



**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. 12
Original: anglais
24 août 2009

Observations

(présentées par le Gouvernement du Luxembourg)

1. Pour présenter Ces observations, nous avons examiné le projet de Commentaire officiel (CONF. 11/2 - Doc. 5) et souhaitons féliciter les Editeurs pour l'excellent travail qu'ils ont réalisé en un laps de temps très court.

2. Nous suivrons ci-après l'ordre des articles du projet de Convention et ferons parfois des références à certains paragraphes du projet de Commentaire officiel.

I. Article 1(I): définition de "identification "

3. Le projet de Commentaire (paragraphes 1-46 et 12-29) indique qu'une identification est caractérisée par le fait qu'elle "devrait figurer dans tout relevé de compte ".

4. Nous n'excluons pas qu'un intermédiaire puisse souhaiter inclure une référence à une garantie sur le relevé de compte qu'il délivre, mais nous ne pensons pas que cela devrait être obligatoire, c'est-à-dire propre à la définition de l'"identification". Le libellé de la définition n'exige pas de façon expresse un tel type de publicité. La désignation pourrait tout aussi bien se faire seulement dans le système électronique de l'intermédiaire sans apparaître sur les relevés de compte.

5. Nous ne voyons pas pourquoi les intermédiaires devraient être obligés, moyennant des frais importants, de modifier leur système informatique ainsi que la présentation de leurs relevés de comptes, d'autant que l'information qui apparaîtrait sur ces relevés serait nécessairement

- (i) plutôt laconique;
- (ii) l'image d'un moment donné seulement; et
- (iii) incomplète.

6. L'information qui apparaîtrait sur les relevés de comptes serait d'un usage très limité pour les tiers puisqu'ils devraient de toute façon faire des recherches pour savoir en particulier si

- (i) le droit perfectionné par l'identification est encore en vigueur
- (ii) l'intermédiaire est le bénéficiaire de la garantie
- (iii) l'intermédiaire a reçu la notification d'une convention de contrôle.

Des recherches auprès du titulaire de compte et/ou de l'intermédiaire sont par conséquent dans tous les cas inévitables.

7. Nous souhaiterions que le Commentaire puisse être modifié conformément à ce qui précède.

II. Article 14(1)

8. Le libellé actuel du paragraphe 1 ne nous satisfait pas.

9. La dernière partie de ce paragraphe pourrait être lue comme ayant un effet sur le rang des [garanties] droits dans une procédure d'insolvabilité. Ce n'est pas ce que cette disposition devrait faire.

10. Après une première lecture, il semble que les modifications proposées par les Editeurs répondront, si elles sont retenues, à notre préoccupation sur ce point.

11. Si les modifications suggérées par les Editeurs n'étaient pas retenues, nous estimons que le paragraphe 1 devrait être clarifié comme suit:

“Les droits rendus opposables aux tiers en vertu de l'article 11 ou de l'article 12 sont opposables à l'administrateur d'insolvabilité et aux créanciers dans toute procédure d'insolvabilité au moins dans la même mesure que des droits comparables dans cette procédure.”

II. Articles 17 et 18

12. Bien que le projet de Commentaire ait atténué nos préoccupations, nous continuons d'exprimer notre préférence pour la suppression du critère “devrait avoir connaissance” et le maintien simple du critère de la connaissance effective.

13. La pratique a montré, en particulier pour les dépositaires globaux et les DCTs, qu'il est difficile de déterminer si leurs clients séparent correctement les titres de leurs clients et leurs propres titres. Lorsqu'ils prêtent des espèces ou des titres à ces clients pour faciliter le règlement d'opérations, les dépositaires globaux et les DCTs doivent être sûrs d'avoir obtenu une garantie valable. Etant donné la vitesse à laquelle se font et doivent se faire les transactions, ils doivent pouvoir se fier à ce qu'ils peuvent voir immédiatement (par exemple la ségrégation effectuée par le client) et à ce dont ils ont une connaissance effective. Il n'est pas improbable que, dans un cas d'insolvabilité, les tribunaux estimeront que ces dépositaires et DCTs devraient avoir procédé à des tests de probabilité (par exemple sur la base des documents comptables) qui auraient révélé que les titres des clients étaient inclus dans le compte propre de l'emprunteur auprès du dépositaire global ou du DCT et utilisés à titre de garantie et que les tribunaux annuleraient par conséquent en tout ou partie la garantie. Le critère “devrait avoir connaissance” engendrera inévitablement des litiges quant au niveau des critères professionnels qui pourraient être interprétés de différentes manières par les tribunaux et qui pourraient être très préjudiciables à l'ensemble du système de détention des titres.

14. Nous avons relevé certaines incohérences dans l'article 18 qui disparaîtraient si les modifications proposées par les Editeurs étaient adoptées.

III. Article 19(3)(c)

15. Nous suggérons de modifier l'alinéa c) comme suit:

“c) la conclusion de la convention de contrôle entre un titulaire de compte, l'intermédiaire pertinent et une autre personne ou, si l'intermédiaire pertinent n'est pas partie à la convention de contrôle, la réception de la notification d'une telle convention par l'intermédiaire pertinent.”

16. La première partie de la modification suggérée a été ajoutée dans un souci d'explication alors que la dernière partie vise à remédier à une ambiguïté. Les termes “sa notification” qui figurent dans le texte actuel pourraient être interprétés comme voulant dire aussi bien “l'envoi de la notification” que “la réception de la notification”. Nous pensons que la deuxième option est la bonne parce que les tiers, avant de se voir conférer un droit sur des titres, se tourneront vers l'intermédiaire afin d'obtenir confirmation du fait que les titres sont libres de tout droit antérieur des tiers. Pour des motifs de certitude juridique, il faut retenir le critère de la “réception de la notification” pour fixer le moment de la détermination du rang.

- FIN -