



INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW
INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

FR

**Comité d'experts gouvernementaux d'UNIDROIT
sur l'applicabilité des clauses de compensation
avec déchéance du terme
Deuxième session
Rome, 4 - 8 mars 2013**

UNIDROIT 2013
C.E.G./Netting/2/W.P. 5
Original: anglais
février 2013

**Projet de Principes concernant
l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation**

OBSERVATIONS

(soumises par des Gouvernements)

INTRODUCTION

Le Secrétariat d'UNIDROIT a invité les Gouvernements de ses Etats membres ainsi que des Organisations régionales d'intégration économique, des Organisations intergouvernementales et des Organisations internationales non-gouvernementales à formuler des observations sur le projet de Principes concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation (C.E.G./Netting/2/W.P. 2) ainsi que sur une proposition commune soumise par les Gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, de la France et du Royaume-Uni concernant les principes relatifs aux parties et aux obligations éligibles (Projet de Principes 3 et 4 du projet révisé dans C.E.G./Netting/2/W.P. 2 - C.E.G./Netting/2/W.P. 4) en vue de leur examen lors de la deuxième session du Comité d'experts gouvernementaux sur l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme qui se tiendra du 4 au 8 mars 2013.

Au matin du 20 février 2013, le Secrétariat d'UNIDROIT a reçu les observations sur le projet de Principes des Gouvernements de la Pologne, de la République populaire de Chine et de la Suède.

Ces observations sont reproduites ci-après.

OBSERVATIONS SOUMISES PAR DES ETATS MEMBRES

Pologne

Observations sur la "Proposition commune soumise par les Gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, de la France et du Royaume-Uni concernant les principes relatifs aux parties et aux obligations éligibles" (C.E.G./Netting/2/W.P. 4)

Les propositions concernent la définition des termes "partie éligible" et "obligation éligible" qui revêtent la plus grande importance pour les Principes. Il convient d'accorder une attention particulière à la définition de "partie éligible" contenue dans la proposition susmentionnée qui restreint le champ d'application subjectif par rapport au texte actuel du Principe 3 qui figure dans le document C.E.G./Netting/2/W.P. 2 (décembre 2012). Le problème porte sur les personnes physiques "agissant comme des personnes qui peuvent être considérées comme des professionnels", c'est-à-dire qui opèrent sur les marchés financiers.

La proposition actuelle officielle d'UNIDROIT renvoie aux règlements qui figurent dans la législation nationale – cf. le point 3 c): "toute autre personne ou entité juridique désignée comme partie éligible en vertu du droit de l'Etat concerné."

La définition proposée dans la "Proposition conjointe" contient une liste exhaustive: "toute personne ou entité autre qu'une personne physique qui agit en tant que consommateur et comprend une société de personnes, une association non constituée en société ou un groupe de personnes". La définition va faire naître des doutes quant à l'interprétation, car elle est fondée sur la définition de "consommateur" et fait référence à "un groupe de personnes", principalement en raison des différences dans les systèmes de droit nationaux; cela n'est pas clair et nécessite des discussions supplémentaires. Par conséquent, le Comité d'experts gouvernementaux devrait prendre la décision finale sur qui devrait avoir le privilège d'utiliser la clause de "résiliation-compensation". La discussion sur le sujet devrait être précédée d'un accord sur la définition d'"obligation éligible". Cela résulte du Principe 1 qui définit l'objet des Principes: "Les présents Principes traitent des effets et de l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation concluent par des parties éligibles en ce qui concerne des obligations éligibles."

Nous rappelons également la position de la Pologne sur le sujet, présentée dans le document UNIDROIT 2012 – C.E.G./Netting/1/W.P. 3 (septembre 2012), "*Observations soumises par des Gouvernements et des organisations*".

République populaire de Chine

Commentaires de la Chine en vue d'une modification ultérieure du projet de Principes

1. Le Principe 2 décrit le mécanisme de la résiliation-compensation comme étant "les obligations exigibles et non exigibles ... réduites à ... une obligation nette unique ... qui est alors payable par une partie à l'autre partie". La question qui se pose est celle de savoir si la clause de résiliation-compensation se traduit par une obligation unique pour l'ensemble du contrat ou, au contraire, pour chacune des parties. Selon l'explication et commentaire (C.E.G./Netting/2/INF. 1), la clause de résiliation-compensation a une fonction de compensation classique (*set-off*) (dans la phase de cumul), mais en cas d'obligations qui ne pouvaient faire l'objet de compensation de par la loi ou en raison de désaccord des parties quant à l'évaluation, la clause de résiliation-compensation peut-elle permettre à chacune des parties de n'avoir qu'une obligation unique ? Cela devrait être décrit de façon plus claire dans le Principe.

2. Les paragraphes c) et f) du Principe 4 font référence à la garantie d'un tiers, et la frontière entre les deux est floue, en particulier depuis la disparition au paragraphe c) des mots "avec transfert de propriété". Ainsi, la classification du Principe 4 mérite un examen plus approfondi. Par ailleurs, les mots "obligation éligible" au paragraphe c) et les termes "alinéas a) à e)" au paragraphe f) se réfèrent au même contenu, et l'on suggère par conséquent d'adopter le même terme afin d'éviter toute ambiguïté.

3. Les termes "lois et règlements" apparaissent deux fois au Principe 6(2) et il est essentiel de savoir s'ils se réfèrent chaque fois au même contenu. Si ce n'est pas le cas, il convient de définir les termes clairement.

4. Le Principe 8 supprime le mot "temporairement" afin de couvrir toutes les suspensions dans la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation dans le contexte de la résolution des défaillances des institutions financières, plutôt que des suspensions temporaires. Mais nous pensons que le mot "suspension" contient déjà en lui-même le sens de "mesure temporaire". Il serait peut-être préférable d'utiliser à la place les termes de "non valable" ou "inapplicable".

5. Les Principes 6(2) et 7(2) soulignent tous deux des exceptions aux règles générales de mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation afin d'éviter que les Principes ne deviennent un refuge pour des transactions frauduleuses. En attendant, le Principe 8 impose également une limitation à la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation. Ces clauses exceptionnelles pourraient être fondues en une clause ou un Principe afin de mettre l'accent sur certaines limites à la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation.

Suède

Introduction

La Suède se félicite de la nouvelle version du Projet de Principes ainsi que l'opportunité qui lui est donnée de soumettre des observations écrites.

Le présent document contient les observations préliminaires de la Suède sur le projet de Principes et d'autres questions connexes. La Suède se réserve le droit de modifier sa position telle que présentée dans le présent document.

Observations générales sur le Projet de Principes

La Suède préférerait que la terminologie utilisée dans les Principes soit conforme aux contrats types qui sont habituellement utilisés sur le marché (voir par exemple les accords publiés par ISDA). Il est bon que tout ensemble de règles dans des domaines commerciaux utilise un libellé qui fasse référence à la pratique sur le marché.

Observations spécifiques sur le projet de Principes

Principe 1: Champ d'application des Principes

La Suède apporte son soutien à la division du Principe 1 en deux principes. La Suède soutient également les modifications apportées au commentaire du nouveau Principe 1.

La Suède note une erreur d'impression dans la note 7 de bas de page; la note contient une référence à l'article 32(3) de la Convention de Genève, or un tel article ne figure pas dans cette Convention. La Suède présume que la référence correcte devrait être l'article 33(3).

Principe 2: Définition du terme "clause de résiliation-compensation "

Amendements au Principe

La Suède accueille favorablement les amendements apportés au Principe.

Amendements au Commentaire

La Suède est favorable à l'amendement relatif aux *clauses de forfait* et aux *clauses relatives aux périodes d'attente*. Cet amendement constitue un éclaircissement qui était nécessaire.

Principes 3 et 4: Définition des termes "partie éligible" et "obligation éligible"

Personnes physiques – consommateurs

Il semble que les personnes physiques qui ne sont pas membres d'une société de personnes ou d'une association non constituée en société n'entrent pas dans le domaine d'harmonisation minimum (ou le pilier central de l'harmonisation).

La Suède ne comprend pas le motif de l'exclusion des personnes physiques agissant individuellement du pilier central de l'harmonisation, mais de l'inclusion des personnes physiques agissant conjointement, par exemple dans une société de personnes.

La Suède comprend la nécessité de limiter les parties éligibles étant donné que la résiliation-compensation constitue une exception à la loi sur l'insolvabilité. Il est toutefois possible de limiter le champ d'application à l'égard des personnes physiques autrement qu'en mettant simplement l'accent sur la question de savoir si la personne physique agit de façon individuelle ou collective.

En Suède, il est relativement fréquent que des particuliers dotés de fonds propres net élevés concluent un accord de compensation avec des institutions financières telles que des systèmes de compensation et/ou de règlement et des contreparties centrales. Certaines de ces personnes s'engagent dans des activités commerciales qui sont assez importantes pour, en cas de défaillance, affecter la stabilité financière. Étant donné que la clause de résiliation-compensation peut aussi diminuer considérablement les coûts du risque de crédit, l'exclusion de ces particuliers du pilier central de l'harmonisation peut avoir des effets négatifs à la fois sur l'attractivité de la place financière et sur la stabilité financière en Suède.

Il est par conséquent raisonnable du point de vue de la Suède d'établir une distinction entre les personnes physiques qui agissent en tant que professionnels, entrepreneurs ou commerçants et toute personne impliquée dans des activités particulières, commerciales ou industrielles, dans le but de générer des revenus d'une part, et les consommateurs d'autre part.

La Suède préfère que le pilier central de l'harmonisation prévoit que les personnes physiques n'agissant pas en tant que consommateurs peuvent être des parties éligibles.

La Suède peut apporter son appui à un projet de Principe 3 et/ou 4 qui prévoit que les personnes physiques (à l'exclusion des consommateurs) ne peuvent être considérées parties

éligibles que si l'autre partie à l'accord de compensation est une institution financière ou une autorité publique.

Sur la base des considérations qui précèdent, la Suède ne peut apporter son soutien au projet actuel de Principe 3.

Obligations éligibles

La Suède se félicite des modifications apportées au Principe 4. Le libellé de ce Principe pourrait toutefois être plus clair. Le Principe prévoit que:

“les instruments dérivés, désignant une option, un forward, un contrat à terme, un swap, un contrat d'écart compensatoire ou toute autre opération concernant une valeur de référence qui fait [, ou fera à l'avenir,] l'objet de contrats récurrents sur les marchés dérivés”

On peut comprendre la partie soulignée soit comme une explication du type de contrats sur instruments dérivés qui sont couverts (c'est-à-dire une explication qui se réfère à la première partie de l'alinéa et qui indique que seuls les contrats sur instruments dérivés dont la valeur dépend d'une valeur de référence sont couverts), soit un exemple du type de contrats sur instruments dérivés qui est couvert (c'est-à-dire qui signifie que les contrats sur instruments dérivés dont la valeur dépend d'une valeur de référence sont aussi couverts).

Aucune de ces interprétations possibles du Principe semble être correcte. Selon le paragraphe 52 des commentaires, le Principe 4 a) couvre à la fois les contrats réglés par livraison physique ou en espèces. Et le paragraphe 48 indique indirectement ce qui est apparemment évident; le Principe couvre (à l'exception des contrats conclus avec des actifs sous-jacents) aussi des contrats qui dépendent d'une valeur de référence.

Afin d'éviter toute incertitude concernant la portée de cette disposition, la Suède propose que ce Principe soit réécrit. Une façon de le faire est d'insérer ce qui suit:

“une option, un forward, un contrat à terme, un swap, [...] ou toute autre opération concernant un actif sous-jacent ou une valeur de référence qui fait [...] l'objet de contrats récurrents ...”

Principe 9: Loi applicable aux clauses de résiliation-compensation

La Suède apporte son soutien au Principe.