



FR

**Comité d'experts gouvernementaux d'UNIDROIT
sur l'applicabilité des clauses de compensation
avec déchéance du terme
Première session
Rome, 1 - 5 octobre 2012**

UNIDROIT 2012
C.E.G./Netting/1/W.P. 4
Original: français
septembre 2012

**Projet de Principes concernant
l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme**

OBSERVATIONS

REÇUES PAR UNIDROIT EN FRANÇAIS

(soumises par des Gouvernements et des organisations)

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 compensation avec déchéance du terme (C.E.G./Netting/1/W.P. 2 et Addendum) en vue de leur examen lors de la première session du Comité d'experts gouvernementaux sur l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme qui se tiendra du 1^{er} au 5 octobre 2012.

Au matin du 14 septembre 2012, le Secrétariat a reçu les observations en langue française sur le projet de Principes :

- Du Gouvernement de la France.

Ces observations sont reproduites ci-après.

OBSERVATIONS SOUMISES PAR LES ETATS MEMBRES

France

Remarques générales:

1. Le Comité d'étude d'UNIDROIT a établi un Projet de Principes concernant l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme au cours de trois réunions (avril, septembre 2011, et février 2012). Le Conseil de Direction d'UNIDROIT, lors de sa 91^{ème} session, a pris note

des progrès réalisés par le Comité d'étude et a entériné la proposition du Secrétariat de convoquer un Comité d'experts gouvernementaux chargé d'examiner et de finaliser le projet de Principes.

2. Le projet d'agenda proposé envisage d'examiner dans un premier temps les projets de Principes 1 à 8 qui se concentrent sur l'harmonisation du droit matériel, et dans un second temps le projet de Principe 9 qui aborde les questions de droit international. Or il nous semble que la présence d'une **règle de conflit de lois (principe 9) dans un texte d'UNIDROIT n'est pas naturelle** et relève plutôt de la compétence de la Conférence de La Haye de droit international privé. Il serait important de **clarifier la compétence d'UNIDROIT** en amont des discussions qui pourraient être engagées sur le principe 9.

3. La protection des clauses de résiliation-compensation, qui implique l'adoption de règles **déroghatoires au droit des procédures collectives, ne peut être fondée que sur la prévention du risque systémique**. Les principes UNIDROIT, en particulier leur domaine d'application *ratione personae* et *ratione materiae* devraient ainsi être définis à l'aune de cet unique critère et non selon un champ d'application "le plus vaste possible". Il convient en effet de rappeler que la protection des clauses de résiliation-compensation nécessite d'introduire dans les ordres juridiques nationaux des dispositions fortement déroghatoires au droit commun pour éviter que les procédures d'exécution (possibilité pour un juge de décider une saisie de créances au profit d'un tiers) et surtout le droit des procédures collectives ne s'opposent à la mise en œuvre du mécanisme. Or, la technique de la compensation-résiliation revient *de facto* à privilégier une catégorie de créanciers (ceux qui bénéficient des clauses de résiliation-compensation) par rapport aux autres créanciers, en dépit de la hiérarchie des créanciers définie par le législateur au nom de l'intérêt général ("créanciers privilégiés", tels que l'Etat et les salariés) et au détriment des autorités en charge de la procédure collective, qui sont confrontées à la diminution des actifs disponibles et à la résiliation des contrats sans leur accord. C'est pourquoi, **seul le risque systémique est de nature à justifier l'adoption de dispositions fortement déroghatoires** au droit commun défini par le législateur.

4. De même, il est indispensable que les principes **garantissent l'efficacité des mesures de résolution des crises bancaires, notamment le pouvoir de suspension des clauses de résiliation-compensation des autorités de résolution**. Il serait en effet inconcevable que les principes UNIDROIT garantissent l'efficacité des clauses de résiliation-compensation au détriment des dispositifs de résolution destinés à garantir la stabilité financière internationale. C'est pourquoi une attention particulière doit être portée à la rédaction et l'articulation des principes 7 et 8.

5. Enfin, la **traduction en français ne convient pas** dans un certain nombre de cas : il est bien souvent impossible de transcrire littéralement les concepts anglo-saxons qui ne correspondent pas aux concepts juridiques des nombreux droits inspirés par le Code civil français. Nous proposons d'autres traductions qui sont celles le plus couramment utilisées par ces droits :

- Le concept de "**close-out netting**" a été traduit par "compensation avec déchéance du terme". Or, cette expression inverse la chronologie de l'opération : la déchéance du terme précède la compensation des obligations devenues exigibles par suite de cette déchéance. Il est donc faux de continuer à utiliser **l'expression de "compensation avec déchéance du terme" qui devra être remplacée par l'expression de "résiliation-compensation"**. Cette expression permet de rétablir la chronologie de la procédure.
- Le concept de "rachat" (points 3, 51, 55, 60, 61, 67) ne correspond pas à une qualification juridique en droit français: l'équivalent français recouvre à la fois l'expression "ventes à réméré" (qui correspond à l'expression anglaise "buy and sell agreements") et celle de "pensions sur instruments financiers" (correspondant à l'expression anglaise "repurchase agreements").

Remarques sur les Principes 2 et 3 définissant la "partie éligible" et "obligation éligible"

6. Il s'agit de l'application *ratione personae* et *ratione materiae* des accords de résiliation-compensation : contrairement à ce que semble considérer le texte proposé, il n'y a **pas de consensus international sur le fait que ce domaine doive être le plus étendu possible**. Il existe en effet de nombreux droits nationaux qui cherchent à préserver, lors d'une procédure collective pour insolvabilité, l'objectif de redressement du débiteur, et non le seul intérêt des créanciers. Ces droits interdisent ou conditionnent la mise en jeu des clauses de résiliation-compensation après l'ouverture d'une procédure collective. Cet objectif se retrouve également dans certains travaux internationaux sur les dispositifs de résolution des crises, qui préconisent la possibilité pour les autorités de résolution de suspendre lesdites clauses en cas d'ouverture d'une procédure de résolution (cf infra).

7. Les clauses de résiliation-compensation, étant dérogoires au droit commun, notamment au droit des procédures collectives qui établit un principe d'égalité entre les créanciers lors de l'engagement d'une procédure collective, ne sont **justifiées que dans la mesure où il existe un risque systémique**. Cela emporte deux conséquences :

- la définition de la "partie éligible" devrait être **limitée aux contreparties susceptibles d'être une source de risque systémique compte tenu de l'importance de leurs engagements**, c'est-à-dire aux contreparties financières et aux sociétés commerciales les plus importantes. Les autres contreparties (sociétés de moindre importance et personnes physiques, par exemple), qui ne sont pas systémiques, devraient en être exclues.
- la définition de "l'obligation éligible" devrait être **limitée aux contrats susceptibles de créer un risque de contrepartie élevé, donc un risque de système**. Autrement, des créanciers ne nécessitant pas de protection particulière pourraient compenser des contrats qui ne sont pas source de risque de système ; ils bénéficieraient ainsi d'un avantage indu dans la procédure collective par rapport aux autres créanciers, avec éventuellement le risque de compromettre l'objectif de cette procédure.

8. A minima, le projet de texte devrait, d'une part, ménager **la possibilité pour les Etats de limiter** la définition des parties et des obligations éligibles - et non la possibilité d'ajouter toute autre personne ou tout autre type de contrat désignés à cet effet comme partie éligible en vertu du droit de l'État, comme cela est proposé actuellement, et, d'autre part, prendre en compte les inquiétudes relayées au niveau international sur les risques et les conséquences négatives que peuvent induire la mise en jeu de ces clauses en cas de procédure collective ou de procédure de résolution.

Remarques sur les Principes 7 "Applicabilité de la compensation avec déchéance du terme" et 8 "Exception":

9. Ces deux principes doivent faire l'objet d'une révision dans leur ensemble. D'une part ils préemptent du fait que la mise en œuvre d'un accord de résiliation-compensation doit **toujours se faire conformément aux stipulations des parties au détriment de la loi du lieu d'ouverture de la procédure d'insolvabilité de la partie défaillante (*lex concursus*)** qui pourrait éventuellement y faire obstacle, ce qui n'est pas évident.

10. Plus généralement, et comme le montrent un certain nombre travaux internationaux ¹ sur le sujet, il est essentiel de **ménager le pouvoir des autorités de résolution dans la gestion des crises bancaires**. L'autorité compétente devrait avoir le pouvoir dans certains cas de **suspendre les clauses de résiliation-compensation** afin d'éviter que leur mise en œuvre ne fasse obstacle à la mise en œuvre des pouvoirs des autorités de résolution, n'accentue l'instabilité des marchés en bloquant de nombreuses opérations encore réalisables et ne réduise, en définitive, les chances de succès des mesures de maintien de l'entité. Tant le Dodd Frank Act que la future directive européenne sur la résolution des crises bancaires envisagent de tels mécanismes de suspension des clauses de résiliation-compensation en cas de procédure ouverte dans le cadre des mesures de résolution. Ainsi, il est important que le Principe 7, dans sa définition, rappelle qu'il s'applique "sous réserve de l'exception prévue à l'article 8". Par ailleurs, le paragraphe 2 du Principe 8 devra être clarifié.

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

11. Le point 1 prévoit que la **loi applicable à la validité et à la réalisation d'un accord** de résiliation-compensation est la loi choisie par les parties dans leur accord (*lex contractus*): elle écarte donc complètement l'application de la loi du lieu d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex concursus*) à la validité et à la réalisation d'un accord de résiliation-compensation. Cette règle est trop large et devrait être limitée aux établissements présentant un risque systémique. Il en va de même pour le point 2, qui prévoit que la **loi applicable à la détermination des contrats** pouvant être couverts par un accord de résiliation-compensation est la loi choisie par les parties dans leur accord.

12. Le principe 9 mériterait d'être complété dans la mesure où il faudrait également prévoir **un cas de rattachement subsidiaire** (dans l'hypothèse où les parties à l'accord de résiliation-compensation n'auraient pas choisi – expressément ou tacitement – la loi applicable à leur accord), comme il est d'usage en présence d'une règle de conflit de lois.

¹ Il s'agit notamment des travaux du FSB ("Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions"), du projet de rapport CPSS/IOSCO "Recovery and Resolution of Financial Market Infrastructures" et des principes CPSS-IOSCO "Principles for financial market infrastructures".