



**CONFERENCE DIPLOMATIQUE POUR L'ADOPTION
D'UNE CONVENTION SUR LES REGLES DE DROIT
MATERIEL APPLICABLES AUX TITRES INTERMEDIÉS**
Genève, 1^{er} au 13 septembre 2008

UNIDROIT 2008
CONF. 11 – Doc. 8
Original: anglais
mars 2008

Groupe de travail informel sur l'article 14 du projet de Convention

Rapport de synthèse

(soumis par le Président du Groupe de travail informel)

I. Principe

II. Structure et contenu de l'article 14

III. Questions

- 1. CRITERE DE BONNE FOI. CRITERE HARMONISE OU REFERENCE A LA LOI NATIONALE
AUTRES APPROCHES POSSIBLES. AVANTAGES ET INCONVENIENTS**
- 2. REGLE POUR LES ORGANISATIONS**
- 3. ACQUISITION A TITRE ONEREUX**
- 4. CHARGE DE LA PREUVE**
- 5. LIENS ENTRE LES PARAGRAPHE 1 ET 2 DE L'ARTICLE 14**
- 6. EXCEPTIONS: PARAGRAPHE 5 DE L'ARTICLE 14**
- 7. LIENS AVEC D'AUTRES DISPOSITIONS: ARTICLE 14 ET ...**
 - 7.1. ARTICLE 10**
 - 7.2. ARTICLE 13**
 - 7.3. ARTICLE 18**
- 8. AUTRES POINTS**

ARTICLE 14: ACQUISITION DE BONNE FOI

Le Groupe de travail sur l'article 14 du projet de Convention d'UNIDROIT sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires est l'un des trois Groupes de travail informels créés par le Comité d'experts gouvernementaux lors de sa quatrième session (voir le Doc. 95, par. 248). Le présent document vise à résumer les principales questions soulevées par l'article 14. Il se fonde sur le Doc. 96 (UNIDROIT 2007 - Study LXXVIII) et sur les réponses données par les délégations au questionnaire qui figurait dans ce document (Docs. 97-107, 109, 112 et 114). En raison

des différences d'opinion, aucune proposition de rédaction n'est avancée. Toutefois, nous estimons que le présent rapport peut être utile pour faciliter les discussions lors de la Conférence diplomatique, parce qu'il identifie la plupart des problèmes soulevés par l'article 14 et envisage les différentes solutions avec leurs avantages et leurs inconvénients.

I. Principe

1. **Protection des acquéreurs de bonne foi.** L'article 14 vise à offrir une protection adéquate à l'acquéreur de bonne foi (**ABF**) de titres intermédiés. Le principe qui sous-tend cette règle a été fortement soutenu. Lors des discussions au sein du Comité d'experts gouvernementaux, il y a eu un accord général quant à la nécessité de prévoir un degré de protection adéquat aux **ABF**. Les réponses au premier document de travail (Doc. 96) confirment cette nécessité. Lorsqu'une personne a acquis à titre onéreux un droit portant sur des titres intermédiés sans avoir connaissance d'un empêchement, aucune action ne devrait être intentée contre cette personne. Ainsi, cette personne devrait bénéficier de la même protection juridique que tout autre titulaire de compte. La protection devrait inclure à la fois (i) les droits de l'**ABF** sur et dérivant des titres intermédiés et (ii) sa responsabilité personnelle. Etant donné la rapidité avec laquelle les titres sont négociés, cette protection revêt une importance cruciale pour le bon fonctionnement des marchés de capitaux.

II. Structure et contenu de l'article 14

2. **Paragraphe 1.** L'article 14 contient cinq paragraphes. Le paragraphe 1 protège l'**ABF** (i) lorsque les titres sont portés au crédit de son compte de titres (ii) et qu'il n'avait pas connaissance *"... qu'une autre personne est titulaire d'un droit opposable aux tiers sur des titres ou sur des titres intermédiés et que ce crédit constitue une violation de ce droit"*. Si ces conditions sont réunies, l'**ABF** est protégé et, par conséquent, (i) le droit de cette autre personne ne lui est pas opposable; (ii) il n'encourt aucune responsabilité envers cette autre personne; et (iii) le crédit n'est pas frappé d'invalidité et n'est pas susceptible d'être contre-passé.

3. **Paragraphe 2.** Ce paragraphe protège quant à lui les titulaires de comptes ou les titulaires d'un droit conféré en vertu de l'article 10 des risques d'une *"écriture défectueuse antérieure"*. Dans ce cas, l'acquéreur de bonne foi (c'est-à-dire celui qui "n'a pas connaissance d'une écriture défectueuse antérieure") et ses droits sur les titres intermédiés sont également immunisés: le crédit ou le droit n'est pas frappé d'invalidité, opposable ou susceptible d'être contre-passé, et l'acquéreur n'encourt aucune responsabilité envers la personne qui bénéficierait de cette invalidité ou de cette contre-passation. Ce paragraphe protège le titulaire de compte non seulement envers une personne en particulier (voir le paragraphe 1), mais envers son propre intermédiaire et tous ceux qui, invoquant une écriture défectueuse antérieure, essaieraient de contre-passer le crédit lorsque les titres ont été portés au crédit du compte de titres de ce titulaire de compte ou qu'un droit est rendu opposable conformément à l'article 10, et qu'il n'avait pas connaissance de cette écriture défectueuse antérieure.

Dans les deux cas (paragraphes 1 et 2), on se fonde sur l'évaluation de la bonne foi au moment où les titres sont portés au crédit ou, au paragraphe 2, au moment où le droit est rendu opposable conformément à l'article 10.

4. **Paragraphes 3, 4, et 5.** Ces paragraphes explicitent la portée de la disposition. Le paragraphe 3 indique que la protection accordée par l'article 14 ne couvre que les acquisitions à titre onéreux. Le paragraphe 4 définit le concept d' *"écriture défectueuse"* et indique concrètement le *"critère d'innocence"* (c'est-à-dire qui est un **ABF**). Enfin, le paragraphe 5 introduit une

exception partielle à la règle indiquée au paragraphe 2: *"dans la mesure permise par le droit non conventionnel, le paragraphe 2 ne fait pas obstacle à toute disposition contraire des règles uniformes d'un système de règlement-livraison ou de la convention de compte"*.

III. Questions

5. L'article 14 a soulevé de nombreuses questions. En tenant compte des commentaires envoyés par les délégations, les pages qui suivent résument les principaux aspects de cet article et les problèmes qu'ils posent. En particulier:

1. Le critère d'innocence pour être considéré comme un **ABF**;
2. Les problèmes particuliers qui se posent lorsque l'**ABF** est une organisation;
3. La restriction aux acquisitions à titre onéreux;
4. Le défaut d'une règle sur la charge de la preuve;
5. Les liens entre les paragraphes 1 et 2 de l'article 14;
6. Les exceptions contenues au paragraphe 5 de l'article 14;
7. Le lien de l'article 14 avec d'autres dispositions du texte, en particulier les articles 10, 13 et 18;
8. Quelques points de rédaction.

1. CRITERE D'INNOCENCE

1.1. LE PRINCIPE DE BONNE FOI ET TITRES FAISANT L'OBJET D'UNE INSCRIPTION EN COMPTE

6. **Principe traditionnel de bonne foi.** Bien que le contenu puisse varier de façon significative, le principe de la protection de l'acquéreur de bonne foi est bien connu dans plupart des systèmes juridiques. En droit des biens, le principe s'est développé historiquement en relation avec les biens corporels (habituellement, non-fongibles). Ceci explique deux traits *typiques* de ce principe. (a) En premier lieu, que la protection de l'acquéreur de bonne foi se fonde sur l'apparence donnée par le cédant de la situation matérielle du bien. L'expression française *"possession vaut titre"* est très éloquente. Le possesseur d'un actif peut, sous certaines conditions, être réputé comme étant le propriétaire de cet actif. Ainsi, l'acquéreur qui se fonde sur l'apparence offerte par la possession du vendeur peut être protégé en vertu du principe de bonne foi. (b) En second lieu, ce principe se fonde sur le transfert de droits réels. En tant qu'exception à la règle de base selon laquelle *"personne ne peut donner ce qu'il n'a pas"* (*nemo dat quod non habet*), le principe de bonne foi établit que l'acquéreur reçoit des droits de propriété sur l'actif dérivant du cédant, même si le cédant n'est pas le propriétaire de l'actif.

7. **Bonne foi et inscriptions en compte.** Ces deux traits du principe de bonne foi posent des problèmes lorsqu'ils s'appliquent aux titres intermédiés qui sont représentés par des inscriptions en compte. Il ne peut dans ce cas être question de confiance fondée sur la possession matérielle puisque le cédant ne détient rien de matériel qui représente le titre. Ainsi, l'acquéreur ne peut se fier qu'à l'inscription en compte (un crédit)¹. En second lieu, en vertu de certains systèmes juridiques, les droits sur les titres intermédiés ne sont pas qualifiés de droits réels portant sur l'actif

¹ Il s'agit de l'hypothèse du texte actuel de l'article 14. L'acquéreur est protégé lorsque les titres ont été portés au crédit de son compte. On relèvera toutefois que le titulaire du compte ne peut pas normalement regarder le contenu des ordinateurs de l'intermédiaire. Par conséquent, la confiance se fonde davantage sur le comportement de son intermédiaire que sur le crédit en tant que tel.

(les titres intermédiés), mais de droits vis-à-vis de l'intermédiaire; conformément à cette qualification, un transfert implique l'extinction d'un droit et la constitution d'un nouveau droit.

8. **Approche fonctionnelle.** Le principe de la protection des **ABF** dans la Convention devrait refléter ces circonstances. La rédaction du texte devrait essayer de proposer un langage neutre et axé sur les faits à la fois (i) adapté aux particularités des titres faisant l'objet d'une inscription en compte et (ii) qui peut s'adapter aux différentes qualifications juridiques des titres faisant l'objet d'une inscription en compte dans les différents pays. Ces conditions constituent le cadre conceptuel de la discussion.

1.2. TEXTE ACTUEL

9. **Critère d'innocence.** Le texte actuel établit le critère d'innocence, c'est-à-dire le seuil pour être considéré comme un **ABF**, selon un test de connaissance réelle ou de connaissance supposée. Une personne est considérée comme un **ABF**:

- (a) Connaissance: si elle a une connaissance effective d'un droit ou d'un fait particulier (= **circonstances pertinentes**). En particulier, le paragraphe 1 exige que l'**ABF** n'ait pas connaissance "*qu'une autre personne est titulaire d'un droit opposable aux tiers sur des titres ou sur des titres intermédiés et que ce crédit constitue une violation de ce droit*"². Le paragraphe 2, exige quant à lui que l'**ABF** n'ait pas connaissance d'une "*écriture défectueuse antérieure*", qui pourrait frapper ses droits d'invalidité, les rendre inopposables ou susceptibles d'être contre-passés.
- (b) Connaissance supposée: même si la personne n'avait pas connaissance de ces **circonstances pertinentes**, elle aurait dû en avoir connaissance. Le test de la connaissance supposée est formulé de la façon suivante: "*elle a connaissance de faits suffisants pour établir une probabilité significative de l'existence du fait ou du droit et ignore délibérément les informations qui établiraient son existence*". La simple négligence ne suffit pas. Le test exige (i) que la personne ait connaissance de faits suspects qui suffisent à établir une "probabilité significative" de l'existence des **circonstances pertinentes** et (ii) qu'elle ignore délibérément ou qu'elle évite volontairement la connaissance réelle. En d'autres termes, la personne "ferme délibérément ses yeux" (= "cécité volontaire").

En outre, il convient de relever trois points. En premier lieu, le test n'exige pas la connivence (des parties). En second lieu, la "cécité volontaire" n'est pas illustrée par un catalogue de faits suspects (comme par exemple le prix des titres, les activités précédentes du vendeur ou l'existence d'une base de données). Et, en troisième lieu, le test n'impose aucune obligation pour les **ABF** d'enquêter sur les faits suspects. En effet, l'article 14 n'exige pas que les **ABF** prennent des mesures qui pourraient être raisonnables pour vérifier l'existence des **circonstances pertinentes**; en vertu de la Convention, l'**ABF** ne doit rien faire à condition qu'il n'ignore pas délibérément les informations qui établiraient l'existence des **circonstances pertinentes**.

10. **Conséquences.** Si, conformément à ce qui précède, une personne est un **ABF** (et il s'agit d'une acquisition à titre onéreux), elle est protégée par la Convention. Par conséquent, elle est considérée comme un titulaire de compte et a les droits conférés par la Convention en ce qui concerne les titres intermédiés correspondants. Il ne faut toutefois pas interpréter l'article 14 a

² Il convient de relever que les termes soulignés élargissent la portée de la protection de la règle. Il ne suffit pas que l'acquéreur ait connaissance de la violation du droit d'une autre personne. Il doit savoir que le crédit porté à son compte viole un droit *particulier* de cette personne.

contrario. Si une personne n'est pas un **ABF** en vertu de l'article 14, cela ne signifie pas qu'elle ne sera pas protégée; cela signifie seulement que la question relève du droit non conventionnel qui devra résoudre le conflit entre l'acquéreur qui n'est pas de bonne foi selon les critères de la Convention et l'autre personne revendiquant un titre ³.

1.3. DISCUSSION: CRITERE HARMONISE OU REFERENCE A LA LOI NATIONALE

11. Comme cela a été dit, il semble y avoir un accord sur la nécessité de protéger l'**ABF** et de suivre une approche neutre et fonctionnelle pour atteindre cet objectif. Toutefois, lors des discussions pendant la dernière session du Comité d'experts gouvernementaux, il y a eu quelques différences quant au meilleur moyen de concrétiser le principe de la protection de l'**ABF**. Quelques délégations ont exprimé des préoccupations et des doutes quant au bien fondé de l'approche suivie jusqu'à présent ⁴. En particulier, (i) on a estimé que le critère proposé pourrait conduire à un degré important d'insécurité et (ii) on s'est posé la question de savoir si cette approche était compatible avec l'approche fonctionnelle.

12. **Approches possibles au critère de la bonne foi.** Si l'on essaie de concentrer l'analyse sur les aspects de politique générale, c'est-à-dire sur le fond de la disposition, et non pas sur la terminologie, on peut imaginer deux approches générales à la question de l' "acquéreur de bonne foi": (a) une référence au droit interne; ou (b) un critère uniforme établi par la Convention. Nous pouvons également explorer d'autres formules qui combinent les deux approches: par exemple un critère uniforme que l'Etat choisit d'appliquer ("*opting-in*") ou d'exclure ("*opting out*") ou un critère conventionnel "sphère de sécurité" ("*safe-harbour test*") plus une référence à la loi nationale.

- (a) La première option serait de faire une référence au droit interne, c'est-à-dire d'inclure une disposition en vertu de laquelle la définition de la personne qui est considérée comme "acquéreur de bonne foi" est déterminée par le droit interne (= "test du droit interne") ⁵. Ceci impliquerait que chaque pays maintienne et applique ses propres concepts et ses propres critères (bonne foi, connaissance, connivence, etc).

Arguments. Les principaux arguments invoqués en faveur de cette option peuvent être résumés de la façon suivante. **(i)** Le concept de bonne foi est un concept bien ancré dans la plupart des systèmes juridiques. La bonne foi est une clause générale appliquée par les tribunaux avec souplesse et susceptible de s'adapter à différents scénarios. En fait, la versatilité de cette clause a permis à plusieurs pays de maintenir expressément le concept de bonne foi tel applicable aux inscriptions de titres ⁶. Au contraire, l'établissement d'un critère uniforme fondé sur un test particulier ("connaissance ou cécité volontaire") peut constituer un concept étrange pour certains pays ⁷. **(ii)** Toute clause harmonisée serait vouée à l'échec car toute règle qui vise la protection des acquéreurs "de bonne foi" se fonde forcément sur des concepts

³ Cela figure très clairement dans le document soumis par les Etats-Unis d'Amérique (Doc. 112, p. 2).

⁴ Voir le document de travail soumis par la délégation française, UNIDROIT 2007 – Etude LXXVIII – Doc. 95, Annexe 4. Voir également les commentaires soumis par la délégation française dans le document de travail sur l'article 14, dans Doc. 107 Rev.

⁵ La référence au droit non conventionnel pourrait être formulée de différentes façons. Par exemple, le document de travail fourni par la France (Doc. 95) propose de garder le concept de "*wrongful knowledge test*" mais de renvoyer sa définition au droit national: en particulier, la proposition suggérait l'adjonction de la phrase suivante "*une personne a connaissance d'un fait ou d'un droit dans les conditions prévues par le droit non conventionnel*".

⁶ Voir d'autres références juridiques dans le document de la délégation française (Doc. 95), p. 3. C'est le cas en Espagne comme dans de nombreux autres pays comme le Danemark (Doc. 103, p. 1) ou l'Allemagne (Doc. 98, p. 2).

⁷ Le document de la délégation française (Doc. 95) indiquait qu' "*[i]ntroduire de tels tests dans des pays de droit civil deviendrait une source d'insécurité juridique pour ces derniers*".

incertains. En fait, une délégation a souligné que même le concept de “connaissance” est incertain ⁸. **(iii)** Enfin, on a également indiqué que le fait d’introduire un test spécial dans la Convention engendrerait un régime divisé entre les règles applicables aux biens corporels et les règles régissant les titres intermédiés, ce qui n’est pas souhaitable ⁹.

- (b) L’autre option consiste à établir un critère ou une clause harmonisé dans la Convention (=“critère autonome ou conventionnel”). Ce critère harmonisé peut être plus ou moins concret. On peut aller d’un test rigoureux, tel que la connivence ou la connaissance réelle (comme c’est le cas à l’article 29 de la Convention des Nations Unies sur les billets à ordre), à une clause générale telle qu’une clause de bonne foi avec une définition souple (par exemple, une référence à des concepts tels que les “exigences de la bonne foi en matière commerciale”) ¹⁰. Comme cela a été dit, le texte actuel opte pour un test relativement rigoureux: la protection couvre toutes les personnes qui ignoraient l’existence du droit d’une autre personne ou n’étaient pas “volontairement aveugles” face à des circonstances suspectes.

Arguments. Les principaux arguments invoqués en faveur de cette option sont les suivants: **(i)** elle favorise la sécurité juridique aussi longtemps que les opérateurs ne devront pas consulter chaque loi nationale pour vérifier s’ils sont considérés ou non comme des **ABF**. **(ii)** Elle est mieux adaptée aux marchés modernes de titres que les traditionnelles clauses de bonne foi. **(iii)** S’il revenait à la loi nationale de qualifier qui est **ABF**, l’article 14 perdrait une part importante de sa fonction dans le contexte de la Convention en tant que contrepoids à la référence à la loi nationale à l’article 13 (*infra*). **(iv)** L’argument selon lequel une “clause nationale de bonne foi” facilite son application parce qu’elle permet aux magistrats de tenir compte des concepts et des critères qui leur sont familiers n’est pas toujours vrai. Lorsque le “droit non conventionnel”, déterminé conformément à l’article 3, ne coïncide pas avec la *lex fori*, le juge devra rendre la clause concrète en vertu d’un droit étranger.

- (c) Enfin, une troisième option pourrait consister à combiner différentes solutions. Par exemple:
- (i) un mécanisme “opting out”, en vertu duquel la Convention établit un “critère autonome ou conventionnel”, mais les Etats contractants peuvent en exclure l’application (“opt out”) et renvoyer cette question à la loi nationale (soit la *lex fori*, soit le droit non conventionnel ex article 3); ou un mécanisme “opting in” qui va dans la direction opposée.
 - (ii) Un critère autonome qui fonctionne comme une “sphère de sécurité”: la définition de la Convention des **ABF** n’empêche pas les Etats contractants d’étendre la même protection à d’autres personnes en vertu de leur loi nationale. Cela devrait être le résultat en vertu du libellé actuel de l’article 14 (*supra* n° 10). La Convention pourrait cependant rendre cette approche de “sphère de sécurité ” plus explicite.

⁸ Voir le document de la délégation française (Doc. 95, p. 2).

⁹ Voir le document de la délégation française (Doc. 107 Rev., p. 4).

¹⁰ Il y a une différence importante entre faire une référence au droit national (=“clause de bonne foi nationale”) et inclure une “clause de bonne foi” dans la Convention (=“clause de bonne foi conventionnelle”). En principe, en vertu de la dernière option, la clause ne devrait pas s’appliquer en tenant compte des critères d’une loi nationale, mais de façon uniforme parmi les Etats contractants en tenant compte des principes fondamentaux de la Convention.

- (iii) Une autre solution possible, suggérée par une délégation, consiste à faire une différence entre les transactions boursières (où l'acquisition est réputée valable dans tous les cas) et les transactions de gré à gré (où le principe de la bonne foi devrait s'appliquer)¹¹.

1.4. REPONSES DES DELEGATIONS ET CONCLUSIONS

13. Comme cela a été dit, il existe un accord général quant à la nécessité d'inclure une règle sur la protection de l'**ABF** dans la Convention. En ce qui concerne le critère d'innocence, c'est-à-dire le critère pour être qualifié d' "acquéreur de bonne foi", la plupart des délégations ont été en faveur d'une approche harmonisée (=uniforme)¹². La plupart d'entre elles ont souligné un argument en faveur de cette option. La jurisprudence élaborée au niveau du droit interne sur le concept de bonne foi est principalement liée à l'acquisition de biens incorporels ou corporels, c'est-à-dire des biens ayant une existence matérielle pour lesquels la possession (en tant qu'apparence de propriété) joue un rôle clé et lorsque l'actif n'est pas fongible et pourrait donc être identifié (le propriétaire original pourrait identifier l'acquéreur de ses biens). Ce n'est pas le cas des titres intermédiés. Pour cette raison, (a) le fait que ce test s'applique aux titres intermédiés est parfois discutable¹³; (b) et, même si c'est le cas, on peut mettre en doute le fait que les résultats soient appropriés. Une délégation a également souligné qu'une référence au droit non conventionnel est très difficile à accepter pour les pays dans lesquels le concept de bonne foi n'est ni bien ancré, ni clairement défini¹⁴.

Comme approches alternatives, ces délégations suggèrent d'inclure une clause "opt out"¹⁵ ou de clarifier le rôle de l'article 14 en tant que sphère de sécurité¹⁶.

14. Une délégation est fortement en faveur d'une référence à la loi nationale pour les raisons mentionnées plus haut, en soulignant qu'un critère harmonisé n'est ni nécessaire ni adéquat¹⁷.

15. Quant à la formulation du critère d'innocence dans le texte actuel, quelques délégations considèrent qu'il est peut-être trop indulgent et une en particulier préconise l'établissement du critère de la négligence coupable en tant que sphère de sécurité et la permission pour les Etats contractants d'établir des règles plus favorables pour les personnes de bonne foi¹⁸.

¹¹ Voir, Grèce (Doc. 114, p. 4).

¹² En termes généraux, c'est la position exprimée par le Royaume-Uni, (Doc. 106, p. 5), l'Australie (Doc. 100, p. 2), le Danemark (Doc. 103, p. 2), la Finlande (Doc. 102, p. 4), l'Afrique du Sud (Doc. 101, p. 4), la République tchèque (Doc. 99, p. 3), la Suisse (Doc. 105, p. 4), les Etats-Unis d'Amérique (Doc. 112, p. 6) et, partiellement, l'Allemagne (Doc. 98, p. 4: "*Un approche uniforme qui s'applique à tous les pays semble préférable dans le domaine des inscriptions électroniques. L'action la plus neutre serait toutefois de faire référence aux législations nationales*").

¹³ Voir les documents soumis par le Royaume-Uni (Doc. 106, p. 3-4), l'Australie (Doc. 100, p. 1), la Suisse (Doc. 105, p. 3) et le Brésil (Doc. 109).

¹⁴ Voir le document soumis par l'Australie (Doc. 100, p. 2).

¹⁵ Royaume-Uni (Doc. 106, p. 5); Etats-Unis d'Amérique (Doc. 112, p. 6); Grèce (Doc. 114, p. 4).

¹⁶ Voir les documents soumis par le Danemark (Doc. 103, p. 3), la Finlande (Doc. 102, p. 4), l'Afrique du Sud (Doc. 101, p. 4). Le Brésil préconise l'approche "sphère de sécurité" (Doc. 109, p. 4).

¹⁷ Voir le document soumis par la délégation française (Doc. 107 Rev., p. 4). Il convient également de noter que, selon ce document, le choix exprimé au niveau européen coïncide avec cette approche (c'est-à-dire qu'un critère harmonisé de bonne foi n'est pas nécessaire).

¹⁸ Voir le document soumis par la Finlande (Doc. 102, p. 4); voir également le document soumis par le Royaume-Uni (Doc. 106, p. 3).

2. LES PROBLEMES QUI SE POSENT LORSQUE L'ABF EST UNE ORGANISATION

16. **Organisations.** Pour ce qui de l'application du texte relatif à la connaissance réelle ou supposée d'une organisation, l'article 14, paragraphe 4(c) prévoit qu'une organisation "*a connaissance d'un fait ou d'un droit à partir du moment où celui-ci a été, ou aurait raisonnablement dû être, porté à l'attention du responsable de l'opération pour laquelle il est pertinent*". Ainsi, pour dire qu'une organisation a connaissance, le fait qu'une personne de cette organisation ait connaissance ne suffit pas. L'élément important semble être que le responsable de l'opération sache ou qu'il y ait une obligation de porter à la connaissance de cette personne le fait ou le droit.

17. **Questions.** Cet article n'a pas posé beaucoup de problèmes aux délégations. Elles ont indiqué que la détermination du moment de la connaissance lorsqu'il s'agit d'organisations est une question très pertinente. La règle semble par conséquent nécessaire¹⁹. Toutefois, deux délégations ont soulevé deux questions qui mériteront probablement l'attention de la Conférence diplomatique²⁰. (a) La portée du terme "organisations" et, notamment, s'il couvre les sociétés ("*incorporate entities*" et "*non-corporate entities*") ou des entités sans personnalité juridique (comme les partenariats); et s'il couvre les différentes entreprises qui font partie d'un groupe. (b) Par ailleurs, l'une de ces délégations suggère d'étendre la règle de la connaissance indirecte à d'autres personnes qui agissent par l'intermédiaire d'un mandataire.

A titre d'exemple, elles indiquent la situation dans laquelle une banque d'investissement organise l'achat de titres à travers une filiale mandataire en ayant connaissance de la revendication d'une autre personne. Dans ce cas, l'achat pouvait être garanti contre la revendication en vertu du critère conventionnel actuel au motif que la filiale mandataire, en sa qualité d'acheteur, n'avait pas connaissance de la revendication. Même si le demandeur peut avoir une créance personnelle à l'encontre de la banque d'investissement, il n'aura aucun moyen de récupérer les titres, ce qui pourrait être crucial si la banque d'investissement devenait insolvable. Par conséquent, cette délégation propose d'exclure l'application du principe de l'ABF lorsque l'entité juridique au sein du groupe qui gère une négociation est au courant, même en cas de mandataire "de bonne foi" au nom duquel les titres sont crédités.

Ces questions devront être traitées lors de la Conférence diplomatique.

3. ACQUISITION A TITRE ONEREUX

18. **A titre onéreux ("*Consideration*").** L'article 14 ne protège que les **ABF à titre onéreux**, c'est-à-dire que la protection offerte par cette disposition ne s'applique pas aux acquisitions de titres faites "*par voie de donation ou de toute autre manière à titre gratuit*" (Article 14(3)). De toute façon, en vertu du texte actuel, on considère qu'une garantie est toujours établie à titre onéreux (cette clause nous empêche de considérer gratuit, par exemple, la garantie octroyée par une personne pour garantir les obligations d'une autre personne).

¹⁹ Voir les documents soumis par le Royaume-Uni (Doc. 106, p. 4) et par les Etats-Unis d'Amérique (Doc. 112, p. 4). Une délégation estime cependant que la règle est superflue; voir le document soumis par l'Afrique du Sud qui estime que l'on pourrait laisser cette question à l'interprétation des juges (Doc. 102, p. 3); la Finlande, quant à elle, a des doutes sur le fait que la rédaction de la règle qui traite des organisations soit suffisamment claire et puisse fonctionner (Doc. 102, p. 3); la France partage cet avis (Doc. 107 Rev., p. 4).

²⁰ Voir les documents soumis par le Royaume-Uni (Doc. 106, p. 4) et le Brésil (Doc. 109, p. 4).

19. **Libellé de l'article 14(3).** Il semble qu'il y ait un consensus général pour limiter la protection de l'**ABF** aux acquisitions à titre onéreux²¹. Toutefois, en ce qui concerne le texte actuel de la disposition, une délégation a attiré l'attention sur la nécessité de clarifier la position des intermédiaires qui agissent pour leurs titulaires de comptes²². La proposition vise à clarifier le fait que lorsqu'un intermédiaire reçoit un crédit sur les livres comptables de l'intermédiaire à l'échelon supérieur et que, à son tour, le premier intermédiaire crédite le compte de son titulaire de compte, ce premier intermédiaire n'acquiert pas un droit à titre gratuit (il se peut très bien que le titulaire de compte paie directement le cédant). Dans ce cas, l'intermédiaire n'acquiert pas à titre onéreux parce qu'il a assumé des obligations à l'égard de son titulaire de compte dérivant du crédit.

4. CHARGE DE LA PREUVE

20. **Pas de règle.** L'article 14 ne contient aucune règle sur le fardeau de la preuve. De la même façon, il n'y a aucune présomption, que ce soit en faveur ou contre la bonne foi. Traditionnellement, différentes approches ont été appliquées selon que le principe se fonde sur la protection du propriétaire ou sur la protection de l'acquéreur, mais aussi selon les éléments de procédure (par exemple, selon qu'un document qui peut faciliter la preuve est sous le contrôle du demandeur ou sous le contrôle du défendeur).

21. **Nécessité d'une règle.** Les commentaires des délégations sont divisés sur la question de savoir s'il faut inclure une règle ou laisser cette question au droit interne et, dans ce dernier cas, au droit non conventionnel ou à la *lex fori*²³. Quelques réponses sont en faveur de garder la règle telle qu'elle existe, à savoir laisser cette question au droit interne²⁴. Une délégation, au contraire, souligne que la règle sur le fardeau de la preuve est inextricablement liée à la formulation du critère d'innocence et, par conséquent, que la question doit faire l'objet d'un examen plus approfondi²⁵.

5. LIEN ENTRE LES PARAGRAPHE 1 ET 2 DE L'ARTICLE 14

22. **Lien entre les paragraphes 1 et 2.** Le lien entre les paragraphes 1 et 2 de l'article 14 a causé des difficultés à certaines délégations²⁶. Il y avait à l'origine deux dispositions différentes dans la Convention: l'une traitant de la bonne foi en général et l'autre traitant de la situation de l'acquéreur subséquent (voir Doc. 58)²⁷. Le texte actuel suit une approche différente. L'article 14 ne traite pas expressément de la situation de l'acquéreur subséquent. Le paragraphe 1 protège l'**ABF** des revendications concurrentes d'une autre personne, alors que le paragraphe 2 protège

²¹ Seule une délégation est favorable à l'extension de la règle aux acquisitions à titre gratuit (voir le document soumis par l'Afrique du Sud, Doc. 101, p. 3); le Brésil considère que ce point doit faire l'objet de plus d'attention parce qu'il y a des cas qui devraient être traités comme des transferts à titre gratuit, comme des transactions conclues à un vil prix ou à un prix très inférieur au prix du marché (Doc. 109, p. 4).

²² Voir le document soumis par la délégation des Etats-Unis d'Amérique (Doc. 74, p. 2).

²³ Il convient de relever que, contrairement à la Convention de Rome de 1980 (Article 14), la Convention de La Haye sur les titres ne mentionne pas expressément "les présomptions légales ou la règle relative à la charge de la preuve" dans le domaine de la loi applicable.

²⁴ Voir les documents soumis par la Commission de l'Union européenne (Doc. 104, p. 2, demandant une clarification dans le Rapport explicatif sur le fait que la Convention respecte le droit interne sur cette question) et par la Suisse (Doc. 105, p. 4).

²⁵ Voir le document soumis par la Finlande (Doc. 102, p. 2).

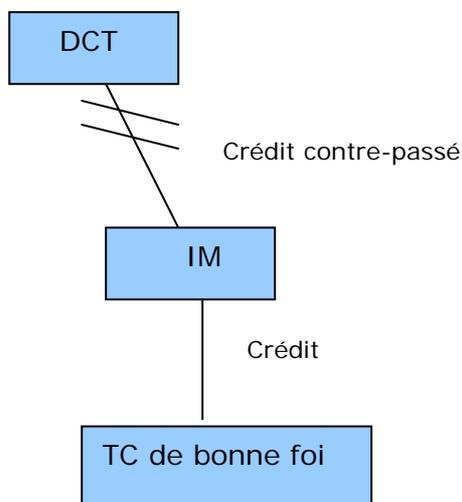
²⁶ Voir les documents soumis par la Commission de l'Union européenne (Doc. 104, p. 1, en accord avec la BCE), la Finlande (Doc. 102, p. 3), l'Afrique du Sud (Doc. 101, p. 3) et le Brésil (Doc. 109, p. 4).

²⁷ Une délégation propose de dire clairement que le cas de l'acquéreur subséquent est couvert par l'article 14, voir Grèce (Doc. 114, p. 3).

l'**ABF** contre le risque d'une écriture défectueuse antérieure²⁸. Quelques délégations ont estimé que le second était superflu, car toutes les situations couvertes par ce paragraphe étaient déjà couvertes par le paragraphe 1: une écriture défectueuse implique nécessairement la violation du droit d'une autre personne, c'est-à-dire les types de cas prévus par le paragraphe 1.

23. **Explications.** Il a toutefois été soutenu qu'il y a de bonnes raisons de maintenir la différence entre les deux paragraphes. En particulier, on pouvait suggérer deux scénarios – dans lesquels la différence aurait un sens.

- (a) **Premier scénario.** C'est probablement la situation que la plupart des délégations avaient à l'esprit lors de la discussion sur cette disposition. Le paragraphe 1 prévoit que le crédit peut, d'une façon ou d'une autre, être ramené au droit du propriétaire original. Le paragraphe 2 couvre la situation dans laquelle un intermédiaire essaierait de contre-passer un crédit en conséquence d'une écriture défectueuse.



Par exemple, IM reçoit un crédit par une inscription sur les livres comptables du DCT qui est susceptible d'être contre-passé. Après qu'il ait été contre-passé sur les livres du DCT, l'intermédiaire IM essaie de contre-passer le crédit enregistré sur les comptes de son/ses titulaire(s) de compte (soit par exemple selon un critère chronologique, soit au *pro rata* parmi tous les titulaires de compte pour cette émission de titres, afin de rectifier un manque). Dans ce cas, en vertu du paragraphe 2, IM ne pourrait pas contre-passer le crédit enregistré sur le compte de son/ses titulaire(s) de compte de bonne foi. Ainsi, même si les paragraphes 1 et 2 peuvent se chevaucher, le paragraphe 2 peut néanmoins couvrir une situation à laquelle le paragraphe 1 ne s'applique pas.

- (b) **Second scénario.** Le second scénario est basé sur la différence entre la propriété du cédant et la cause du transfert. Le paragraphe 1 traiterait du premier aspect et le paragraphe 2 du second.

Cas 1: A détient des titres représentés par un certificat, c'est-à-dire que A est propriétaire des titres. B vole les titres à A mais n'en obtient évidemment pas la propriété. B vend le certificat à C qui est de bonne foi. C devient propriétaire des titres en raison de la règle sur l'**ABF**. Le résultat est que A perd la propriété. A peut poursuivre B en dommages-intérêts, etc. Ici, B n'a jamais eu de droit de propriété (ou B n'a jamais été propriétaire), et la transaction entre B et C n'était pas défectueuse. Il s'agissait d'une opération de vente habituelle.

Cas 2: D détient des titres représentés par un certificat, c'est-à-dire que D est propriétaire des titres. D vend ses titres à E, mais la vente est défectueuse parce que, par exemple D est mineur, ou D a utilisé une autre personne X en tant que mandataire

²⁸ Le concept d' "écriture défectueuse" est défini à l'article 14(4)(a). Une délégation suggère d'ajouter une référence aux règles des systèmes de règlement-livraison pour exprimer clairement comment la qualification d'une écriture comme défectueuse peut être déterminée par les règles des systèmes de règlement-livraison, voir la Grèce (Doc. 114, p. 3).

et X n'avait pas le pouvoir de vendre, ou encore le contrat de vente était nul pour une raison quelconque. Ici, D était propriétaire et la transaction de D à E était défectueuse.

Dans de nombreux pays, pour ce qui est des biens meubles, il est bien entendu que la règle de la bonne foi couvre le Cas 1 (dans lequel un acheteur de bonne foi fait confiance à B qui n'a pas de droit de propriété) mais ne couvre pas le Cas 2. Il peut y avoir une autre doctrine qui protège E dans le Cas 2, mais il est également possible d'étendre la règle de la bonne foi au Cas 2. Ce serait la fonction du paragraphe 2. En général, puisqu'il est clair que les situations (ou les droits des parties) sont différentes dans le Cas 1 et le Cas 2, diviser l'article 14(1) et 14(2) est une bonne idée. Cela permet de garantir que l'article 14 protège les acquéreurs de bonne foi aussi bien contre une acquisition *a non domino* (Cas 1) que contre une transaction défectueuse (Cas 2).

24. Les deux situations semblent plausibles et ne s'excluent pas l'une l'autre. Les deux offrent une explication adéquate pour justifier la différence entre les paragraphes 1 et 2. Toutefois, les réponses des délégations au Doc. 96 prouvent qu'il faut approfondir davantage la discussion sur ce point, à savoir quels types de situations sont couverts par le paragraphe 2, et, une fois identifiés, il faudra clarifier le texte en conséquence.

6. EXCEPTIONS: PARAGRAPHE 5 DE L'ARTICLE 14

25. **Paragraphe 5 de l'article 14.** Ce paragraphe introduit une exception à l'article 14(2): "*Dans la mesure permise par le droit non conventionnel, le paragraphe 2 ne fait pas obstacle à toute disposition contraire des règles uniformes d'un système de règlement-livraison ou de la convention de compte*". Ainsi, dans l'exemple décrit ci-dessus au paragraphe 23(a), la contre-passation du crédit à l'échelon supérieur (DCT) peut être invoquée contre l'acquéreur de bonne foi AH pour débiter son compte. Cela peut être raisonnable pour assurer le fonctionnement adéquat du système de règlement-livraison²⁹. Comme cela a été souligné, dans certains pays il se peut qu'une vente entre deux parties soit soumise aux règles du système de règlement-livraison, et que le système en question souhaite rendre cette transaction nulle pour un motif (systémique). Cela peut même être invoqué *vis-à-vis* de l'acquéreur de bonne foi. Par ailleurs, étant donné que l'acquéreur a accepté volontairement le système de règlement-livraison ou la convention de compte, cette exception permet une sorte de "renonciation volontaire" à la protection offerte à une personne en tant que **ABF**, et ne devrait par conséquent pas être considérée comme injuste.

26. **La référence au paragraphe 2.** Le paragraphe 5 ne fait référence qu'au paragraphe 2 et non pas au paragraphe 1. Cela implique que les règles d'un système de règlement-livraison peuvent l'emporter sur la protection de l'**ABF** lorsque l'acquisition est liée à une écriture défectueuse antérieure, alors qu'elles ne peuvent l'emporter sur la protection de l'**ABF** lorsque l'acquisition constitue une violation des droits d'une autre partie. Le motif de cette différence n'est pas clair pour certaines délégations³⁰. Toutefois, cela est dû à la différence entre ces deux paragraphes (*supra* paragraphe 23). De par leur nature, les systèmes de règlement-livraison ne traitent pas des questions de propriété des titres, mais de validité et d'opposabilité des écritures comptables. Par conséquent, si les règles d'un système de règlement-livraison interfèrent, elles concerneront normalement la transaction elle-même et les écritures correspondantes (c'est-à-dire l'objet du paragraphe 2), et non pas les droits patrimoniaux du vendeur (c'est-à-dire l'objet du

²⁹ Une délégation a toutefois mis en garde contre un risque du paragraphe 5 parce qu'il permet d'écarter la protection octroyée à l'acquéreur de bonne foi en vertu du paragraphe 2, et fait obstacle à son extension au paragraphe 1; voir le document soumis par la délégation suisse (Doc. 105, p. 3).

³⁰ Voir les documents soumis par la Commission européenne (Doc. 104, p. 1, en accord avec les préoccupations de la BCE) et par la Finlande (Doc. 102, p. 3).

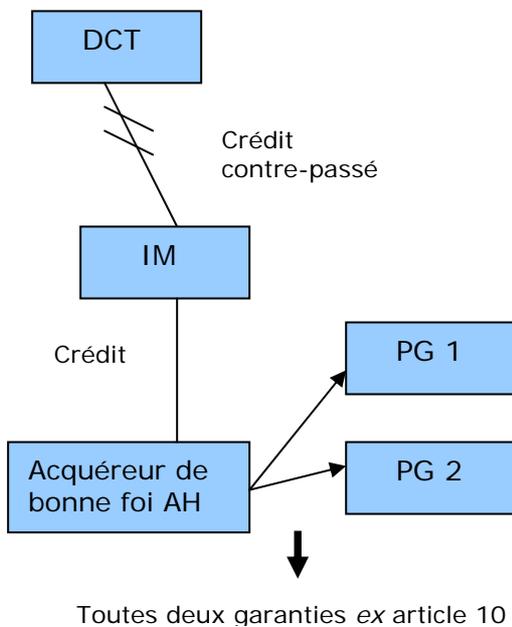
paragraphe 1). Cela étant dit, il se peut que le paragraphe 5 doive être clarifié après avoir réexaminé la différence entre les paragraphes 1 et 2.

7. LIEN AVEC D'AUTRES DISPOSITIONS

27. Le lien entre l'article 14 et d'autres dispositions de la Convention a également soulevé quelques problèmes; en particulier, avec les articles 10, 13 et 18.

7.1 ARTICLE 14 ET ARTICLE 10

28. **Question.** L'article 14(2) contient une référence à l'article 10, qui n'a pas son parallèle à l'article 14(1). La raison est que, dans le texte actuel, le preneur de garantie qui prend une garantie au moyen d'un crédit a un droit patrimonial et est protégé en vertu de l'article 14, alors que le preneur de garantie qui prend la garantie au moyen d'une identification n'est protégé que par la règle de priorité du "premier constitué" ("first in time") (article 15). Ainsi, des règles de priorité différentes peuvent s'appliquer selon que la disposition est effectuée par un crédit ou par une identification.



Exemple 1. Si l'on revient à l'exemple du paragraphe 23(a), nous savons déjà que l'acquéreur de bonne foi AH est protégé par l'article 14(2) même en cas de contre-passation à un échelon supérieur. Si AH donne ensuite ses titres intermédiés en garantie au PG 1 en vertu de l'un des moyens prévus à l'article 10, PG 1 est également protégé en vertu de l'article 14(2) et la contre-passation du crédit à l'échelon supérieur ne peut être invoquée pour rendre sa garantie invalide ou inopposable. Si AH donne ses titres en garantie à PG 1 en vertu de l'article 10, puis à PG 2 également en vertu de l'article 10, le conflit entre PG 1 et PG 2 est résolu en vertu de la règle du premier constitué de l'article 15. Il faut noter que, dans ce cas, PG 2 serait aussi protégé en vertu de l'article 14(2) *vis-à-vis* de l'écriture défectueuse à l'échelon supérieur.

29. **Raisonnement.** Il semble que ce soit l'approche suivie par le texte actuel de la Convention. Quelques délégations sont néanmoins en désaccord avec cette approche³¹. Elles la considèrent "injustifiée", conduisant à des résultats arbitraires: la question de savoir s'il y a acquisition effective en vertu de l'article 14(1) ou si elle est soumise à un droit antérieur dépendra d'une simple formalité. Si l'inscription en compte est faite sur le même compte (identification), il y a soumission à un droit antérieur, alors que si l'inscription est faite sur un autre compte, il peut y avoir acquisition de bonne foi. Elles suggèrent par conséquent de déplacer des méthodes de l'article 10 au paragraphe 1 de l'article 14. D'autres délégations défendent au contraire le maintien de l'approche actuelle³². Elles estiment que restreindre le champ d'application de l'article 14 aux droits acquis par un crédit sur un compte de titres est une solution raisonnable et qui permet de distinguer les portées respectives des articles 14 et 15. En vertu de l'article 14, l'acquisition de bonne foi de titres intermédiés par le crédit sur le compte d'un acquéreur de bonne foi bloque tout

³¹ Voir les commentaires soumis par la délégation allemande (Doc. 98, p. 3).

³² Voir les commentaires soumis par la délégation suisse (Doc. 105, p. 3).

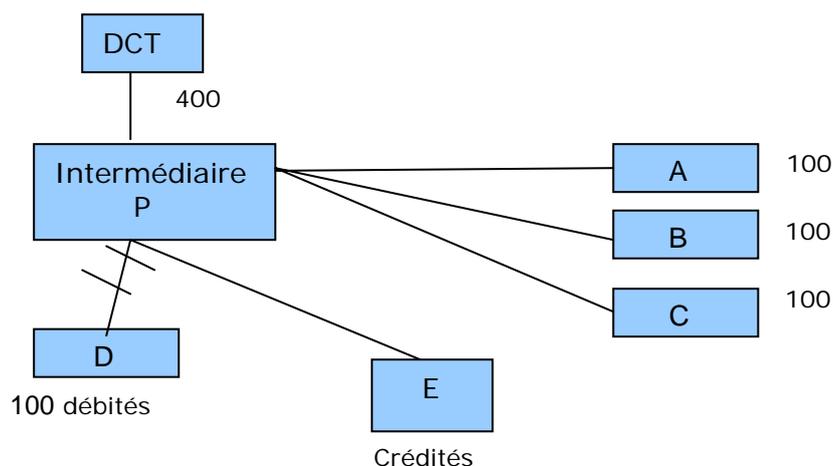
droit antérieur portant sur les titres. Par exemple, les prêteurs qui détiennent une garantie sur le compte du cédant perdent leur garantie. Le fait d'étendre l'article 14 à l'octroi de droits conformément à l'article 10 perturberait profondément la priorité établie par l'article 15 parmi les droits portant sur les mêmes titres intermédiés crédités sur le même compte. Par exemple, dans un pays où les droits peuvent être conférés par des conventions de contrôle, un preneur de garantie postérieur pourrait invoquer la protection en cas d'acquisition de bonne foi pour avoir priorité sur un preneur de garantie antérieur sur les mêmes titres. Cela entrave manifestement le rang *prior tempore potior jure* établi par l'article 15.

Cette discussion implique une décision de politique générale qui sera prise lors de la Conférence diplomatique. Nous reviendrons de toute façon sur ce problème dans les paragraphes qui suivent.

7.2. ARTICLE 14 ET ARTICLE 13

30. **Contexte de l'article 14.** Il est important de souligner le lien systématique qui existe entre l'article 13 et l'article 14. Conformément à l'article 13, le droit non conventionnel détermine la validité d'un crédit ou d'une identification, s'ils sont susceptibles d'être contre-passés, les effets (le cas échéant) à l'égard des tiers et les conséquences de la contre-passation, et si une inscription peut être soumise à une condition et ses effets éventuels. On a dit pour cette raison que la *Convention n'harmonise pas le "côté débit" des opérations*. L'article 14 sert de contrepoids. Il parvient à un minimum d'harmonisation en protégeant les **ABF**. Si une personne relève de l'article 14, elle sera protégée indépendamment de l'interférence du droit non conventionnel. Dans le même esprit, on peut dire que la Convention n'harmonise pas le "côté débit" de l'opération mais elle *harmonise le "côté crédit"*.

31. **Application cumulative des articles 13 et 14.** Toutefois, l'application cumulative de ces deux dispositions peut entraîner des problèmes pratiques. Si le débit n'a pas été effectué avec l'autorisation de la partie concernée, le titulaire de compte est protégé en vertu de l'article 13: le débit n'est pas valable et le droit non conventionnel détermine les conséquences. Le créancier peut quant à lui être protégé par l'article 14, et la Convention détermine les conséquences, à savoir que l'**ABF** a les droits conférés par la Convention aux titres intermédiés portés au crédit de son compte. Cela peut conduire à des résultats différents. On peut les analyser avec un exemple pratique.



| | A | B | C | D | E |
|------------|-----|-----|-----|----|-----|
| Résultat 1 | 100 | 100 | 100 | 0 | 100 |
| Résultat 2 | 80 | 80 | 80 | 80 | 80 |
| Résultat 3 | 75 | 75 | 75 | 75 | 100 |
| Résultat 4 | 100 | 100 | 100 | 50 | 50 |

L'intermédiaire P détient 400 pour le compte de ses clients (A, B, C et D). A, B, C et D avaient chacun 100. D transfère ses 100 à E, et P débite D de 100 et crédite E de 100. Pour quelque raison, le débit de D s'est avéré non valable en vertu de l'article 13(1). E est protégé en vertu de l'article 14. L'article 13(1) quant à lui fait que le débit de 100 à D n'est pas valable et laisse le droit interne en régler les conséquences. Supposons qu'il n'y a que 400 à partager entre A, B, C, D et E. Ce scénario ne se produira probablement pas étant donné que Int P est obligé de couvrir toutes les créances et achètera par conséquent 100 supplémentaires sur le marché pour combler la perte. Mais cela peut être inutile si, avant d'exécuter ses obligations, P est en faillite, ou cela peut aussi ne pas être le cas si l'intermédiaire a procédé au débit suivant les instructions de D³³. On peut alors imaginer quatre résultats possibles. Résultat 1: le droit non conventionnel considère que D a perdu ses droits sur les titres intermédiés et n'a qu'une créance contractuelle à l'encontre de l'intermédiaire ou de toute personne responsable du vice de l'inscription. Le résultat est simple, D a un droit contractuel, et A, B, C et E ont chacun 100. Ce sera le résultat dans la plupart de pays qui qualifient les droits des titulaires de comptes de droit direct sur les titres sous-jacents et, par conséquent, dans lesquels si quelqu'un acquiert quelque chose en vertu du principe de bonne foi, quelqu'un doit l'avoir perdu³⁴. Résultat 2: si, conformément au droit non conventionnel, le débit n'est absolument pas valable en ce qui concerne D, D devrait être considéré comme un titulaire de compte détenant un droit sur les 100. Comme il n'y a que 400 à distribuer parmi A, B, C, D et E, une règle au *pro rata* s'applique et chaque titulaire de compte reçoit 80³⁵. Résultat 3: une autre solution possible consisterait à garantir une protection complète à E en vertu de l'article 14 et à distribuer les titres restants parmi les autres titulaires de comptes. En vertu de cette règle, A, B, C et D auraient 75 et E aurait 100. Résultat 4: une autre règle encore est que le total de D et E ne devrait pas dépasser 100, c'est-à-dire que A, B et C ne devraient pas être affectés. Si c'est le cas, le résultat est que D et E partagent et auront chacun 50.

32. En ce qui concerne ce scénario (c'est-à-dire l'insolvabilité de P avant la correction de la perte), le texte actuel de la Convention établit une différence entre le "côté crédit" et le "côté débit". Pour ce qui est du "côté crédit", E est protégé en tant que titulaire de compte avec un droit formel sur 100 actions. Quant au "côté débit", la Convention détermine seulement que le débit *vis-à-vis* de D n'est pas valable, mais laisse le droit non conventionnel régler les conséquences. Par conséquent, le droit non conventionnel interne peut très bien prévoir:

- (a) que D a perdu ses droits sur les titres intermédiés et n'a qu'une créance contractuelle *vis-à-vis* de l'intermédiaire. C'est probablement la solution en vertu des systèmes juridiques qui se basent sur le principe selon lequel si quelqu'un acquiert un bien en vertu du principe de la bonne foi, quelqu'un doit l'avoir perdu, et conduira en pratique au Résultat 1; ou
- (b) que D n'a pas perdu ses droits sur les titres. Dans ce cas, D est considéré comme un titulaire de compte (et évidemment E aussi). Si, conformément au droit non conventionnel, D garde ses droits sur les 100 titres, l'affectation sera régie par l'article 23 de la Convention (règle de la répartition de la perte).

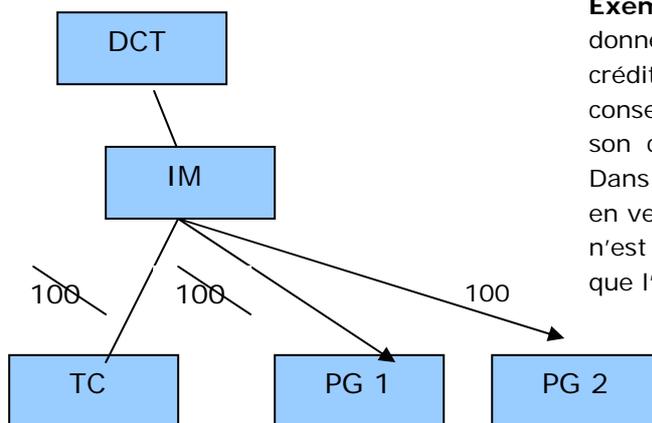
³³ Il convient de noter que même si D donne des instructions à P pour qu'il débite son compte, le débit pourrait être frappé d'invalidité en vertu du droit non conventionnel si, par exemple, le consentement de D était vicié (pour cause de contrainte, erreur, etc.).

³⁴ Voir les commentaires soumis par la France (Doc. 107 Rev., p. 3); la Commission européenne (Doc. 104, p. 1) et l'Allemagne (Doc. 98, p. 4).

³⁵ Il s'agit de ce que l'on appelle la "situation gagnant-gagnant" car D et E sont tous deux formellement considérés comme des titulaires de comptes ayant chacun droit à 100. Naturellement, l' "inflation de titres" n'est que formelle et dans les livres comptables de l'intermédiaire.

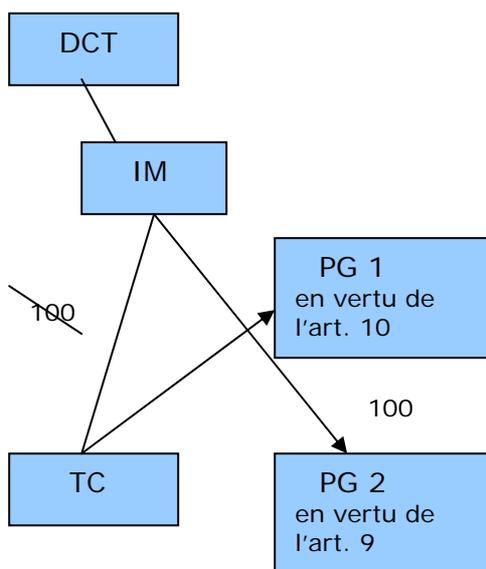
De toute façon, cette explication signifie que l'article 14 n'est qu'une règle qui qualifie une personne d'**ABF**, mais qui n'en détermine pas les conséquences économiques, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une règle relative à la qualification d'une personne en tant que titulaire de compte, mais pas une règle sur la répartition. Ainsi, si une personne est considérée comme **ABF**, elle doit être considérée comme un titulaire de compte, comme tout autre titulaire de compte (ce qui pourrait inclure le *verus domino* si c'est le cas en vertu du droit non conventionnel). La façon de répartir les titres est alors régie par le Ch. IV (ou par le droit non conventionnel, selon l'interprétation (a) ou (b) qui est finalement adoptée)³⁶.

33. Il peut être utile de souligner que la même analyse s'applique à un conflit entre deux preneurs de garantie (de bonne foi) en vertu de l'article 9.



Exemple. Supposons que le titulaire de compte TC donne ses titres intermédiés en garantie à PG 1 en créditant les titres sur son compte. Ainsi, sans le consentement de PG 1, les titres sont débités de son compte et crédités sur un compte de PG 2. Dans ce cas, si PG 2 est considéré comme un **ABF** en vertu de l'article 14, le conflit entre PG 1 et PG 2 n'est pas résolu par l'article 15, mais par les règles que l'on vient de mentionner³⁷.

34. Pour avoir une image complète du lien entre les articles 10, 13, 14 et 15, il peut être utile d'analyser un autre exemple: le conflit entre un preneur de garantie en vertu de l'article 10 et un preneur de garantie en vertu de l'article 9.



Exemple. Supposons que le titulaire de compte TC donne ses titres intermédiés en garantie à PG 1 par l'un des moyens prévus à l'article 10. Puis, sans le consentement de PG 1, les titres sont débités de son compte et crédités à un compte de PG 2. Dans ce cas, si PG 2 est considéré comme un **ABF** en vertu de l'article 14, le conflit entre PG 1 et PG 2 n'est pas non plus résolu par l'article 15. PG 1 ne peut pas invoquer sa garantie vis-à-vis de PG 2 en vertu de la règle du premier constitué. PG 2 est considéré comme un titulaire de compte détenant une garantie sur les titres et PG 1 ne peut qu'avoir une créance à l'encontre de TC.

³⁶ Il convient de relever que dans l'exemple numérique ci-dessus, si E se voit attribuer moins que la totalité des 100, ce résultat n'est pas contraire à la protection de E en tant qu'acquéreur de bonne foi. Au contraire, ce n'est qu'une conséquence du fait que E choisit de recevoir les titres sur son compte auprès de P, P n'a pas effectué correctement le débit sur le compte de D et P a échoué.

³⁷ Il convient de noter que, dans ce cas, on pourrait dire que le débit ne serait pas valable si PG 1 n'avait pas donné son consentement et, par conséquent, l'article 13 s'applique au "côté débit" de l'opération.

Dans cet exemple, en vertu du texte actuel de la Convention, PG1 pourrait invoquer l'article 13(1) et parvenir au même résultat que celui mentionné plus haut pour un conflit entre les deux preneurs de garantie en vertu de l'article 9.

7.3. ARTICLE 14 ET ARTICLE 18

35. Quelques délégations ont exprimé des doutes sur le lien qui existe entre l'article 14 et le régime d'insolvabilité. En particulier, elles se sont demandées si l'administrateur d'insolvabilité peut être considéré comme une "autre personne" au sens de l'article 14³⁸. Si la réponse est positive, la question qui se pose alors est celle de savoir si cela signifie que l'article 14 peut primer les actions visant à annuler les transactions qui sont prévues par la loi nationale et protégées par l'article 18. La question est celle de savoir si une personne peut soutenir avoir acquis les titres intermédiés à titre onéreux et de bonne foi (c'est-à-dire sans savoir le préjudice que le transfert peut causer aux autres créanciers) en tant qu'exception aux règles relatives à l'annulation d'une opération établies par les règles en matière d'insolvabilité.

36. Ceci n'a pas été discuté en détail jusqu'à présent et la question a probablement besoin d'être analysée de façon plus approfondie. Dans ce cas, la question est liée au champ d'application de l'article 18(a). Conformément à cette règle, rien dans la Convention (*y compris l'article 14*) ne porte atteinte aux règles en matière 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. A première vue, cela signifie que l'article 14 n'offre pas de "sphère de sécurité" *vis-à-vis* des actions portant à l'annulation de transactions en cas d'insolvabilité *pour autant que* l'action en question relève de l'article 18 (c'est-à-dire si le transfert est effectué en fraude des droits des créanciers³⁹).

8. AUTRES QUESTIONS

37. **Point de rédaction.** L'article 14(1)(c) *in fine* ne prévoit qu'un motif d'invalidité ou de contre-passation ("*... que le droit de cette personne affecte la validité d'un crédit ou d'un débit antérieur à un autre compte de titres*"). Une délégation a proposé d'élargir le champ d'application de cet alinéa afin de généraliser la règle: "*le crédit n'est pas frappé d'invalidité et n'est pas susceptible d'être contre-passé comme résultat des droits de cette autre personne*"⁴⁰. Cela rapprocherait davantage le paragraphe 1(c) de l'approche suivie au paragraphe 2(a).

38. **Propositions additionnelles.** A propos du champ d'application de l'article 14, la même délégation estime qu'il faut clarifier deux autres aspects:

- (a) Dans les cas où la règle de priorité du premier constitué de l'article 15 ne s'applique pas, la personne qui acquiert un droit en vertu de l'article 10 devrait pouvoir bénéficier de la protection offerte par l'article 14.

Arguments. L'article 15 établit une règle de priorité du premier constitué pour des droits concurrents acquis en vertu de l'article 10 (c'est-à-dire par une identification ou une convention de contrôle, ou par un intermédiaire de son titulaire de compte sans autre mesure supplémentaire). A juste titre par ailleurs, l'article 15 ne s'applique qu'aux "droits sur les mêmes titres intermédiés concurrents", c'est-à-dire aux titres

³⁸ Voir les commentaires soumis par la Finlande, (Doc. 102, p. 3); la Grèce, (Doc. 114, p. 3). Mais voir également les commentaires soumis par les Etats-Unis d'Amérique dans le Doc. 113, p. 2-3.

³⁹ Si l'on tient compte du fait que l'article 14 ne protège que les transferts à titre onéreux, si la disposition est faite dans les conditions du marché, le risque que le transfert soit annulé est peu important.

⁴⁰ Voir les commentaires soumis par la délégation américaine dans le Doc. 74.

intermédiés crédités sur le même compte de titres. Dans ce contexte, l'application de la règle de la première acquisition dans le temps a un sens (article 15) plutôt que l'application des règles de l'acquisition de bonne foi de l'article 14 (dernière acquisition dans le temps). Considérons toutefois l'exemple suivant: une revendication non associée à des droits concurrents de l'article 10 sur les mêmes titres intermédiés qui sont régis par l'article 15. Par exemple, un tiers pourrait invoquer que les titres intermédiés résultent de titres perdus ou volés. Il n'y a pas de raison de refuser à un acquéreur en vertu de l'article 10 la protection de l'acquéreur de bonne foi en vertu de l'article 14 dans ce contexte simplement parce qu'il n'a pas reçu un droit sous forme de crédit. La Convention devrait être révisée en conséquence. (On relève que l'article 14(2) ne suffit pas à protéger le preneur de garantie dans cet exemple, car la personne qui revendique peut invoquer, par exemple, le fait que les certificats ont été volés et résultent du compte pertinent.)

- (b) L'application de ce que l'on appelle le "*shelter principle*" (à savoir que le cessionnaire reçoit ce que le cédant peut transférer et, dans ce cas, la propriété ou un droit limité mais libre de toute revendication), également à l'acquéreur en vertu de l'article 10.

Argument. Supposons maintenant que le titulaire d'un compte fait une acquisition (au moyen d'un crédit) des titres intermédiés et puisse bénéficier de la protection de l'acquéreur de bonne foi en vertu de l'article 14. Une revendication est faite par la suite (par exemple sur la base du fait que les titres résultent de titres perdus ou volés). Cette revendication est ensuite connue de tous sur le marché et le titulaire de compte propose alors de transférer un droit sur ses titres intermédiés à une autre personne (qui a connaissance de cette revendication) en vertu de l'article 10. Conformément au "*shelter principle*" généralement applicable, l'acquéreur en vertu de l'article 10 devrait être protégé de la revendication et la Convention devrait le dire clairement.

Les deux points devront être analysés de façon plus approfondie lors de la Conférence diplomatique.