



**COMITE D'EXPERTS GOUVERNEMENTAUX D'UNIDROIT
POUR LA PREPARATION D'UN PROJET DE CONVENTION
SUR LES REGLES DE DROIT MATERIEL APPLICABLES AUX
TITRES INTERMEDIÉS
Troisième session
Rome, 6-15 novembre 2006**

UNIDROIT 2006
Etude LXXVIII – Doc. 49
Original: anglais
octobre 2006

OBSERVATIONS DES GOUVERNEMENTS ET DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

(Observations du Gouvernement de la Suisse)

Note sur la nécessité d'une règle de transition

La présente note souligne la nécessité d'une règle de transition de portée limitée. Il se pourrait que d'autres questions de cette nature doivent être abordées. Si tel est le cas, elles devraient être identifiées le plus rapidement possible.

Le problème transitionnel le plus important qui résultera de l'adoption de la Convention a trait au rang des garanties antérieurement constituées en vertu du droit interne non conventionnel, et qui n'avaient pas été rendues opposables aux tiers conformément à une des méthodes internationalement reconnues envisagées dans l'article 5 (1) à (3) du projet de Convention d'UNIDROIT (Doc. 42, mars 2006, "la Convention"). Le problème trouve une meilleure illustration avec quelques cas de figure.

Cas de figure n° 1. Avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat contractant dont le droit régit la question ("l'Etat contractant en question"), un preneur de garantie (CT¹) a obtenu une garantie par le crédit de titres intermédiés sur un compte de titres à son nom.

La Convention reconnaît cette garantie car elle a été constituée conformément à l'article 5 (1) et (2). Dans la mesure où les titres ne sont plus crédités sur le compte de titres du constituant de la garantie, CT contrôle la constitution de toute garantie ultérieure.

Cas de figure n° 2. Idem que 1, mais CT a conclu une convention de contrôle avec le titulaire de compte fournissant la garantie (AH²) et avec l'intermédiaire pertinent (IM).

Pour autant que l'Etat contractant en question ait fait une déclaration aux termes de laquelle son droit interne non conventionnel considère une convention de contrôle suffisante afin de remettre des titres (voir article 5 (3) et (4)), la garantie obtenue par CT bénéficie du rang de la règle "premier dans le temps" conformément à l'article 6 (2). Toute garantie constituée ultérieurement par AH conformément à l'article 5 (3) et (4) aurait un rang inférieur, qu'elle soit constituée avant ou après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat contractant en question. Toute garantie ultérieure constituée par le crédit sur le compte de titres d'un nouveau preneur de garantie soulève la question de l'acquisition de bonne foi régie par l'article 7.

¹ De l'anglais "collateral taker" [note de traduction].

² De l'anglais "account holder" [note de traduction].

Cas de figure n°3. Idem que 1, mais CT a rendu sa garantie opposable en l'inscrivant sur un registre public conformément au droit interne non conventionnel.

L'article 5 (8) n'interdit pas au droit interne non conventionnel de permettre l'inscription de garanties sur un registre mais l'article 6 (5) place ces garanties à un rang inférieur à toute garantie (antérieure ou ultérieure) constituée conformément à une des méthodes répertoriées dans l'article 5 (2) ou (3). En d'autres termes, la garantie rendue opposable par CT n'aurait plus le bénéfice du rang conféré par la règle de "premier dans le temps" après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat contractant en question. CT court à présent le risque de voir sa garantie primée par une autre garantie constituée ultérieurement par AH conformément à la Convention. Une règle de transition devrait permettre à CT de conserver son rang.

Cas de figure n° 4. Avant l'entrée en vigueur de la Convention, le preneur de garantie CT-1 a obtenu une garantie par désignation sur le compte de AH. Plus tard, l'intermédiaire pertinent IM a obtenu une garantie sur les mêmes titres sans aucune autre formalité. Conformément au droit applicable à ce moment-là, la garantie d'IM prime celle de CT-1.

Pour autant que l'Etat contractant en question déclare que son droit interne non conventionnel reconnaît les deux méthodes comme étant suffisantes en vue de constituer une remise, les deux garanties sont reconnues en vertu de la Convention. Toutefois, leurs rang devient strictement soumis à la règle du "premier dans le temps" conformément à l'article 6 (2)(b). La garantie d'IM, qui avait un supérieur en vertu du droit interne non conventionnel, se place à présent après celle de CT-1. Une règle de transition devrait pouvoir permettre à IM de conserver son rang.

Il est extrêmement important que les titulaires de comptes et les preneurs de garantie soient autorisés à s'adapter à la Convention et notamment à prendre des mesures afin de conserver le rang de garanties existantes. La Convention devrait inclure une règle créant un "pont" pour les garanties existant avant son entrée en vigueur de façon à ce que, au moins lorsque ces garanties sont conformes (ou sont faites pour être conformes) aux méthodes internationalement reconnues tendant à les rendre opposables aux tiers, leur rang de priorité originel soit conservé.

Une possibilité serait de prévoir un délai de grâce après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat contractant en question.

Au cours du délai de grâce:

- a) Toutes les garanties existantes demeureraient valables et conserveraient leur rang de priorité tel que déterminé par le droit interne non conventionnel en vigueur immédiatement après l'entrée en vigueur de la Convention.
- b) Les preneurs de garantie devraient pouvoir prendre une mesure conservatoire afin de rendre leurs garanties opposables aux tiers conformément à une des méthodes internationalement reconnues et figurant dans l'article Article 5 (2) et, sous réserve de dispositions contraires du droit interne non conventionnel, dans l'article 5 (3).
- c) Le droit interne non conventionnel devrait réglementer de façon appropriée les mesures conservatoires nécessaires et devrait, lorsque cela est nécessaire, exiger que les constituants de garantie apportent leur assistance.

A l'expiration du délai de grâce:

- d) Si une mesure conservatoire a été prise au cours du délai de grâce, la garantie en question devrait conserver le rang de priorité dont elle bénéficiait en vertu du droit interne non conventionnel avant l'entrée en vigueur de la Convention.
- e) En l'absence de mesure conservatoire, la garantie en question ne s'éteindrait pas mais serait de rang inférieur à toute garantie qui a été ou sera rendue opposable aux tiers conformément à l'article 5 (2) et (3) de la Convention, y compris les garanties préexistantes pour lesquelles une mesure conservatoire a été prise.

Le délai de grâce devrait être déterminé par la Convention. Il doit être suffisamment long afin que les preneurs de garantie puissent modifier leurs registres et prendre promptement toute mesure nécessaire. Il doit être suffisamment bref pour que les créanciers et les preneurs de garantie (passés et à venir) se voient clarifier la situation et bénéficient d'une sécurité juridique le plus rapidement possible.

Il ne faudrait pas surestimer le nombre de mesures nécessaires à la conservation du rang de priorité des garanties constituées avant l'adoption de la Convention. Généralement, la plupart des garanties sont détenues par des intermédiaires sur des comptes qu'ils tiennent. Dans la mesure où un Etat contractant a déclaré que ces titres sont considérés comme remis à l'intermédiaire pertinent par le droit interne non conventionnel, aucune autre mesure n'est requise.

Il s'agit de noter que l'approche suggérée est compatible avec la Convention de La Haye sur les titres de 2006. Aux termes de son article 2 (1)(d), la loi désignée par la Convention détermine "si le droit d'une personne sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire a pour effet d'éteindre ou de primer le droit d'une autre personne". Pour les parties à la Convention UNIDROIT, la loi applicable en vertu de la Convention de La Haye inclura la Convention UNIDROIT.

Supposant que, dans un cas particulier, la question du conflit de lois est régie par la Convention de La Haye et que la loi applicable est la loi d'un Etat partie à la Convention UNIDROIT, alors le rang de priorité entre les garanties constituées avant et après la Convention UNIDROIT sera régi par l'article 6 et par la règle de transition discutée dans cette note. (Veuillez remarquer que l'article 15 de la Convention de La Haye ne s'applique pas ici car il traite d'une question différente, à savoir la relation entre les garanties constituées avant la Convention de La Haye et celles constituées par la suite.)

A l'inverse, si la Convention de La Haye désigne la loi d'un Etat qui n'est pas partie à la Convention d'UNIDROIT, cela ne soulève aucune question de transition à propos de la Convention d'UNIDROIT; les rangs de priorité sont régis par le droit interne non conventionnel de cet Etat.

Il est également intéressant de noter qu'un délai de grâce est compatible avec l'approche recommandée dans le Chapitre XIV de l'actuel projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.