



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. 7
Original: anglais
février 2013

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

OBSERVATIONS

(soumises par des Gouvernements)

INTRODUCTION

Après les observations (C.E.G./Netting/2/W.P. 6) soumises sur le projet de Principes concernant l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme (C.E.G./Netting/2/W.P. 2) et sur une proposition conjointe 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) 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, le Secrétariat d'UNIDROIT a reçu des observations du Gouvernement du Canada, reproduites ci-dessous.

OBSERVATIONS SOUMISES PAR LES ETATS MEMBRES

Canada

Introduction

Nous présentons ici les observations du Canada à l'égard du projet d'UNIDROIT de décembre 2012 des principes concernant l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme. Le Canada appuie le projet d'UNIDROIT qui vise à harmoniser les textes législatifs portant sur cet aspect important des marchés financiers et de la stabilité financière. Le projet de décembre 2012 améliore le projet précédent à plusieurs égards. Nous avons toutefois certaines préoccupations ou questions qui sont exposées ci-dessous.

Principe 3 : Définition de « partie éligible »

Le Canada a déjà soulevé la question selon laquelle une fiducie peut être partie à une clause de compensation avec déchéance du terme – par exemple, un fonds d’investissement ou une entité ad hoc qui adopte la forme d’une fiducie. La définition de « partie éligible » au Principe 2 mentionne désormais expressément « toute...entité juridique » mais il n’est toujours pas clair si « entité juridique » comprend une fiducie. Au moins en common law, une fiducie ne constitue pas une entité juridique mais simplement une relation juridique dans laquelle une personne détient des biens au bénéfice d’une autre. Si les Principes devaient s’appliquer aux accords de compensation avec déchéance du terme impliquant une fiducie (par opposition au fiduciaire, qui est généralement une entité juridique), UNIDROIT devrait envisager d’élargir le champ d’application de « partie éligible » au-delà des entités juridiques. Cela pourrait être fait simplement en supprimant le terme « juridique » devant « entité ».

Principe 4 : Définition de « obligation éligible »

Nous appuyons le dernier projet du Principe 4 étant donné qu’il répond à deux préoccupations exprimées antérieurement par le Canada à l’égard de ce Principe : la définition vise désormais les sûretés et autres arrangements accessoires (non seulement les accords de transfert de propriété) qui garantissent une autre obligation éligible; l’alinéa 4e) permettrait aux États mettant en œuvre les principes d’élargir la liste des obligations éligibles de façon à y inclure des contrats en vue de compenser des obligations (ce qui est confirmé par le paragraphe 68 du commentaire).

La seule autre question sur laquelle nous avons une observation concerne la rédaction de l’alinéa 4e). Le sens de « désigné à cet effet » n’est pas clair. Désigné à quel effet? Si l’on se réfère au chapeau du principe 4, on ne sait pas trop à quoi « effet » renvoie. Peut-être le sens serait mieux exprimé si l’on remplaçait « désigné à cet effet » par « désigné relativement à des obligations éligibles ».

Principe 7 : Règles supplémentaires concernant la mise en œuvre des clauses de compensation avec déchéance du terme en cas d’insolvabilité

Le Canada est d’avis que le principe 7 et le principe 8 sont au cœur des principes d’UNIDROIT, et détermineront en grande partie l’utilité de ceux-ci pour les gouvernements et les législateurs. Nous estimons que le projet le plus récent du principe 7, avec l’inclusion du paragraphe (2), établit un juste équilibre entre la nécessité de maintenir l’applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme dans les procédures en insolvabilité et le besoin légitime des États mettant en œuvre les principes de limiter la mise en œuvre de ces clauses dans les situations où elles constituent une fraude à l’endroit des créanciers ou l’octroi d’une préférence déloyale à certains créanciers par rapport à d’autres. Nous remarquons que ce paragraphe (2) est entre crochets, et nous sommes tout à fait en faveur de le conserver, car il exprime l’approche équilibrée visée par le principe 7.

Principe 8 : Résolution des défaillances des institutions financières

Le principe 8 constitue l’exception cruciale à la protection que le principe 7 tente d’accorder aux clauses de compensation avec déchéance du terme dans les procédures en insolvabilité. Le Canada est d’avis que l’exception à la protection que prévoit le principe 7 devrait être mesurée et limitée. C’est pourquoi nous avons soutenu le projet précédent du principe 8, car il reflétait bien l’équilibre que les Key Attributes for Effective Resolution Regimes (Éléments essentiels des régimes de règlement efficaces) du CSF (section 4 et annexe IV) tentent de réaliser entre la nécessité de protéger l’exercice des droits en matière de résiliation par les contreparties aux contrats financiers et aux systèmes de compensation, et la nécessité pour les autorités compétentes en matière de

résolution des défaillances de pouvoir suspendre l'exercice de ces droits afin de garantir l'efficacité des procédures de résolution des défaillances. Le projet antérieur du principe 8 prévoyait donc précisément que les suspensions imposées à l'exercice des pouvoirs de résolution des défaillances devaient être temporaires et limitées – au sens que seuls devraient être suspendus les droits en matière de résiliation découlant du commencement des procédures en résolution des défaillances.

C'est pourquoi nous sommes préoccupés de constater que dans le projet le plus récent du principe 8, cette approche équilibrée semble avoir été abandonnée au profit d'une approche plus générale par laquelle il est simplement déclaré que les principes (en particulier le principe 7) s'appliquent sans préjudice au droit des États mettant en œuvre les Principes, « sous réserve de garanties appropriées », d'imposer des suspensions à la mise en œuvre des clauses de compensation avec déchéance du terme dans le cadre des procédures de résolution des défaillances des institutions financières. Le Canada estime que cette dernière formulation ne reflète pas correctement la démarche nuancée des Éléments essentiels du CSF à cet égard, et pourrait miner les protections que le principe 7 est censé accorder à la compensation avec déchéance du terme en cas d'insolvabilité. Les Éléments essentiels ont été adoptés à l'unanimité il y a plus d'un an par tous les pays du G-20, qui sont en train d'autoévaluer s'ils s'y conforment. Les Éléments essentiels formeront de plus une partie importante de l'examen à être fait dans le cadre du Programme d'évaluation du secteur financier des États. On s'attend à ce que ceux-ci s'efforceront d'adhérer à la démarche stratégique qu'établissent la section 4 et l'annexe IV à l'égard des suspensions dans les procédures en résolution des défaillances.

Les Principes d'UNIDROIT ayant pour objet « de fournir des conseils détaillés aux législateurs nationaux qui souhaitent modifier ou introduire une législation nationale sur le fonctionnement de la compensation avec déchéance du terme », il nous semble que le principe 8 devrait viser à aider les pays à donner force de loi aux normes stratégiques qu'ont établies le CSF et d'autres organes normatifs internationaux. Le Canada s'inquiète de ce que la formulation la plus récente du principe 8 pourrait exprimer l'intention que les États mettant en œuvre les Principes devraient avoir toute latitude pour imposer des suspensions à l'exercice des droits en matière de résiliation dans les cas de résolution des défaillances – fournissant par là même peu d'orientations stratégiques aux législateurs. Certes, le commentaire qui suit les Principes laisse entendre que les législateurs devraient tenir compte des Éléments essentiels du CSF pour imposer des suspensions, mais cette démarche n'a pas le même poids que si les Éléments essentiels du CSF sont reconnus et reflétés dans le principe lui-même. Le Canada incite donc UNIDROIT à envisager de revenir à la démarche antérieure de façon à refléter étroitement les Éléments essentiels dans le libellé du principe 8.

Principe 9 : Loi applicable aux clauses de compensation avec déchéance du terme

Le Canada se préoccupe du manque de clarté dans le libellé du principe 9. Son paragraphe (1) laisse entendre que les États mettant en œuvre les Principes peuvent s'en remettre à leurs propres règles de droit international privé pour déterminer les lois qui régiront la mise en œuvre des clauses de résolution-compensation. Ce paragraphe (1) ajoute toutefois « en tenant compte, dans la mesure permise par les lois de l'État qui met en œuvre les Principes, de tout choix opéré par les parties quant à la loi applicable. » Si cette proposition constitue une recommandation que les États reconnaissent une stipulation choisissant la loi applicable, elle ne cadre pas avec la proposition de la première partie du paragraphe. Si en revanche l'intention est que les Principes ne recommandent aucune règle permettant de désigner la loi applicable, il conviendrait de supprimer la proposition car sa portée est ambiguë.

Pourtant, le paragraphe (3) semble sous-entendre que la désignation par contrat de la loi applicable aux clauses de compensation avec déchéance du terme doit toujours l'emporter. La détermination de la loi applicable et de la force à donner aux stipulations choisissant la loi applicable aux clauses de compensation avec déchéance sont selon nous des points qui méritent d'être éclaircis.