont souligné que le projet laisse une large part à l'interprétation. En raison de l'approche fonctionnelle choisie, les dispositions sont formulées d'une façon très neutre. Le projet de Convention contient également de nombreuses références à d'autres dispositions de la Convention, et ce au détriment de la facilité de la compréhension.

La délégation allemande pense que le Rapport explicatif pourrait être plus utile pour l'interprétation du texte de la Convention. Le Rapport explicatif se contente souvent de répéter le texte de la Convention avec d'autres termes, et n'aide guère à comprendre le sens de la formulation neutre dans le cadre de l'approche fonctionnelle. Du point de vue de l'Allemagne, le Rapport explicatif devrait au contraire indiquer la façon dont doit être comprise la formulation neutre dans le cadre d'un système basé sur le principe du droit contractuel d'une part, et dans celui d'un système basé sur le principe du droit de propriété de l'autre.

Les observations qui suivent portent sur des articles particuliers :

Article 1

A l'article 1(i), "administrateur d'insolvabilité" devrait être remplacé par le "représentant de l'insolvabilité", expression utilisée dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (p. 5). Elle couvrirait également des personnes qui n'exercent pas de pouvoirs administratifs ou de pouvoirs de disposition relativement aux biens du débiteur. Des procédures de réorganisation ouvertes par le débiteur sous la supervision d'une personne officiellement nommée pourraient également se trouver écartées. Ce résultat serait involontairement en opposition avec l'article 1(h) qui a une formulation plus générale et comprend de telles procédures de réorganisation.

En outre, la définition de "droit non conventionnel" à l'article 1(m) devrait être placée avant l'article 1(k) puisque cette expression apparaît en premier lieu à l'article 1(k).

Article 3

De l'avis de la délégation allemande, la position de l'article 3 devrait être réexaminée. En effet, d'un point de vue systématique, les articles 2 et 4 vont ensemble, de sorte que l'article 3 devrait être placé avant l'article 2. En outre, il serait souhaitable que le contenu de l'article 3, comme l'indique le Rapport explicatif, puisse se comprendre plus aisément, sur la base du seul texte de la disposition.

Articles 7 et 9

Dès le tout début des travaux, il a été très important pour la délégation allemande que le projet de Convention soit compatible avec un système basé sur le principe du droit de propriété. Depuis cependant, des doutes sont apparus également à cet égard. Les observations soumises au Ministère fédéral de la justice ont montré que les dispositions clés du projet de Convention, en particulier les articles 7, 9, 13 et 14, prêtent souvent à des interprétations complètement divergentes. En conséquence, la délégation allemande est d'avis que deux points appellent des précisions, tout au moins dans le Rapport explicatif. Premièrement, dans un système basé sur le principe du droit de propriété, il doit toujours exister un propriétaire, mais il ne peut y en avoir qu'un seul. Il est donc essentiel que le crédit et le débit constituent des opérations indissociables. Deuxièmement, dans un tel système, les droits de l'investisseur final vis-à-vis de l'émetteur ne peuvent être ni anéantis, ni (temporairement) multipliés, et ils ne peuvent non plus devenir (temporairement) privés de propriétaire. Seul le propriétaire peut changer, mais non pas le droit lui-même. Dans un tel système, l'acquisition de droits doit donc toujours être assortie d'une perte correspondante de droits. Il ne saurait y avoir d'exception, que ce soit au titre de l'acquisition de bonne foi ou à tout autre titre. Si ce n'était pas le cas, on pourrait assister à une multiplication de titres, résultat inconcevable dans un système basé sur le principe du droit de propriété.

Articles 9 et 10

L'article 9(4) soulève un autre problème de la Convention. En vertu des articles 7, 9(4) (inscriptions en compte) et 10 (identifications), le transfert en pleine propriété et l'octroi d'un droit limité sont tous deux possibles. Ces deux possibilités sont reconnues sur un pied d'égalité, sans que l'une ait priorité sur l'autre. Pour cette raison, de l'avis de la délégation allemande, les conséquences juridiques qui résultent d'un transfert conformément aux articles 9 et 10 devraient être standardisées.

Articles 13, 14 et 15

Une question essentielle qui sera discutée à la Conférence diplomatique est celle de savoir comment réglementer l'acquisition de bonne foi dans la Convention. La délégation allemande souhaite toutefois souligner dès maintenant ceci : dans un système basé sur le principe du droit de propriété, le crédit et le débit doivent avoir un traitement égal pour ce qui est de leurs effets. C'est la raison pour laquelle la délégation allemande est d'avis que le contenu et le texte de la disposition concernant l'acquisition de bonne foi doit indiquer clairement que dans un système basé sur le principe du droit de propriété, la multiplication des titres est absolument interdite.

Article 17

De même que dans l'article 1(i), "administrateur d'insolvabilité" devrait ici aussi être remplacé par "représentant de l'insolvabilité" (cf. 2 ci-dessus).

Article 18 (questions concernant l'insolvabilité)

Les questions concernant l'insolvabilité constitueront certainement aussi un point central des discussions à la Conférence diplomatique. De l'avis de la délégation allemande, les relations entre le projet de Convention et la législation nationale en matière d'insolvabilité demandent encore à être précisées.

Article 21

La délégation allemande est d'avis qu'il est trop vague de dire que l'intermédiaire peut se conformer à son obligation de détenir une quantité suffisante de titres conformément à l'article 21(2)(e) "par toute autre méthode appropriée". Cela pourrait être compris comme se référant à la multiplication des titres, ce qui n'est pas compatible avec le principe du droit de propriété. Cette disposition devrait donc être davantage précisée ou bien supprimée.

Article 24

Plutôt que de référer aux règles du système, on pourrait retenir la fin du jour ouvré aux fins de la validité juridique des instructions et des entrées, car on peut légitimement se demander si c'est le droit de l'insolvabilité qui doit suivre les règles du système et non pas plutôt l'inverse. Des instructions données dans un système heurteront d'autant plus les principes du droit de l'insolvabilité qu'on leur permet d'être données tardivement après l'ouverture des procédures d'insolvabilité.

Article 26**a. Article 26(1)**

Dans le contexte de l'article 26(1), on peut se demander s'il y a lieu de marquer une distinction entre les transactions sur un marché boursier et sur un marché réglementé. Dans de nombreux Etats contractants, il s'agira d'un seul et même marché. On pourrait en conséquence proposer la formulation suivante : "des titres négociables sur un marché boursier ou *un autre marché réglementé*".

b. Article 26(3) – relations entre la Convention et le droit des national des sociétés

Outre les points qui ont déjà été indiqués, la délégation allemande pense aussi que les relations entre la Convention et le droit national des sociétés ne sont pas clairement formulées.

Le libellé du projet paraît contradictoire. Conformément à l'article 26(3), le droit national des sociétés semblerait primer la Convention. Conformément à l'article 7(2)(b), les droits visés à l'article 7(1)(a) peuvent être exercés à l'encontre de l'intermédiaire pertinent ou de l'émetteur des titres, ou des deux, conformément à la Convention, aux conditions régissant les titres et à la loi régissant leur constitution, mais seulement *sous réserve de dispositions contraires de la Convention*. En conséquence, la Convention semblerait devoir supplanter le droit national. Le système appliqué dans la Convention devrait être plus clairement indiqué ici. Il devrait apparaître clairement, sans aucune ambiguïté, dans le libellé de la Convention lui-même, que le droit national des sociétés prime la Convention. De l'avis de la délégation allemande, il serait en conséquence logique d'introduire une disposition distincte – par exemple en reprenant les dispositions relatives au champ d'application (article 3) – qui régisse de façon parfaitement claire et univoque les relations entre la Convention et le droit national des sociétés.

Le Ministère fédéral de la justice se réjouit de participer aux discussions à la Conférence diplomatique, et a bon espoir qu'un accord pourra être trouvé.

– FIN –