



**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. 16
Original: anglais
juillet 2008

Observations

(présentées par le Gouvernement de la France)

La délégation française remercie le Secrétariat Général d'UNIDROIT de l'occasion qui lui est donnée, en vue de la Conférence de Genève, de présenter ses commentaires sur le projet de texte sur les titres intermédiés. La délégation française se réserve bien sûr la possibilité de soumettre, dans le futur, des commentaires additionnels.

1. Les points débattus par les groupes de travail informels restent encore totalement ouverts et leur résolution satisfaisante constitue une condition préalable au succès des réunions à venir

1.1 La délégation française souhaite souligner l'importance des points qui restent en suspens. En particulier, un consensus doit encore être trouvé sur les trois thèmes pour lesquels un renvoi a dû être fait à des groupes de travail inter-sessions, à savoir:

- l'acquisition de bonne foi;
- les procédures d'insolvabilité;
- la désignation des systèmes de règlement-livraison (SRL) et le traitement des règles des dépositaires centraux de titres (DCT).

Chacun de ces points revêt une importance particulière pour notre délégation. En fonction de la solution qui sera retenue pour chacun d'eux, la logique interne et le fonctionnement de l'ensemble du texte (et donc son acceptabilité) sont susceptibles d'être modifiés.

1.2 Une annexe ci-après est dédiée à la règle de l'acquisition de bonne foi, très importante pour la délégation française. Une solution satisfaisante doit pouvoir être trouvée sur cette question. Le test de connaissance proposé par cet article est en effet inutilement complexe, sans pour autant apporter une solution à la question de la preuve de cette connaissance («des faits suffisants» et «une probabilité significative» sont des dispositions inutiles).

1.3 La délégation française sera très attentive à la décision finale qui sera retenue concernant le traitement réservé aux règles des DCT. Les DCT sont en effet des entités: une inclusion de leurs règles, soit par le moyen d'un amendement aux définitions des SRL/Systèmes de compensation de titres (SCT), soit par une référence explicite à ces règles dans le texte de la Convention, serait ainsi en contradiction, selon nous, avec l'approche fonctionnelle qui constitue le fondement de la Convention. La préférence de notre délégation va donc à une clarification du traitement à réserver aux règles du DCT qui serait faite dans le Commentaire officiel de la Convention. Cette solution que nous préconisons met en évidence une fois de plus le problème que constitue l'absence d'un véritable Commentaire officiel, alors même qu'il est absolument nécessaire qu'un tel Commentaire soit adopté en même temps que le texte de la Convention lui-même.

2. Compatibilité de la Convention UNIDROIT avec le futur instrument européen qui sera élaboré à partir des recommandations du Groupe de Sécurité Juridique de la Commission européenne

2.1 La compatibilité entre la Convention UNIDROIT et le futur instrument européen (qui traitera des mêmes questions que la Convention) est, pour notre délégation, de la plus haute importance. Il doit être souligné que la préparation de ce futur instrument sera probablement finalisée au cours du dernier trimestre 2009, sur la base de l'avis final du groupe consultatif auprès de la Commission européenne (le «Legal Certainty Group», LCG) qui aura été remis en août 2008.

Ainsi, la délégation française veillera à la compatibilité des solutions adoptées par la Conférence et celles proposées par le LCG. En effet, l'avis final du LCG (sur le point d'être publié au moment de la rédaction de ces commentaires) présente un certain nombre de solutions sur plusieurs questions qui divergent de celles envisagées dans le cadre de la Convention.

2.2 Ceci est tout particulièrement le cas pour le sujet déjà mentionné supra de l'acquisition de bonne foi, en ce qui concerne le champ d'application de la protection (crédit ou identification) mais également la nature des intermédiaires (autorisés ou non) couverts par le projet de Convention ou encore les règles de priorité entre intérêts concurrents.

2.3 La délégation française sera tout particulièrement attentive à la question du champ d'application et considère que seuls les intermédiaires régulés devraient être en mesure de bénéficier de la Convention, en particulier lorsqu'ils souhaitent fournir des services de conservation transfrontaliers. S'il est néanmoins décidé, par la Conférence, que les intermédiaires non-autorisés pourront, eux aussi, bénéficier de la Convention, alors un ensemble d'obligations minimales devrait en tout état de cause leur être imposées par la Convention, ainsi que cela devrait être proposé dans l'avis final du LCG à la Commission européenne. Une annexe ci-après présente, pour discussion, une proposition de liste d'une telle série d'obligations minimales, qui sont absolument nécessaires pour assurer le bon fonctionnement des chaînes d'intermédiation transfrontalières.

3. Dispositions finales: question de l'inclusion d'une clause de déconnexion et d'une clause de révision

3.1 Clause de déconnexion. Lors des réunions européennes préparatoires à la Conférence de Genève, certains Etats ont proposé l'ajout d'une clause de déconnexion. Une telle clause permettrait à certains Etats contractants (les Etats de l'Union Européenne par exemple) d'exclure l'applicabilité d'une ou de plusieurs provisions de la Convention pour les relations intra-UE, qui resteraient régies par la législation européenne. La Convention réglerait ainsi uniquement les relations de l'UE avec les Etats non-européens.

Etant donné que ce projet de Convention vise à régir non seulement les relations transfrontalières mais également les relations nationales, l'impact d'une telle clause de déconnexion devra être soigneusement étudiée lorsque la Conférence étudiera les clauses finales.

3.2 Clause de révision. Prenant en considération les évolutions rapides des marchés financiers, il est absolument indispensable de prévoir une clause de révision, qui permettrait des réouvertures périodiques (lorsque cela serait demandé par un Etat contractant) de la Convention.

4. Rédaction et adoption d'un Commentaire officiel de la Convention

4.1 La délégation française, à l'occasion de chacun des comités d'experts gouvernementaux, a demandé systématiquement la rédaction et l'adoption d'un Commentaire officiel des différents articles, en parallèle avec le texte de la Convention proprement dit.

Un tel Commentaire n'existe pas à ce jour. Nous considérons toutefois qu'il est absolument nécessaire de pouvoir réduire l'incertitude juridique en limitant la marge d'interprétation des juges et législateurs des Etats contractants (nous avons déjà mentionné l'utilité d'un tel Commentaire dans le cas des règles des DCT).

4.2 La délégation française considère donc que la Conférence devrait désigner un «Comité de rédaction du Commentaire Officiel» qui sera en charge de proposer aux experts un texte finalisé en vue de son adoption conjointe avec la Convention.

Annexe 1: acquéreur de bonne foi

La délégation française reste opposée à l'insertion d'un test de connaissance tel que formulé à l'article 14.4b.

Nous sommes certes convaincus que le projet de Convention doit inclure une règle qui protège le crédit (et l'identification?) de titres inscrits en compte des contre-passations.

- Nous n'avons aucun problème avec la rédaction des articles 14.1 et 14.2: le contenu de la notion de bonne foi tel qu'il résulte des cas de jurisprudence en France est proche de l'idée exprimée dans ces articles.
- Toutefois, nous pensons que le projet d'avis final du LCG présente une approche nouvelle et innovante de ce concept dans un contexte dématérialisé: «un titulaire de compte devrait être protégé contre la contre-passation d'un crédit à moins qu'il ait su ou aurait dû savoir que le compte n'aurait pas dû être crédité».
- Or, comme nous sommes très attachés à la compatibilité des travaux conduits au niveau européen et au niveau international, nous préfererions disposer d'une solution unique pour les deux projets. Une dichotomie serait source d'incertitude juridique pour les participants au marché

L'insertion du test de connaissance tel que formulé à l'article 14.4b en revanche, est incompatible avec notre système juridique.

- Le système juridique français repose sur des principes généraux et des concepts établis par le Législateur et interprétés par les tribunaux. Cela donne à notre système juridique une certaine flexibilité et permet à ce dernier d'évoluer plus facilement afin de s'adapter aux évolutions du monde réel. Dans ce contexte, l'insertion du test de connaissance tel que formulé dans la Convention apparaîtrait comme une aberration.
- Par ailleurs, le Droit français est construit comme un ensemble cohérent. Le test introduirait une disparité entre le régime des biens réels et celui des actifs incorporels, ce qui nous priverait d'un mode de raisonnement et de solutions éprouvées et testées depuis très longtemps.

En ce qui concerne la matière même de la règle, le test est inutilement complexe, sans pour autant apporter une solution à la question de la preuve de cette connaissance (que sont des «faits suffisants» et «une probabilité significative?»). Nous pensons au total que le texte actuel n'est pas en mesure d'améliorer la sécurité juridique.

Annexe 2: obligations minimales imposées aux intermédiaires

Le projet de Convention a pour objectif de mettre en place une «interconnectivité» minimale entre les marchés des Etats contractants, facilitant ainsi l'activité transfrontalière des intermédiaires. La délégation française demande donc que seules les entités régulées ou «autorisées» aient la possibilité de bénéficier du régime juridique harmonisé mis en place par la Convention.

La délégation française pourrait éventuellement accepter que des intermédiaires non-autorisés puissent bénéficier de la Convention qu'à la seule condition expresse qu'une liste précise d'obligations minimales (dans l'exercice de la tenue de comptes titres) soit insérée dans la Convention. Ainsi, une telle liste d'obligations créerait un standard mondial minimal qui permettrait d'éviter que des entités dont aucune règle n'encadrerait les pratiques puissent utiliser la Convention pour entrer en concurrence déloyale avec les teneurs de compte agréés et régulés.

L'article 8 («Mesures pour permettre aux titulaires de comptes de jouir et d'exercer leurs droits») apparaît comme l'emplacement adéquat pour insérer un tel ensemble d'obligations minimales.

Nous proposons donc, pour discussion, la liste suivante, inspirée du dernier état connu (à fin juillet 2008) des discussions au sein du Legal Certainty Group.

La liste suivante, après discussion, pourrait être insérée dans l'article 8:

«Un intermédiaire teneur de comptes titres doit:

- assurer la conservation des titres des titulaires de comptes et des titres intermédiés enregistrés dans les comptes tenus par cet intermédiaire;
- exécuter les instructions des titulaires de compte, dans les conditions définies par la convention de compte;
- ne pas disposer des titres ou des titres intermédiés enregistrés dans les comptes titres tenus pour les titulaires de comptes, sauf le cas échéant lorsque cela est explicitement autorisé par le droit non conventionnel;
- fournir au titulaire de compte les informations en relation avec les titres ou les titres intermédiés et qui affectent les droits des titulaires de comptes sur ces titres ou titres intermédiés;
- payer au titulaire de compte tout produit financier réglé en relation avec les titres ou titres intermédiés, sans que le teneur de compte soit obligé d'accorder un crédit au titulaire de compte;
- informer le titulaire de compte de tout mouvement de titres ou de titres intermédiés crédités sur le compte et cela à intervalles réguliers, comme déterminé par le droit non conventionnel.»

Ces dispositions interagissent avec l'article 25 sur les obligations et responsabilités des intermédiaires. Or, la rédaction actuelle de l'article 25 n'est pas satisfaisante. La possibilité de soumettre les obligations des intermédiaires au droit non conventionnel ou à la convention de compte est source d'incertitude légale et fait peser des risques sur la continuité de la chaîne d'intermédiation transfrontalière, par la création de potentiels «goulots d'étranglement» dans la transmission des droits le long de la chaîne. La possibilité, pour les intermédiaires, de réduire leurs obligations et responsabilités selon le droit non conventionnel devrait être dans tous les cas limitée

par l'accomplissement de leurs obligations minimales telles que définies dans la proposition de re-rédaction de l'article 8.

L'article 25 devrait donc se lire de la manière suivante (addition d'un 25.2 qui fait référence à la proposition de nouvelle rédaction de l'article 8 ainsi qu'à l'article 21, qui traite de l'intégrité de l'émission/intégrité du système):

«25.2 En dépit des dispositions de l'article 25.1, un intermédiaire ne devrait pas être en mesure de limiter sa responsabilité au titre des obligations définies dans l'article 8 de la présente Convention. Un intermédiaire ne devrait jamais être en mesure de limiter sa responsabilité au titre des obligations de l'article 21 de cette Convention.»

- FIN -