



**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. 17
Original: anglais
août 2008

Observations

(présentées par le Gouvernement de l'Autriche)

La délégation autrichienne a le plaisir de présenter les observations suivantes avant la Conférence diplomatique qui aura lieu à Genève en septembre 2008.

Observations d'ordre général

L'Autriche reconnaît qu'il est nécessaire de bénéficier de davantage de certitude et de règles harmonisées sur le plan international concernant le transfert de titres. Elle est donc très intéressée à ce que les négociations sur la Convention aboutissent à un ensemble de règles qui soit non seulement acceptable par le plus grand nombre d'Etats possible, mais qui évite également des problèmes et des difficultés sur le plan juridique dans son application pratique. Les règles devraient être formulées de façon à ne pas laisser de place à des interprétations divergentes selon les systèmes juridiques différents. Enfin, les règles devraient être aussi complètes que possible.

Etant donné l'importance cruciale des inscriptions en compte (crédits et débits) en vertu du nouveau concept, il est essentiel de réglementer dans la Convention même les conséquences des inscriptions défectueuses. L'Autriche estime que les articles 13 et 14 ne remplissent pas ces conditions.

L'acceptation de la Convention dépendra dans une large mesure des solutions qui seront trouvées à ce problème.

1. Exhaustivité – référence au droit non conventionnel

A la lumière des commentaires introductifs, l'Autriche demande que tous les efforts soient faits pour que les questions restées en suspens soient discutées de façon approfondie et que l'on trouve une solution sur la base d'une large harmonisation des règles de droit matériel. Se mettre d'accord seulement sur des principes de base des effets des inscriptions de titres ne semble pas suffisant. Il faut une approche qui ne règle pas seulement les transactions de base de titres en vertu du nouveau concept d'inscription en compte.

Une harmonisation et une référence limitées au droit non conventionnel entraîne le danger d'une incertitude juridique et donc le risque que le projet manque son objectif.

2. Terminologie (“fournisseur de compte” au lieu d’“intermédiaire”, titres “détenus sur des comptes” au lieu de titres “intermédiés”) – approche fonctionnelle

Il existe un consensus général pour dire qu’une harmonisation efficace des règles pertinentes sur le plan global ne peut être obtenue qu’en suivant une approche fonctionnelle quant au sujet et à la rédaction. Cela signifie que les règles proposées sont formulées de façon neutre quant aux législations internes existantes, et qu’elles se concentrent sur les fonctions des organes impliqués ainsi que sur la description des résultats à atteindre.

Cela ne signifie pas que le droit interne ne joue pas son rôle. Au contraire, la conception de la Convention doit être telle que ses règles soient facilement adoptées et mises en œuvre par les règles du droit interne. L’approche fonctionnelle signifie qu’il faut éviter tout concept dogmatique et libellé qui s’ensuit de droit national ou de familles juridiques pour ne pas créer de malentendus, de méprises ou d’incompatibilités.

Le projet de Convention a réussi à employer un libellé fonctionnel en utilisant le terme de “titulaire de compte” au lieu de solutions alternatives qui auraient pu être “propriétaire”, “propriétaire effectif” ou “dépositaire” pour la personne considérée dans divers pays comme étant la seule personne à pouvoir bénéficier de tous les droits qu’un titre confère en vertu des règles du pays respectif. La notion correspondante de “titulaire de compte” serait “fournisseur de compte” en tant que personne qui propose à titre professionnel des comptes sur lesquels inscrire des titres détenus par cette personne sous bonne garde. Au lieu de cette approche fonctionnelle, le projet de Convention a choisi d’utiliser le mot “intermédiaire” et ses dérivés qui proviennent du *Uniform Commercial Code* américain et sont utilisés dans le droit anglo-américain. Comme le schéma de détention des titres de cette famille juridique est différent du schéma continental, l’utilisation du mot “intermédiaire” créera un autre malentendu dans les esprits des praticiens du contexte juridique anglo-américain et dans ceux des praticiens d’un autre milieu juridique qui invoqueront la définition de l’“intermédiaire” contenue dans le projet de Convention. En droit anglo-américain, le titre est détenu par le conservateur à l’échelon le plus élevé qui reçoit les titres de l’émetteur, alors que les autres conservateurs aux échelons inférieurs allant jusqu’au “propriétaire effectif” sont des “intermédiaires”. Le concept “continental” est celui de la propriété du titre par l’investisseur. Cette différence dans le schéma de détention conduira dans la pratique à des malentendus et à des confusions. Le fait de suivre une approche fonctionnelle signifierait nommer les dépositaires respectifs de façon neutre “fournisseurs de comptes” (et dérivés).

Le pivot du projet de Convention est le concept de transfert et de détention des titres par simple inscription en compte. Ceci pourrait ne pas être un concept nouveau pour certains pays alors que pour d’autres il revêt un caractère révolutionnaire. Les inscriptions en compte sont effectuées sur des comptes qui revêtent par conséquent la plus grande importance pour le nouveau concept harmonisé, et où toutes les inscriptions confèrent les mêmes droits. Il semblerait par conséquent approprié de parler de titres “détenus sur des comptes” au lieu de titres “intermédiés” qui est empreint des connotations de droit anglo-saxon décrites plus haut.

3. Inscription en compte (Article 9)

L’article 9(1) du projet de Convention établit que, sous réserve de l’article 13, le titulaire de compte acquiert des titres détenus sur des comptes par leur crédit à son compte de titres. L’article 9(3) prévoit que, sous réserve de l’article 13, le titulaire de compte dispose de titres détenus sur des comptes par le débit à son compte de titres.

Le projet de Convention ne distingue pas le compte dans la chaîne de détention sur lequel les crédits et les débits visés à l'article 9 sont effectués. Il en découle que tout titulaire de compte dans la chaîne de détention obtient les mêmes droits décrits à l'article 9, ou dispose des mêmes droits. Ainsi, tout titulaire de compte en montant ou en descendant dans la chaîne de détention obtient les mêmes droits crédités ou dispose des mêmes droits. Mais seul le titulaire de compte devrait réellement bénéficier de ces droits. Il ne peut y avoir qu'un seul compte sur lequel "le" titre est crédité alors que les autres comptes en montant ou en descendant dans la chaîne de détention confèrent les mêmes droits au titulaire de compte qui, cependant, ne peut utiliser ces droits à moins d'en être autorisé (de façon expresse ou implicite) par le titulaire de compte sur le compte duquel "le" titre a été crédité. En droit anglo-américain, le compte sur lequel le titre a été crédité serait le plus élevé dans la chaîne. En droit continental, il s'agirait du titulaire de compte au bout de la chaîne. Dans ce que l'on appelle les "systèmes transparents" les deux comptes coïncideront. En termes fonctionnels, on pourrait distinguer entre les titulaires de comptes qui sont soumis à des instructions dans l'exercice des droits qui leur sont conférés par l'inscription en compte, et ceux qui ne sont pas soumis à de telles instructions. Les derniers seraient les "propriétaires" ou les "propriétaires effectifs" selon la famille juridique respective.

L'Autriche estime que le projet de Convention devrait contenir des règles qui reflètent les considérations qui précèdent. Il y a des titulaires de compte qui ne sont pas soumis à des instructions par d'autres titulaires de comptes en ce qui concerne l'exercice des droits conférés par l'inscription en compte, et d'autres qui n'exerceront pas ces droits sans recevoir instruction de le faire. Un tel amendement du projet de Convention semble nécessaire pour garantir la compréhension et le bon fonctionnement du nouveau système de titres détenus sur des comptes.

4. Droits conférés par inscription en compte (Article 7)

La liste des droits conférés par inscription en compte figure à l'article 7 du projet de Convention. Le paragraphe 1 divise ces droits en trois alinéas (a) à c)). L'alinéa d) contient une référence à tous autres droits, y compris des droits sur des titres, qui sont éventuellement conférés par le droit non conventionnel. Il faudrait améliorer cette clause "fourre-tout" car la disposition liminaire au début du paragraphe indique que le crédit de titres confère les droits énumérés par la suite. Etant donné qu'il existe des pays, comme l'Autriche, dans lesquels le droit non conventionnel ne confère pas des droits par la seule inscription en compte (mais seulement en cas de titre de propriété valable), le libellé de l'alinéa d) doit être modifié. Conformément aux intentions, l'alinéa d) devrait indiquer que tous autres droits (et obligations) que le droit non conventionnel pourrait inclure par le transfert de titres (changement de propriété, changement de propriété effective) ou par la création d'une garantie (gage ou autre sûreté) seraient également conférés par le crédit. Par ailleurs, il semble important que l'on donne des exemples de ce que l'on entend soit dans le libellé même de la Convention, soit dans le Rapport explicatif ensuite, en se référant aux différentes notions de droits réels.

5. Ecritures défectueuses (Articles 13 et 14)

Il faut envisager la réponse à la question de savoir comment réglementer les inscriptions défectueuses à la lumière de l'intention globale du projet de Convention de créer un système efficace et certain sur le plan juridique de gestion et de transfert transfrontière des titres. L'objection premier de la Convention doit être la fiabilité des inscriptions, les parties doivent pouvoir compter sur le fait que les inscriptions ne sont pas rendues nulles. Etant donné que les transferts électroniques en masse de titres ne permettent pas sur le plan pratique de suivre la trace, c'est-à-dire de savoir quel titre précisément a été transféré du compte A au compte B, il faut

limiter les cas de contre-passation. Le seul cas pratique possible de contre-passation semble être celui dans lequel le titulaire de compte sait ou doit savoir que l'inscription effectuée par son fournisseur de compte est incorrecte. Dans ce cas, le fournisseur de compte devrait être autorisé à annuler l'inscription. Tous les autres cas d'inscription défectueuse pour une raison quelconque (contrats sous-jacents nuls, erreurs mécaniques, erreurs humaines et autres) doivent être résolus soit en dehors du système, soit dans le système en procédant à la correction des inscriptions.

Par ailleurs, il faut dire que les concepts traditionnels d' "acquisition de bonne foi" qui ont été développés dans les différents pays ne peuvent être utilisés pour résoudre le problème des inscriptions défectueuses. Les situations qui ont mené à l'acquisition de bonne foi traditionnelle diffèrent profondément de celles qui surviennent dans le monde des inscriptions électroniques et font que ces concepts traditionnels ne peuvent servir de modèle pour la réglementation.

Le moyen d'affronter le problème des inscriptions défectueuses semble être la conciliation journalière faite par les fournisseurs de comptes à chaque échelon, en particulier au niveau du DCT. Dans ce cas, le fournisseur de compte connaîtrait au moins l'existence des inscriptions défectueuses qui ont pour résultat une différence entre le nombre de titres émis et le nombre d'inscriptions effectuées de façon à ce qu'il puisse exécuter son obligation en vertu de l'article 21(1) du projet de Convention au moment opportun.

Les deux mesures suggérées ci-dessus, à savoir le pouvoir du fournisseur de compte de contre-passer une inscription que le titulaire du compte n'était pas en droit de demander et une conciliation journalière des inscriptions, semblent appropriées pour répondre au problème des inscriptions défectueuses.

- FIN -