



**CONFERENCE DIPLOMATIQUE POUR L'ADOPTION  
D'UNE CONVENTION SUR LES REGLES DE DROIT  
MATERIEL APPLICABLES AUX TITRES INTERMEDIERS  
Session finale**  
Genève, 5 au 7/9 octobre 2009

UNIDROIT 2009  
CONF. 11/2 – Doc. 6  
Original: anglais  
22 juillet 2009

## MEMORANDUM

**concernant des suggestions de révision du texte du projet de Convention**

**(soumis par les Editeurs du projet de Commentaire officiel)**

Le présent mémorandum a pour but d'exprimer certaines opinions des Editeurs du projet de Commentaire officiel concernant la nécessité d'apporter quelques révisions au texte du projet de Convention. Le projet de Commentaire officiel fait référence à ces suggestions dans des notes de bas de page.

### 1. Article 4

Le paragraphe 4-11 du projet de Commentaire officiel souligne que l'exigence de la réglementation doit viser l'activité de détention des comptes de titres ("quant à cette activité"). Il ne suffit pas qu'une entité soit autorisée pour d'autres aspects de cette activité, comme c'est le cas pour un courtier d'assurances ou l'activité d'octroi de crédit. La note 1 de bas de page suggère également que les termes "cette activité" pourraient n'être pas suffisamment clairs. Nous proposons d'éclaircir l'article 4(a) comme suit:

- a) les intermédiaires qui relèvent des catégories précisées dans la déclaration et qui sont soumis, quant à la tenue des comptes de titres ~~cette activité~~, à l'autorisation, à la réglementation, au contrôle ou à la surveillance d'un gouvernement ou d'une autorité publique; ou

### 2. Articles 7, 14 et 21

Lors de la rédaction du projet de Commentaire officiel sur les articles 7, 14 et 21, nous avons eu des difficultés à interpréter l'article 7. L'article 7 indique simplement que notre Convention ne porte pas atteinte au droit applicable en matière d'insolvabilité "sauf disposition contraire". Si l'article 7 est lu littéralement, toute disposition de la Convention est soumise au droit applicable en matière d'insolvabilité, à moins que la disposition ne renferme une déclaration explicite qu'elle est une "disposition contraire". Toutefois, nous pensons que ce n'est pas ce que vise l'article 7 et, effectivement, à titre d'exemple, l'intention est que les droits d'un titulaire de compte

qui ont été rendus opposables aux tiers en vertu des articles 11 ou 12 sont opposables dans une procédure d'insolvabilité en vertu des articles 14 ou 21. Ce que l'article 7 essaie d'obtenir devrait être de préserver des "règles spécifiques de l'insolvabilité" comme les règles relatives à l'annulation et les règles de procédure. L'article 7 peut aussi être interprété comme voulant dicter que le rang entre droits tel que prévu à l'article 19 devrait être préservé dans une procédure d'insolvabilité, mais si le droit applicable en matière d'insolvabilité prévoit une règle supplémentaire ou différente, cette règle pourrait prévaloir. Sous cet angle, nous estimons que la session finale de la Conférence diplomatique pourrait souhaiter revoir l'article 7. Nous pensons que si la substance de ce que l'on vise est écrite dans les articles 14 et 21, l'article 7 deviendrait alors inutile.

Nous reconnaissons que l'article 14 est le résultat des négociations menées lors de la première session de la Conférence diplomatique. Toutefois, comme le relève le projet de Commentaire officiel, le sens de "droits comparables" n'est pas nécessairement facile à trouver, notamment lorsque le droit non conventionnel propose différentes solutions pour différents droits. On pourrait mieux exprimer ce que vise l'article 14 si cet article était rédigé de façon différente et plus claire.

Ainsi, nous estimons que la session finale de la Conférence diplomatique devrait également revoir l'article 14. Une solution pourrait consister à introduire un mécanisme de déclaration comme alternative à l'article 14 actuel et nous soumettons ci-après des propositions de révision pour mettre en place un tel mécanisme de déclaration.

*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.

\*\*\*

[Supprimer les articles 7 et 14]

\*\*\*

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

1. 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 <sup>1</sup> 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.

\*\*\*

*Article Y*  
*Pouvoirs d'insolvabilité*

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.

2. Une déclaration faite en vertu du paragraphe précédent peut indiquer qu'elle couvre des catégories qui sont créées après le dépôt de la déclaration.

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, 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.

\*\*\*

---

<sup>1</sup> [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'insolvabilité de l'administrateur d'insolvabilité]" (en anglais : "rights to property which is under the control or supervision of the insolvency administrator").

*Note explicative*

1. L'article Y porte sur le "pouvoir d'insolvabilité" qui est défini de manière large afin de couvrir les rangs supérieurs, les privilèges et les pouvoirs d'annulation dans une procédure d'insolvabilité. (La définition exclut toutefois les pouvoirs d'annulation mentionnés à l'article X(3)(a) – préférences et transferts en fraude.) En outre, l'article Y ne s'applique que dans une procédure d'insolvabilité, mais ne s'applique pas dans une procédure d'insolvabilité relative à l'intermédiaire pertinent (c'est-à-dire qu'aucune modification n'est proposée pour les droits en vertu de la Convention dans une procédure d'insolvabilité de l'intermédiaire pertinent). Ainsi, il s'agit d'une approche ciblée pour le traitement des droits conventionnels dans les procédures d'insolvabilité.

2. L'article Y est subordonné à l'article 19(5). Une "garantie légale" mentionnée à l'article 19(5) relèverait de la définition de "pouvoir d'insolvabilité". "Sous réserve de" signifie qu'en l'absence de déclaration, une priorité établie par le droit non conventionnel s'appliquerait, et elle pourrait également s'appliquer en dehors d'une procédure d'insolvabilité (si le droit non conventionnel le prévoit). Ainsi, cette approche ne comporte aucune modification de la version actuelle de l'article 19(5) sur les rangs.

3. L'approche de ce projet n'imposerait pas à un Etat contractant d'adopter une approche fondamentalement différente de l'actuel article 14. 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.

4. Certaines parties de l'article Y pourraient être plus à leur place parmi les Dispositions finales de la Convention.

**3. Article 9**

Le paragraphe 9-17 du projet de Commentaire officiel explique que les mots "par instruction à l'intermédiaire pertinent" s'appliquent bien aux crédits et aux débits réalisés conformément à l'article 11, qui le plus souvent sont faits sur la base des instructions autorisées du titulaire de compte (voir les articles 15 et 23). Ils s'appliquent aussi aux identifications prévues à l'article 12(3)(b). Toutefois, ils ne s'appliquent pas aux contrats conférant un droit à l'intermédiaire pertinent (article 12(1) et (3)(a)) ou aux conventions de contrôle en faveur d'autres personnes (articles 1(k), 12(1) et 12(3)(a)). De telles conventions ne sont pas des "instructions à l'intermédiaire pertinent" à proprement parler. Sous cet angle, la référence aux instructions par le titulaire de compte à l'article 9(1)(b) n'est pas suffisante à l'article 9(1)(b). La note 4 de bas de page indique que la Conférence diplomatique pourrait souhaiter examiner le remaniement suivant de l'article 9(1)(b):

b) le droit, par instruction à l'intermédiaire pertinent ou conformément à un contrat conférant un droit sur des titres intermédiés ou à une convention de contrôle, d'effectuer une disposition conformément à l'article 11 ou de conférer un droit conformément à l'article 12.

#### 4. Article 15

Le paragraphe 15-18 du projet de Commentaire officiel explique qu'une modification erronée a été faite à l'article 15(1)(a) lors de la première session de la Conférence diplomatique. Nous proposons de rectifier ce changement involontaire en révisant l'article 15(1)(a) comme suit:

a) en ce qui concerne un débit, par le titulaire de compte et, le cas échéant, par ~~le bénéficiaire d'une identification~~ la personne à qui un droit sur les titres intermédiaires a été conféré conformément à l'article 12;

#### 5. Articles 18(1) et 18(2)

Le paragraphe 18-5 du projet de Commentaire officiel souligne le caractère restreint de la troisième protection prévue pour un acquéreur de bonne foi à l'article 18(1)(c). Il existe toutes sortes de raisons qui pourraient conduire à l'invalidité, à l'inopposabilité ou à la contre-passation de l'acquisition en raison de la violation des droits d'un tiers. Mais la troisième protection n'identifie qu'un motif spécifique et ne fournit aucune protection contre l'invalidité ou la contre-passation qui pourrait résulter d'autres motifs par suite de la violation des droits de tiers. Ainsi, il faudrait réviser l'article 18(1)(c) ainsi (avec quelques modifications techniques nécessaires aux paragraphes 1 et 2):

1. Sauf si un acquéreur a effectivement connaissance ou devrait avoir connaissance, au moment déterminant, qu'un tiers est titulaire d'un droit sur des titres ou sur des titres intermédiés et que le crédit au compte de titres de l'acquéreur, l'identification ou le droit conféré à l'acquéreur constitue une violation du droit du tiers:

a) [...]

b) [...]

c) le crédit, l'identification ou le droit conféré à l'acquéreur n'est pas frappé d'invalidité, inopposable aux tiers ou susceptible d'être contre-passé au motif que le crédit, l'identification ou le droit conféré constitue une violation du droit du tiers ~~droit du tiers affecte la validité d'un crédit ou d'un débit antérieur à un autre compte de titres.~~

2. Sauf si un acquéreur a effectivement connaissance ou devrait avoir connaissance, au moment déterminant, d'une écriture défectueuse:

a) le crédit, l'identification ou le droit conféré à l'acquéreur n'est pas frappé d'invalidité, inopposable aux tiers ou susceptible d'être contre-passé en conséquence de cette écriture défectueuse [...]

Ce changement permettrait d'assurer que lorsqu'un acquéreur satisfait au critère de la bonne foi de la Convention, il ne devrait subir aucun préjudice par suite de la violation des droits d'un tiers.

## 6. Article 18(6)

L'Exemple 20-3 du projet de Commentaire officiel indique que la règle de priorité plus spécifique de l'article 20(2) prévaut sur la règle générale prévue à l'article 18(1) mais que le texte actuel pourrait ne pas être suffisamment clair à cet égard. Nous suggérons la clarification suivante à ajouter à l'article 18(6):

6. Le présent article ne modifie pas les rangs déterminés par l'article 19 ou par l'article 20(2).

## 7. Article 35

La note 10 de bas de page du projet de Commentaire officiel indique que la référence à l'article 32 n'est plus correcte puisque la référence aux clauses de compensation et leur fonctionnement a été déplacée à l'article 33 lors de la première session de la Conférence diplomatique. Nous suggérons la modification suivante à l'article 35:

Les articles ~~32~~-33 et 34 ne font pas obstacle ...

## 8. Article 39

L'article 39(3) définit les droits préexistants par référence à la "date déterminée", c'est-à-dire la date de la prise d'effet de la déclaration faite en vertu de l'article 39(2). Selon cette définition, un droit préexistant pourrait être créé après l'entrée en vigueur de la Convention mais avant la date déterminée. Dans le contexte de l'article 39(2), cela pourrait être compris comme suggérant qu'un droit constitué après l'entrée en vigueur de la Convention mais avant la date déterminée pourrait conserver un autre rang que celui qui est attribué par la Convention à l'article 19. Mais cette interprétation serait en contradiction avec la règle de l'article 39(1). Les seuls droits préexistants pertinents pour l'article 39(2) devraient être les droits conférés avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat contractant pertinent. Afin d'éviter cette contradiction entre les paragraphes 1 et 2 d'une part, et la définition du droit préexistant au paragraphe 3(a) d'autre part, nous suggérons la modification suivante de la définition dans l'article 39(3)(a):

a) "droit préexistant" désigne un droit, autre qu'une garantie légale, qui a été conféré avant la date ~~déterminée~~ d'entrée en vigueur de la Convention pour un Etat contractant autrement que par un crédit à un compte de titres;

## 9. Note

Les Editeurs envisagent la possibilité de proposer d'autres suggestions de rédaction visant à des modifications mineures du texte du projet de Convention. Ces modifications seraient seulement techniques, de nature rédactionnelle, et n'impliqueraient aucun changement de fond.