



**FR**

**CONSEIL DE DIRECTION**  
**88<sup>ème</sup> session**  
**Rome, 20 - 23 avril 2009**

UNIDROIT 2009  
C.D. (88) 7 Add. 2  
Original: anglais  
avril 2009

**Point n° 9 b) de l'ordre du jour: Programme de travail triennal de l'Organisation  
(2009-2011)**

***Etude en vue d'un projet législatif international  
sur le classement (contractuel) des contreparties***

(Note préparée par le Secrétariat)

<i>Sommaire</i>	<i>Examen d'une proposition en vue d'un projet législatif international sur le classement (contractuel) des contreparties</i>
<i>Action demandée</i>	<i>Travaux futurs</i>
<i>Mandat</i>	<i>Programme de travail</i>
<i>Degré de priorité</i>	<i>A déterminer</i>
<i>Documents connexes</i>	<i>C.D. (88) 7</i>

**Introduction**

1. Les membres du Comité consultatif sur les travaux en matière de marchés de capitaux ont placé à l'unanimité parmi les sujets figurant en tête de la liste des sujets susceptibles d'être inclus dans le guide législatif envisagé (UNIDROIT 2009 – C.D. (88) 7 Add. 1), outre le sujet de la compensation, un projet proposé par le Gouvernement du Royaume-Uni visant à faciliter la convergence des normes nationales de classement des investisseurs.

2. Eu égard à l'importance du sujet et afin d'assister le Conseil de Direction dans sa prise de décision concernant les travaux futurs dans ce domaine, le Secrétariat a demandé à Mme Joanna Perkins, Secrétaire du Comité du droit des marchés financiers de la Banque d'Angleterre, de présenter une étude. Celle-ci se trouve jointe au présent document.

## 1. ÉTUDE POUR UN PROJET LÉGISLATIF INTERNATIONAL PORTANT SUR LE CLASSEMENT (CONTRACTUEL) DES CONTREPARTIES

### 1.1 Brève présentation de la proposition de projet

**Le problème:** il existe aujourd'hui un manque général d'uniformité dans la façon dont sont classées et définies au niveau national les contreparties contractuelles ("clients"), qui porte entrave à l'activité commerciale transnationale. La façon de définir des concepts nécessaires au classement du client, tels que "consommateur", "détail", "gros" et "professionnel" varie de pays à pays, ce qui crée des écarts de traitement entre les entreprises pour ce qui est des protections qu'elles doivent assurer à leurs clients, des produits et services auxquels elles ont accès et même au regard du choix de leurs partenaires commerciaux. Les difficultés et les risques qui résultent des divergences des régimes du droit contractuel et des protections réglementaires sont particulièrement aigus dans le domaine des services financiers, où s'appliquent habituellement des règles extrêmement différentes selon la qualité du client – ou de l'investisseur – avec lequel une entreprise est en relation commerciale.

**Effets négatifs:** les variations entre les droits nationaux dans la définition de concepts clés concernant le classement des clients tels que "consommateur" et "activité commerciale" ont des effets préjudiciables sur les opérations transnationales dans presque tous les domaines, en raison de la tendance des systèmes juridiques à appliquer des régimes contractuels spécifiques pour tous les contrats passés avec des consommateurs. Toutefois ce problème est particulièrement sensible s'agissant des marchés financiers internationaux par le fait qu'il impose des coûts accrus et inutiles aux institutions financières en raison de la complexité, au niveau international, de l'application des règles non seulement du droit des obligations mais également de la réglementation financière.

Dans le climat actuel, la principale conséquence de ce manque de cohérence est certainement le risque accru pesant sur la stabilité du système financier global. En premier lieu, il réduit l'efficacité de la réglementation et encourage les pratiques du marché qui visent à tirer avantage des divergences, connues sous le nom d' "arbitrage réglementaire". Deuxièmement, il entache de ce fait le respect à l'égard des régulateurs et de la réglementation. Troisièmement, il porte préjudice aux participants du marché global dans leurs efforts d'avoir une compréhension globale du régime réglementaire auquel ils sont soumis et augmente les risques de fautes malencontreuses et d'interprétations erronées. Quatrièmement, l'absence de définitions et de normes communes entre les régulateurs nationaux fera très vraisemblablement obstacle à toute tentative internationale unie de régler de façon satisfaisante les causes de la récente crise financière globale en améliorant la réglementation des activités financières transnationales.

**Les remèdes:** un travail considérable est réalisé par le secteur privé pour porter la question, pour ce qui est de ses effets à l'égard des marchés financiers, à l'attention des régulateurs et législateurs supranationaux (notamment la Direction Générale "Marché intérieur" de la Commission européenne, la *US Securities and Exchange Commission (SEC)*, et IOSCO), mais ces initiatives, même si elles portent des fruits, laisseront des lacunes importantes. L'Union européenne ne peut légiférer qu'à l'intérieur de ses propres frontières, ce qu'elle a du reste déjà fait (le MiFID, dans le secteur des services financiers, établit un classement en trois catégories des investisseurs et, dans le domaine commercial plus général, établit une définition de "consommateurs" pour ce qui est de la législation en matière de clauses et pratiques contractuelles abusives). La SEC et IOSCO sont des organismes de régulation qui n'ont pas les moyens de traiter des aspects de droit privé du classement des contreparties, même s'ils sont en rapport avec les services financiers (par exemple, ces organismes ne sont pas qualifiés pour examiner comment les distinctions entre contreparties de services de détail ou de services de gros peuvent jouer sous l'empire du droit international privé; cette question se pose notamment lorsque les législateurs examinent si les contreparties de

détail doivent universellement être autorisées à bénéficier des protections prévues en vertu de leur système juridique national au moyen d'une règle de loi applicable à cet effet).

En droit général des contrats, plusieurs initiatives supranationales tendant à définir les consommateurs et les contrats passés avec des consommateurs ont abouti, mais aucun exercice véritablement international n'a été mené à bien pour examiner comment les classifications des contreparties utilisées en droit commercial général fonctionnent au regard de celles qui sont appliquées par les systèmes réglementaires nationaux pour les services financiers.

**Solution proposée:** la formulation de directives internationales ayant valeur de recommandation dans ce domaine pourrait apporter une solution appropriée pour faciliter les échanges internationaux, notamment sur les marchés financiers transnationaux, en offrant une réglementation adaptée. Des directives de cette nature devraient être établies sous les auspices d'une organisation internationale de renom ayant une certaine expérience dans le droit des marchés financiers. UNIDROIT est l'organisation la mieux à même d'entreprendre le projet considéré.

## **1.2 Avantages**

La diversité qui caractérise les classifications nationales entrave les marchés en raison du manque de rationalité économique, et complique la mise à disposition sur les marchés transnationaux de produits et de services. En facilitant la convergence législative et réglementaire entre les pays, on espère que les directives internationales ou les définitions normalisées pourront:

- o faciliter les échanges transfrontaliers et internationaux de façon à promouvoir le développement économique global;
- o permettre le développement d'expectatives stables dans le temps et entre les régions;
- o créer une continuité juridique, aussi bien temporelle que géographique, dépourvue de restrictions artificielles;
- o assurer un haut niveau d'adéquation entre les participants du marché et les attentes commerciales; et
- o réduire les complexités pratiques et accroître les facilités pour les entreprises.

## **1.3 Contraintes**

Ce projet ne devrait pas être excessivement coûteux à réaliser. On envisagerait une série de définitions, sous la forme d'un bref code, présidant à la classification des contreparties. Il devrait être possible de produire un projet d'instrument en moins de six mois, sous la coordination d'un fonctionnaire à temps partiel du Secrétariat. En même temps, on pourrait rédiger des Notes explicatives qui fourniraient des exemples de la façon dont les définitions pourraient être utilisées, présenteraient les conclusions concernant les meilleures pratiques au regard des définitions, et si possible traiteraient d'une façon ou d'une autre des besoins que les marchés pourraient avoir de classifications ou sous-classifications supplémentaires (par exemple, les Notes pourraient offrir des définitions non fondamentales optionnelles). Ce travail exigerait davantage de soutien de la part du Secrétariat, auquel cas le Secrétaire du Groupe de travail devrait s'engager à temps plein sur le projet.

On pourrait s'adresser au secteur privé pour obtenir des ressources supplémentaires pour ce projet du fait que celui-ci non seulement contribuera à la stabilité économique et financière mais augmentera également l'efficacité commerciale.

Outre les coûts directs de réalisation du projet, les adaptations rendues nécessaires par la mise en oeuvre de celui-ci auraient des incidences de coûts pour la période de transition pour certaines autorités nationales et les participants du marché dans les Etats qui adopteront les définitions élaborées.

Afin d'éviter des charges financières ou engagements politiques inutiles ou l'affaiblissement de régimes nationaux bien établis, il est important que tout projet législatif international dans ce domaine ait comme objectif des instruments de réforme politiquement neutres et de portée supranationale, comme le serait l'utilisation de directives générales, des instruments de droit non contraignant, ou encore des principes et des définitions.

## **2. TECHNIQUES RÉDACTIONNELLES**

### **2.1 *Techniques possibles***

Des normes globales pour les pratiques commerciales et des marchés sont souhaitables chaque fois qu'un accord international constitue une possibilité à la fois pratique et politique, et que l'on pense que les règles applicables resteront stables dans le temps. Un argument particulièrement fort en faveur de la normalisation peut être avancé en ce qui concerne la classification des contreparties et la définition des activités commerciales de détail et en gros parce que le sentiment s'affirme de façon croissante au niveau international que des distinctions doivent être établies dans ce domaine et que la nature d'un consommateur de détail par exemple ne changera guère dans les années à venir.

Toutefois, à ce stade, l'accord international ne devrait porter que sur des définitions simplifiées et globales, et des distinctions générales. Des normes de cette nature non seulement seront plus à même de recueillir un consensus mais pourront s'avérer mieux adaptées aux changements à venir et aux nécessités particulières de chaque marché. Pour des raisons semblables, tout projet législatif international devrait avoir pour objet de produire un instrument de droit non contraignant – peut-être un ensemble de principes, un guide législatif ou une loi modèle. Les détails concernant la mise en oeuvre des définitions devraient être contenus dans les Notes explicatives ou dans un guide d'accompagnement.

Dans la perspective d'emporter l'adhésion internationale, il est important de déterminer la mesure dans laquelle un tel instrument devra être plutôt descriptif, et s'attacher à décrire les différentes catégories de contreparties, ou plutôt prescriptif (au normatif), en établissant les règles que les législateurs ou les autorités réglementaires devront respecter. Bien que le projet doive inévitablement revêtir un certain caractère prescriptif pour réaliser son objectif de convergence et aussi pour éviter la tendance à l'excès de détail qui caractérise la documentation dans les cadres nationaux, on pourrait alléger les dispositions normatives en évitant de réglementer de façon rigide les applications au niveau local des catégories et des définitions énoncées.

Enfin, le projet législatif devrait adopter une démarche fonctionnelle et/ou téléologique dans la catégorisation qu'il opère. Il est important de garder l'esprit le sens fondamental des objectifs à atteindre par les définitions et les principes et, en particulier, le fait qu'ils pourront être utilisés comme référence dans des contextes différents par les autorités de régulation. C'est pourquoi le projet devrait autant que possible éviter une analyse strictement legaliste de la mesure dans laquelle les règles peuvent être harmonisées, mais devrait plutôt viser à identifier les objectifs partagés reconnus par différents régimes nationaux au niveau législatif et réglementaire, de façon à voir s'il est possible de promouvoir leur application au moyen de définitions normalisées.

### **3. LE PROJET**

#### **3.1 *L'enceinte appropriée***

Une initiative visant à la convergence internationale dans le domaine de la classification des contreparties pourrait aisément être menée par UNIDROIT, organisation internationale de renom qui a pour objet la modernisation et l'harmonisation du droit privé. En particulier:

- UNIDROIT a déjà l'expérience de projets dans le domaine du droit des marchés financiers, avec le succès du projet sur les titres intermédiés qui est prêt d'arriver à sa conclusion.
- Les méthodes qui président à la présentation des projets à UNIDROIT, avec des analyses et la préparation du projet par des experts, conviennent pour un projet technique de cette nature, et sensible pour le marché.
- Le statut indépendant de l'organisation facilite l'utilisation de méthodes de travail techniques, et dans une certaine mesure la met à l'écart de la scène politique internationale qui pourrait peser dans le cadre d'autres initiatives législatives globales.

#### **3.2 *Résultats possibles du projet: les instruments***

Deux projets d'instrument sont présentés en Annexes A et B à la présente note. Le premier revêt la forme de "Définitions" et le second de "Principes". Tous deux contiennent des normes qui établissent des catégories de contreparties selon qu'elles sont plus ou moins averties. Le premier projet (en annexe A) vise principalement à répondre aux besoins d'un régime unifié de classification des investisseurs sur les marchés financiers, objectif qui est moins présent dans le deuxième projet où la classification des contreparties est envisagée dans le domaine commercial plus général.

Il a déjà été suggéré plus haut que tout instrument visant à s'appliquer au niveau international devrait être suffisamment souple pour répondre aux besoins du marché local. C'est pourquoi l'instrument qui est basé sur le modèle législatif des "principes" est volontairement vague pour ce qui est du contexte réglementaire ou législatif dans lequel les principes doivent être utilisés par l'autorité nationale pertinente ("ANP").

Il est possible qu'aucun des deux instruments n'impliquerait de changements particulièrement importants au niveau législatif ou réglementaire dans les économies avancées. En revanche, l'adoption et la mise en oeuvre de définitions basées sur ce modèle pourraient produire d'énormes avantages pour les cadres législatifs et réglementaires dans les marchés émergents.

#### **3.3 *Mise en œuvre récente au Royaume-Uni et dans l'Union européenne de la MiFID***

Certains Etats membres pourraient se montrer préoccupés des effets qu'un instrument international aurait au regard des systèmes locaux de classification des investisseurs et du fait qu'ils pourraient contrarier les cadres réglementaires existants. Cette préoccupation pourrait être particulièrement vive dans le contexte de la mise en oeuvre au Royaume-Uni et dans l'Union européenne de la Directive MiFID qui a imposé des contraintes importantes et coûteuses aussi bien aux autorités nationales qu'aux institutions du secteur privé.

Il faut souligner que, pour les raisons indiquées plus haut, le projet proposé n'a pas en vue de porter atteinte ou de modifier de façon radicale les pratiques locales concernant les classifications des investisseurs, pratiques avec lesquelles les participants du marché se sont familiarisés, parfois au prix de grandes difficultés.

Toutefois, pour ce qui est de l'agrément donné aux entreprises au moyen d'un "passeport", la mise en œuvre de la Directive MiFID n'a pas encore fait apparaître pleinement les avantages qui avaient été mis en avant par ses promoteurs. La normalisation internationale de larges catégories de contreparties, ou d'investisseurs, pourrait améliorer les avantages escomptés en élargissant aux pays tiers la portée du régime de base de la classification des clients reconnus en vertu de la MiFID, tout en encourageant les cas de dérogations ou la reconnaissance mutuelle sur la base des définitions adoptées.

## ANNEXE A

## PROJET D'UNIDROIT DE DEFINITIONS ET DE REGLES MODELES

PROJET D'UNIDROIT DE CADRE COMMUN DE REFERENCE POUR LA CLASSIFICATION  
(CONTRACTUELLE) DES CONTREPARTIES – DEFINITIONS ET DE REGLES MODELES

LE PRÉSENT instrument est le produit de trois années de collaboration entre juristes, marchés financiers et experts des autorités de régulation représentant les Etats membres d'UNIDROIT. Les travaux de préparation ont commencé en 2009 et se sont poursuivis au cours de quatre sessions de rédaction. Les experts consultants et les délégations ayant statut d'observateur [IOSCO] et [CESR], ont amplement contribué au processus de préparation.

## DEFINITIONS

## 1. Parties

1.1 Un *participant des marchés financiers* est une entreprise économiquement active dont l'activité consiste à fournir des services financiers et/ou des produits financiers, et qui est soumise à un contrôle législatif ou réglementaire.

1.2 Un *investisseur* est une organisation, une entreprise, un particulier ou autre entité qui conclut un contrat avec un participant des marchés financiers pour l'acquisition de services financiers et/ou des produits financiers.

1.3 Un *émetteur* est une entreprise économiquement active qui émet des instruments financiers dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle lorsque ces instruments sont [destinés à être] achetés par un ou plusieurs investisseurs qui prennent ainsi à leur charge un certain risque de perte.

1.4 Un *intermédiaire financier* est un participant des marchés financiers qui conclut des contrats à la fois avec un émetteur et avec un investisseur en vue d'agir comme intermédiaire dans la fourniture d'instruments financiers par l'émetteur à l'investisseur.

## 2. Activités

2.1 Une *transaction* est un contrat prévoyant la fourniture de services financiers et/ou de produits financiers entre un participant des marchés financiers et un investisseur.

2.1.1 Une *transaction en gros* désigne un contrat prévoyant la fourniture de services financiers et/ou de produits financiers par un participant des marchés financiers directement à une personne autre que l'utilisateur final, à savoir à un intermédiaire commercial.

2.1.2 Une *transaction de détail* désigne un contrat prévoyant la fourniture de services financiers et/ou de produits financiers par un participant des marchés financiers directement à l'investisseur, qui est l'utilisateur final.

2.2 Une *émission* vise une émission unique, collectivement identifiable, de titres ou d'autres instruments financiers.

### **3. Classification de l'investisseur**

3.1 Un *investisseur professionnel* désigne une personne physique ou morale qui conclut une transaction dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle, lorsque la transaction relève de son activité commerciale ou professionnelle essentielle.

3.2 Un *investisseur non professionnel* désigne tout autre investisseur.

3.2.1 Un investisseur qualifié est un investisseur non professionnel qui a été identifié soit – a) par une autorité de régulation compétente, soit b) selon les moyens énoncés dans les dispositions législatives ou réglementaires applicables au participant des marchés financiers dans ses négociations avec l'investisseur, – auquel il est estimé approprié d'appliquer un niveau de protection législative et/ou réglementaire moins élevé qu'à d'autres investisseurs non professionnels.

3.2.2 Un investisseur non qualifié désigne tout autre investisseur non professionnel.

## **GUIDE MODELE LEGISLATIF ET REGLEMENTAIRE**

Les dispositions législatives ou réglementaires prévoient ...

### **4. Restrictions d'offres**

4.1 des dérogations à l'obligation d'enregistrement du prospectus pour les offres de titres à des professionnels et/ou des investisseurs qualifiés.

4.2 des dérogations à l'obligation d'enregistrement pour les offres de vente de parts d'organismes de placement collectif à des professionnels et/ou des investisseurs qualifiés.

4.3 que lorsqu'une émission de titres est offerte à la vente exclusivement à des professionnels et/ou des investisseurs qualifiés, l'émetteur ou l'intermédiaire financier n'a pas à notifier ou à déposer les documents auprès de l'autorité de régulation.

4.4 des dérogations pour les communications adressées exclusivement à des professionnels et/ou des investisseurs qualifiés concernant toutes restrictions de commercialisation afférentes à une offre de titres.

### **5. Règles de conduite**

5.1 des dérogations pour les transactions avec des professionnels et/ou des investisseurs qualifiés concernant les restrictions imposées par les règles de conduite.

### **6. Entreprises étrangères**

6.1 des dérogations partielles aux différentes exigences de licences et d'autorisations pour les participants des marchés financiers étrangers qui exercent des activités dans le pays, lorsque les activités en question consistent exclusivement en transactions avec des professionnels et/ou des investisseurs qualifiés ou des transactions en gros.

## **ANNEXE**

[On pourrait insérer ici un tableau comparatif d'exemples de règles et de critères de classification des investisseurs appliqués dans des Etats membres]

**ANNEXE B****PROJET DE PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS A LA CLASSIFICATION  
(CONTRACTUELLE) DES CONTREPARTIES****PROJET DE PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS A LA CLASSIFICATION DES  
CONTREPARTIES**

CONSIDERANT CE QUI SUIT:

- La facilitation du commerce transnational et international portant sur les produits et les services stimulera et améliorera le développement économique global;
- pour que les marchés se développent harmonieusement, les dispositions législatives et réglementaires du droit national doivent permettre et encourager les participants du marché à développer des attentes stables dans le futur et entre les régions;
- un environnement stable propice à la planification encourage l'investissement, et, de ce fait, la croissance du marché;
- afin de créer un tel environnement, une certaine continuité juridique doit être assurée dans le ou les systèmes juridiques dans lesquels les participants des marchés interviennent. Cette continuité doit être à la fois temporelle et géographique afin que l'investissement et la croissance ne se trouvent pas artificiellement restreints;
- la continuité géographique des dispositions législatives et réglementaires peut être améliorée à la fois par le jeu efficace des règles de droit international privé et par les initiatives tendant à assurer une convergence des dispositions législatives et réglementaires entre les pays;
- un environnement global dans lequel il existe un haut niveau de convergence entre les attentes commerciales des participants, formées dans leur environnement national, et les cadres législatifs et réglementaires étrangers dans lesquelles ils interviennent, pourront mieux protéger les droits réels et contractuels et protéger l'investissement, ce qui encouragera une couverture des risques efficace et productive;
- il existe un manque d'uniformité entre les pays pour ce qui est des catégories de contreparties contractuelles, de gros, intermédiaires et de détail;
- il apparaît que les différentes classifications existant actuellement créent des inefficacités du marché, entravent le commerce transnational et causent inutilement des coûts accrus pour les entreprises;
- la grande diversité des classifications est source d'insécurité: certains consommateurs ne bénéficient pas du niveau idéal de protection tandis que des entreprises plient sous le fardeau d'un excès de réglementation;
- il est largement reconnu que la nécessité d'une certaine forme de classification internationale des contreparties ou des investisseurs est particulièrement aiguë dans le domaine du droit et de la réglementation des marchés financiers; et

- le sentiment est largement partagé que des directives internationales dans ce domaine permettraient de faciliter les échanges sur les marchés financiers et participeraient à une réglementation solide.

Les Etats membres ont convenu des principes suivants pour promouvoir la convergence internationale dans le domaine de la classification des investisseurs:

### **Portée et mise en oeuvre**

*Les présents principes renferment des normes établissant des catégories de contreparties selon qu'elles sont plus ou moins averties et qualifiées pour s'engager dans des activités réalisées sur le marché par une entreprise ("l'entreprise") soumise à un contrôle législatif et réglementaire. L'utilisation des présents principes peut être jugée appropriée au regard d'objectifs législatifs et réglementaires variés, qui sont déterminés par l'Autorité nationale compétente ("ANC").*

### **Commentaire**

Le Préambule est intentionnellement vague pour ce qui est du contexte législatif et réglementaire dans lequel les principes pourront être utilisés par l'ANC. Un examen attentif de l'environnement commercial national sera nécessaire pour décider s'il est souhaitable ou nécessaire de distinguer, pour une activité commerciale donnée, entre les niveaux d'expertise manifestés par les contreparties avec lesquelles une entreprise est en relation commerciale. Aux fins de l'application de ces principes, l'ANC pourra examiner les aspects suivants: l'applicabilité des prescriptions en matière de prospectus et de divulgation des informations, de restrictions de commercialisation, les règles de conduite, et les conditions concernant les licences. Plus généralement, l'ANC pourra examiner si ces principes affectent les règles du droit des obligations et du droit commercial portant sur les clauses abusives, et les règles de loi applicable ou de for compétent qui offrent aux consommateurs, y compris aux investisseurs de produits financiers, la protection de leur propre droit ou leur compétence juridictionnelle.

### **Principe 1**

*L'ANC, ayant adopté les présents principes relatifs à la classification des contreparties à toute fin législative ou réglementaire appropriée, emploiera ses meilleurs efforts pour assurer que le niveau de protection offert aux contreparties qui sont identifiées par les principes comme étant plus averties ou qualifiées ne sera pas supérieur au niveau de protection fourni aux contreparties moins averties ou moins qualifiées.*

### **Commentaire**

Ce principe touche à un point critique de l'objectif essentiel des principes: le but de cet instrument est de faciliter un degré de convergence globale concernant des catégories générales de contreparties dans le domaine du droit des services financiers. Il est fondamental au regard de cet objectif que les autorités nationales qui adoptent cette démarche aillent toutes dans le même sens, en imposant aux entreprises des niveaux de contrôle législatif et réglementaire moins contraignants pour leurs activités avec des contreparties averties ou qualifiées.

## Principe 2

*L'ANC établira une distinction entre les activités*

- 1. de gros; et*
- 2. de détail*

*réalisées par l'entreprise avec une ou plusieurs contreparties.*

### Commentaire

La fourniture de produits et de services est dite "en gros" lorsqu'elle est faite à une personne autre que l'utilisateur final, à savoir à un intermédiaire commercial.

La fourniture de produits et de services est dite "de détail" lorsqu'elle est faite à l'utilisateur final, qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un consommateur, d'une institution ou d'une personne physique.

Lorsqu'un tel principe est adopté, les activités de gros sont celles réalisées avec des contreparties qualifiées et les activités de détail sont des activités avec des contreparties qui sont réputées moins qualifiées.

## Principe 3

*Pour ce qui est des activités de détail réalisées par l'entreprise, l'ANC établira une distinction supplémentaire entre les contreparties, de la façon suivante:*

*ENTRE:*

- 1. Une personne physique agissant dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle, ou toute personne morale; et*
- 2. une personne physique agissant en dehors du cadre de son activité commerciale ou professionnelle ("un non professionnel (Type A)");*

*OU ENTRE:*

- 1. une personne physique ou morale agissant dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle; et*
- 2. une personne physique ou morale agissant en dehors du cadre de son activité commerciale ou professionnelle ("un non professionnel (Type B)");*

*OU ENTRE:*

- 1. une personne physique ou morale agissant dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle, pour qui la transaction relève de son activité commerciale ou professionnelle essentielle; et*
- 2. une personne physique ou morale a) qui agit dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle; ou b) pour qui la transaction ne relève pas de son activité commerciale ou professionnelle essentielle et est accessoire dans le cadre habituel de ses affaires ("un non professionnel (Type C)").*

## Commentaire

La distinction fonctionnelle entre les contreparties selon qu'il s'agit d'entreprises (ou de professionnels) ou de consommateurs (ou non professionnels) est un critère qui est largement consacré par les régimes législatifs et réglementaires nationaux, mais des définitions très variées sont utilisées. L'application du critère fait appel à des éléments d'évaluation et d'expérience du marché national que l'autorité nationale pourra appliquer et il conviendra donc de lui reconnaître un certain pouvoir discrétionnaire à cet égard. Toutefois, un nombre limité de possibilités a été proposé dans l'intérêt de la clarté, de la prévisibilité et de l'uniformité.

Lorsque ce principe est adopté, les non professionnels identifiés par la variante retenue (qu'il s'agisse du Type A, B ou C) sont réputés moins qualifiés que les autres contreparties.

### Principe 4

*4.1 L'ANC établira des directives pour identifier les contreparties non professionnelles (de Type A, B, ou C) auxquelles il sera possible d'appliquer un niveau plus faible de protection législative ou réglementaire (les contreparties "certifiées" ou "éligibles").*

*4.2 Ces directives pourront tenir compte de l'un ou plusieurs des critères non exhaustifs suivants aux fins de l'identification des contreparties appropriées:*

- a) la valeur nette ou brute;*
- b) les revenus nets ou bruts;*
- c) l'expertise;*
- d) la durée de l'expérience;*
- e) l'évaluation d'un tiers;*
- f) la volonté de renoncer à des niveaux de protection qui sont normalement considérés appropriés pour des non professionnels.*

*4.3 L'ANC pourra établir des directives pour les entreprises qui identifieront les contreparties certifiées ou éligibles soumises directement – et sans autre condition – aux critères pertinents, ou bien soumises à une procédure particulière (par exemple la certification) conduite sur la base des critères pertinents.*

*4.4 Pour ce qui est des contreparties qui sont des non professionnels (de Type A, B, ou C), l'ANC établira une distinction entre les activités conduites par l'entreprise avec:*

- 1. des contreparties qui sont certifiées ou éligibles; et*
- 2. toutes les autres contreparties.*

## Commentaire

Si ce principe est adopté, il serait souhaitable que l'ANC accorde aux non professionnels éligibles ou certifiés un niveau plus réduit de protection législative ou réglementaire que celle accordée aux autres non professionnels.