



**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. 6 Corr.
Original: anglais
24 août 2009

MEMORANDUM

**concernant des suggestions de révision du texte des dispositions relatives à l'insolvabilité
du projet de Convention**

(soumis par les Editeurs du projet de Commentaire officiel)

- *le présent document remplace le §2 relatif aux articles 7, 14 et 21*
 - *du Document CONF. 11/2 – Doc. 6 (pp. 1-5) –*

Introduction

Dans ce mémorandum, nous suggérons quelques modifications aux dispositions du projet de Convention relatives à l'insolvabilité qui figuraient dans notre proposition initiale (cf. CONF. 11/2 – Doc. 6). Ces suggestions font suite aux discussions que nous avons eues avec le Secrétaire Général d'UNIDROIT que nous remercions pour ses conseils très utiles et constructifs. Les modifications du texte proposé par rapport à la version précédente sont apparentes.

Nous notons dans notre proposition initiale les difficultés rencontrées lors de la rédaction du projet de Commentaire officiel sur les articles 7, 14 et 21, et ne répétons pas ici l'ensemble des explications. Nous relevons que l'article 7 indique simplement que la Convention ne porte pas atteinte au droit applicable en matière d'insolvabilité "sauf disposition contraire". Mais nous indiquons également quelques questions d'interprétation qui posaient problème. Nous expliquons aussi que si les articles 14 et 21 étaient modifiés pour traiter de la substance de manière satisfaisante, l'article 7 deviendrait inutile. Par conséquent, aussi bien notre proposition initiale que les suggestions faites dans le présent document visent à éliminer l'article 7, à remplacer les articles 14 et 21 par l'article X et à inclure un nouveau mécanisme de déclaration prévu à l'article Y.

A une exception près, les présentes suggestions n'impliquent pas de modification de fond par rapport à nos propositions initiales. Notre objectif, ainsi que celui du Secrétariat d'UNIDROIT, a été d'améliorer la présentation, la clarté et la structure du texte.

La modification qui touche à la substance concerne la relation entre l'article Y et l'article 19(5). Il nous est apparu que notre proposition initiale maintenait une ambiguïté substantielle quant à savoir quels privilèges de rang seraient soumis au mécanisme de déclaration de l'article Y et lesquels bénéficieraient de l'article 19(5) qui soumet le rang des garanties légales au droit non conventionnel

(sans qu'une déclaration soit nécessaire). Le texte proposé résout cette ambiguïté en disant clairement que le rang des garanties légales sont soumises au mécanisme de déclaration de l'article Y dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité. En dehors d'une procédure d'insolvabilité, ces règles s'appliqueraient en vertu de l'article 19(5).

Nos suggestions de révision des articles X et Y présentées ci-dessous sont suivies de notes explicatives qui pourraient servir de base au futur Commentaire officiel concernant ces articles.

Article 1
Définitions

~~q) "pouvoir d'insolvabilité" désigne un privilège, un rang supérieur ou un pouvoir d'annulation applicable dans une procédure d'insolvabilité, autre que les règles de droit visées à l'article 21(3)(a), en vertu de la loi d'un Etat contractant qui a fait une déclaration conformément à l'article Y.~~

Article X (fusion des articles 14 et 21)
Opposabilité en cas de procédure d'insolvabilité

1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3 et de l'article Y, Les les droits rendus opposables aux tiers en vertu de l'article 11 ou de l'article 12 sont opposables à l'administrateur d'insolvabilité et aux créanciers dans toute procédure d'insolvabilité.
2. Le présent article ne s'applique pas aux droits conférés conformément à l'article 12 par un titulaire de compte à l'intermédiaire pertinent ou à toute autre personne exerçant une fonction de l'intermédiaire pertinent conformément à l'article 6 dans toute procédure d'insolvabilité relative à cet intermédiaire ou à cette personne.
3. Le paragraphe 1 n'affecte:
 - a) aucune règle de droit applicable dans la procédure 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 des droits des créanciers; ou
 - b) aucune règle de procédure relative à l'exercice des droits sur des actifs ¹ soumis au contrôle ou à la supervision de l'administrateur d'insolvabilité.
4. Le présent article n'affecte pas, dans une procédure d'insolvabilité, l'opposabilité à l'administrateur d'insolvabilité et aux créanciers d'un droit sur des titres intermédiés lorsque ce droit a été rendu opposable selon une méthode visée à l'article 13.

¹ [Note des traducteurs] Dans le contexte de la présente Convention, la formulation "droits sur des actifs" a paru préférable à l'expression empruntée de l'art. 30(3) de la Convention du Cap "droits de propriété" soumis au contrôle ou à la supervision de l'administrateur d'insolvabilité (en anglais: "rights to property which is under the control or supervision of the insolvency administrator").

Notes explicatives

X-1. L'article X traite des droits sur des titres intermédiés des articles 11 et 12 dans une procédure d'insolvabilité. Le paragraphe 1 pose la règle de base: ces droits sont opposables à l'administrateur d'insolvabilité et aux créanciers. L'article X(1) indique explicitement ce qui est implicite en vertu des articles 11 et 12 qui prévoient tous deux que ces droits sont "opposable[s] aux tiers". Cependant, l'article X(1) prévoit en outre que cette règle existe sous réserve des paragraphes 2 et 3 et de l'article Y, chacun faisant l'objet d'une discussion ci-dessous.

X-2. L'article X(2) dispose que l'article X ne s'applique pas lorsqu'un titulaire de compte a conféré un droit conformément à l'article 12 à son propre intermédiaire (tel qu'un prêt de marge garanti) ou à une "personne chargée d'exercer [...]" en vertu de l'article 6. Dans ce cas, le titulaire de compte a volontairement conféré un droit qui devrait être opposable au titulaire de compte et en faveur de l'intermédiaire (ou de la "personne chargée d'exercer [...]"). En conséquence, dans la procédure d'insolvabilité de l'intermédiaire, les droits du titulaire de compte en vertu de l'article Y(1) *seraient* subordonnés au droit de l'intermédiaire en vertu de l'article 12, mais *seulement* dans la mesure de ce droit.

X-3. L'article X(3) prévoit que l'opposabilité des droits conventionnels dans une procédure d'insolvabilité est soumise aux règles de procédure et à certains pouvoirs d'annulation. L'article X(3) est inspiré de l'article 30(3) de la Convention du Cap. L'alinéa a) soustrait de la protection de l'article X(1) les règles de droit applicables dans la procédure d'insolvabilité relatives à l'annulation d'une opération, soit parce qu'elle accorde une préférence soit parce qu'elle constitue un transfert en fraude des droits des créanciers. L'alinéa b) réserve les règles de procédure relatives à l'exercice des droits, par exemple une garantie, lorsque le bien est soumis au contrôle ou à la supervision de l'administrateur d'insolvabilité. Il s'en suit que ces questions sont régies par le droit non conventionnel ou le droit applicable à la procédure d'insolvabilité.

21-1. X-4. L'article X(4) fournit une autre protection importante pour les droits rendus opposables selon des méthodes prévues par le droit non conventionnel et reconnues conformément à l'article 13. Il prévoit que les dispositions de l'article X n'affectent pas l'opposabilité des droits visés à l'article 13 dans une procédure d'insolvabilité. En d'autres termes, l'article X ne rend pas inopposable dans une procédure d'insolvabilité les droits prévus par l'article 13 qui sont opposables dans la procédure sur un autre fondement. L'article X(4) s'inspire de l'article 30(2) de la Convention du Cap.
2

Article Y

Pouvoirs d'insolvabilité

Déclarations spéciales relatives aux procédures d'insolvabilité

1. En ce qui concerne toute procédure d'insolvabilité autre que celle de l'intermédiaire pertinent, un Etat contractant peut à tout moment déclarer, de façon générale ou spécifique:

a) les rangs supérieurs ou les privilèges qui, en vertu de la loi de cet Etat s'appliquent dans une procédure d'insolvabilité et qui (i) priment un droit rendu opposable aux tiers conformément à l'article 11 ou à l'article 12 ou (ii) auxquels ce droit est subordonné;

² Les paragraphes X-2 à X-4 des Notes explicatives reprennent les paragraphes 21-7- à 21-9 du projet de Commentaire officiel relatif à l'article 21 (cf. CONF. 11/2 – Doc. 5).

b) les règles de la loi de cet Etat autres que celles visées à l'article X(3) (i) qui s'appliquent dans une procédure d'insolvabilité aux droits rendus opposables aux tiers conformément à l'article 11 ou à l'article 12 et (ii) qui permettent d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant une procédure d'insolvabilité et de recouvrer l'un quelconque des actifs transférés ou sa valeur dans l'intérêt collectif des créanciers.

2. Les rangs supérieurs ou les privilèges déclarés conformément au paragraphe 1(a) peuvent inclure les garanties légales mentionnées à l'article 19(5).

~~1. Un Etat contractant peut à tout moment déclarer, de façon générale ou spécifique, les catégories de pouvoirs d'insolvabilité qui, en vertu de la loi de cet Etat (i) priment un droit qui a été rendu opposable aux tiers conformément à l'article 11, à l'article 12 ou aux deux ou (ii) auxquelles ce droit est subordonné.~~

32. Une déclaration faite en vertu du paragraphe précédent 1(a) ou 1(b) peut indiquer qu'elle couvre des catégories de rangs supérieurs ou de privilèges qui sont créées après le dépôt de la déclaration.

4. Un droit qui a été rendu opposable aux tiers conformément à l'article 11 ou à l'article 12 n'est pas affecté par une déclaration faite après que le droit a été rendu opposable.

~~3. Le présent article ne s'applique que dans une procédure d'insolvabilité, mais ne s'applique pas dans une procédure d'insolvabilité relative à l'intermédiaire pertinent.~~

~~4. Sous réserve de l'article 19(5), un pouvoir d'insolvabilité prime un droit qui a été rendu opposable aux tiers conformément à l'article 11 ou à l'article 12 et ce droit n'est subordonné à un pouvoir d'insolvabilité que si ce pouvoir relève d'une catégorie couverte par une déclaration faite avant que ce droit ne soit opposable.~~

5. Nonobstant le paragraphe précédent, un Etat contractant peut déclarer, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion à la Convention, qu'une déclaration faite à ce moment conformément au présent article s'applique également à un droit rendu opposable conformément à l'article 11 ou à l'article 12 avant la date de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion.

~~5. Nonobstant le paragraphe précédent, un Etat contractant peut, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion à la Convention, déclarer qu'un pouvoir d'insolvabilité relevant d'une catégorie couverte par une déclaration faite en vertu du paragraphe 1 prime un droit rendu opposable conformément à l'article 11 ou 12 avant la date de la ratification, acceptation, approbation ou adhésion, et que ce droit est subordonné au pouvoir d'insolvabilité.~~

Notes explicatives

Y-1. L'article Y permet à un Etat contractant de déclarer des limitations supplémentaires à l'opposabilité des droits en vertu des articles 11 et 12 dans des procédures d'insolvabilité. Par une

déclaration au sens de l'article Y, un Etat contractant peut préserver, à l'égard des droits rendus opposables en vertu des articles 11 et 12, les rangs supérieurs, les privilèges et les pouvoirs d'annulation en vertu de la loi de cet Etat qui s'appliquent dans des procédures d'insolvabilité.

Y-2. Le mécanisme de déclaration de l'article Y *ne s'applique pas* en ce qui concerne la procédure d'insolvabilité de l'intermédiaire pertinent. L'intention est d'éviter tout changement substantiel relatif à l'opposabilité des droits des titulaires de compte en vertu de l'article 11, ou des droits de ceux dont les droits acquis en vertu de l'article 12 dérivent des droits de titulaires de compte, dans la procédure d'insolvabilité de l'intermédiaire pertinent. Ainsi, le traitement proposé pour ces droits en vertu de l'article X est pleinement compatible avec celui accordé en vertu de l'article 21 actuel.

Y-3. L'article Y(1)(a) permet à un Etat contractant de déclarer les rangs supérieurs ou les privilèges qui doivent primer les droits en vertu des articles 11 ou 12, ou auxquels ces droits sont subordonnés. Le fait de prévoir que ces droits sont "subordonnés" aux rangs supérieurs ou aux privilèges ayant fait l'objet d'une déclaration reconnaît que le rang supérieur ou le privilège en concurrence avec un droit de l'article 11 ou 12 n'implique aucun droit de propriété ou droit réel en faveur de la classe bénéficiaire. Dans ce cas, on peut soutenir que le rang supérieur ou le privilège concurrent peut, à proprement parler, pas impliquer de compétition "de rang". L'approche du "droit subordonné" vise à indiquer de façon claire qu'un tel rang supérieur ou privilège concurrent peut faire l'objet d'une déclaration par un Etat contractant.

Y-4. L'article Y(1)(b) permet à un Etat contractant de déclarer les pouvoirs d'annulation en vertu de sa loi qui s'appliqueront aux droits de l'article 11 ou de l'article 12 dans une procédure d'insolvabilité. Bien que l'alinéa b) n'utilise pas les termes "pouvoirs d'annulation" ou une expression similaire, la lettre (ii) de cet alinéa est tirée de la définition de "[d]ispositions d'annulation" du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. Les pouvoirs d'annulation qui peuvent faire l'objet d'une déclaration en vertu de l'article Y(1)(b) s'ajoutent aux règles de droit et de procédure mentionnées à l'article X(3). Ces dernières règles s'appliquent à l'égard des droits de l'article 11 ou de l'article 12 dans toutes les procédures d'insolvabilité et s'appliquent sans qu'une déclaration ne soit nécessaire.

Y-5. L'article Y(2) dispose que les règles de priorité relatives aux garanties légales peuvent faire l'objet d'une déclaration en vertu de l'article Y(1)(a). En dehors d'une procédure d'insolvabilité, de telles règles de priorité s'appliquent à l'égard des droits de l'article 11 ou de l'article 12 en vertu de l'article 19(5). Dans une procédure d'insolvabilité cependant, ces règles ne s'appliqueraient que si elles font l'objet d'une déclaration en vertu de l'article Y(1)(a).

Y-6. Tout comme dans notre proposition initiale, cette version de l'article Y n'imposerait pas à un Etat contractant d'adopter une approche différente de l'actuel article 14 – traitement comparable pour droits comparables. Tout Etat contractant qui souhaiterait appliquer aux droits conventionnels un traitement comparable à celui qu'il accorde à des droits comparables pourrait le faire par une déclaration appropriée en vertu de l'article Y. Mais l'approche de l'article Y a l'avantage d'éliminer l'ambiguïté que renferme l'article 14 et irait dans le sens d'une plus grande transparence et publicité. Par ailleurs, il prévoirait un mécanisme permettant à un Etat contractant d'accorder aux droits conventionnels un traitement plus favorable que celui qu'il accorde aux droits "comparables", ce qui va dans le même sens que les réformes juridiques récentes, au niveau national, régional et international.