



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

UNIDROIT 2009
CONF. 11/2 – Doc. 8
Original: anglais
9 septembre 2009

Observations

(présentées par le Gouvernement de la France)

La délégation française remercie le Secrétariat d'UNIDROIT pour l'opportunité accordée de présenter des commentaires avant les prochaines négociations, lors de la session finale de la Conférence diplomatique de Genève, sur le projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires, ainsi que sur le projet de Commentaire officiel.

1. Organisation de la session finale de la Conférence diplomatique pour l'adoption d'une Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires

1.1 La durée actuellement envisagée pour la session finale de la Conférence diplomatique pour l'adoption d'une Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires est de trois jours (du 5 au 7 octobre 2009) avec une extension possible de deux jours. Au cours de cette session finale, les délégations seront invitées à

- négocier le projet final de Convention en apportant des réponses aux questions importantes qui restent en suspens,
- examiner l'impact sur ce projet du Commentaire officiel et proposer des révisions à ce Commentaire si nécessaire,
- discuter le Mémoire relatif à des suggestions de révision du projet de Convention,
- vérifier la compatibilité des versions anglaise et française de la Convention,
- suivre le processus diplomatique menant à l'adoption du projet de Convention.

1.2 Etant donné le programme de travail de cette session finale, la délégation française estime que cette durée n'est pas suffisante. Par conséquent, nous proposons une extension de la session finale de 3-5 jours à 10 jours.

1.3 Nous estimons qu'une telle proposition permettrait de garantir que le texte final soit un document qui répondrait aux intérêts d'une grande majorité de délégations et refléterait la grande qualité des contributions apportées par les experts impliqués dans le processus.

2. Mémoire concernant des suggestions de révision du texte du projet de Convention (soumis par les Editeurs du projet de Commentaire officiel)

2.1 La délégation française se félicite du Mémoire soumis par les Editeurs - qui suggère certaines révisions du projet de Convention - et approuve largement toutes les suggestions faites dans ce Mémoire.

2.2 Nous nous réjouissons en particulier de la suggestion relative à une clarification du sens des articles 7, 14 et 21 quant à la relation entre le projet de Convention et les règles spécifiques en matière d'insolvabilité telles que les règles de procédure et l'annulation dans les procédures d'insolvabilité. Une telle clarification est essentielle afin de réduire l'incertitude juridique et de protéger, dans une procédure d'insolvabilité, les droits d'un titulaire de compte qui sont rendus opposables aux tiers en vertu de l'article 11 ou de l'article 12 du projet de Convention.

2.3 Par conséquent, nous pensons qu'il est nécessaire de discuter de façon approfondie cette question lors de la session finale afin d'élaborer un nouveau texte qui évitera les malentendus potentiels mis en évidence par les Editeurs.

3. Projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires

3.1 La question de la réglementation des intermédiaires (demande de révision de l'article 4)

3.1.1 La délégation française souhaite réitérer sa demande concernant la nécessité de limiter le champ d'application de la Convention à des entités "autorisées" ou "régulées" et de définir des critères harmonisés concernant les obligations minimales des intermédiaires couvertes par le projet de Convention. Le rôle des intermédiaires est au cœur du champ d'application du projet de Convention. C'est la conséquence directe du système de détention intermédiaire. L'intégrité du système que le projet de Convention essaie de promouvoir se fonde sur la solidité de ses composants et sur un ensemble cohérent de règles applicables à ces derniers, c'est-à-dire aux intermédiaires. Par conséquent, il y a un besoin évident de traiter cette question dans la Convention qui ne peut être laissée ni au droit non conventionnel ni aux accords contractuels entre les parties comme le prévoit actuellement l'article 28.

3.1.2 Le projet actuel de Convention d'UNIDROIT a été conçu comme une convention régissant les relations de droit privé concernant des questions relatives aux accords juridiques en vue de l'acquisition et de la disposition d'instruments financiers. Le projet ne couvre pas les aspects réglementaires de ces questions qui relèvent de la discrétion des Etats contractants.

3.1.3 Dans le texte, cela prend la forme d'une disposition qui figure au dernier paragraphe du Préambule du projet de Convention: "Reconnaissant que la présente Convention ne limite pas ou n'affecte pas la capacité des Etats contractants de réglementer, contrôler ou surveiller la détention et la disposition de titres intermédiaires, ou toute autre question expressément couverte par la Convention, dès lors que cette réglementation, ce contrôle ou cette surveillance ne vont pas à l'encontre des dispositions de la présente Convention". En vertu de cette disposition, le projet de Convention n'affecte pas les pouvoirs réglementaires des Etats contractants, ce qui confirme que les questions réglementaires ne sont pas harmonisées par ce projet. Par ailleurs, les dispositions réglementaires des Etats contractants ne doivent pas mettre en question les dispositions du projet de Convention, par exemple en touchant aux droits acquis pour les personnes physiques ou morales par le projet de Convention.

3.1.4 Toutefois, en raison de (i) l'interdépendance des systèmes de conservation et (ii) de l'impact sur les droits des clients de l'observation minimale de règles de nature réglementaire, on pourrait au contraire conclure que la réglementation des intermédiaires ne peut pas être laissée à la seule discrétion des Etats contractants et que l'intégrité du système exige une approche commune.

3.1.5 Par conséquent, nous demandons la suppression de l'article 4 et la révision de la définition d'intermédiaire à l'article 1 comme suit:

"intermédiaire" désigne toute personne (y compris un depositaire central de titres) qui, dans le cadre de son activité professionnelle ou à titre habituel, tient des comptes de titres pour le compte de tiers et, le cas échéant, pour son propre compte, et agit en cette qualité et est soumise à l'autorisation, la réglementation, le contrôle ou la surveillance d'un gouvernement ou d'une autorité publique en ce qui concerne cette activité, ou est une banque centrale."

3.2 La question des obligations minimales imposées aux intermédiaires (demande de révision de l'article 10)

3.2.1 La délégation française considère également que les intermédiaires doivent pouvoir bénéficier de la Convention, mais à la seule condition expresse que la Convention contienne une liste précise d'obligations minimales (dans l'exercice de la tenue de comptes titres).

3.2.2 De telles obligations minimales créeraient un standard mondial minimal afin d'établir un niveau de concurrence équitable entre les intermédiaires.

3.2.3 Par ailleurs, il s'agit d'une condition essentielle pour garantir l'intégrité d'une intermédiation transfrontalière ainsi que la protection des droits d'un titulaire de compte parce qu'une telle intégrité se fonde sur la qualité de chacun des composants de la chaîne intermédiée.

3.2.4 L'article 10 (Mesures pour permettre aux titulaires de comptes de jouir et d'exercer leurs droits) apparaît comme l'emplacement adéquat pour insérer une telle liste d'obligations minimales.

3.2.5 Cette liste pourrait être insérée dans le texte de l'article 10 de la façon suivante:

"1. Un intermédiaire doit prendre les mesures appropriées pour permettre à ses titulaires de comptes de jouir et d'exercer les droits visés à l'article 9(1). A cette fin, un intermédiaire doit au moins

- *assurer la conservation des titres des titulaires de comptes et des titres intermédiés crédités sur un compte tel que prévu par l'article 24;*
- *exécuter les instructions des titulaires de compte, dans les conditions définies par la convention de compte tel que prévu par l'article 23(1);*
- *ne pas disposer ou utiliser des titres ou des titres intermédiés crédités sur un compte de titres tenu par l'intermédiaire pertinent pour les titulaires de comptes, sauf le cas échéant lorsque cela est explicitement autorisé par le droit non conventionnel ou par la convention de compte si cela est 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;*

- payer au titulaire de compte tout produit financier réglé en relation avec les titres ou titres intermédiés, sans que l'intermédiaire pertinent 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 de titres tenu par l'intermédiaire pertinent pour le titulaire de compte et cela à intervalles réguliers, comme déterminé par le droit non conventionnel."

2. *La présente Convention n'impose pas à l'intermédiaire pertinent d'établir un compte de titres auprès d'un autre intermédiaire ni d'accomplir un acte qu'il n'a pas le pouvoir d'accomplir."*

3.2.6 L'effet d'une telle liste sera bien entendu évalué à la lumière de l'article 28 en vertu duquel les Etats contractants resteront libres d'établir les détails de ces obligations minimales conformément au droit non conventionnel.

3.3 La question de la relation avec les émetteurs (demande de révision de l'article 8)

3.3.1 Il apparaît, à la lumière du projet de Commentaire officiel, que l'utilisation des termes "titulaire de compte" à l'article 8(1) et "titulaire des titres" à l'article 8(2) entraîne une certaine confusion. Le paragraphe 8-13 du projet de Commentaire indique que "[l]'article 8(1) s'applique aux questions afférentes à la relation entre le titulaire de compte et l'émetteur au-delà même de ce qui est énoncé à l'article 9(1)(a)". En d'autres termes, cela signifie que l'article 8(1) vise la relation entre le titulaire de titres et l'émetteur.

3.3.2 Par conséquent, nous suggérons de remplacer à l'article 8(1) les mots "titulaire de compte" par les mots "titulaire des titres" et d'adapter en conséquence le projet de Commentaire.

3.4 La question de la détention par chaque intermédiaire d'une quantité suffisante de titres (demande de révision de l'article 24)

3.4.1 La délégation française ne comprend pas comment le titulaire de compte peut être protégé si l'obligation à la charge de son intermédiaire de détenir une quantité suffisante de titres est limitée aux titres de ses clients et ne couvre pas ses propres titres. Si nous considérons qu'à l'échelon supérieur les titres propres de l'intermédiaire sont également enregistrés avec les avoirs de ses clients, l'intégrité de la question implique que les titres sur les comptes de titres tenus par chaque intermédiaire pour lui-même devront être inclus dans la réconciliation avec la position vis-à-vis du dépositaire central de titres.

3.4.2 Par conséquent, nous demandons une modification de cet article afin d'en élargir le champ d'application aux comptes de titres que l'intermédiaire tient pour son propre compte.

3.4.3 Il convient de relever que le second avis du groupe consultatif auprès de la Commission européenne ("*European Legal Certainty Group*") remis en août 2008 qui devrait conduire à une future législation harmonisée sur le sujet TIENT COMPTE dans l'obligation de détenir une quantité suffisante de titres des titres dématérialisés crédités sur les comptes de ses titulaires de compte *plus* les titres dématérialisés détenus par le teneur de compte pour son propre compte (voir les pages 67-68 de l'avis) ¹.

¹ Cf. http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/certainty/2ndadvice_final_en.pdf (anglais seulement).

3.5 La question de l'exécution des obligations des intermédiaires en droit non conventionnel et de la responsabilité des intermédiaires (demande de révision de l'article 28)

3.5.1 L'article 28(1) contient une ambiguïté dans la phrase suivante: "*Si le contenu d'une telle obligation fait l'objet d'une disposition du droit non conventionnel ou, dans la mesure permise par celui-ci, par la convention de compte ou par les règles uniformes d'un système de règlement-livraison, la conformité à cette disposition satisfait à cette obligation.*"

3.5.2 Le simple fait que le droit non conventionnel, une convention de compte ou les règles uniformes d'un système de règlement-livraison traite de la substance d'une obligation des intermédiaires ne signifie pas que le droit non conventionnel, la convention de compte ou les règles uniformes d'un système de règlement-livraison soit conforme en substance avec la Convention. Cela laisse la possibilité aux Etats contractants de permettre aux intermédiaires de respecter moins que les obligations prévues par la Convention, ce qui est contraire aux objectifs d'harmonisation minimale et globale des effets de l'inscription de titres sur des comptes de titres et de nécessité d'offrir des conditions égales dans un environnement concurrentiel mondial.

3.5.3 Par conséquent, nous préconisons la suppression de la phrase citée plus haut.

3.5.4 L'article 28(2) indique que "*[I]a responsabilité d'un intermédiaire relative à ses obligations est régie par le droit non conventionnel (...)*". Nous estimons que le régime de responsabilité des intermédiaires devrait faire l'objet d'une harmonisation minimale afin d'éviter de mettre en échec la Convention à travers des clauses contractuelles de limitation ou d'exonération de responsabilité. Nous comprenons que cette Convention n'a pas pour objectif d'harmoniser le droit applicable en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle.

3.5.5 Nous estimons cependant que la Convention devrait au moins empêcher un Etat contractant de pouvoir exclure la responsabilité pour faute intentionnelle ou négligence grave.

3.5.6 Nous suggérons par conséquent la modification suivante: il faudrait insérer les mots suivants à la fin de l'article 28(2):

"mais ne peut être totalement exclue en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave."

4. Projet de Commentaire officiel sur le projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés

4.1 Comme cela avait été indiqué dans les commentaires envoyés avant la première session de la Conférence diplomatique, "[I]a 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". En effet, un tel Commentaire officiel constituera un instrument essentiel pour réduire l'incertitude juridique en limitant la marge d'interprétation des juges et des législateurs locaux.

4.2 Nous souhaitons par conséquent remercier le Secrétariat d'UNIDROIT et toutes les personnes qui ont contribué à la rédaction de ce projet de Commentaire officiel et à sa diffusion avant la session finale de la Conférence diplomatique. Nous considérons que les deux versions linguistiques sont de grande qualité et ont atteint l'objectif de disposer d'un projet presque final avant la fin des négociations sur le projet de Convention.

4.3 La délégation française souhaite compléter ce projet avec les commentaires qui suivent:

Article 1(m)

4.3.1 Au paragraphe 1-49, il pourrait être utile d'ajouter l'article 28(1) aux cas mentionnés comme possibilité pour le droit non conventionnel de compléter la Convention. Dans le texte actuel, seul l'article 13 est mentionné.

Article 10

4.3.2 Au paragraphe 10-10, à l'exception des Exemples 10-1 et 10-2 que l'on ne peut pas considérer comme une justification par eux-mêmes, il n'existe aucune justification pour l'article 10(2). La délégation française demande par conséquent une clarification de l'explication.

Article 17

4.3.3 Au paragraphe 17-8, il est indiqué que "[l]’alinéa b)(i) précise que le critère concernant l’élément “devrait avoir connaissance” doit s’appliquer à la lumière des circonstances particulières qui s’appliquent aux titres intermédiés. La notion traditionnelle de “bonne foi” est inappropriée dans le contexte *sui generis* des systèmes de titres intermédiés. Les tribunaux ne devront pas avoir recours aux concepts du droit applicable concernant l’acquisition de bonne foi des biens mobiliers corporels en général.”

4.3.4 Nous estimons que la rédaction de ce paragraphe est trop affirmative dans l'exclusion de l'application des concepts traditionnels de bonne foi. En effet, on ne peut pas exclure que, dans certains pays, les tribunaux ne rejettent pas complètement mais adapteront les notions traditionnelles de bonne foi et d'innocence aux “circonstances particulières qui s'appliquent aux titres intermédiés”.

4.3.5 Par conséquent, la délégation française demande la révision de la rédaction de la façon suivante:

*“(…) La notion traditionnelle de “bonne foi” peut être considérée inappropriée dans le contexte *sui generis* des systèmes de titres intermédiés. Les tribunaux devraient adapter à ce contexte spécifique le recours aux concepts du droit applicable concernant l’acquisition de bonne foi des biens mobiliers corporels en général.”*

Article 24

4.3.6 Au paragraphe 24-13, l'explication donnée pour la phrase “détenir ou disposer” ne semble pas suffisante pour comprendre le sens de ces deux concepts. Nous demandons par conséquent une clarification de cette explication.

4.3.7 Au paragraphe 24-17, parmi les différentes méthodes indiquées pour satisfaire au principe de l'article 24(1), aucune référence n'est faite au principal outil utilisé dans plusieurs pays et notamment en Europe continentale pour protéger les titulaires de comptes de toute création artificielle de titres. Cet outil est la réconciliation obligatoire entre les comptes de chaque intermédiaire et le compte émission tenu par le dépositaire central de titres. Par conséquent, nous souhaitons que cet outil de protection soit inclus dans le Commentaire officiel sur l'article 24.

Article 28

4.3.8 Dans l'Exemple 28-2, la possibilité donnée par le droit pour permettre des manques temporaires de titres semble contraire à l'esprit de l'article 24(3) car les manques doivent revêtir un caractère exceptionnel. Notre interprétation est qu'un droit qui permet des manques temporaires serait contraire à la substance de l'obligation. En maintenant un tel exemple, le risque existe que le lecteur croit que le droit non conventionnel peut vider les obligations de la Convention de leur contenu.

4.3.9 Par conséquent, nous demandons la suppression de l'Exemple 28-2 et la révision des Exemples 28-5 et 28-6 (remplacement de l'Etat X par l'Etat Z par exemple).

Article 38

4.3.10 Aux paragraphes 38-2 et 38-8, la possibilité de combiner, dans la déclaration de l'Etat, les exclusions partielles visées par l'article 38(2) n'est pas clairement mentionnée.

4.3.11 Par conséquent, nous souhaitons inclure une phrase qui préciserait qu'un Etat peut déclarer une exclusion partielle en combinant l'une quelconque des questions couvertes par les trois alinéas de l'article 38(2).

- FIN -