



**CONFERENCE DIPLOMATIQUE POUR L'ADOPTION
D'UNE CONVENTION SUR LES REGLES DE DROIT
MATERIEL APPLICABLES AUX TITRES INTERMEDIÉS**
(Genève, 1-13 septembre 2008)

UNIDROIT 2008
CONF. 11 – Doc. 10
Original: anglais
juin 2008

Observations

(présentées par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique)

La délégation des États-Unis a le plaisir de soumettre ces observations préalablement à la Conférence diplomatique de Genève de septembre 2008. Certaines des observations qui suivent réitèrent des propositions et suggestions antérieures présentées par les États-Unis qui n'ont pas été complètement débattues lors des réunions du Comité d'experts gouvernementaux. D'autres reprennent des propositions antérieures en y apportant des modifications. D'autres propositions et commentaires sont entièrement nouveaux. Dans l'intérêt de la commodité, toutes ces observations ont été reprises dans un seul document. Bien entendu, les États-Unis se réservent de soumettre des observations complémentaires avant la Conférence diplomatique si les circonstances l'y invitaient.

TABLE DES MATIÈRES

1. Précision du statut d'intermédiaire ainsi que cela est proposé dans le Rapport sur les systèmes transparents ;
2. Effet d'un débit frappé d'invalidité ou d'un débit effectué en violation d'une convention de contrôle ;
3. Acquisition de bonne foi en vertu de l'article 14, et questions connexes ;
4. Clarification de la relation entre la Convention et le droit de l'insolvabilité ;
5. Clarification de l'article 19 sur l'interdiction des saisies à l'échelon supérieur ;
6. Exonération limitée de la responsabilité de l'intermédiaire ;
7. Relation entre l'article 12 – (Exigences de preuve) et l'opposabilité d'un crédit.

1. Précision du statut d'intermédiaire ainsi que cela est proposé dans le Rapport sur les systèmes transparents

Le Comité de rédaction devra veiller à ce que le texte de la Convention reprenne la teneur de l'article 1, paragraphes 3, 4, et 5, de la Convention de la Haye sur les titres

a. Antécédents

Le Rapport sur les systèmes transparents (Etude LXXVIII - Doc. 88) suggérait que la Convention devrait contenir des dispositions semblables à celles de l'article 1, paragraphes 3, 4, et 5 de la Convention de la Haye sur les titres. Ces "dispositions... visent à préciser si certaines personnes (y compris certains systèmes et leur participants) doivent être considéré comme des intermédiaires aux fins de la Convention [de la Haye sur les titres]."¹ Il existait un consensus au sein de la plénière que le fond de ces dispositions devrait être reflété dans le texte de la Convention. Toutefois, le temps disponible durant la quatrième session du Comité de rédaction n'a pas été suffisant pour mener cette tâche à bien.

L'article 1(3) de la Convention de la Haye sur les titres:

"indique clairement qu'une personne n'est pas un intermédiaire pour la seule raison qu'elle agit en tant qu'agent de registre ou de transfert d'un émetteur de titres (Art. 1(3)(a)), ou qu'elle tient dans ses propres livres des écritures portant sur des titres inscrits en compte de titres tenu par un intermédiaire au nom d'autres personnes pour lesquelles elle agit comme gestionnaire, agent ou autrement dans une qualité purement administrative (Art. 1(3)(b))."²

L'article 4 de la Convention reflète en partie ce que la Convention de la Haye sur les titres cherche à préciser dans son article 1(3), dans la mesure où l'article 4 dispose que l'activité portant sur des titres par un dépositaire central de titres ou une autre personne "à l'égard de l'émetteur de ces titres" ne relève pas du champ d'application de la Convention. Toutefois, la Convention ne traite pas la question visée par l'article 1(3)(a) de la Convention de la Haye sur les titres pour ce qui est des agents de registre ou de transfert. Cette omission devrait être examinée et rectifiée à la Conférence diplomatique. Une version révisée de l'article 4 qui réglerait ce point est reproduite ci-dessous.

Les paragraphes 4 et 5 de l'article 1 de la Convention de la Haye sur les titres se trouvent en revanche actuellement reflétés dans la Convention. Le paragraphe 4 précise qu'une personne agissant en qualité de dépositaire central de titres (terme qui n'est défini ni dans la Convention ni dans la Convention de la Haye sur les titres) peut être considérée comme un intermédiaire, et la définition en vertu de la Convention du terme "intermédiaire" a été élargie au cours de la quatrième session du Comité d'experts gouvernementaux afin d'obtenir le même degré de précision. De même, le paragraphe 5 permet à un État contractant de déclarer que les opérateurs de certains systèmes ne doivent pas être considérés comme des intermédiaires³ et l'article 2 de la Convention, qui a également été ajouté à la quatrième session, est basé sur ce paragraphe et le reprend pour l'essentiel.

¹ Roy GOODE, Hideki KANDA, & Karl KREUZER, *Rapport explicatif sur la Convention de la Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire* (2006) (RAPPORT EXPLICATIF CHT).

² RAPPORT EXPLICATIF CHT à la p. 44.

³ L'article 1(5) a été rédigé essentiellement pour tenir compte du système CREST du Royaume-Uni. RAPPORT EXPLICATIF CHT at 40-41.

b. Texte révisé proposé de l'article 4*Article 4*

[Dépositaires centraux de titres, agents de registre et de transfert]

1. La présente Convention ne s'applique pas à l'activité consistant à créer, enregistrer ou réconcilier des titres effectuée par des dépositaires centraux de titres ou d'autres personnes à l'égard de l'émetteur de ces titres.

2. Une personne n'est pas considérée comme intermédiaire au sens de la présente Convention pour la seule raison qu'elle agit en tant qu'agent de registre ou de transfert d'un émetteur de titres.

2. Effet d'un débit frappé d'invalidité ou d'un débit effectué en violation d'une convention de contrôle

La Convention devrait énoncer clairement que les effets d'un débit frappé d'invalidité en vertu de l'article 13(1) sont régis par le droit non conventionnel.

a. Antécédents

L'effet de l'invalidité d'un débit à un compte de titres ou d'une identification en vertu de l'article 13(1) a fait l'objet de discussions intenses au cours des deux premières sessions du Comité d'experts gouvernementaux et des réunions inter-sessions à Berne et à Paris en 2005 et 2006. Différentes opinions ont été exprimées. Certaines considéraient que l'invalidité du débit ne devrait pas priver de ses droits réels le titulaire de compte ou le titulaire d'un droit en vertu de l'article 10. D'autres observaient que ce résultat créerait un problème fondamental au regard du droit non conventionnel de nombreux Etats et que la victime de l'invalidité du débit devrait seulement disposer d'un recours contractuel contre l'intermédiaire. Une opinion médiane était que le droit réel serait perdu, mais que l'intermédiaire serait obligé de fournir les titres nécessaires pour rétablir le crédit au compte de titres concernés.

Le consensus s'est formé qu'il serait impossible de parvenir à une solution harmonisée de cette question dans la Convention et qu'elle devrait être laissée au droit non conventionnel. Cette position a été expliquée et illustrée à la conclusion de la troisième session par le Président du Comité de rédaction⁴. Les observations présentées par certaines délégations sur la Note préliminaire préparée par le Président du Groupe de travail sur l'article 14 (Etude LXXVIII - Doc. 96) reflètent une certaine confusion sur ce point. En conséquence les États-Unis pensent que le texte de la Convention devrait préciser cette question.

b. Nouvel alinéa (f) proposé de l'article 13(2)

Nous suggérons qu'un nouvel alinéa (f) soit ajouté à l'article 13(2), comme suit :

(f) L'effet d'un débit frappé d'invalidité en vertu du paragraphe 1.

⁴ Voir Étude LXXVIII - Doc. 58 (annexes), annexe 17, 4.

3. Acquisition de bonne foi en vertu de l'article 14 et questions connexes

a. Antécédents

Avant la quatrième session du Comité d'experts gouvernementaux, les États-Unis avaient proposé (dans Etude LXXVIII - Doc. 74, parties 2-5) plusieurs éclaircissements et précisions des règles de la Convention concernant l'acquisition de bonne foi (contenues par la suite dans l'article 12, et maintenant dans l'article 14). Quoique ces propositions aient rencontré un certain soutien de en plénière (notamment de la France), le temps n'a pas permis de toutes les examiner durant la quatrième session et le Comité de rédaction ne les a pas entièrement prises en considération. On trouvera à la fin de cette section une version révisée de l'article 14 qui reflète les propositions présentées ci-après.

Nous réitérons avec force l'importance des règles sur l'acquisition de bonne foi. Ainsi que nous l'avons dit dans nos observations (Etude LXXVIII - Doc. 112) sur la Note préliminaire préparée par le Président du Groupe de travail sur l'article 14 (Etude LXXVIII - Doc. 96):

“la nécessité que les parties à une opération puissent reposer leur confiance dans les droits qu'elles acquièrent, et que ceux-ci soient exempts de risques indus d'être troublés par des circonstances survenant ultérieurement, est bien sûr largement reconnue depuis de nombreuses générations et dans de nombreux domaines du droit. Mais dans le contexte des titres intermédiés, cette nécessité est encore plus impérieuse et la marge de risque encouru doit être diminuée. Les raisons qui constituent ces conditions particulières tiennent essentiellement à la rapidité avec laquelle les transactions sur les titres intermédiés sont conclues et réalisées, et la difficulté ou l'impossibilité de tracer les crédits et les débits d'un système national à l'autre, et bien souvent au sein même des systèmes nationaux. La valeur du compte de titres repose sur le crédit, et les risques juridiques liés au crédit entachent sa crédibilité au détriment de la confiance indispensable pour supporter des échanges commerciaux solides et des décisions financières gouvernementales saines.”

b. Clarification de l'article 14(3) (Source: Etude LXXVIII - Doc. 74, 2^{ème} partie)

Si un intermédiaire acquiert des titres intermédiés et inscrit un crédit correspondant sur le compte de son titulaire de compte, l'acquisition n'est pas effectuée “par voie de donation ou de toute autre manière à titre gratuit” au sens de l'article 14(3). La Convention devrait être révisée afin de clarifier ce point et préciser que l'article 14(1) s'applique au profit l'intérêt d'un intermédiaire dans ce contexte.

Prenons en considération l'exemple suivant: l'Intermédiaire 2 (IM-2) reçoit un crédit sur son compte auprès de l'Intermédiaire 1 (IM-1), au profit du titulaire de compte de IM-2 (TC). IM-2 porte les titres pertinents au crédit du compte de TC. Un tiers, X, affirme une revendication sur les titres intermédiés qui ont portés au crédit du compte de IM-2 puis inscrits par celui-ci au crédit du compte de TC, et introduit une action envers IM-2 et TC. IM-2 et TC basent leur défense sur l'acquisition de bonne foi conformément à l'article 14(1). X répond que IM-2 a acquis les titres intermédiés “par voie de donation ou de toute autre manière à titre gratuit” et que, par conséquent, selon l'article 14(3), IM-2 n'a pas droit à la protection de l'article 14(1).

Il est possible que IM-2 n'ait effectivement rien versé à personne pour recevoir le crédit sur son compte auprès de IM-1. Par exemple, TC pourrait avoir payé l'auteur du transfert du crédit directement, de sorte que IM-2 aurait réalisé un “transfert gratuit” dans les comptes de IM-1. Cependant, IM-2 a pris à sa charge des obligations et des responsabilités importantes envers TC par l'effet du crédit qu'il a effectué au compte de celui-ci. Voir, par exemple, les articles 7(2); 20;

21(1) et (3); 22(1). Il en résulte que la réception par IM-2 d'un crédit sur les livres de IM-1 au profit de TC n'était pas une donation ou une acquisition à titre gratuit. Cette activité fait partie intégrante de l'activité des intermédiaires de titres. Par conséquent, l'article 14(1) devrait s'appliquer et la Convention devrait être révisée afin de clarifier ce point.

c. Application limitée de l'article 14 aux acquisitions de droits conformément à l'article 10 (Source: Etude LXXVIII - Doc. 74, 3^{ème} partie)

Dans les cas où la règle de priorité temporelle de l'article 15 (régissant le rang entre droits – constitués conformément à l'article 10 – concurrents) ne s'applique pas, une personne qui acquiert un droit conformément à l'article 10 devrait jouir du bénéfice de la protection de l'acquisition de bonne foi conformément à l'article 14(1). La Convention devrait également donner effet à la règle de la protection des personnes qui reçoivent leur droit de l'acquéreur de bonne foi ("shelter principle").

(i) Application directe de l'article 14

L'article 15 établit une règle de priorité fondée sur l'antériorité temporelle pour déterminer le rang des droits concurrents rendus opposables aux tiers conformément à l'article 10 (à savoir, par une identification ou une convention de contrôle, ou par le simple fait que le droit est conféré à l'intermédiaire par son titulaire de compte). En outre, et à juste titre, l'article 15 s'applique seulement aux droits concurrents "sur les mêmes titres intermédiés", c'est-à-dire les titres intermédiés portés au crédit du même compte de titres. Dans ce contexte, il est logique d'appliquer la règle basée sur l'antériorité des droits (sous réserve des conditions posées par l'article 15) et non pas les règles de l'acquisition de bonne foi de l'article 14(1) – privilégiant le droit postérieur (à noter que l'article 14(2) accorde déjà une protection aux droits relevant de l'article 10).

Prenons en considération, cependant, une revendication qui ne serait pas basée sur les droits concurrents acquis conformément à l'article 10 sur les mêmes titres intermédiés, qui sont régis par l'article 15. Par exemple, un tiers pourrait affirmer que les titres intermédiés correspondent à des titres perdus ou volés. Il n'y a aucune raison de principe qu'un acquéreur de titres conformément à l'article 10 se voie refuser la protection de l'acquisition de bonne foi prévue par l'article 14(1) dans un tel cas simplement parce qu'il n'a pas reçu de crédit en compte. La Convention devrait être révisée pour traiter cette situation.

b. Application de l'article 14 en vertu du Shelter Principle

Imaginons qu'un titulaire de compte acquiert (en vertu d'un crédit) des titres intermédiés et remplit les conditions pour bénéficier de la protection de l'acquéreur de bonne foi conformément à l'article 14. Une revendication est ensuite élevée par un tiers (par ex., que les titres intermédiés correspondent à des titres perdus ou volés), qui devient de domaine public sur le marché ; puis le titulaire de compte propose de transférer un droit sur ces titres intermédiés à une autre personne (qui a connaissance de la revendication), conformément à l'article 10. Selon le *shelter principle* d'application générale (le cédant transmet tels quels ses droits, dans ce cas la propriété libre de toute revendication), la personne qui a acquis conformément à l'article 10 devrait être protégée de la revendication. Le même résultat devrait être obtenu pour ce qui est de toute personne qui acquiert un droit ultérieurement dans la chaîne des transferts. Ces résultats sont justifiés dans l'intérêt du titulaire de compte de bonne foi d'origine : en effet, ils protègent la négociabilité des titres intermédiés du titulaire de compte de bonne foi. Le *shelter principle* est partie prenante du système de l'acquisition de bonne foi.

Le nouvel article 14(4) reproduit ci-dessous consacre ce principe. Toutefois l'incorporation dans la Convention d'un principe aussi fondamental du droit de la propriété pose un défi tant sous

l'angle de sa formulation que pour ce qui est de l'application de cette disposition au regard de la grande diversité des systèmes de droit non conventionnel. On pourrait envisager d'expliquer ce principe dans le Commentaire officiel plutôt que de l'incorporer dans le texte de la Convention.

d. Révision de l'article 14(1)(c) (Source: Etude LXXVIII - Doc. 74, 4^{ème} partie).

L'article 14(1)(c) devrait être révisé pour prévoir qu'un crédit sur le compte d'un acquéreur de bonne foi n'est pas frappé d'invalidité ou susceptible de contre-passation en raison des droits d'une autre personne.

L'article 14(1)(c) prévoit que dans le cas d'un crédit sur le compte d'un acquéreur de bonne foi "le crédit n'est pas frappé d'invalidité et n'est pas susceptible d'être contre-passé au motif que le droit de cette [autre] personne affecte la validité d'un crédit ou d'un débit antérieur à un autre compte de titres." L'objectif de l'alinéa c) est d'assurer que les droits d'une autre personne n'ont pas pour effet de frapper d'invalidité ou de rendre susceptible de contre-passation le crédit sur le compte d'un acquéreur de bonne foi. Cependant, le "motif" indiqué à l'alinéa c) identifie seulement l'un des fondements que l'autre personne pourrait invoquer pour fonder l'invalidité ou la contre-passation. Nous suggérons que l'alinéa c) soit révisé comme indiqué ci-dessous.

e. Effet des fichiers publics, de l'enregistrement et de la notification (Source: Etude LXXVIII - Doc. 74, 5^{ème} partie)

L'inscription dans un fichier public, un enregistrement ou une notification ne devraient pas, en soi, exclure un acquéreur de titres intermédiés de la protection de l'acquisition de bonne foi prévue par l'article 14.

Dans certains systèmes juridiques, dont les Etats-Unis, l'inscription dans un fichier public, un enregistrement ou une notification (à l'exception par exemple d'une inscription à l'intérieur du système intermédié telle qu'une identification dans les livres de l'intermédiaire) offriront une protection à l'encontre de certaines revendications des tiers. Cependant, le critère de la bonne foi posé à l'article 14(4)(b) se limite à exiger l'absence d'une connaissance effective, ou de ce qu'on pourrait appeler la "cécité délibérée"⁵. La Convention devrait préciser que la présence d'une inscription dans un fichier public, d'un enregistrement ou d'une notification ne devrait pas constituer automatiquement une connaissance effective ou la "cécité délibérée". Les transactions sur le marché des titres intermédiés se trouveraient gravement entravées si les acquéreurs réalisaient qu'il leur faut consulter des fichiers publics, ce qui comporterait des retards et des coûts considérables.

f. Précision des effets lorsqu'une personne n'est pas en droit de bénéficier de la protection de l'article 14

La Convention (ou le Commentaire officiel) devrait indiquer clairement que lorsqu'une personne n'est pas en droit de bénéficier de la protection en vertu de l'article 14, toute responsabilité ou moyen de défense de cette personne est régi par le droit non conventionnel.

Ainsi que nous l'avons expliqué dans nos observations (Etude LXXVIII - Doc. 112) à la Note préliminaire (Etude LXXVIII - Doc. 96):

⁵ Nous avons bien noté que l'article 14(4)(b) apparaît maintenant entre crochets. Nous discutons le critère approprié concernant l'acquisition de bonne foi ci-dessous dans la partie 1.g. Mais quel que soit le niveau de connaissance qui sera en définitive adopté, l'observation ici reportée concernant les systèmes de publicité restera valable.

“[S]i une personne n'est pas en droit de bénéficier de la protection en vertu de l'article 14, c'est le droit non conventionnel qui devra résoudre le conflit entre cette personne et l'auteur d'une réclamation. En d'autres termes, une personne ne remplissant pas les conditions prévues à l'article 14 ne sera pas nécessairement exposée à une responsabilité ou à la perte de ses droits réels, à moins qu'elle ne dispose d'aucun recours non plus en vertu du droit non conventionnel, tel que celui dérivant de sa qualité d'acquéreur de bonne foi.”

La Convention (ou, peut-être, le Commentaire officiel) devrait préciser ce point.

g. Critère ou condition de la bonne foi en vertu des articles 14 et 16(2)

La Convention devrait entériner le critère de “cécité délibérée” relativement à la connaissance prévue par l'article 14(4)(b) tout en prévoyant un mécanisme de déclaration pour les Etats contractants leur permettant de ne pas appliquer ce critère.

Nous avons expliqué notre position et notre raisonnement concernant le critère approprié pour l'acquisition de bonne foi dans nos observations (Etude LXXVIII - Doc. 112) à la Note préliminaire (Etude LXXVIII - Doc. 96) comme suit :

“[L]es États-Unis estiment que la nature et la pratique des transactions sur les titres intermédiés imposent des exigences supérieures de certitude, de clarté et de bonne fin. En conséquence, les États-Unis sont fermement convaincus que la Convention devrait adopter un critère autonome, circonstancié, aux fins des articles 14 et 16(2), et pensent que le critère actuel de la Convention est satisfaisant à cet égard. Pour autant, les États-Unis concordent avec la position de la Suisse dans le document Doc. 105. Si cela était absolument nécessaire, les États-Unis pourraient envisager la possibilité que les Etats contractants fassent une déclaration écartant le critère de la Convention.

En outre, les États-Unis estiment que le critère actuel est pleinement cohérent avec l'approche fonctionnelle. Aussi bien pour ce qui est de son contenu que de sa structure générale fondée sur des faits, le critère actuel est absolument indépendant de toute doctrine ou structure conceptuelle de régime juridique particulier, y compris celui des États-Unis, de la même façon que le concept de bonne foi est indépendant de la structure doctrinaire ou conceptuelle de tout régime de droit civil. Le fait que le critère actuel ressemble de près à l'une des règles sur l'acquisition de bonne foi du droit des États-Unis ne change rien à cela. En outre le contenu du critère actuel n'est entaché d'aucune incertitude particulière ; au contraire il n'est pas très différent de celui qui concerne la connaissance, le soupçon, l'intention ou de nombreux autres faits subjectifs qui sont habituellement employé devant les tribunaux des pays de droit civil et de Common Law”.

Les États-Unis ont étudié avec intérêt les diverses observations à la Note préliminaire qui ont été soumises par les délégations. Ils ont également examiné le Rapport sommaire préparé par le Président du Groupe de travail (CONF. 11- Doc. 8). Il existe un consensus important au sein des délégations en faveur du principe que la Convention doit protéger les acquéreurs de bonne foi. Il existe également un soutien important en faveur de l'adoption d'un critère harmonisé dans la Convention.

Malgré un tel soutien, il apparaît maintenant improbable que le critère de l'acquisition de bonne foi puisse être formulé de façon à satisfaire toutes les délégations ou même une majorité

importante⁶. C'est la raison pour laquelle la version révisée de l'article 14 proposée par les États-Unis contient une disposition permettant aux États contractants d'écarter l'application du critère de la cécité délibérée de l'article 14 au moyen d'un mécanisme de déclaration. Un État contractant ayant fait la déclaration appliquerait le critère de la connaissance faisant obstacle à la bonne foi en vertu de son droit non conventionnel. Les États-Unis espèrent que ce compromis satisfera les États qui souhaitent préserver les critères prévus par leur droit non conventionnel, tout en offrant aux autres États l'opportunité d'accepter un critère harmonisé.

h. Connaissance par une organisation

La Convention devrait conserver le critère de la connaissance par une organisation prévu par l'article 14(4)(c), et l'assortir de précisions dans le Rapport explicatif, et ajouter une définition de "organisation".

La Convention devrait préciser comment sa définition de la connaissance s'applique dans le cas d'une organisation, et ce pour deux raisons : en premier lieu, parce qu'une organisation ne peut pas avoir de connaissance si ce n'est à travers des personnes ; deuxièmement, c'est par le truchement d'organisations que s'effectue la plupart des acquisitions de titres intermédiés, qui sont composées – ou en relation avec - des personnes nombreuses qui ont différents niveaux de connaissance et des rôles très variés.

(i) Fonctionnement du critère

Il ne semble pas y avoir de contestation quant à la façon dont le critère de la connaissance par l'organisation doit opérer : il doit indiquer pour qui la connaissance compte, tout en empêchant les abus et sans imposer des contraintes excessives. Une manœuvre qui serait clairement abusive et qui sera détaillée ci-dessous, serait celle où un opérateur commercial ayant une connaissance spécifique pourrait se mettre à l'abri des effets liés à la connaissance en faisant acquérir les titres intermédiés par un *nominee*, une filiale ou un sous-contractant extérieur. Les États-Unis pensent que le critère de la connaissance par une organisation devrait empêcher ce type d'abus en étant suffisamment souple, selon les circonstances de l'espèce, pour conclure à la connaissance même de personnes qui sont extérieures à l'organisation.

Le critère actuel de l'article 14(4)(c) de la Convention remplit les objectifs globaux d'un critère de la connaissance par une organisation, et en particulier il permet d'éviter tant les abus que les contraintes excessives. Il s'attache non seulement au "responsable de l'opération" mais également au moment où "la connaissance a été, où aurait raisonnablement dû être, porté à l'attention du responsable de l'opération ...". Une autre façon possible de formuler le critère de l'article 14(4)(c), que les États-Unis verraient aussi favorablement, est présentée ci-dessous.

Dans ces deux formulations, la référence au critère du raisonnable est important à deux égards au moins, qui devraient permettre d'écarter toute préoccupation éventuelle. Tout d'abord, si une action raisonnable porte un fait à la connaissance du responsable de l'opération en question, alors l'organisation qui acquiert les titres intermédiés est réputée avoir cette connaissance, que l'organisation ait effectivement agi raisonnablement ou non (cela dérive clairement du mot "ou" dans la disposition). Et, deuxièmement, le concept de raisonnable permet au critère de s'appliquer de façon souple et appropriée dans un large éventail de circonstances. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'établir des règles détaillées et rigides, qui ne produiraient pas les objectifs recherchés par le critère, outre le fait qu'il serait très difficile de les formuler.

⁶ On se souviendra qu'après une longue discussion au cours de la quatrième session, le Président du Comité a conclu qu'il n'existait pas de consensus au sein de la plénière et a demandé que l'article 14(4)(b) et (c) soit placé entre crochet.

Comme exemple important de cette souplesse, lorsque les circonstances indiquent que l'organisation acquérant les titres intermédiés devrait raisonnablement obtenir l'information d'une source *extérieure* à l'organisation, alors le critère posé exige à l'organisation de le faire. En d'autres termes, *rien ne limite le critère du raisonnable à des sources intérieures à l'organisation elle-même*. Ce point empêche directement la manoeuvre abusive visée plus haut, et si la plénière souhaite le préciser dans le texte même du Commentaire officiel de la Convention, les États-Unis seraient favorables à cette idée.

La souplesse du concept de raisonnable attaché au critère de la connaissance est important également dans d'autres circonstances, et pourrait avantageusement être mentionné dans le Commentaire officiel. Par exemple, le concept de raisonnable exige-t-il que chacun des employés de l'organisation, y compris ceux qui n'ont aucun rôle dans une acquisition particulière de titres intermédiés, rendent compte de leur connaissance spécifique aux personnes responsables de l'acquisition ? Nous suggérons que la réponse devrait généralement être négative afin de protéger les avantages de la division des fonctions au sein de l'organisation. Mais nous suggérons aussi qu'une obligation de rendre compte devrait exister dans certaines circonstances, notamment lorsque le compte-rendu de la connaissance fait partie des tâches qui sont assignées à l'employé (ainsi, pour un employé de banque chargé de suivre dans la presse financière les nouvelles portant sur les futures transaction de la banque), ou lorsque l'employé a des raisons de penser à un autre titre que sa connaissance, si elle était partagée, aurait un effet important sur l'acquisition.

Nous espérons que la plénière, sur la base des considérations qui précèdent, sera prête à accepter de maintenir le texte actuel, ou bien de le remplacer avec l'autre formulation proposée ⁷.

(ii) définition de "organisation" et son rôle limité

Les États-Unis préconisent que soit ajoutée une définition de "organisation" dans la Convention, et pensent qu'une interprétation appropriée du critère de raisonnable actuellement contenu dans l'article 14(4)(c), ainsi qu'on l'a décrite ci-dessus, devrait apaiser les inquiétudes à cet égard. Nous suggérons que le terme soit défini dans le sens indiqué ci-dessous. Le Commentaire officiel devrait clarifier la définition. Par exemple, des considérations appropriées seraient de savoir si l'entité en question peut assumer des obligations contractuelles et légales, et être propriétaire de biens, toutes qualités que doit posséder un titulaire de compte.

L'ajout de la définition permettrait simplement de préciser les circonstances dans lesquelles le critère de l'article 14(4)(c) s'appliquerait, avec toute la souplesse permise par le concept de raisonnable dans les circonstances. Cela ne déterminerait ni restreindrait aucunement les résultats de l'application de ce critère ; et en particulier cela n'affecterait pas le point important, discuté plus haut, que le critère de raisonnable pourrait empêcher une organisation d'invoquer abusivement son extranéité à la connaissance qu'ont les filiales ou d'autres entités à l'extérieur de l'organisation. Cela résulte clairement du fait que l'article 14(4)(c) utilise le mot "organisation" seulement comme attribut s'agissant de l'application du critère du raisonnable, et non comme partie du contenu du critère de raisonnable lui-même.

i. Texte révisé proposé de l'article 14

Une version révisée de l'article 14 reflétant les observations précédentes est présentée ci-après.

⁷ L'élément temporel de ce critère ("à partir du moment où celui-ci") ne présente pas d'incompatibilité avec l'élément temporel de l'article 14(1) ("Lorsque des titres sont portés au crédit ... à un moment où le titulaire de compte n'a pas connaissance ... "). Bien au contraire, le but global du critère de l'article 14(4)(c) est simplement de fournir une indication pour l'application de la condition temporelle de l'article 14(1) dans le cas spécial des organisations.

*Article 14**Acquisition de titres intermédiés par une personne de bonne foi*

1. Lorsque des titres sont portés au crédit d'un compte de titres, ou qu'un droit devient opposable aux tiers en vertu de l'article 10 et que l'article 15 ne s'applique pas, à un moment où le titulaire de compte ou la personne à qui le droit est conféré n'a 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:

a) ce droit n'est pas opposable au titulaire de compte ou à la personne à qui le droit est conféré;

b) le titulaire de compte ou la personne à qui le droit est conféré n'encourt aucune responsabilité envers cette personne; et

c) le crédit ou le droit n'est pas frappé d'invalidité, inopposable aux tiers ou et n'est pas susceptible d'être contre-passé au motif que le droit de cette personne affecte la validité d'un crédit ou d'un débit antérieur à un autre compte de titres en conséquence du droit de cette autre personne.

2. Lorsque des titres sont portés au crédit d'un compte de titres ou qu'un droit est rendu opposable aux tiers conformément à l'article 10 à un moment où le titulaire de compte ou du droit n'a pas connaissance d'une écriture défectueuse antérieure:

a) le crédit ou le droit n'est pas frappé d'invalidité, inopposable aux tiers ou susceptible d'être contre-passé en conséquence de cette écriture défectueuse; et

b) le titulaire de compte ou du droit n'encourt aucune responsabilité envers la personne qui bénéficierait de cette invalidité ou de cette contre-passation.

3. Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas à une acquisition de titres intermédiés autre qu'une garantie lorsque cette acquisition est faite par voie de donation ou de toute autre manière à titre gratuit.

4. Lorsque l'acquisition de titres intermédiés par un titulaire de compte ou une personne à qui le droit est conféré est protégée en vertu du paragraphe 1 ou du paragraphe 2, une personne qui acquiert un droit sur les titres ou sur les titres intermédiés, directement ou indirectement du titulaire de compte ou de la personne à qui le droit est conféré, est également protégée.

5. Lorsque l'acquisition de titres intermédiés par un titulaire de compte ou une personne à qui le droit est conféré n'est pas protégée en vertu du paragraphe 1 ou du paragraphe 2, le droit non conventionnel détermine les droits et toute responsabilité éventuelle du titulaire de compte ou de la personne à qui le droit est conféré.

~~4. 6.~~ Aux fins du présent article:

a) "écriture défectueuse" désigne un crédit de titres ou une identification qui n'est pas valable ou qui est susceptible d'être contre-passé, y compris un crédit ou une identification conditionnel qui est frappé d'invalidité ou susceptible d'être contre-passé par l'effet de la réalisation ou de la non-réalisation d'une condition;

b) Lorsque des titres sont portés au crédit d'un compte d'un intermédiaire en qualité de titulaire de compte, et que l'intermédiaire porte les titres au crédit du compte de son titulaire de compte, l'intermédiaire acquiert les titres intermédiés à titre onéreux et non par voie de donation ou de toute autre manière à titre gratuit ;

c) une personne n'a pas connaissance d'un fait ou d'un droit par la simple circonstance que le fait ou le droit sont disponibles ou peuvent être observés dans un système de registre public, d'inscription, d'enregistrement ou de publicité ;

~~b) d)~~ une personne a connaissance d'un fait ou d'un droit lorsque:

- i) elle a une connaissance effective du fait ou du droit; ou
- ii) 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; et

e) ~~e)~~ lorsque la personne mentionnée à l'alinéa b) est une organisation, elle 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 ou à partir du moment où il aurait dû être porté à l'attention de ce responsable si l'organisation avait agi raisonnablement;

(f) "organisation" désigne une personne (autre qu'une personne physique), y compris une société anonyme, une société de personnes, une entité administrative ou une subdivision du gouvernement ou toute autre entité juridique, civile ou commerciale ; et

(g) les alinéas d) et e) ne s'appliquent pas lorsqu'un Etat contractant a fait une déclaration conformément à l'article [numéro de l'article correspondant des dispositions finales].

~~5- 7.~~ 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.

4. Clarification de la relation entre la Convention et le droit de l'insolvabilité

a. En général

Les Etats-Unis ont soumis des observations (Etude LXXVIII – Doc. 113) sur le Document (Etude LXXVIII – Doc. 97) préparé par le Président du Groupe de travail sur les questions relatives à l'insolvabilité. Dans les grandes lignes, ils ont noté que l'approche générale de la Convention à l'égard des questions relatives à l'insolvabilité est appropriée. Les Etats-Unis ont également noté qu'il n'est pas nécessaire d'effectuer des changements radicaux d'approche ou d'intégrer davantage de précisions dans le texte. En outre, ils ont noté que la Convention devrait s'inspirer de l'approche de la Convention du Cap pour ce qui est des procédures d'insolvabilité. Les dispositions du droit de l'insolvabilité de la Convention du Cap ont été utilisées comme base pour les dispositions de la Convention.

Nous reprenons ci-dessous quelques uns des points et des propositions formulés par les États-Unis dans le document Etude LXXVIII – Doc. 113. On se référera à ce document pour plus de précisions.

b. Révision de l'article 17(1)

L'article 17(1) devrait être révisé pour disposer que les droits des titulaires de compte et les droits conformément à l'article 10 sont opposables dans toute procédure d'insolvabilité. La limitation à la procédure d'insolvabilité de l'intermédiaire pertinent (ou d'une autre personne exerçant les fonctions d'intermédiaire) devrait être supprimée.

Les États-Unis ont noté dans Etude LXXVIII – Doc. 113:

"l'article 17 ... fournit les principes de base pour ce qui est de la relation entre la Convention et les règles des droits nationaux applicables à l'insolvabilité. L'article 17(1) prévoit que les droits d'un titulaire de compte et les droits rendus opposables conformément à l'article 10 sont opposables à l'administrateur d'insolvabilité et aux créanciers dans une procédure d'insolvabilité relative à l'intermédiaire pertinent. En

outre, l'article 17(2) dispose qu'aucune disposition de la Convention ne porte atteinte à l'opposabilité à l'administrateur d'insolvabilité et aux créanciers d'un droit sur des titres intermédiés, lorsque ce droit est opposable selon le droit non conventionnel. Considérées ensemble, ces dispositions reflètent l'objectif de la Convention de rendre opposables les droits sur les titres intermédiés.

... Durant la quatrième session du Comité d'experts gouvernementaux en mai 2007, à la suggestion des États-Unis dans le document Doc. 83 et avec le soutien de la plénière, l'article 17(2) a été ajouté à la Convention, assurant ainsi que meilleure mise en conformité du texte de la Convention avec celui de la Convention du Cap puisque l'article 17(2) provient de l'article 30(2) de la Convention du Cap. L'article 18 limite ensuite les principes généraux énoncés à l'article 17.

... les procédures d'insolvabilité qui mettront le plus souvent à l'épreuve l'opposabilité des droits visés à l'article 17(1) ne sont pas les procédures d'insolvabilité des intermédiaires pertinents. De telles procédures sont relativement rares. Mais l'applicabilité de l'article 17(1) est limitée à "une procédure d'insolvabilité relative à l'intermédiaire pertinent ou à toute autre personne exerçant l'une des fonctions de l'intermédiaire pertinent conformément à l'article 5".

Les procédures d'insolvabilité les plus importantes concernant les titres intermédiés sont habituellement celles des *personnes à l'origine du transfert*, telles que les vendeurs, les prêteurs et les débiteurs conférant une garantie, ou encore les procédures d'insolvabilité affectant un titulaire de compte – et *non pas* celles des intermédiaires pertinents ... C'est la raison pour laquelle les États-Unis pensent que l'article 17(1) ne devrait pas être limité à l'insolvabilité de l'intermédiaire pertinent Il est à noter également que l'article 17(2), basé sur la Convention du Cap, article 30(2), n'est pas limité aux procédures d'insolvabilité de l'intermédiaire pertinent.

Tout en reconnaissant qu'il est important d'éliminer la restriction malheureuse de la portée de l'article 17(1), les États-Unis d'Amérique ne pensent pas que cela représenterait un changement majeur au regard des intentions sur lesquelles se sont basées les discussions de la Convention jusqu'à maintenant. Nous pensons que la modification suggérée va dans la ligne des principes de base relativement à l'opposabilité aux tiers, renfermés dans les articles 9 et 10. Malgré ces principes de base, la limitation de la portée de l'article 17(1) dans le texte actuel soulève des doutes sur la question de savoir si un administrateur d'insolvabilité serait considéré comme un "tiers". La précision que nous suggérons d'apporter écarterait ces doutes".

c. Texte révisé proposé de l'article 17(1)

1. Les droits d'un titulaire de compte fondés sur l'article 7(1) et les droits rendus opposables aux tiers conformément à l'article 10 sont opposables à l'administrateur d'insolvabilité et aux créanciers dans une procédure d'insolvabilité ~~relative à l'intermédiaire pertinent ou à toute autre personne exerçant l'une des fonctions de l'intermédiaire pertinent conformément à l'article 5.~~

d. Portée de l'article 18

En ce qui concerne l'étendue de l'article 18, les États-Unis ont également noté dans Etude LXXVIII – Doc. 113:

"[L]e document [Doc. 97] pose la question de savoir si l'étendue des exceptions de l'article 18 est suffisamment claire. Les États-Unis pensent que les éclaircissements

nécessaires pourraient le cas échéant être faits dans le Rapport explicatif ou dans le Commentaire officiel à la Convention et ne requièrent pas une modification du texte de la Convention. Le Commentaire devrait indiquer clairement que c'est le droit non conventionnel applicable en matière d'insolvabilité, et non pas la Convention, qui détermine si une mesure d'annulation "accorde une préférence" ou "constitue un transfert en fraude des droits des créanciers". Par exemple, en vertu du droit de l'insolvabilité des États-Unis, les exceptions seraient interprétées largement et comprendraient tant les sous-évaluations (considérées comme des formes de transferts frauduleux) que les annulations automatiques (en tant que sortes de préférences). Le Commentaire devrait également préciser que le droit de l'insolvabilité applicable devrait prévoir des recours contre les actions en annulation. Les États-Unis pensent que la Convention du Cap devrait être interprétée de la même façon. En effet des changements apportés au texte de la Convention pourraient être compris comme indiquant que la Convention du Cap devrait être interprétée différemment - ce qui serait un résultat tout à fait malheureux – c'est le moins qu'on puisse dire".

5. Clarification de l'article 19 sur les interdictions des saisies à l'échelon supérieur

L'article 19 devrait être reformulé pour préciser qu'il interdit les saisies à l'échelon supérieur même lorsque le jugement qui est exécuté n'est pas à l'encontre du titulaire de compte dont le compte de titres fait l'objet de la saisie.

a. Antécédents

Selon le droit non conventionnel applicable, il est parfois possible – et approprié – qu'un créancier muni d'un titre exécutoire ou ayant un statut similaire saisisse les titres intermédiés d'une personne autre que celle à l'encontre de qui le jugement ou la sentence arbitrale a été rendue. Cela peut-être une façon commode d'atteindre par exemple des titres qui ont été transférés frauduleusement à une personne qui les a successivement portés au crédit d'un compte de titres. À juste titre, la Convention ne règle pas de façon générale l'opportunité d'une telle saisie; en revanche, la Convention devrait indiquer *quand* (c'est-à-dire à quel niveau et à l'encontre de quel intermédiaire) la saisie doit être effectuée.

Comment on l'a dit, l'article 19 ne semble pas traiter les saisies en exécution d'un jugement prononcé à l'encontre d'une personne autre que le titulaire de compte. Cela se doit au fait que l'article 19(2) a une portée limitée aux jugements – ou autres décisions – prononcées "à l'encontre du ou concernant le titulaire de compte". Afin d'étendre le concept de saisie au-delà des saisies effectuées en vertu de tels jugements, nous proposons la suppression de l'expression entre guillemets de l'article 19(2), et de remplacer le mot "des [titres intermédiés pour mettre en oeuvre ...]" par "de" (correspondant à la suppression du mot "*such*" dans le texte anglais). De la sorte, quelle que soit la personne à l'encontre de qui le jugement est prononcé, la saisie sera effectuée à l'échelon approprié conformément au paragraphe 1. Une version révisée de l'article 19(2) est présentée ci-après (le texte de l'article 19(1) étant également reproduit pour la commodité de lecture).

b. Texte révisé proposé de l'article 19

Article 19
Interdiction des saisies à l'échelon supérieur

1. Sous réserve du paragraphe 3, aucune saisie de titres intermédiés d'un titulaire de compte ne peut être effectuée à l'encontre de, ou de manière à affecter:

- a) un compte de titres de toute autre personne que le titulaire de compte;
- b) l'émetteur de tout titre crédité sur un compte de titres du titulaire de compte; ou
- c) une autre personne que le titulaire de compte ou l'intermédiaire pertinent.

2. Dans le présent article, "*saisie de titres intermédiés d'un titulaire de compte*" signifie tout acte ou procédure judiciaire, administratif ou autre consistant à geler, restreindre ou confisquer des titres intermédiés du titulaire de compte afin de mettre en oeuvre ou d'exécuter un jugement, une sentence ou autre décision judiciaire, arbitrale, administrative ou autre ~~à l'encontre du ou concernant le titulaire de compte~~, ou destinée à garantir la disponibilité des titres intermédiés pour mettre en oeuvre ou exécuter un tel jugement, sentence ou décision futurs.

6. Exonération limitée de la responsabilité de l'intermédiaire

La Convention devrait prévoir un mécanisme de déclaration ("opt-in") pour les Etats contractants leur permettant d'inclure une disposition accordant une exonération limitée de responsabilité aux intermédiaires qui ont fait des inscriptions en compte autorisées et appropriées.

a. Antécédents

Dans notre proposition relative à l'acquisition de bonne foi et autres questions connexes, soumise à la troisième session du Comité d'experts gouvernementaux (Etude LXXVIII – Doc. 45(e)), nous avons noté qu'une nouvelle disposition devrait être ajoutée à la Convention "afin de traiter de l'immunité des intermédiaires et des systèmes de compensation et de règlement-livraison agissant dans cette qualité". Par suite de cette proposition, les paragraphes 2, 3, et 4 furent ajoutés à l'ancien article 20 du projet de Convention issu de la troisième session (Etude – Doc. 57). Toutefois, ainsi que cela apparaît des crochets entourant ces dispositions, le Comité n'est pas parvenu à un consensus à sa troisième session sur les intermédiaires qui devraient être couverts par cette exonération – à savoir si elle devrait être limitée aux systèmes de règlement-livraison et aux systèmes de compensation, ou bien si elle serait applicable à tous les intermédiaires.

Suite à la discussion qui s'est tenue à la quatrième session, les dispositions concernant l'immunité limitée ont été supprimées, malgré le soutien important exprimé par le Canada, le Luxembourg, et les États-Unis. Les États-Unis ont expliqué dans leurs observations écrites (Etude LXXVIII - Doc. 74, 1^{ère} partie) et durant la discussion plénière que le principal objectif de la limitation de la responsabilité de l'intermédiaire est la protection des intérêts des *titulaires de comptes*. La limitation vise à inciter les intermédiaires à effectuer des écritures correctes dans les comptes de titres. Sauf dans le cas d'une action à l'encontre d'un intermédiaire ou du comportement fautif de l'intermédiaire, le seul fait qu'un tiers revendique un droit sur les titres intermédiés concernés et prétend qu'une écriture (qui serait par ailleurs régulière) violerait ses droits ne devrait pas avoir pour effet de dissuader un intermédiaire d'effectuer une écriture correcte. Sinon, une telle affirmation pourrait forcer un intermédiaire prudent à bloquer le compte (relativement aux titres intermédiés concernés) dans l'attente de la résolution de la question. Cela non seulement porterait atteinte à la liquidité qui est l'objectif d'un système de titres intermédiés mais pourrait aussi affecter gravement le titulaire de compte concerné.

A la différence du concept d'acquisition de bonne foi, où il existe un consensus solide quant au principe – sauf à préciser les détails –, la discussion au cours de la quatrième session a indiqué qu'un tel consensus n'existait pas et aurait peu de chances de se former relativement à l'exonération de la responsabilité de l'intermédiaire. Ce fait est compréhensible, compte tenu de la

diversité des règles en matière de responsabilité et des critères attachés à la responsabilité de l'intermédiaire (faute, faute grave, dol et collusion délibérée d'attenter aux droits, etc.).

b. Mécanisme de déclaration d'inclusion ("Opt-in") de la limitation de la responsabilité de l'intermédiaire

Les États-Unis pensent que la Convention devrait contenir un mécanisme de déclaration facultatif en vertu duquel un État contractant pourrait inclure une disposition limitant la responsabilité des intermédiaires. Le texte du projet de Convention (article 25*bis*) concernant une telle disposition est reproduit ci-dessous. Selon ce mécanisme, un État contractant pourrait choisir d'adopter ou non une disposition de limitation de responsabilité qui s'appliquerait lorsque le droit de cet État est le droit non conventionnel. S'il a choisi d'intégrer cette disposition, il pourrait déterminer les critères d'exonération de la responsabilité de l'intermédiaire et les types d'intermédiaires ou les systèmes de compensation ou de règlement-livraison qui pourraient bénéficier d'une telle exonération.

De même que dans les dispositions du projet qui ont été supprimées, la limitation ne s'applique pas à la responsabilité envers le titulaire de compte pertinent ou d'une personne acquérant successivement un droit conformément à l'article 10, ou à toute écriture que l'intermédiaire "n'est pas autorisé à effectuer conformément à l'article 20".

En conclusion, les États-Unis pensent que les États contractants devraient avoir la possibilité d'adopter un système cohérent pour la limitation de la responsabilité des intermédiaires. En outre, le mécanisme de déclaration fournira la transparence voulue pour les utilisateurs des systèmes de titres intermédiés.

c. Texte proposé d'un nouvel article 25*bis*

Article 25bis

Restrictions de la responsabilité des intermédiaires, des systèmes de règlement-livraison et des systèmes de compensation

1. Le présent article s'applique seulement lorsqu'un État contractant a fait une déclaration conformément à l'article [préciser l'article correspondant des dispositions finales] et selon les modalités prévues dans ladite déclaration.

2. Un intermédiaire, y compris le gestionnaire d'un système de règlement-livraison, qui effectue un débit, un crédit ou une identification (une "écriture") dans un compte de titres qu'il tient pour un titulaire de compte n'est pas responsable envers un tiers qui a un droit sur des titres intermédiés et dont le droit est violé par l'écriture, à moins que:

a) l'intermédiaire effectue cette écriture après avoir reçu notification d'une décision rendue par un tribunal compétent le lui interdisant, dès lors qu'il a disposé d'un délai raisonnable pour se conformer à cette décision; ou

Variante A

b) l'intermédiaire agit de concert avec une autre personne en violation du droit de ce tiers.

Variante B

Variante B

- b) l'intermédiaire commet une faute grave.

Variante C

b) au moment où l'intermédiaire a effectué l'écriture, l'intermédiaire avait connaissance du droit du tiers et que cette écriture violait les droits du tiers⁸.

3. Le paragraphe 2 ne modifie pas la responsabilité de l'intermédiaire:

(a) envers le titulaire de compte ou une personne à qui celui-ci a conféré un droit rendu opposable aux tiers conformément à l'article 10; ou

(b) qui résulte d'une écriture que l'intermédiaire n'est pas autorisé à effectuer conformément à l'article 20.

4. - Le gestionnaire d'un système de règlement-livraison ou d'un système de compensation au compte de titres duquel des titres ont été crédités qui autorise un débit correspondant de ces titres audit compte n'est pas responsable envers un tiers titulaire d'un droit sur des titres intermédiés et dont le droit est violé par le crédit ou le débit à moins que:

a) le gestionnaire reçoit le crédit ou autorise le débit après avoir reçu notification d'une décision rendue par un tribunal compétent le lui interdisant, dès lors qu'il a disposé d'un délai raisonnable pour se conformer à cette décision; ou

Variante A

b) le gestionnaire agit de concert avec une autre personne en violation du droit de ce tiers.

Variante B

- b) le gestionnaire commet une faute grave.

Variante C

(b) au moment où le gestionnaire effectue l'écriture ou autorise le débit, le gestionnaire avait connaissance du droit du tiers et que ce crédit ou débit violait les droits du tiers.

5. Les paragraphes 2 et 3 ne s'appliquent pas lorsqu'un État contractant a fait une déclaration conformément à l'article [préciser l'article correspondant des dispositions finales] à cet effet.

7. Relation entre l'article 12 – Exigences de preuve et l'opposabilité d'un crédit

La Convention devrait établir clairement que les exigences de preuve imposées par le droit non conventionnel sont sans incidence sur l'opposabilité aux tiers d'un crédit.

⁸ La variante C dans les paragraphes 2 et 4 devrait être complétée par le critère de la cécité délibérée pour la connaissance, et par une disposition spéciale pour la connaissance par une organisation, ainsi que cela a été discuté plus haut dans le contexte de l'article 14(b) et (c). La variante rendrait l'exonération bien moins efficace, bien sûr, parce qu'une demande ou une notification faite par un tiers pourrait porter l'intermédiaire à refuser d'agir, du moins si la demande ou la notification sont crédibles.

a. Antécédents

En vertu de l'article 12, les exigences de preuve relativement aux questions traitées par les articles 9 et 10 – les débits, les crédits, les identifications et les conventions entre les parties –, sont laissées à l'empire du droit non conventionnel. En même temps, en vertu de l'article 9(2), "aucune mesure supplémentaire" qu'un crédit "n'est nécessaire ou ne peut être exigée par le droit non conventionnel pour rendre l'acquisition de titres intermédiés opposable aux tiers". Tels qu'ils sont actuellement rédigés, les articles 12 et 9(2) pourraient se contredire l'un l'autre dans des cas où le droit non conventionnel de la preuve exige qu'un crédit soit assorti d'autres mesures supplémentaires. En conséquence, afin de protéger l'intégrité d'un crédit, nous pensons que le droit non conventionnel de la preuve devrait être soumis, dans ce contexte limité, à l'article 9(2).

b. Révision proposée de l'article 12

Nous suggérons que l'article 12 soit révisé comme suit:

Le droit non conventionnel détermine les exigences de preuve relatives aux matières visées aux articles 9 et 10.

Article 12
Exigences de preuve

Sous réserve de l'article 9(2), le droit non conventionnel détermine les exigences de preuve relatives aux matières visées aux articles 9 et 10.

- FIN -