Doc. prél. No 16
Prel. Doc. No 16

septembre / September 2002

LES OPTIONS A ET B CONTENUES À L'ARTICLE 4(1) :

Un bref résumé des conclusions des discussions tenues lors des 9 ateliers de discussion régionaux en Asie, Europe et Amérique du Nord en juin et juillet 2002

soumis par le Bureau Permanent

* * *

OPTIONS A AND B IN ARTICLE 4(1):

A brief summary of the results of the discussions at the 9 regional discussion workshops held in Asia, Europe and North America throughout June and July 2002

submitted by the Permanent Bureau

Document préliminaire No 16 de septembre 2002
à l'intention de la Commission spéciale sur les titres intermédiés

Preliminary Document No 16 of September 2002
for the attention of the Special Commission on indirectly held securities

Bureau Permanent de la Conférence ? Scheveningseweg 6 ? 2517 KT La Haye ? Pays-Bas

Permanent Bureau of the Conference ? Scheveningseweg 6 ? 2517 KT The Hague ? Netherlands

LES OPTIONS A ET B CONTENUES À L'ARTICLE 4(1) :

Un bref résumé des conclusions des discussions tenues lors des 9 ateliers de discussion régionaux en Asie, Europe et Amérique du Nord en juin et juillet 2002

soumis par le Bureau Permanent

* * *

OPTIONS A AND B IN ARTICLE 4(1):

A brief summary of the results of the discussions at the 9 regional discussion workshops held in Asia, Europe and North America throughout June and July 2002

submitted by the Permanent Bureau

Document préliminaire No 16 de septembre 2002
à l'intention de la Commission spéciale sur les titres intermédiés

Preliminary Document No 16 of September 2002
for the attention of the Special Commission on indirectly held securities

LES OPTIONS A ET B CONTENUES À L'ARTICLE 4(1)

UN BREF RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS DES DISCUSSIONS TENUES LORS DES 9 ATELIERS DE DISCUSSION RÉGIONAUX EN ASIE, EUROPE ET AMÉRIQUE DU NORD EN JUIN ET JUILLET 2002

Introduction

La présente note a pour objet de résumer dans les grandes lignes les *discussions tenues lors des Ateliers de discussion régionaux* sur les deux Options en article 4(1), telles qu'elles figurent au Document préliminaire No 15 (c'est à dire, Option A et Option B). La note contient également une nouvelle proposition d'article 4(1) destinée à tenir compte des observations présentées lors des Ateliers et à traduire l'état actuel des débats.

Résumé des discussions

Le Document préliminaire No 15 comporte deux Options pour l'article 4(1). Si ces Options se fondent toutes deux sur PRIMA comme facteur de rattachement unanimement accepté, elles adoptent des démarches différentes pour le concrétiser : l'Option A est simplement fondée sur la *loi désignée par l'intermédiaire pertinent et le titulaire de compte*, alors que l'Option B exige que ce choix désigne le *lieu de tenue du compte.* Lors des Ateliers de discussion régionaux, l'Option A a été bien accueillie et, en général, largement préférée à l'Option B. L'avis général dans presque toutes les réunions en Asie, Europe et Amérique du Nord était que la certitude et la prévisibilité recherchées dans cette Convention étaient mieux réalisées avec l'Option A. L'Option B fut considérée comme moins souhaitable et susceptible d'entraîner nombre de problèmes, dont les suivants[1] :

Vérification ultérieure des faits

Tout d'abord, en exigeant que les parties conviennent de la loi d'un Etat comme « Etat où est tenu le compte de titres », il y a un risque important qu'un tribunal puisse être tenté d'examiner si cette condition est remplie et de *vérifier* si le compte est *effectivement* tenu dans l'Etat convenu. Si le tribunal juge que cette condition n'est pas remplie, la règle sur les rattachements subsidiaires s'appliquera. Ceci pourrait donner lieu à l'application d'un rattachement subsidiaire dans un nombre significatif de cas, ce qui à son tour serait contraire à l'avis unanime selon lequel la règle sur les rattachements subsidiaires ne devrait s'appliquer que dans des cas exceptionnels (ceci résulte du fait que les rattachements subsidiaires ne

[1] En ce qui concerne les débats lors des réunions européennes en particulier, on peut ajouter que si une nette préférence pour l'Option A s'est manifestée en général, certains participants à la réunion de Francfort ont déclaré avoir besoin de plus de temps pour considérer l'Option A. Une nette majorité des participants à cette réunion a cependant reconnu les problèmes liés à l'Option B résumés dans la présente note.

sont pas fondés sur l'idée de traduire la « réalité » de l'acte de disposition, mais plutôt de fournir une « certitude ultime »). Il est donc clairement apparu qu'en application de l'Option B, une part considérable de la certitude et de la prévisibilité recherchées par la Convention serait perdue.

Alternativement, si l'Option B était interprétée comme signifiant qu'*il n'est pas nécessaire que le compte soit effectivement* tenu au lieu indiqué, cette disposition n'ajoute rien à l'établissement de la règle de PRIMA et serait superflue. A la lumière de ces considérations, l'une comme l'autre lecture de l'Option B sont assez problématiques.

Effets secondaires possibles

Ensuite, les *effets secondaires possibles* d'une telle désignation du lieu du compte ne sont pas clairs. Des préoccupations ont notamment été exprimées selon lesquelles la désignation du lieu du compte pourrait avoir des conséquences fiscales importantes, donnant lieu à des effets inattendus en droit fiscal interne. Le même argument a été également utilisé du point de vue opposé : il est bien possible que les parties souhaitent, notamment pour des motifs fiscaux, qu'un compte soit situé dans un Etat particulier, mais ne souhaitent pas que la loi de ce même Etat régisse les questions visées en article 2(1).

Il fut clairement convenu que ces questions fiscales et effets secondaires semblables devraient être laissés en dehors du cadre de la Convention et ne devraient pas nécessairement être envisagés pour la rédaction de l'article 4. Ceci a accru le souhait de prendre du recul par rapport à la démarche de l'Option B.

Référence aux règles de conflit internes dans les Etats à plusieurs unités

Enfin, l'Option B imposerait nécessairement une *référence aux règles de conflit internes* dans la clause sur les Etats à plusieurs unités (le Doc. prél. No 15 traite de cette question à l'article 11). Cette question peut être illustrée par un exemple familier discuté lors de la réunion de la Commission spéciale en 2001 : un intermédiaire est constitué au Delaware, dispose de bureaux en Ohio mais n'a pas de présence matérielle à New York et n'y exerce aucune activité. L'intermédiaire convient avec un titulaire de compte que les questions visées à l'article 2(1) de la Convention seront régies par le droit de New York. Un tel résultat ne pourrait être atteint par le seul mécanisme de l'Option B : aux Etats-Unis, et probablement dans de nombreux autres Etats, les parties à une convention de compte pourraient ne pas être autorisées ou ne pas être en mesure de désigner comme lieu de tenue du compte un lieu où l'intermédiaire n'a pas d'établissement et n'exerce pas d'activité. La seule possibilité pour parvenir au résultat souhaité est que la clause concernant les Etats à plusieurs unités comporte une disposition dirigeant les parties de l'Ohio (c'est-à-dire, l'endroit où selon leur accord le compte est situé) vers New York. Le mécanisme permettant ce *renvoi interne* est l'application des règles de conflit internes de l'Ohio. Ce mécanisme a cependant été critiqué par de nombreux experts comme étant trop complexe ; en outre, sa conception ne permet pas d'atteindre le résultat souhaité si l'unité territoriale désignée comme lieu de tenue du compte ne dispose pas de règles de conflit internes.

L'Option A évite le besoin d'une référence aux règles de conflit internes en permettant aux parties de désigner le droit applicable de toute unité territoriale d'un Etat à plusieurs unités, sans avoir à qualifier cette unité territoriale comme lieu de tenue du compte. Aussi, la démarche résultant de l'Option A pourrait-elle permettre de supprimer entièrement la référence aux règles de conflit internes de l'article 11.

Le problème des « mots magiques »

Au cours des débats, un autre problème est apparu à l'égard *à la fois* de l'Option A et de l'Option B. Dans le cadre de ces deux Options, l'intermédiaire pertinent et le titulaire du compte peuvent se voir imposer d'utiliser des « mots magiques » pour se conformer à l'exigence selon laquelle la loi choisie doit être la loi de l'Etat où le compte est tenu (Option B) ou la loi d'un Etat régissant expressément les aspects patrimoniaux visés à l'article 2(1) (Option A). Si les parties ne le faisaient pas, la règle sur les rattachements subsidiaires serait déclenchée, et, là encore, la certitude recherchée par la Convention serait réduite.

Si elle a été en général largement préférée à l'Option B, le problème des « mots magiques » a fait apparaître que l'Option A pourrait encore être améliorée. Bien que les parties à une convention de compte insèrent probablement dans celle-ci une clause de choix de loi indiquant le droit applicable aux questions *contractuelles* liées à leur accord, il est en effet assez peu probable en pratique qu'elles insèrent une clause de choix de loi spécialement destinée à régler les aspects *patrimoniaux* visés à l'article 2(1).

« Option A+ » : pas de mots magiques requis

L'Option A+ est apparue comme une tentative d'éviter la complication des « mots magiques ». Selon cette démarche légèrement modifiée, il est proposé que si une clause générale de choix de loi figure dans la convention de compte, elle devrait être considérée comme désignation valable en vertu de l'article 4(1) de la Convention.

Deux droits distincts pour deux questions distinctes

Cependant, les parties au contrat de conservation devraient encore avoir le droit d'indiquer des lois *différentes* pour les questions patrimoniales et contractuelles. Par exemple, un intermédiaire espagnol pourrait souhaiter convenir avec son titulaire de compte que les aspects contractuels de leur contrat soient régis par le droit anglais, mais les aspects patrimoniaux par le droit espagnol. Cette liberté permettrait aux parties de jouir des avantages de la loi qu'elles souhaitent voir s'appliquer à leurs obligations contractuelles, tout en évitant les concepts de droit patrimonial de cet ordre juridique qui ne leur serait pas du tout familier (tel que la sûreté [*charge*] anglaise dans cet exemple).

Pas de démarche à la carte

Pendant les Ateliers, il fut également souligné qu'il n'était pas souhaitable que le projet permette un choix de loi à la carte, les parties aux contrats de conservation choisissant des droits différents pour les divers aspects patrimoniaux énumérés à l'article 2(1). Le projet de Convention devrait l'expliciter.

Accord dans tout document pertinent

En outre, la disposition définitive devrait tenir compte de la situation où les parties n'intègrent pas leur(s) clause(s) de choix de loi dans le contrat principal, mais dans un accord annexe (souvent plus facile à modifier que le contrat principal). Ce point n'a pas été débattu lors des Ateliers, mais il semblerait trop restrictif d'exiger des parties qu'elles intègrent leur(s) clause(s) de choix de loi dans la convention de compte principale. La disposition devrait donc permettre aux parties de convenir du ou des droits applicables dans tout document pertinent.

La condition de réalité *(« proviso »)* : une rédaction simplifiée

Enfin, il a également été suggéré de reformuler la condition de réalité afin d'assurer que la référence à « l'établissement » ne figure qu'une fois dans les termes introductifs de la réserve et non pas à chaque alinéa. Ceci n'a pas pour objet de modifier la substance de la clause, mais uniquement de simplifier la rédaction[2]. En outre, la réserve doit être formulée de telle sorte qu'elle s'applique aux deux situations envisagées par la règle, c'est à dire, lorsque les parties ont choisi une loi pour régir la convention de compte et lorsqu'elles ont convenu que les aspects contractuels seraient régis par un droit particulier et les aspects patrimoniaux, énumérés à l'article 2(1), par un autre droit.

Nouvelle proposition

A la lumière de ces observations, le Bureau Permanent propose de formuler l'article 4(1) de la manière suivante :

> *La loi applicable à toutes les questions mentionnées à l'article 2, paragraphe premier, est la loi en vigueur dans l'Etat convenu entre le titulaire de compte et l'intermédiaire pertinent comme régissant la convention de compte ou, s'ils ont convenu qu'une autre loi est applicable à toutes ces questions, cette autre loi. La loi désignée par la présente disposition ne s'applique que si l'intermédiaire pertinent a, au moment de la conclusion de la convention, un établissement dans cet Etat, qui :*

---

[2] On pourra remarquer cependant que selon l'alinéa (c) remanié, c'est l'établissement qui est visé par un moyen d'identification, alors que dans l'alinéa (c) d'origine, ce sont les comptes de titres qui sont identifiés par ce moyen. Nous serions heureux de recevoir toute observation quant à savoir si ce changement apporte une modification matérielle ou non.

(a) effectue ou suit les inscriptions en comptes de titres ;

(b) réalise l'administration des versements ou événements sociaux relatifs aux titres détenus auprès de l'intermédiaire ;

(c) est identifié comme tenant des comptes de titres au moyen d'un numéro de compte ou code bancaire ou autre mode d'identification spécifique ; ou

(d) exerce par ailleurs, à titre professionnel ou habituel, une activité de tenue de comptes de titres [, soit seul, soit conjointement avec d'autres établissements de l'intermédiaire pertinent ou d'autres personnes agissant pour l'intermédiaire pertinent dans cet Etat ou dans un autre Etat].

Cette proposition de reformulation nécessiterait l'ajout d'un nouveau terme - c'est-à-dire, convention de compte - aux définitions contenues à l'article premier. Cette définition pourrait être formulée de la manière suivante[3] :

> *« convention de compte » désigne la convention entre le titulaire de compte et l'intermédiaire pertinent régissant le compte de titres ;*

* * * * *

Il serait vivement apprécié que cette nouvelle proposition puisse être prise en considération par les Etats Membres et observateurs dans leurs observations sur le projet de texte figurant au Document préliminaire No 15.

Afin d'accorder un délai suffisant pour examiner cette nouvelle proposition, veuillez noter que ***la date limite pour la présentation de ces observations a été reportée au 15 octobre 2002***.

* * * * *

[3] Il est à noter que le Rapport Explicatif expliquerait que la « convention de compte » ne figurerait pas nécessairement dans un document principal *unique*, mais pourrait consister en plusieurs documents, y compris des accords annexes, régissant également le compte de titres.