



**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. 15
Original: anglais
24 août 2009

Observations

(présentées par la CNUDCI)

Observations sur les articles du projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires relatifs à l'insolvabilité et sur la relation entre le projet de Convention et le droit national en matière d'opérations garanties

1. La CNUDCI a examiné les articles relatifs à l'insolvabilité du projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires, à savoir les articles 7, 14, 21, 33, 36 et 37 (le "projet de Convention") qui figurent dans le document CONF. 11/2 - Doc. 4, avec les documents CONF. 11/2 - Docs. 5 et 6, à la lumière du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le "Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité"). La CNUDCI a en outre examiné la relation entre le projet de Convention et le droit national en matière d'opérations garanties, à la lumière du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le "Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties"). Nous souhaitons présenter les observations suivantes.

A. Articles relatifs à l'insolvabilité

Article 7 – Effets de l'insolvabilité

2. L'article 7 semble énoncer un principe de protection générale des règles de droit matériel et des règles de procédure applicables aux procédures d'insolvabilité, sauf disposition contraire du projet de Convention. Nous comprenons cela comme voulant dire que le droit national de l'insolvabilité prévaut, sauf déclaration contraire explicite dans le projet de Convention. Nous notons cependant que le document CONF. 11/2 - Doc. 6 suggère que ce n'est pas ce qui est recherché, car différents articles du projet de Convention sont clairement destinés à l'emporter sur des dispositions contraires du droit de l'insolvabilité, sans que les articles correspondants ne l'expriment explicitement. L'exemple est donné des articles 11 et 12.

3. Le document CONF. 11/2 - Doc. 6 poursuit en disant que ce que l'on entend est que l'article 7 préserve les "règles spécifiques à l'insolvabilité" telles que les règles relatives à l'annulation et les règles de procédure. Etant donné que les "règles spécifiques à l'insolvabilité" incluraient également les règles traitant, par exemple, du rang des créances dans l'insolvabilité, il semblerait que l'article 7 pourrait également préserver l'application de ces règles. Pourtant, comme le document CONF. 11/2 – Doc. 6 le mentionne, l'article 7 ne devrait produire un tel résultat que pour autant que le droit applicable ne prévoit pas de disposition contraire ou n'établit pas des règles différentes. Nous relevons que l'article 19 ne contient pas de référence spécifique à la protection ou à la reconnaissance des priorités en cas d'insolvabilité.

4. Compte tenu de la difficulté de rédiger une disposition énonçant une protection ou priorité générale dont ne seraient exclues que – par exemple – les règles “spécifiques à l’insolvabilité”, nous partageons l’observation que l’article 7 demanderait à être précisé. Toutefois, comme solution alternative à une règle générale, il serait à notre avis préférable de suivre une méthode consistant à énoncer clairement dans chaque article concerné qu’il est conçu comme prévalant sur le droit de l’insolvabilité applicable. Si cela n’est pas clairement exprimé, il est probable que l’essentiel du projet de Convention sera dépourvu d’effet dans l’insolvabilité.

5. Enfin, nous ne partageons pas la nécessité de faire une distinction dans le projet de Convention entre les dispositions matérielles et les dispositions procédurales applicables dans une procédure d’insolvabilité, question que nous avons soulevée dans le document CONF. 11 - Doc. 19, au paragraphe 3. Si l’intention est de couvrir toutes les dispositions, la distinction est superflue; si c’est celle d’exclure certaines d’entre elles, la distinction n’est pas claire. En tout état de cause, il n’appartient pas à une convention internationale qui traite de questions relatives aux garanties d’établir des distinctions qui relèvent du droit national de l’insolvabilité.

Article 14 – Opposabilité en cas d’insolvabilité

6. L’article 14 traite de façon générale l’opposabilité, en cas d’insolvabilité, des droits rendus opposables aux tiers en vertu de l’article 11 ou de l’article 12, c’est-à-dire par un crédit, un débit ou par d’autres méthodes, mais pas en vertu de l’article 13, c’est-à-dire selon le droit non conventionnel.

Article 14, paragraphe 1

7. Le premier point marqué par ce paragraphe est que les droits qui ont été rendus opposables en vertu des articles 11 et 12 sont reconnus comme opposables à l’administrateur d’insolvabilité et aux créanciers dans toute procédure d’insolvabilité. Nous supposons que l’article se réfère aux droits qui ont été rendus opposables avant l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité, bien que cela ne résulte pas clairement du libellé de l’article 14. Bien sûr, une loi autre que la loi sur l’insolvabilité pourrait permettre qu’un droit devienne opposable pendant un certain laps de temps dont une partie pourrait se situer après l’ouverture de l’insolvabilité lorsque la loi sur l’insolvabilité envisage un tel laps de temps et permet que le droit devienne opposable nonobstant l’ouverture de la procédure d’insolvabilité (voir la recommandation 46(b) du Guide législatif de la CNUDCI sur l’insolvabilité). Dans ce cas, il n’y a pas de distinction entre l’opposabilité avant et après l’ouverture de la procédure. Cela pourrait être sans incidence dans le contexte des articles 11 et 12 du projet de Convention.

8. La deuxième partie du paragraphe 1 rend ces droits opposables dans la même mesure que des “droits comparables” le seraient dans la procédure d’insolvabilité. “Droits comparables” n’est pas un terme défini, quoique certaines explications soient fournies dans le projet de Commentaire dans CONF. 11/2 - Doc. 5. Il ne s’agit pas d’un terme qui nous soit familier, et est susceptible – selon nous –, de créer une certaine confusion ou une incertitude quant à son sens précis. Nous nous demandons aussi pourquoi la première partie de l’article dans le texte anglais se réfère à des “*rights and interests*” tandis que la deuxième partie se réfère seulement à des “*comparable interests*”.

9. Du point de vue du droit des garanties, il n’est pas clair si le terme “*interest*” est un type of droit (*right*), auquel cas il faudrait le préciser ou le supprimer, ou s’il signifie autre chose que “*right*” auquel cas il devrait être expliqué. Si par exemple il est entendu que l’expression “*rights and interests*” couvre des droits de propriété, des droits de garantie et d’autres droits limités autres que des garanties, il serait utile de reprendre tous ces termes, ou d’expliquer le sens des termes “*rights and interests*”. Il en irait de même si le terme “*interests*” devait être compris comme visant

une partie ou une fraction indivise de droit. Nous notons que le Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties emploie les termes “sûretés réelles mobilières” (“*security right*”) pour désigner tous les droits qui visent à fournir une garantie, y compris les transferts en garantie, ainsi que les termes “fraction de créance ou de droit indivis sur une créance”.

Article 14, paragraphe 2

10. Ce paragraphe dispose que l'article 14 ne s'applique pas “aux cas visés à l'article 21”. Nous supposons que cette formulation renvoie aux types de procédures d'insolvabilité visés à l'article 21, à savoir “une procédure d'insolvabilité relative à l'intermédiaire pertinent ou à toute autre personne exerçant l'une des fonctions de l'intermédiaire pertinent conformément à l'article 6”. S'il en est ainsi, nous voyons l'effet du paragraphe 2 comme étant de restreindre l'expression “toute procédure d'insolvabilité” du paragraphe 1. En ce qui concerne la rédaction, nous suggérerions qu'il pourrait être préférable pour des raisons de clarté et de facilité de compréhension, et afin d'éviter les références internes, soit d'ajouter les mots “sauf une procédure d'insolvabilité visée à l'article 21” à l'endroit approprié du paragraphe 1 de l'article 14, soit d'inclure une référence plus précise au paragraphe 2, par exemple “Le présent article ne s'applique pas à une procédure d'insolvabilité d'un intermédiaire visée à l'article 21”. Cette approche aurait aussi l'avantage de mieux faire apparaître la relation entre les deux articles et de préciser le champ d'application de chacun d'eux.

11. Si nous comprenons l'article 14 correctement, il énonce un principe général qui couvre les procédures d'insolvabilité relatives à toutes les parties concernées, à l'exception de celle de l'intermédiaire, qui est couverte par l'article 21. L'article 14 toutefois ne contient pas de réserve analogue à celle qui est contenue à l'article 21 se rapportant aux règles en matière d'annulation et celles relatives à l'exercice des droits de propriété (suspension des poursuites). On pourrait donc se demander si de telles dispositions du droit de l'insolvabilité applicable s'appliqueraient à l'article 14. Nous supposons que cette question n'est pas traitée par la référence aux droits comparables, dès lors qu'elle a trait seulement à la question de l'opposabilité. Nous demandons en conséquence pourquoi les exclusions concernant l'annulation et la suspension s'appliquent seulement aux procédures d'insolvabilité relatives au débiteur précisément visé à l'article 21, et non pas aux procédures d'insolvabilité en général.

12. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité ne fait aucune différence entre les procédures d'insolvabilité concernant les différents types de débiteurs lorsqu'il aborde l'application des pouvoirs d'annulation ou de suspension des poursuites.

13. Pour ce qui est de l'annulation, la recommandation 88 dispose que, bien qu'elle soit opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, une sûreté réelle peut être soumise aux dispositions d'annulation qu'elle prévoit pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

14. Pour ce qui est de la suspension des poursuites, et ainsi que nous l'avons relevé dans nos commentaires précédents (CONF. 11 - Doc. 19), le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité adopte la démarche d'appliquer la suspension aux sûretés réelles, sauf lorsque celles-ci relèveraient de l'exception des contrats financiers visés dans la recommandation 101 (cette situation pouvant être couverte dans une certaine mesure par l'article 33(3)). En outre, ainsi qu'on l'a noté ci-dessus, le droit de l'insolvabilité pourrait reconnaître les dispositions d'une autre loi concernant les délais pour ce qui est de l'opposabilité d'une sûreté et lui donner effet dans le délai, même lorsque celui-ci va au-delà de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Article 21 – Opposabilité en cas d'insolvabilité de l'intermédiaire pertinent

15. Cet article concerne l'opposabilité, en cas d'insolvabilité de l'intermédiaire pertinent, des droits rendus opposables en vertu des articles 11 et 12. Le paragraphe 1 reprend l'essentiel de l'article 14, sans la précision concernant les droits comparables.

16. Le paragraphe 2 crée une exception en ce qui concerne les droits conférés en vertu de l'article 12 à un titulaire de compte par le crédit ou le débit de titres à l'intermédiaire pertinent.

17. Le paragraphe 3 énonce une exception pour les dispositions relatives à l'annulation et celles concernant la suspension des poursuites, en préservant l'application de celles-ci, nonobstant le paragraphe 1. Nous comprenons que cela signifie que, même lorsqu'un droit est opposable en vertu du paragraphe 1, il reste soumis aux dispositions sur l'annulation et la suspension des poursuites du droit de l'insolvabilité applicable.

18. Le paragraphe 4 reprend le principe établi au paragraphe 1 en ce qui concerne l'opposabilité d'un droit qui a été rendu opposable conformément à l'article 13 en vertu du droit non conventionnel.

Article 33 – Réalisation

19. Le paragraphe 3(b) de l'article 33 dispose que les titres remis en garantie peuvent être réalisés et une clause de compensation peut être mise en œuvre nonobstant l'ouverture ou la poursuite d'une procédure d'insolvabilité. L'intention est probablement que cette disposition devrait s'appliquer même en cas de disposition contraire du droit national de l'insolvabilité et prévoit la suspension de la réalisation, la prohibition des clauses de compensation ou prive d'effet les clauses dites *ipso facto*. Cette approche va généralement dans la ligne du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Toutefois, ainsi qu'on l'a noté ci-dessus relativement à l'article 7, cette intention devrait être reflétée expressément dans cet article.

Articles 36 et 37 – Appel de marge ou substitution de garantie et exclusion de certaines dispositions sur l'insolvabilité

20. Ces articles ont notamment pour effet de protéger certains actes contre une annulation qui serait prononcée au seul motif qu'ils sont intervenus durant la période suspecte en vertu du droit de l'insolvabilité. L'intention est de faire prévaloir ces deux articles sur des dispositions contraires du droit de l'insolvabilité; il n'est cependant pas clair si le libellé de chacun de ces articles équivaut à une disposition contraire expresse telle que visée à l'article 7. On pourrait noter que cette question apparaît plus claire dans le contexte de l'article 37, compte tenu de son titre. On suppose que les actes qui y sont visés resteront soumis à l'annulation pour d'autres motifs, c'est-à-dire ceux qui sont mentionnés à l'article 21.

21. Cette approche est légèrement différente de celle du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité (mais ces approches ne sont pas incompatibles), car le Guide ne recommande pas l'adoption d'un type particulier de période suspecte, qui serait par exemple déterminée sur une base seulement temporelle ou bien qui incorporerait également des éléments d'intention. Il précise en revanche que les différents volets des contrats financiers et de compensation devraient être dépourvus de dispositions en matière d'annulation. Par exemple, la recommandation 104 prévoit que les transferts de routine effectués avant faillite selon la pratique du marché, tels que la fourniture d'un dépôt de garantie pour des contrats financiers et les transferts réalisés pour régler des obligations découlant de contrats financiers, ne devraient pas être susceptibles d'annulation. Les recommandations prévoient également certaines exceptions à l'application de la suspension des poursuites ainsi qu'aux recommandations concernant l'application des clauses *ipso facto*.

Propositions visant à une nouvelle rédaction des articles 7, 14 et 21

22. Nous avons lu les projets de dispositions proposées dans CONF.11/2 - Doc. 6. Nous trouvons que l'article X indique mieux l'intention de l'article 14 et 21.

23. Nous trouvons que la combinaison des articles 1 et Y prête à confusion. Il ne ressort pas clairement si les pouvoirs d'annulation en vertu du droit de l'insolvabilité devraient être traités différemment en vertu de la Convention: certains continueraient de s'appliquer en vertu de l'article X, tandis que d'autres seraient soumis au mécanisme de déclaration de l'article Y. En outre, le libellé le paragraphe 1 de l'article Y n'est pas spécialement clair – comment un pouvoir d'annulation peut-il "primer" un droit qui a été rendu opposable en vertu de la Convention ?

24. Nous sommes toutefois d'accord sur le fait qu'il faut indiquer clairement comment les rangs établis en vertu du projet de Convention s'appliqueront dans l'insolvabilité. Afin d'obtenir une certaine harmonie entre les solutions appliquées par les Etats parties à la Convention, il pourrait être préférable de traiter cette question dans l'article 19. Nous notons que, tout comme le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, le Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties a traité la question de la façon suivante: la priorité d'une sûreté réelle en vertu d'un droit autre que le droit de l'insolvabilité reste inchangée dans la procédure d'insolvabilité, sauf si un autre droit prend un rang supérieur en vertu du droit de l'insolvabilité; cette règle s'applique sous réserve des dispositions du droit de l'insolvabilité traitant des rangs des droits garantis (voir les recommandations 239 du Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties et 188 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité). Toute exception à ces principes généraux devrait être minimum et clairement indiquée dans le droit de l'insolvabilité.

25. Nous notons l'emploi des mots "privilège", et un "rang supérieur", qui ne sont pas des termes définis. Etant donné que la terminologie diffère entre les différents droits de l'insolvabilité, nous suggérons de préciser la rédaction ou de fournir des définitions afin d'assurer une compréhension claire.

B. Relation avec le droit national en matière d'opérations garanties

26. Nous notons que le projet de Convention défère différentes questions au droit national (en matière d'opérations garanties, d'insolvabilité ou autre). Si le droit national règle ces questions, aucun problème ne se pose. En particulier, si un Etat adopte les recommandations du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, toutes les questions en relation avec l'insolvabilité devront être couvertes par le droit national de l'insolvabilité. Cela pourrait ne pas être le cas toutefois, en ce qui concerne le droit national des opérations garanties, même si un Etat met en oeuvre les recommandations du Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties, puisque ce Guide exclut les sûretés portant sur tous les types de valeurs mobilières (voir la recommandation 4, alinéa c)).

27. Nous notons que, afin d'éviter de telles lacunes en ce qui concerne les garanties portant sur les créances, le Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties traite des créances, bien que les créances soient couvertes par la Convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international. Si UNIDROIT préparait un texte supplémentaire pour régler les questions qui ne sont pas traitées dans le projet de Convention portant sur les titres intermédiés, les Etats disposeraient d'orientations complètes pour ce qui est des titres intermédiés, et les références dans le projet de Convention au droit national en matière d'opérations garanties fonctionneraient de façon satisfaisante.

28. Toutefois, même dans ce cas, les Etats n'auraient aucune orientation en ce qui concerne les garanties portant sur des titres non-intermédiés ou non-négociés, qui sont habituellement remis en

garantie dans le cadre des opérations commerciales garanties. C'est la raison pour laquelle la Commission, à sa 40^{ème} session, a pris la décision de préparer un texte sur certains types de valeurs mobilières (détenues directement, et non négociées) qui tiendrait compte des travaux d'autres organisations et notamment ceux d'UNIDROIT. A cet égard, nous entendons coordonner nos efforts avec ceux d'UNIDROIT dans la perspective de soumettre des suggestions à la Commission sur ses travaux futurs en matière de valeurs mobilières au début de 2010.

29. Finalement nous notons que, même si l'article 34 dispose que, si le contrat de garantie le prévoit, le preneur de garantie a le droit d'utiliser et de disposer des titres remis en garantie comme s'il en était le propriétaire, on ne voit pas suffisamment clairement si le projet de Convention s'applique aux produits des titres qui ne sont pas des valeurs mobilières (par exemple des créances résultant de la vente de titres). Cette conclusion semble appuyée par la déclaration dans le projet de Commentaire que la définition du terme "titres" ne couvre pas les espèces déposées en banque. A cet égard, nous notons que le Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties exclut expressément le produit des actifs qui sont exclus du champ d'application du Guide, même si ce produit est d'un type couvert par le Guide, mais seulement pour autant que l'autre droit établit une sûreté sur ce produit et s'y applique (voir la recommandation 6). Il serait donc utile de préciser dans le projet de Convention que celle-ci établit une garantie sur le produit des titres même lorsque ces produits ne sont pas des titres et qu'elle s'applique à une telle garantie.