

Doc. prélim. No 12
Prel. Doc. No 12

mai / May 2002

LES TRANSFERTS IMPLIQUANT PLUSIEURS INTERMÉDIAIRES :

**Une Note explicative sur le fonctionnement de PRIMA
dans le cadre de l'avant-projet de Convention sur la loi applicable à certains droits
sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire
(« avant-projet d'avril 2002 » reproduit dans le Document préliminaire No 10)**

établi par le Bureau Permanent

* * *

TRANSFERS INVOLVING SEVERAL INTERMEDIARIES:

**An Explanatory Note on the Functioning of PRIMA
within the Framework of the Preliminary Draft Convention
on the Law Applicable to Certain Rights
in Respect of Securities Held with an Intermediary
("April 2002 preliminary draft" reproduced in Preliminary Document No 10)**

submitted by the Permanent Bureau

*Document préliminaire No 12 de mai 2002
à l'intention de la Commission spéciale sur les titres intermédiés*

*Preliminary Document No 12 of May 2002
for the attention of the Special Commission on indirectly held securities*

LES TRANSFERTS IMPLIQUANT PLUSIEURS INTERMEDIAIRES :

**Une Note explicative sur le fonctionnement de PRIMA
dans le cadre de l'avant-projet de Convention sur la loi applicable à certains droits
sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire
(« avant-projet d'avril 2002 » reproduit dans le Document préliminaire No 10)**

établi par le Bureau Permanent [?]

* * *

TRANSFERS INVOLVING SEVERAL INTERMEDIARIES:

**An Explanatory Note on the Functioning of PRIMA
within the Framework of the Preliminary Draft Convention
on the Law Applicable to Certain Rights
in Respect of Securities Held with an Intermediary
("April 2002 preliminary draft" reproduced in Preliminary Document No 10)**

submitted by the Permanent Bureau [?]

*Document préliminaire No 12 de mai 2002
à l'intention de la Commission spéciale sur les titres intermédiés*

*Preliminary Document No 12 of May 2002
for the attention of the Special Commission on indirectly held securities*

[?] Cette Note explicative se fonde sur un Mémoire préparé par Guy Morton (délégation du Royaume-Uni) ainsi que sur les commentaires portant sur la version provisoire de l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale en janvier 2002 (voir le Doc. prélim. No 9). Le Mémoire de M. Morton, de même que tous les commentaires reçus, ont été étudiés par le Comité de Rédaction lors de sa réunion de mars 2002 à Francfort.

[?] This Explanatory Note is based on a Memorandum prepared by Guy Morton (United Kingdom delegation) and on the comments made on the provisional version of the preliminary draft Convention adopted by the Special Commission in January 2002 (see Prel. Doc. No 9). Mr Morton's Memorandum as well as all the comments received were examined by the Drafting Committee at its meeting in March 2002 in Frankfurt.

I. Introduction

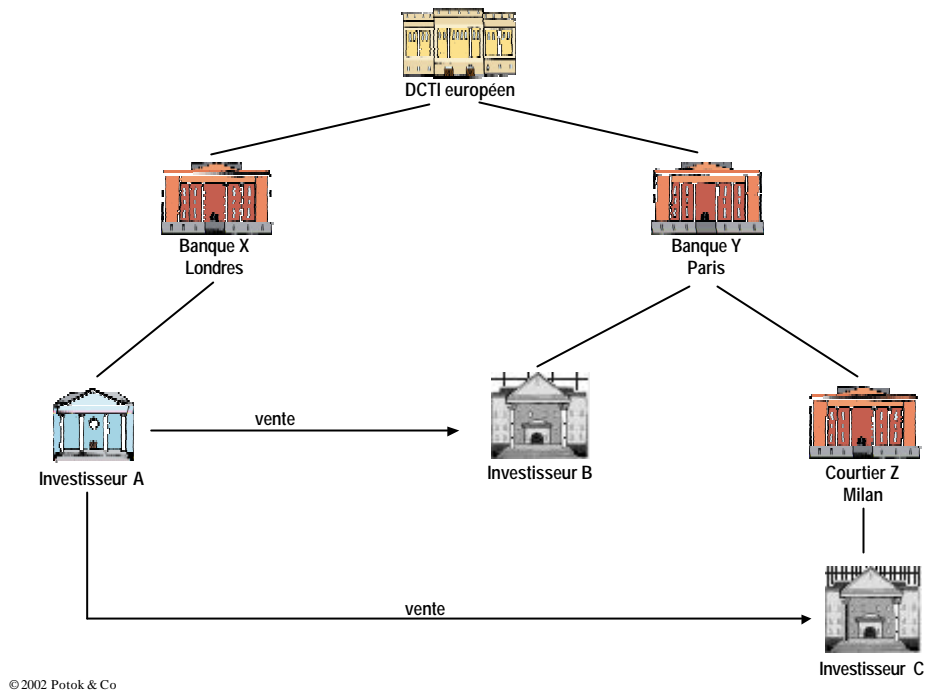
1. La présente Note envisage deux ensembles de questions qui ont été soulevées à propos de l'application du principe de PRIMA dans le cadre de la future *Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*. Les problèmes traités concernent les *transferts impliquant deux intermédiaires ou plus* et se concentrent sur deux questions fondamentales : d'abord, est-il concevable que le même transfert soit considéré comme impliquant deux « intermédiaires pertinents » ou plus, donnant ainsi lieu à l'application de plus d'une loi PRIMA ? Au contraire, la Convention envisagée devrait-elle chercher à éviter cette possibilité, garantissant l'application d'une loi PRIMA unique ? Ensuite, quels sont les effets des différences éventuelles entre les lois pertinentes sur la question de savoir si un vice relatif à la validité d'une convention impliquant une mutation de propriété empêche ou non le transfert de propriété ? Ces deux questions seront traitées séparément dans la présente Note.

II. Transferts impliquant deux intermédiaires ou plus

2. Le premier ensemble de questions peut être illustré par l'exemple suivant. Supposons que :

- ?? l'Investisseur A détient un portefeuille de titres dans un compte de titres auprès de la Banque X à Londres ;
- ?? la Banque X détient à son tour ses droits portant sur l'ensemble de titres concernés dans un compte auprès de son intermédiaire, DCTI européen ;
- ?? l'Investisseur A vend certains de ses titres à l'Investisseur B et le solde à l'investisseur C ;
- ?? l'Investisseur B détient ses titres dans un compte de titres auprès de la Banque Y à Paris ;
- ?? l'Investisseur C détient ses droits dans un compte auprès du courtier Z à Milan ; le courtier Z à son tour détient ses droits dans un compte de titres auprès de la Banque Y à Paris ;
- ?? la Banque Y détient ses droits portant sur les types de titres en cause dans un compte auprès du même DCTI européen que la Banque X.

Ces faits peuvent être illustrés comme suit :



A. Le problème de la multiplicité « d'intermédiaires pertinents »

3. Le premier problème est celui de l'identification de « l'intermédiaire pertinent ». Par exemple, en relation avec le transfert des titres de l'Investisseur A à l'Investisseur B, l'intermédiaire pertinent est-il la Banque X (intermédiaire de A) ou la Banque Y (intermédiaire de B) ?

4. Pour les systèmes juridiques qui analysent le droit détenu dans chaque compte de titres comme un droit distinct, la question donne lieu à une certaine mesure de complication et de fragmentation de l'analyse des conflits de lois, mais à aucune difficulté insurmontable. En prenant l'exemple du transfert de l'Investisseur A à l'Investisseur B, l'analyse selon PRIMA serait la suivante :

- ?? la question de l'acquisition ou non par l'Investisseur B d'un droit valable sur la masse des titres détenus par la Banque Y auprès du DCTI européen pour le compte de sa clientèle relève du droit français, en qualité de loi de l'intermédiaire dans les livres duquel sont comptabilisés les droits de l'Investisseur B sur cette masse de titres ;
- ?? la question de la validité de l'extinction du droit de l'Investisseur A sur la masse de titres détenus par la Banque X relève du droit anglais, en qualité de loi de l'intermédiaire dans les livres duquel sont comptabilisés les droits de l'Investisseur A sur cette masse de titres ;
- ?? la question de la validité du transfert à la Banque Y de la quote-part appropriée des droits de la Banque X sur la masse de titres des participants du DCTI européen relève de la loi du lieu du DCTI européen, en qualité de loi de l'intermédiaire dans les livres duquel sont comptabilisés les droits de la Banque X et de la Banque Y ;

?? la question de la répercussion de vices en droit anglais ou droit du DCTI européen dans les éléments antérieurs du transfert, de façon à vicier ou annuler les droits de l'Investisseur B, relèvera du droit français.¹

En d'autres termes, la réponse à la question « qui est l'intermédiaire pertinent ? » diffère selon l'étape spécifique du transfert intégral qui est envisagée. Dans un tel cadre, PRIMA simplifiera la question de la loi applicable et améliorera la certitude à *chaque niveau individuel* d'un système de détention à plusieurs niveaux en substituant une loi unique (c'est à dire, la loi de PRIMA) aux diverses possibilités qui doivent actuellement être envisagées à *chaque* niveau (p. ex., loi du lieu de situation des certificats, loi du lieu de constitution de l'émetteur, loi du for, PRIMA, etc.) Pour l'ultime cessionnaire / acquéreur (l'investisseur B dans l'exemple ci-dessus), la démarche proposée signifie qu'il commencera par déterminer ses droits en n'examinant qu'une seule loi (le droit matériel français dans l'exemple ci-dessus). Si en vertu de cette loi, le cessionnaire / acquéreur peut acquérir un droit valable sur la masse de titres détenus par son intermédiaire pour le compte de sa clientèle indépendamment des éléments antérieurs du transfert, aucun autre examen ne sera nécessaire pour déterminer sa position ; si, en revanche, la loi applicable détermine que tout vice attaché à un des éléments antérieurs du transfert se répercute de façon à vicier ou annuler les droits du cessionnaire / acquéreur, alors un examen supplémentaire sera nécessaire. En d'autres termes, la question de savoir si le cessionnaire / acquéreur doit examiner les spécificités de tout transfert antérieur dépend du droit matériel de son intermédiaire.

5. Cependant, pour les systèmes juridiques qui considèrent les droits détenus par le cessionnaire / acquéreur comme étant le même bien que celui initialement détenu par le cédant / vendeur, cette analyse « étape par étape » (*stage-by-stage*) présente une plus grave question de principe : comment deux lois différentes peuvent-elles s'appliquer aux aspects de droits des biens concernant le transfert d'un bien unique ?²

¹ Voir *Rapport sur la loi applicable aux actes de disposition de titres détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte*, établi par Christophe Bernasconi (Doc. pré-l. No 1 de novembre 2000 à l'intention du groupe de travail de janvier 2001), page 37, dont cette analyse est tirée (et qui a fait que le problème visé est quelquefois désigné le « problème de la page 37 »). Voir également le Doc. pré-l. No 3 de juillet 2001, *Proposition de dispositions-clés pour une future Convention sur la loi applicable aux droits réels portant sur des titres intermédiés – Propositions de nouvel amendement au texte contenu dans le Document de travail No 16 de la réunion d'experts de janvier 2001, avec brefs commentaires explicatifs*, soumis par le Bureau Permanent (« projet annoté de juillet 2001 »), p. 5 à 6.

² Selon certains systèmes juridiques, les droits pertinents sont réputés directement transférés, d'un point de vue juridique, de l'Investisseur A à l'Investisseur B, même si les éléments concernant ces droits sont en fait transférés de la Banque X à la Banque Y par le truchement de leur intermédiaire pertinent commun (DCTI européen). En d'autres termes, ces opérations sont réputées constituer non pas quatre actes de disposition [(1) Investisseur A à Banque X, (2) Banque X à DCTI européen, (3) DCTI européen à Banque Y et (4) Banque Y à Investisseur B], mais un acte de disposition unique (Investisseur A à Investisseur B). Cela est notamment le cas lorsque seuls les investisseurs sont propriétaires des titres émis par l'émetteur et que les « intermédiaires » ne détiennent aucun droit sur les titres, c'est-à-dire lorsqu'il y a une relation directe entre l'émetteur et l'investisseur. En revanche, selon le droit d'autres Etats, ces opérations sont réputées constituer non pas un acte de disposition unique (Investisseur A à Investisseur B), mais quatre actes de disposition (comme indiqué ci-dessus). Le concept sous-jacent de cette analyse « étape par étape » est que l'investisseur n'a pas de relation juridique directe avec l'émetteur. Au contraire, le droit que détient l'investisseur est inscrit dans les livres d'un intermédiaire qui, à son tour, fait enregistrer son droit auprès d'un autre intermédiaire, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'un des intermédiaires soit inscrit comme

B. Solution unitaire proposée

6. En réponse à cette difficulté, certains experts ont proposé qu'au lieu de suivre l'analyse étape par étape présentée ci-dessus (paragraphe 4), la règle de PRIMA pour les transferts impliquant plus d'un intermédiaire soit formulée par référence à une loi unique. En d'autres termes, si ces experts soutiennent le principe général de PRIMA, ils font également valoir que PRIMA devrait aller plus loin. Ils préconisent que, dans un but de clarté et de simplicité, la Convention devrait prévoir qu'une loi *unique* régit les aspects de droit des biens de *toutes* les étapes d'un transfert entre parties faisant appel à des intermédiaires différents. Il a été suggéré notamment que cette loi soit la loi de l'Etat de l'intermédiaire du destinataire.³ Cette solution unitaire a été également désignée comme l'approche « Super-PRIMA », car *une* loi unique prévaudrait sur *toutes les PRIMAs individuelles* à chacun des multiples niveaux du système de détention indirecte.

7. Cette suggestion présente l'attrait d'une apparente simplicité. Cependant, elle semble déplacer le problème, et donner lieu potentiellement à une incertitude plus grande que l'analyse étape par étape.

8. Dans l'exemple exposé ci-dessus (paragraphe 2), ceci peut être illustré en envisageant la situation du DCTI européen. Selon l'analyse étape par étape proposée dans le Document Préliminaire No 1 et dans la structure actuelle de la Convention, le DCTI européen peut se fier au fait que les aspects de droit patrimonial concernant les transferts qu'il reçoit instruction de réaliser entre le compte de la Banque X et le compte de la Banque Y seront considérés par les juridictions des autres Etats comme étant régis par la loi du ressort du DCTI européen (la raison en étant que le DCTI européen serait l'intermédiaire pertinent pour X et Y). Selon la formulation « unitaire », par contraste :

- ?? le DCTI européen a peu de chances de savoir, ou d'être à même de découvrir, si le transfert en question fait partie d'un transfert entre parties utilisant des intermédiaires différents à un autre niveau ;
- ?? plus grave encore, même si le DCTI européen parvenait à obtenir les renseignements nécessaires, il découvrirait que le transfert unique entre ses propres comptes est en fait régi par deux systèmes de droit différents : à l'égard des titres transférés à l'Investisseur B, par le droit français en qualité de loi de l'intermédiaire dans les livres duquel sont comptabilisés les droits de l'Investisseur B, et à l'égard des titres transférés à l'Investisseur C, par le droit italien en qualité de loi de l'intermédiaire dans les livres duquel sont comptabilisés les droits de l'Investisseur C.

9. La solution « unitaire » proposée ne parvient donc pas à une simplicité ou une clarté plus grandes, et n'élimine pas la possibilité que diverses lois soient pertinentes à un transfert unique. Son effet principal semble être de déplacer le poids d'une

propriétaire des titres. Ces systèmes de détention indirecte instaurent par conséquent un ou plusieurs niveaux d'intermédiaires entre l'émetteur et l'investisseur, qui tous détiennent leurs propres droits à l'encontre de l'intermédiaire placé plus haut dans la chaîne. Selon ce type de détention, les droits de l'Investisseur A (cédant / vendeur) ne peuvent être transférés directement à l'Investisseur B (cessionnaire / acquéreur), puisque l'Investisseur A ne détient à aucun moment un droit auprès du même intermédiaire que l'Investisseur B. Voir aussi les observations reproduites dans le Doc. prélim. No 9, p. 23 et s.

³ Voir p. ex. le Doc. prélim. No 3 de juillet 2001 (*op. cit.*, note 1) p. 5-6.

incertitude éventuelle des parties à l'acte de disposition en cause vers les intermédiaires, et particulièrement ceux impliqués dans les étapes médianes du transfert.

10. Ce résultat semble erroné en principe. Les parties à l'opération sont à même d'étudier la chaîne des transferts si elles le souhaitent, d'identifier toutes les lois applicables et d'en assurer le respect et de négocier des dispositions contractuelles appropriées entre elles et avec les intermédiaires aux services desquels elles choisissent de faire appel. Les parties sont donc les mieux placées à la fois pour évaluer les risques éventuels et pour s'en prémunir. Par contraste, les intermédiaires impliqués dans les étapes médianes de tels transferts ont peu de chances de pouvoir étudier les schémas de détention à d'autres niveaux. Aussi, semble-t-il difficilement concevable et contraire à la certitude et à la prévisibilité que la Convention vise à assurer, que les parties dans cette situation soient exposées aux effets de règles de droit patrimonial d'un ressort dont elles n'ont pas connaissance ; et même si la recherche appropriée était possible en théorie, les complications résultant d'un volume significatif de transferts entre les comptes de titres de clients de grandes banques la rendraient tout à fait irréalisable en pratique. En outre, la proposition semblerait avoir pour effet que la loi régissant les aspects de droit patrimonial concernant les étapes préliminaires du transfert ne serait fixée qu'*a posteriori* ; au moment de la survenance de chaque étape, elle semblerait être régie par un certain droit, mais celui-ci sera en réalité remplacé par une loi différente lorsqu'il s'avérera qu'un cessionnaire ultime tenant son compte auprès d'un intermédiaire dans un autre ressort est impliqué. Enfin, une difficulté supplémentaire mentionnée par les opposants à la solution unitaire résulte du fait que certains transferts médians seront des *transferts composés*, c'est-à-dire des transferts dont différentes composantes sont en réalité destinées à un nombre de cessionnaires différents tenant leur compte auprès d'intermédiaires dans des ressorts différents. En pareil cas, il pourra ne pas être possible d'identifier quels titres sont attribuables à chaque cessionnaire ultime, laissant dans une totale incertitude la position concernant le droit applicable.

C. Le problème des « droits doubles »

11. Les commentateurs préoccupés par la possible multiplicité d'intermédiaires pertinents, y compris certains qui préconisent une solution « unitaire », font remarquer que l'une des conséquences d'un système qui reconnaît deux intermédiaires pertinents ou plus est qu'il peut y avoir deux « propriétaires » des mêmes « titres ». Dans l'exemple cité ci-dessus (paragraphe 2), si le débit par la Banque X des droits de l'Investisseur A est nul en droit anglais, mais que le crédit par la Banque Y des titres au compte de l'Investisseur B est valable en droit français, l'Investisseur A et l'Investisseur B se considéreraient tous deux comme propriétaire des titres, et auraient tous deux raison en vertu du droit applicable, mais il ne peut logiquement pas y avoir suffisamment de titres pour répondre aux deux droits de propriété.

12. Cette difficulté, bien que réelle, n'est en rien inhabituelle dans le cadre des transferts complexes de biens incorporels. Par exemple, l'acquéreur de bonne foi d'un titre négociable, à titre onéreux et sans être informé d'un vice de propriété du cédant, acquiert un droit portant sur le titre opposable à tous, mais ceci ne signifie pas que les parties antérieures sont privées de tout droit. Dans le cadre des transferts de valeurs mobilières, des difficultés semblables peuvent résulter d'une loi unique. Pour ne donner qu'un seul exemple, en droit anglais, si :

- (a) une société reçoit ce qui se présente comme un transferts d'actions de L à M (mais est en fait un faux) et délivre un certificat au nom de M ; et
- (b) N obtient de M un transfert des actions en se fiant au certificat,

L peut exiger que les actions soient restituées à son nom (car un faux acte de transfert est nul) alors que N peut exiger de conserver ses actions (parce qu'il est en droit de se fonder sur le certificat délivré à M). Les actions « nouvelles » n'ayant pas été régulièrement créées, la seule solution à cette difficulté est que la société (ou ses mandataires, s'ils sont responsables de ne pas avoir découvert le transfert contrefait) achète elle-même des actions auprès d'un autre porteur et les inscrive au nom de N.

13. L'analyse est apparemment semblable au cas de l'exemple donné ci-dessus (au paragraphe 11). Le fait que l'Investisseur A ainsi que l'Investisseur B ont des titres prétendument crédités à leur compte respectif ne signifie pas que des titres supplémentaires ont été régulièrement créés, mais pourra traduire précisément le fait que les deux ont des droits à l'encontre de leurs intermédiaires qui sont valables dans chaque cas selon le droit applicable. Cependant, un seul des intermédiaires peut disposer de titres (ou droits sur des titres) sous-jacents suffisants pour répondre aux droits de son investisseur (ou, en pratique, de la masse de ses titulaires de comptes d'investisseur). L'intermédiaire disposant de titres insuffisants pour répondre à des droits valablement créés devra lui-même acheter des titres pour éliminer la différence. S'il n'est pas en mesure de le faire, les conséquences de la défaillance relèvent du droit de l'insolvabilité applicable à l'insolvabilité de l'intermédiaire concerné.

D. Validité contractuelle contre validité « réelle » (patrimoniale) du transfert

14. Des questions ont également été soulevées au sujet de l'effet produit sur le fonctionnement du principe de PRIMA par des lois qui distinguent l'accord *contractuel* relatif au transfert de la mutation de *propriété* (ou transfert « réel ») qui en résulte. Le cadre juridique de ce second ensemble de problèmes peut être présenté de la manière suivante : dans certains systèmes de droit (notamment les systèmes de *common law*⁴, la France⁵ et le Japon⁶), la loi prévoit le transfert de propriété de biens meubles lors de la conclusion d'une convention impliquant ce transfert (telle qu'un contrat de vente). D'autres systèmes exigent cependant un acte ou une convention supplémentaire prévoyant le transfert de propriété (convention « réelle »).⁷ Pour les Etats qui – à l'instar de l'Allemagne, des Pays-Bas et de la Suisse – distinguent le contrat générateur d'obligations (ex. de vente) de la convention « réelle » opérant le transfert de la propriété à l'acquéreur, une autre question se présente : quelle est la relation entre le contrat générateur d'obligations et la convention « réelle » ?

⁴ En Angleterre, par exemple, un contrat de vente de biens particuliers identifiés lors de la vente produira généralement un transfert de propriété sans autre acte de mutation. La situation est différente pour les titres. En général, le transfert de propriété nécessite un acte de mutation distinct du contrat de vente; pour les titres au porteur, la remise du certificat représentant les titres est nécessaire pour transférer la propriété.

⁵ Article 1583 du Code Civil français. Cela étant, il faut souligner qu'en droit français, ce principe général ne s'applique pas aux titres dématérialisés.

⁶ Article 176 du Code Civil japonais; voir p. ex. M. Yokoyama, *Le transfert de la propriété immobilière et son opposabilité en droit civil japonais*, Rev Int Droit Comp 1996, p. 887 et seq. ; Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford 1999, p. 189 ; Hans Peter Marutschke, *Einführung in das japanische Recht*, Beck, Munich 1999, p. 113.

⁷ Pour une analyse en droit comparé européen des questions suivantes, voir p. ex. Ulrich Drobnig, *Transfer of Property*, in: Hartkamp / Hesselink / Hondius / Joustra / du Perron (eds), *Towards a European Civil Code*, 2nd Revised and Expanded Edition, 1998 Ars Aequi Libri – Nijmegen, p. 495 et seq. Drobnig caractérise les différents systèmes par les termes « consentement unitaire » ('unitary consent') et « consentement double » ('double consent'), p. 504.

15. La réponse est évidente pour une nullité affectant la convention « réelle » seule : un tel vice empêche l'exécution prétendue de l'obligation pour le vendeur de transférer la propriété à l'acquéreur.⁸ Cependant, l'obligation en tant que telle résultant du contrat de vente sous-jacent n'est pas affectée, et le vendeur reste tenu d'exécuter le contrat. La question est assez discutée dans la situation inverse, où seul le contrat sous-jacent est frappé d'une nullité initiale ou ultérieure : une telle nullité s'étend-elle à la convention « réelle » qui n'est après tout qu'une convention « annexe » ? Selon un premier groupe de systèmes juridiques, la convention réelle est conditionnée au sort juridique du contrat générateur d'obligations qui constitue sa *cause* (principe de *causalité*) ; selon un second groupe de systèmes juridiques, la validité de la convention « réelle » est déterminée indépendamment (doctrine de *l'abstraction*). Alors que le premier système est appliqué, par exemple, aux Pays-Bas⁹ et en Suisse¹⁰, le second système est appliqué en Allemagne¹¹.

16. Afin de placer le problème dans le contexte des titres intermédiés : quel est l'effet, dans un système appliquant la démarche du consentement double (et donc qui distingue les validités contractuelle et « réelle » du transfert), d'une éventuelle contradiction entre la loi de PRIMA (régissant les aspects de droit des biens de l'opération) et la loi du contrat (régissant le contrat générateur d'obligations) ?

17. Si, selon la loi de PRIMA pertinente, un vice relatif à la validité contractuelle de la convention impliquant une mutation de propriété empêche tout effet de transfert de propriété (doctrine de causalité), la distinction ne donne lieu à aucune nouvelle difficulté autre que celles déjà examinées ci-dessus (voir II. A et II. B). En d'autres termes, pour chaque élément distinct du transfert global, la loi de PRIMA pertinente détermine si le cessionnaire en cause obtient un droit valable. On peut simplement ajouter que cette question survient non seulement à l'égard d'un transfert impliquant plusieurs intermédiaires, mais également lorsque A et B tiennent leur compte auprès du même intermédiaire.

18. La situation est un peu plus complexe lorsque la loi de PRIMA prévoit effectivement qu'un transfert de propriété valable (un transfert « réel ») peut intervenir même s'il est fondé sur un contrat nul (doctrine de l'abstraction). Le résultat fondamental de la Convention – que les juridictions du for doivent trancher les questions de droit des biens par référence à la loi de PRIMA – resterait applicable, et ce même si le droit interne du for ne prévoyait pas la possibilité d'un transfert de propriété valable nonobstant les problèmes contractuels. La distinction pourrait avoir une importance à l'égard de la question de savoir si un vice à un stade préliminaire d'un transfert multiple pourrait se répercuter de façon à affecter la validité des droits prétendument acquis à un stade ultérieur. Si dans le cas d'un tel transfert :

⁸ Voir Drobnig, *op. cit.* (note 7), p. 507 et s.

⁹ Voir Article 3:84 par. 1 BW (*levering krachtens geldige titel* – remise en application d'un titre valable).

¹⁰ Pour les biens meubles, le principe n'est pas indiqué expressément par le Code Civil, mais a été établi par le Tribunal Fédéral dans un arrêt de principe (55 II 306), qui a été confirmé par la suite (96 II 150).

¹¹ Ceci n'est pas expressément indiqué par le Code Civil mais est implicite, et constitue l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence. Il est possible de considérer le principe d'abstraction comme une caractéristique du droit allemand en général, car il imprègne plusieurs domaines du droit. Il s'applique à tous les transferts de droits entiers ou limités portant sur des choses, revendications et droits.

- (a) la loi du cédant initial (A dans l'exemple mentionné au paragraphe 2) reconnaît la validité d'un transfert en dépit des vices contractuels ; mais que
- (b) la loi du dernier destinataire (disons B dans l'exemple) non seulement ne reconnaît pas cette possibilité dans son droit interne mais permet en outre à une partie à un transfert antérieur (A dans cet exemple) de faire valoir que le vice lui confère un droit primant sur celui de B, en dépit du fait que la loi qu'il considérerait normalement applicable en matière réelle prévoit une solution différente,

alors le cédant initial (A) pourrait obtenir gain de cause et faire reconnaître son droit par le for qui serait contraint de reconnaître le vice qui en résulte pour le droit de propriété de B. Il convient de noter toutefois que ce résultat ne pourrait survenir que si le ressort du destinataire est un Etat non contractant car, s'il s'agissait d'un Etat contractant, il devrait appliquer la règle de la Convention et non sa règle antérieure résumée en (b) ci-dessus. Si la Convention bénéficie du niveau d'acceptation espéré, il semble donc peu probable que cette question aura une grande importance pratique.

III. Conclusions

19. La présente Note suggère que dans le cas de transferts impliquant plusieurs intermédiaires :

- (a) « l'intermédiaire pertinent » doit être évalué séparément mais selon une norme commune (c'est à dire PRIMA) pour chaque partie du transfert global, et que le problème des « droits doubles » ne semble pas donner lieu à des difficultés insurmontables dans le contexte des titres détenus auprès d'un intermédiaire; et
- (b) les divergences possibles entre systèmes de droit sur la question de savoir si un vice de validité de la convention impliquant un transfert de propriété nuit à son efficacité pour réaliser une mutation de propriété ne semblent donner lieu à aucun nouveau problème spécifique au domaine des titres intermédiés.

20. Il va sans dire que les opinions exprimées dans la présente Note et les conclusions proposées ci-dessus sont attribuables au seul Bureau Permanent. Afin de permettre au Comité de Rédaction d'évaluer plus avant les questions soulevées dans la présente Note lors de sa prochaine réunion à Londres (mai 2002), **le Bureau Permanent invite les Etats membres et observateurs à examiner ces questions en détail et à présenter des commentaires spécifiques dans leurs observations sur « l'avant-projet d'avril 2002 » (qui doivent être soumises avant le mercredi 15 mai 2002, à l'attention de Christophe Bernasconi, Premier Secrétaire, à l'adresse électronique suivante : cb@hcch.nl).**

* * * * *