



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/Rapport
Original: anglais
mars 2013

RAPPORT

(préparé par le Secrétariat d'UNIDROIT)

Ouverture de la session

1. M. J.A. Estrella-Faria, Secrétaire-Général d'UNIDROIT, a ouvert la deuxième session du Comité d'experts gouvernementaux sur l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme (ci-après le *Comité*), au siège de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture à Rome à 9h45 le 4 mars 2013 et a souhaité la bienvenue à tous les participants.

Point No. 1 de l'ordre du jour provisoire annoté: Election du Président

2. Le Secrétaire-Général a expliqué que Mme M. Vermaas, Chef des Services juridiques de Strate, Afrique du Sud, élue Présidente du Comité lors de la première session, ne pouvait prendre part à la session actuelle parce qu'impliquée dans des consultations et des auditions concernant l'adoption et la mise en œuvre de législation en Afrique du Sud. Le Secrétaire-Général a exprimé sa gratitude pour le travail de Mme Vermaas en tant que Présidente lors de la première session du Comité.

3. Sur proposition de la délégation sud-africaine, M. Alexandre Pinheiro dos Santos, *General Superintendent* de la *Securities and Exchange Commission* brésilienne, a été élu Président de la deuxième session du Comité.

Point No. 2 de l'ordre du jour provisoire annoté: Adoption de l'ordre du jour provisoire annoté et organisation de la session

4. L'ordre du jour provisoire annoté (C.E.G./Netting/2/W.P. 1) a été adopté par le Comité tel que proposé.

5. Il a également été décidé qu'il n'était pas nécessaire de constituer un comité de rédaction. Sur proposition de la délégation japonaise, M. Philipp Paech, *London School of Economics*, a été élu Rapporteur de la deuxième session du Comité.

Point No. 3 de l'ordre du jour: Examen du projet de Principes concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation (UNIDROIT 2012 - C.E.G./Netting/2/W.P. 2)

Discussion relative au Principe 1

6. Le Secrétariat a décrit les changements apportés au projet de Principe 1 et à son commentaire. Sur ce point, les modifications décidées et incorporées au texte révisé actuel ont été rappelées au Comité, y compris de diviser l'ancien Principe 1 (C.E.G./Netting/1/W.P. 2) en deux dispositions séparées sur le champ d'application (projet de Principe 1 actuel) et les définitions (projet de Principe 2 actuel), de décrire la relation entre la compensation et la résiliation-compensation plus en détail, d'introduire l'*harmonisation minimum* (paras 11 et suivants du commentaire), et ajouter des critères pour les Etats adoptants qui souhaitent étendre le champ d'application des Principes au-delà de l'*harmonisation minimum*.

7. Le Président a invité les délégations à commenter le Principe 1 révisé. Il a été décidé que ces changements reflétaient le consensus mais il a également été mentionné que le commentaire devrait indiquer clairement que la souplesse pour garantir un niveau d'harmonisation plus élevé n'exige pas de législation spéciale et que les Etats adoptants pourraient obtenir un effet plus large simplement en ne limitant pas les dispositions d'exonération à certaines obligations et parties ou en appliquant des règles générales donnant effet aux clauses de résiliation-compensation en général.

Discussion relative au Principe 2

8. Le Secrétariat a introduit des changements précédemment décidés relatifs au projet de Principe 2 et au commentaire et mis en évidence les observations soumises par écrit par des délégations. Il a été indiqué à cet égard que, comme l'ancien Principe 1, l'actuel Principe 2 donnait une définition générale et fonctionnelle de la résiliation-compensation. Il a également été mentionné que les mots "ou remplacées par" avaient été ajoutés à la phrase "obligations ... sont réduites à" et les mots "que ce soit par novation, résiliation ou d'une autre façon" avaient été ajoutés à la fin du Principe de manière à faire en sorte que toutes les techniques juridiques utilisées par la législation nationale pour la résiliation-compensation soient incorporées dans les Principes.

9. Il a également été expliqué que l'ancienne deuxième phrase de la définition concernant l'extension, au choix d'une partie, à la résiliation-compensation automatique et à la compensation a été supprimée car il a été estimé qu'il n'était pas strictement nécessaire de se référer à cette distinction dans la définition.

10. Le Secrétariat a également indiqué que le paragraphe 14 du commentaire a ajouté le concept de "mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation" en tant que référence abrégée à un seul terme destiné à couvrir toutes les phases des opérations de compensation. Ce terme permet des références abrégées dans toutes les autres dispositions. Un ajout au paragraphe 18 du commentaire a clarifié que les Principes s'étendaient aux accords cadre. Enfin, il a été souligné que le contenu supplémentaire qui avait été ajouté au commentaire traitant des clauses de forfait, des délais d'attente et des exigences de ce qui est commercialement raisonnable, faisant valoir que ces Principes ne s'appliquaient qu'aux clauses de résiliation-compensation au sens strict de la définition donnée au projet de Principe 2, tandis que les Etats adoptants étaient libres de décider de mettre en œuvre ou non les clauses de forfait, des délais d'attente ou des clauses de résiliation-compensation en vertu desquelles le calcul de la valeur globale n'était pas conforme aux normes de ce qui est commercialement raisonnable.

11. Des délégations ont estimé que la corrélation entre la compensation (*netting*) et la compensation (*set-off*) pouvait être traitée plus en détail dans les notes explicatives, en particulier pour expliquer que la compensation en général n'est pas affectée par les Principes, tandis que certains cas de compensation (*set-off*), s'ils se produisent dans le cadre d'une clause de résiliation-compensation, pourraient être couverts. Il a été convenu qu'il faudrait ajouter quelque chose au commentaire à ce propos.

12. Il y a aussi eu une discussion sur la question de l'évaluation, en particulier pour déterminer si une norme de ce qui est commercialement raisonnable s'appliquera à la détermination du montant net résultant en vertu de la clause de résiliation-compensation. Bien que certaines délégations aient estimé que le fait d'ajouter quelques mots dans le commentaire pourrait aider à clarifier la question, à tout le moins, il a été convenu que de plus amples détails dans le commentaire pourraient être utiles pour reconnaître que les pays qui utilisent une condition d'évaluation de ce qui est commercialement raisonnable peuvent continuer à le faire, tandis que ce projet de Principes ne devrait généralement pas prévoir une telle exigence comme condition de l'opposabilité des clauses de résiliation-compensation.

13. A propos du libellé spécifique, il a été décidé qu'il faudrait ajouter les mots "qu'elles soient ou non dues ou payables à ce moment" pour remplacer les termes "exigibles et non exigibles", et que le terme "globale" soit ajouté après le mot "valeur". Il a aussi été convenu que le libellé de l'ancienne deuxième phrase de la définition soit réintégré dans le texte.

Discussion relative au projet de Principes 3 et 4

i) Présentation du projet de Principes 3 et 4 (C.E.G./Netting/2/W.P. 2) et de la proposition conjointe (C.E.G./Netting/2/W.P. 4)

14. Le Secrétaire Général a expliqué que la discussion du projet de Principes 3 et 4 devrait avoir lieu sur la base de la proposition conjointe des délégations des Etats-Unis d'Amérique, de la France et du Royaume-Uni qui figurait au document C.E.G./Netting/2/W.P. 4. Il a rappelé au Comité que, lors de sa première session, en octobre 2012, un projet présenté par les mêmes délégations comme une alternative à la version du Secrétariat des principes sur les parties et les obligations éligibles n'avait pas obtenu de soutien suffisant, de sorte qu'il avait été convenu que, pour le moment, la version du Secrétariat devait être maintenue, tandis que les délégations avaient été invitées à retravailler leur projet lors de consultations intersessions. Etant donné qu'au moment de la publication de la version révisée du Secrétariat du projet de Principes (C.E.G./Netting/2/W.P. 2), ces consultations intersessions n'avaient pas encore abouties à un résultat final, le Secrétariat a inclus dans le document C.E.G./Netting/2/W.P. 2 une version légèrement remaniée de son projet initial. Cependant, maintenant que la proposition conjointe des délégations des Etats-Unis d'Amérique, de la France et du Royaume-Uni contenue dans le document C.E.G./Netting/2/W.P. 4 avait été présentée au Comité, le Secrétariat considérait ce projet comme une base utile pour la discussion de la deuxième session du Comité.

15. Les délégations auteurs de la proposition conjointe ont expliqué que leur proposition était fondée sur l'idée que le risque systémique était une justification fondamentale pour l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation. S'il y avait aussi d'autres raisons pour soutenir la résiliation-compensation, la justification du risque systémique était généralement acceptée et pouvait donc être utilisée comme un critère qui sous-tend la délimitation d'un noyau minimum pour l'applicabilité de la résiliation-compensation. Cela se traduirait en une limitation de ce socle minimum aux transactions impliquant des établissements financiers et des autorités publiques qui mènent des opérations traditionnelles de marchés financiers, sans exclure la reconnaissance de l'applicabilité de la résiliation-compensation au-delà de ce socle minimum par l'Etat adoptant.

ii) Questions soulevées à propos de certains aspects de la proposition conjointe

16. Si certaines délégations ont expressément déclaré leur soutien pour la version du Secrétariat des principes sur les parties et les obligations éligibles, le débat a généralement porté sur la proposition conjointe. Dans la discussion, un certain nombre de questions ont été soulevées en ce qui concerne différents aspects de la proposition conjointe.

17. Il y a eu des discussions concernant la question de savoir si le terme "partie éligible" devrait être défini en référence à la notion de "consommateur" comme limite. Certaines délégations ont fait valoir que ce terme ne pourrait être utilisé que s'il y avait une définition spéciale de ce terme dans le projet de Principes, proposition que d'autres délégations ont considéré irréaliste.

18. D'autres délégations ont fait valoir que les personnes physiques en général, consommateurs ou non, devraient être exclues du champ d'application des parties éligibles. On a fait valoir que les Etats adoptants pourraient toujours décider d'étendre le champ d'application de la protection en vertu de ce projet de Principes à certaines personnes physiques si elles le souhaitaient.

19. A propos de rédaction, il a également été suggéré de se référer, dans la définition de "partie éligible" du projet de Principe 3, aux catégories d'établissements financiers et d'autorités publiques, étant donné que ce dernier type de parties, même si défini séparément en vertu du présent projet de Principes, constituait en même temps des parties éligibles en vertu du projet de Principes.

20. En ce qui concerne l'utilisation du terme "établissements financiers", il a été suggéré qu'il serait préférable que ce terme soit remplacé par des termes tels que "important participant du marché" ou similaires, parce que dans la lettre (f) cette définition va clairement au-delà de ce que l'on pouvait raisonnablement considérer comme un établissement financier. En outre, si le terme général "établissement financier" était maintenu, il faudrait modifier la lettre (a) de cette définition car elle contenait le même terme.

21. Un délégué a fait valoir que le terme "teneur de marché" qui figurait dans la lettre (a) de la définition d'"établissement financier" était probablement un concept très complexe qu'il conviendrait de ne pas utiliser dans une définition.

22. La question a été soulevée de savoir si la définition s'étendrait aux fonds spéculatifs.

23. Plusieurs délégations ont suggéré que la lettre (e) de la définition du terme "établissement financier" devrait être modifiée afin de faire référence à "un opérateur d'un système de compensation et/ou de règlement".

24. Certaines délégations ont exprimé l'avis que le libellé de la lettre (e) de la définition d'"établissement financier" (Principe 3) et dans la lettre (c) du n. 4 de la Partie I de la liste de contrats (Principe 4) devrait être harmonisé. En règle générale, il a été dit que se référer aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières était une terminologie trop centrée sur l'Union européenne.

25. Certains commentaires ont été faits par rapport à la disposition étendant le champ d'application des Principes aux sûretés (projet de Principe, 4(b)). Il a été demandé s'il n'y avait intentionnellement aucune limitation de la portée des parties éligibles qui pourraient agir à titre de caution, c'est-à-dire pas de restriction aux établissements financiers ou aux autorités publiques. L'une des délégations soutenant la proposition conjointe a expliqué que les sûretés ne pourraient être couvertes que si l'obligation du débiteur initial était aussi une obligation éligible.

26. En ce qui concerne la Ière Partie de la liste de contrats au projet de Principe 4, une délégation a suggéré que la volatilité inhérente aux obligations concernées devrait être soulignée comme une raison justifiant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation couvrant de telles obligations.

27. En ce qui concerne le no. 3 de la I^{ère} Partie de la liste de contrats du projet de Principe 4, plusieurs délégués ont fait valoir que le terme “transfert de propriété” devrait être compris comme couvrant aussi les transferts en espèces. Toutefois, d’autres ont soutenu que certains systèmes juridiques considèreraient plutôt un accord avec transfert de propriété concernant des espèces comme un contrat constitutif de sûreté qui ne devrait alors pas être couvert par le no. 3 de la I^{ère} Partie de la liste de contrats du projet de Principes.

28. Le fait que ni la I^{ère} Partie, ni la II^{ème} Partie de la liste de contrats du projet de Principe 4 ne semblait couvrir les accords cadre a été critiqué, à savoir les accords de compensation couvrant le solde net au titre d’autres accords cadre.

29. On a en outre fait valoir que la I^{ère} Partie de la liste de contrats du projet de Principe 4 devrait être étendue de manière à couvrir les contrats de dépôt et de prêt entre deux parties professionnelles.

30. En ce qui concerne la II^{ème} Partie de la liste de contrats du projet de Principe 4, plusieurs délégations ont fait valoir qu’une liste non exhaustive serait préférable, ce qui permettrait également de traiter de nouveaux accords qui pourraient être développés dans les marchés financiers. Il serait donc possible d’affirmer au projet de Principe 4, sous le n^o. 2, que les Etats adoptants pourraient prévoir que ces Principes pourraient s’étendre à tout type de contrat ainsi désigné par l’Etat adoptant. Les contrats énumérés à la II^{ème} Partie pourraient alors être utilisés comme de simples exemples dans le commentaire.

31. Quelques délégations ont critiqué les éléments de la II^{ème} Partie de la liste de contrats dans le projet de Principe 4: il a été indiqué que le no. 6 ne couvrirait pas les garanties en espèces et qu’il serait nécessaire de permettre à un Etat adoptant de prévoir l’extension de la résiliation-compensation aux obligations créées par la fourniture de ce type de garantie.

iii) Amendements décidés par le Comité concernant la proposition conjointe

32. Après avoir examiné ces questions, le Comité a décidé les modifications suivantes:

Le projet de Principe 4, au n^o 2, pourrait être réécrit afin d’indiquer que les Etats adoptants pourraient prévoir que ces Principes pourraient s’étendre aux obligations créées “en vertu d’autres contrats que l’Etat adoptant peut préciser”. Les contrats énumérés dans la II^{ème} Partie pourraient alors être utilisés comme de simples exemples dans le commentaire, et le commentaire pourrait également se référer à des arguments politiques pour lesquels les Etats pourraient souhaiter élargir le champ d’application de ces Principes.

En conséquence de la modification qui précède, la I^{ère} Partie de la liste de contrats pourrait être inclus dans projet de Principe 4(a) sans qu’il soit nécessaire d’avoir une liste séparée à la fin du projet de Principe.

Le terme “consommateur” au projet de Principe 3 pourrait être défini comme “une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique”, comme c’est le cas dans la Convention de La Haye sur les accords d’élection de for.

Le terme “établissement financier” devrait être remplacé par “acteur qualifié des marchés financiers”.

Il y a eu un accord général quant aux suggestions et il a été convenu qu’un nouveau libellé du projet de Principes 3 et 4 tenant compte des résultats de cette discussion serait présenté au Comité plus tard au cours de la session.

33. A un autre propos, une délégation a demandé d’examiner si les Etats adoptants devraient être libres d’appliquer certaines parties du projet de Principes aux consommateurs, même s’ils agissent principalement dans un but personnel, familial ou domestique. Il a été suggéré qu’il faudrait tenir compte du fait que, dans le secteur financier, les consommateurs devraient souvent

être considérés comme des investisseurs et les investisseurs relèveraient généralement du champ d'application de ces Principes.

Discussion relative au projet de Principe 5

34. Le Secrétariat a fait une brève introduction du projet de Principe 5. Il a été expliqué qu'il combinait le contenu de l'ancien projet de Principes 4 à 6 (C.E.G./Netting/1/W.P. 2) et que le Secrétariat était d'avis que la nouvelle rédaction de cette disposition permettait une meilleure compréhension de son contenu, sans ajouter de changements importants quant au fond. Une référence avait été faite au paragraphe 3 et il a été dit que cette disposition contenait des règles précédemment traitées uniquement dans le commentaire du projet de Principes, qui avaient cependant été jugées trop importantes pour ne pas être inclus dans le texte des dispositions.

i) Questions posées à propos du projet de Principe 5(3)

35. Certaines délégations ont exprimé l'avis que le paragraphe 3 devrait être supprimé car il a été jugé que cette disposition donnait lieu à des incertitudes. Le texte de ce paragraphe pourrait plutôt être inclus dans le commentaire, où il pourrait être précisé qu'il pourrait y avoir des exigences de communication, mais que le défaut de s'y conformer ne devrait pas affecter l'applicabilité de la clause de résiliation-compensation.

36. Un délégué a fait valoir que le commentaire pourrait également indiquer que seul le non-respect des exigences de communication pourrait justifier des sanctions pénales, alors que le non-respect d'autres exigences de forme ne devrait pas avoir de telles conséquences.

37. Comme autre commentaire à ajouter, il a été suggéré que le commentaire devrait donner d'autres exemples de conditions de forme qui ne devraient pas affecter l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation, telles que les délais de préavis obligatoire ou une obligation d'approbation préalable par les tribunaux avant la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation.

38. Il a également été indiqué qu'il n'était pas clair si le sens des termes "lois ou règlements" au paragraphe 3 devait être compris comme ayant un sens général ou comme se référant à un concept spécifique. Le Secrétariat a convenu de le préciser dans le commentaire.

ii) Autres questions rédactionnelles

39. Concernant le titre du projet de Principe, une délégation a fait valoir que "Actes formels et exigences de communication" serait plus précis.

40. Il a été considéré que la première phrase du projet de Principe 5 "La loi ne doit pas ..." n'était pas claire en ce qui concerne la question de savoir de quelle loi il s'agissait exactement ici. Il a par conséquent été convenu que la première phrase devrait être reformulée comme suit: "La loi de l'Etat adoptant ne doit pas ...". Dans le commentaire, il pourrait alors être fait référence au fait que la question de savoir si le droit de l'Etat adoptant était applicable serait statuée sur la base des principes énoncés dans le projet de Principe 9.

41. Concernant les textes alternatives entre crochets aux paragraphes 1 et 2, il a été décidé de ne garder que les termes "mise en œuvre". Le même terme devrait également figurer au projet de Principe 1 qui devrait maintenant se lire "Les présents Principes traitent des effets et de la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation ...". Les mots "mise en œuvre" devraient être définis au projet de Principe 1.

Discussion relative au projet de Principe 6

42. Le projet de Principe 6 été présenté par le Secrétariat, en soulignant que l'ancien projet de Principe 7 (C.E.G./Netting/1/WP 2) avait été scindé en deux dispositions à la suite de la première session du Comité en octobre 2012 afin de présenter le contenu de la règle d'une manière plus accessible. Il a été expliqué que le nouveau projet de Principe 6 visait à couvrir la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation en général, tandis que le projet de Principes 7 contenait des règles supplémentaires pour les situations liées à l'insolvabilité. Il a été souligné que le paragraphe 1 du projet de Principes 6 ne contenait que des modifications mineures de l'ancien texte, les lettres (a) et (b) ayant été prises de l'ancien projet de Principe 7(1)(a) et (b), respectivement, sous la seule réserve de modifications rédactionnelles mineures, mais aucun changement quant au fond. Le paragraphe 2 a été expliqué comme étant une addition visant à refléter l'opinion exprimée lors de la dernière session du Comité que les restrictions à l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation prévues par les lois et règlements concernant la fraude et les conditions régissant la validité des contrats ne devraient pas seulement être mentionnées dans le commentaire, comme c'était le cas dans la version précédente du projet de Principe 7.

43. Certaines délégations ont critiqué l'inclusion du paragraphe 2 dans le projet de Principe 6 et ont fait valoir qu'il serait préférable de considérer les questions traitées au paragraphe 2 comme exclues du contenu de la règle énoncée au paragraphe 1, sans avoir besoin d'une disposition expresse à cet effet dans les dispositions. Une telle limitation inhérente à la portée de la règle énoncée dans la première phrase du paragraphe 1 couvrirait alors non seulement les limites actuellement expressément visées au paragraphe 2, mais toutes ces règles générales du droit des contrats qui limiteraient probablement l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation, par opposition aux restrictions visant spécifiquement les clauses de résiliation-compensation. Les questions de fraude et les conditions de validité des contrats tels qu'elles sont actuellement mentionnées au paragraphe 2 ne seraient alors que des exemples d'application de cette règle générale. Il a été dit que cette approche serait également conforme au raisonnement qui figure au para. 94 du commentaire.

44. D'autres délégations ont cependant indiqué que, s'il était vrai que les questions mentionnées au paragraphe 2 n'étaient que des exemples de l'application d'une règle plus générale, cette règle plus générale qui permettait la limitation de l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation sur la base des règles générales du droit devrait néanmoins être mentionnée expressément dans le texte des Principes.

45. Il a été proposé à ce stade que le projet de Principe 6(2) pourrait être reformulé de manière à prévoir que les Principes n'étaient pas destinés à rendre applicable des clauses de résiliation-compensation qui ne le seraient pas autrement pour des raisons de fraude ou de non-respect d'autres exigences pour la validité des contrats. Le Comité a convenu que le Secrétariat devrait entreprendre de remanier le paragraphe 2 selon ces grandes lignes.

46. Le Comité a convenu que le texte à la fin du projet de Principe 6(1)(b), où figurait actuellement un texte entre crochets, devrait être reformulé comme suit: "... en ce qui concerne ces obligations, qui sont valables, applicables et éligibles.", évitant ainsi le terme incertain "autres" et la légère redondance qui existait dans la version actuelle du texte.

Discussion relative au Principe 7 ¹

47. Le Secrétariat a brièvement présenté le projet de Principe 7 en soulignant que cette disposition traitait des questions d'applicabilité des clauses de résiliation-compensation qui sont spécifiques aux situations d'insolvabilité et contenait le libellé relatif à l'insolvabilité qui figurait dans l'ancien projet de Principe 7 (C.E.G./Netting/1/W.P. 2).

i) Extension du projet de Principe 7 aux procédures de résolution

48. Une question a fait l'objet d'un débat intense, celle de l'opportunité de maintenir l'approche actuelle du projet de Principes, consistant à dire que les règles relatives à l'insolvabilité dans le projet de Principe 7 couvriraient aussi les procédures de résolution. Plusieurs délégations ont fait valoir qu'une telle procédure ne devrait pas être couverte par le projet de Principe 7, mais seulement pas la règle générale du projet de Principe 6 et par la disposition spécifique du projet de Principe 8. On a recommandé que la définition des termes "procédure d'insolvabilité" telle qu'appliquée par le projet de Principes ne soit pas étendue aux procédures de résolution considérées comme différentes. Même si pratiquement les mêmes principes concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation s'appliquaient aux deux types de procédures, il a été considéré préférable de les traiter séparément. Les références au paragraphe 98 du commentaire concernant la portée des termes "procédure d'insolvabilité" ont été considérées comme n'étant pas nécessairement en faveur d'une extension de la portée de ces termes afin de couvrir aussi les procédures de résolution.

49. D'autres délégations ont exprimé une opinion contraire et ont fait valoir que la disposition spécifique du projet de Principe 8 était basée sur l'hypothèse que les procédures de résolution seraient couvertes par le projet de Principe 7 également. Il a aussi été demandé si, en raison du fait que les clauses de résiliation-compensation seraient en général exécutoires dans les deux types de procédures, sous réserve des exceptions visées au projet de Principe 8, il serait nécessaire de traiter séparément ces deux types de procédures au projet de Principe 7.

50. Le Comité a terminé la discussion concernant l'extension du projet de Principe 7 aux procédures de résolution en convenant de la nécessité de distinguer deux questions: (a) savoir si la terminologie utilisée au projet de Principe 7, basée sur le sens donné aux termes "procédure d'insolvabilité", par exemple dans la Convention de Genève sur les titres, pouvait être comprise comme couvrant les procédures de résolution des défaillances; et (b) s'il était préférable, d'un point de vue politique, d'avoir un large champ d'application du projet de Principe 7 comprenant les procédures de résolution.

51. Reprenant les discussions sur la portée du projet de Principe 7 concernant les procédures de résolution, on a fait remarquer que, même si les principes ne définissent par les termes "procédures de résolution", le paragraphe 98 du Commentaire aux projets de principes supposait un concept au moins aussi large que la définition correspondante dans l'article 1(h) de la Convention de Genève sur les titres, laquelle reprend elle-même la définition utilisée à l'article de 29(a) de la Loi type de la CNUDCI de 1997 sur l'insolvabilité internationale. Toutefois, on a noté que depuis l'adoption de cette définition, certains doutes avaient surgi quant à savoir si la définition comprend les procédures de résolution. Dans certains pays, de telles procédures seraient considérées comme des procédures d'insolvabilité au sens strict, tandis que dans d'autres pays, les procédures de résolution pourraient conduire, ou ne pas conduire, à l'ouverture de procédures d'insolvabilité. Si une distinction entre procédure d'insolvabilité et procédure de résolution était faite, des questions telles que le picorage, le moratoire ou l'annulation de l'insolvabilité qui ne se

¹ Veuillez noter que la discussion sur le projet de Principe 7 s'est déroulée sur deux jours et a donc été divisée dans les rapports journaliers C.E.G./Netting/2/W.P. 12 et 13. Aux fins d'une présentation cohérente de cette discussion dans le présent rapport, l'ordre des paragraphes relatifs à la discussion sur le projet de Principe 7 qui figurait dans les documents C.E.G./Netting/2/W.P. 12 et 13 a été modifié, sans toucher au texte des paragraphes en question.

posent pas dans le contexte des procédures d'insolvabilité, pourraient en revanche surgir lorsque des procédures de résolution devaient conduire à l'ouverture de procédures d'insolvabilité.

52. Notant que la terminologie était encore incertaine et que les implications politiques variaient selon les pays, certains délégués ont indiqué que les procédures de résolution devraient être distinguées clairement des procédures d'insolvabilité, tandis qu'un nombre plus large de délégations était d'avis que les procédures de résolution devraient être traitées dans le projet de Principe 7. Toutefois, les délégations qui étaient en faveur de l'application du projet de Principe 7 aux procédures de résolution se sont également déclarées en faveur de l'inclusion d'une référence expresse à cet effet dans le texte des dispositions, car elles considéraient que la seule référence dans le commentaire à la définition des termes "procédures d'insolvabilité" telle qu'elle était actuellement comprise en vertu de ces Principes ne constituerait pas une base suffisamment certaine ou souhaitable pour ce résultat.

53. Il a été suggéré que certaines des incertitudes concernant la portée de l'actuel projet de Principe 7 semblait dériver de la scission du projet de Principe 7 d'origine en deux dispositions distinctes, mais la proposition qui a été formulée de revenir à la rédaction d'origine avec un seul projet de principe couvrant toutes les questions de l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation n'a pas trouvé de soutien.

54. Tandis qu'un délégué a indiqué que les projets de Principes devraient tenter d'inclure également une définition du terme "restructuration", d'autres délégations ont exprimé l'avis que ce concept est souvent utilisé dans des contextes très particuliers, de sorte qu'il serait plutôt audacieux de tenter d'en fournir une définition. L'opinion a prévalu que de telles procédures seraient déjà couvertes par le concept actuel de "procédures d'insolvabilité" telle qu'appliquées dans le projet de Principe 7.

55. La proposition a ensuite été accueillie que le projet de Principe 7 devrait se référer expressément aux "régimes de résolution", concept qui a été préféré parce que certaines délégations ont soutenu que les concepts alternatifs de "mesures/pouvoirs de résolution" couvriraient essentiellement l'exercice de tels pouvoirs, et non le cadre général qui est à la source de telles pouvoirs. En outre, les termes "régimes de résolution" étaient également utilisés par le Conseil de stabilité financière (CSF) dans ses *Key Attributes*. Il a également été convenu que le commentaire aux projets de Principes devrait préciser que les termes "procédures de redressement" seraient déjà couverts par la définition des termes "procédures d'insolvabilité", incluant une définition additionnelle des termes "régime de résolution", fondée sur les standards internationaux élaborés, entre autres, dans les travaux du Conseil de stabilité financière.

56. En outre, il a été convenu que le projet de Principe 6 était destiné à s'appliquer dans le contexte aussi bien des procédures d'insolvabilité que des régimes de résolution et que ceci devrait être précisé dans le texte des dispositions.

ii) Contenu matériel du projet de Principe 7(1)(d)

57. Certaines délégations ont exprimé une préoccupation quant au nouveau libellé du projet de Principe 7(1)(d) et ont fait valoir que les motifs invoqués dans le commentaire aux paras. 121 et suivants justifieraient de donner à l'obligation sous-jacente la même protection que celle dont bénéficie la clause de résiliation-compensation.

58. Aucune objection n'a été émise au sein du Comité à l'encontre du raisonnement que le seul fait qu'une clause de résiliation-compensation a pris effet dans une période suspecte avant l'ouverture des procédures d'insolvabilité ne devrait pas donner lieu à une action en annulation.

59. Certaines délégations ont exprimé des doutes sur la question de savoir si le projet de Principe 7(1)(d) devrait avoir pour conséquence qu'une clause de résiliation-compensation conclue durant une période suspecte ne constituerait pas une base suffisante pour l'annulation de la clause de résiliation-compensation. Toutefois, un nombre plus large de délégations s'est exprimé en faveur de l'interprétation qu'en vertu du projet actuel de cette disposition, le seul fait qu'une clause

de résiliation-compensation a été conclue durant une période suspecte ne devrait pas avoir pour conséquence que la clause de résiliation compensation pourrait être annulée.

60. Certaines délégations ont exprimé une préoccupation quant au nouveau libellé du projet de Principe 7(1)(d) et ont fait valoir que les motifs invoqués dans le commentaire aux paras. 121 et suivants justifieraient de donner à l'obligation sous-jacente la même protection que celle dont bénéficie la clause de résiliation-compensation.

61. Plusieurs délégations se sont exprimées en faveur d'une portée large des principes selon laquelle les obligations sous-jacentes ne devraient pas être susceptibles d'annulation seulement au motif que les obligations concernées ont été conclues ou sont nées dans la période suspecte, suivant en cela de plus près le projet précédent de cette disposition dans C.E.G./Netting/1/W.P. 2. La même protection a également été invoquée comme étant nécessaire relativement à la marge supplémentaire fournie dans la période précédant immédiatement l'insolvabilité. Toutefois, plusieurs délégations ont également exprimé l'avis que ces projets de Principe ne devraient pas valider des opérations qui ne sont pas actuellement comprises dans le calcul du solde net consolidé par le jeu du mécanisme de résolution-compensation.

62. Il a été convenu que le projet de Principe 7(1)(d) devrait être amendé afin de couvrir aussi expressément la protection des obligations sous-jacentes, tandis qu'il faudrait également préciser que cette protection ne devrait être fournie par le projet de Principe 7(1)(d) seulement pour autant que les obligations concernées soient elles-mêmes effectivement comprises dans le calcul du solde net consolidé en vertu du mécanisme de résolution-compensation, de telle sorte que l'applicabilité de l'obligation sous-jacente en dehors du mécanisme de résolution-compensation ne devrait pas être affectée par les Principes. En outre, il a été convenu qu'il serait précisé que la remise de marge supplémentaire devrait également être protégée contre l'annulation en vertu du projet de Principe 7(1)(d).

iii) Projet de Principe 7(1)(a)

63. Concernant le projet de Principe 7(1)(a), on a indiqué qu'il serait préférable de rédiger le Principe en termes plus précis, en soulignant plus clairement à quel égard la suspension devrait être interdite, puisque la formule générale actuelle pouvait être considérée trop large. Il a aussi été dit que l'utilisation des termes "mise en œuvre" dans la version actuelle du projet de Principe 7(1)(a) ne plaidait pas en faveur de la définition large de ces termes comme le suggérait le Secrétariat, car une suspension ne porterait par exemple jamais atteinte à la création d'une clause de résiliation-compensation.

64. Une délégation a suggéré que la formulation du projet de Principe 7(1)(a) pourrait être améliorée en remplaçant les mots "n'est pas suspendue" par "ne pourra pas être suspendue".

iv) Projet de Principe 7(2)

65. De la même façon que pour le projet de Principe 6, la question a également été débattue relativement au projet de Principe 7 de savoir s'il fallait ou non conserver les exceptions dans le paragraphe 2. Certaines délégations ont invoqué que les questions traitées dans le paragraphe 2 pourraient être considérées comme une application particulière d'un principe général qui découle déjà du paragraphe 1, à savoir que le principe général sur l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation en dépit de l'ouverture de procédures d'insolvabilité ne devrait pas affecter l'applicabilité de limitations générales telle que celles concernant des transactions frauduleuses ou des opérations accordant des préférences préjudiciables. On a invoqué que ce principe s'étendrait à d'autres questions également, telles que l'exigence de la réciprocité des créances devant faire l'objet d'une résolution-compensation dans l'insolvabilité et une limitation concernant la mise en œuvre de la clause de résolution-compensation concernant les opérations conclues à un moment où la contrepartie du débiteur insolvable avait déjà connaissance de l'insolvabilité imminente.

66. Sur la base de ce raisonnement, certaines délégations se sont exprimées en faveur de la suppression du paragraphe 2, estimant qu'il n'apportait guère au contenu du projet de Principe 7(1), notamment dès lors que la liste dans le projet de Principe 7(1) était comprise comme étant exhaustive.

67. D'autres délégations ont pour leur part préféré que le paragraphe 2 soit conservé dans le texte. Dans ce contexte, certaines délégations se sont référées au fait que certaines des règles du projet de Principe 7(1), notamment les alinéas a) et b) semblaient très larges et pourraient devoir être restreintes dans certaines situations. Précisément en ce qui concerne l'alinéa a) toutefois, une autre délégation a estimé que cette disposition devrait s'appliquer seulement au moratoire automatique à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et ne serait donc pas trop large.

68. En ce qui concerne la question de la portée du paragraphe 2, la suggestion a été faite de limiter cette disposition aux cas de fraude effective. Toutefois, cette proposition n'a pas rencontré de large soutien.

69. Au contraire, plusieurs délégations ont invoqué que la portée du paragraphe 2 devrait être étendue pour couvrir des questions telles que l'exigence susmentionnée de la réciprocité des créances devant faire l'objet d'une résiliation-compensation et une restriction concernant la mise en œuvre de la clause de résiliation-compensation pour ce qui est des opérations conclues à un moment où la contrepartie du débiteur insolvable avait déjà connaissance de l'insolvabilité imminente. D'autres délégations toutefois, ont fait part de leurs préoccupations concernant une exception plus large au paragraphe 2.

70. En ce qui concerne les questions particulières à traiter dans le paragraphe 2, une délégation a exprimé l'avis que des références au principe d'égalité de traitement des créanciers devraient être intégrées seulement avec une certaine prudence, en invoquant que la conclusion d'une clause de résolution-compensation impliquait déjà en soi dans une certaine mesure un traitement inégal des créanciers. On a suggéré que le seuil pour l'application du paragraphe 2 devrait être placé par un niveau relativement élevé.

71. Un délégué a suggéré qu'il faudrait préciser que même une opération conclue à un moment où la contrepartie de la partie qui est par la suite devenue insolvable avait déjà connaissance des difficultés financières de cette dernière ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une action en annulation si cette opération a été conclue avec des intentions légitimes. D'autres délégations ont estimé que cette question pourrait être traitée en vertu des règles générales du droit national de l'insolvabilité auxquelles le projet de Principe 7(2) se réfère, ce qui devrait permettre de distinguer entre les cas où il existe des intentions légitimes et ceux où il n'en existe pas.

72. Il a ensuite été convenu que lorsqu'il tenterait de reformuler le projet de Principe 7, le Secrétariat devrait conserver le paragraphe 2, en tenant compte des considérations concernant précisément l'extension éventuelle de cette disposition à d'autres aspects généraux du droit de l'insolvabilité qui pourraient justifier une restriction de la mise en œuvre de la clause de résolution-compensation.

v) *Autres questions rédactionnelles concernant le projet de Principe 7*

73. Une délégation a demandé s'il serait nécessaire d'inclure dans la disposition une référence indiquant que les conséquences précisées ici ne s'appliqueraient qu'à l'égard des obligations et des parties éligibles.

74. Plusieurs délégations ont critiqué le libellé du titre et du chapeau du projet de Principe 7, indiquant que, pour une disposition si importante, un titre plus fort que "Règles supplémentaires concernant la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation en cas d'insolvabilité" pourrait être nécessaire. Par ailleurs, il a été dit que le chapeau de cette disposition (par rapport au titre) n'indiquait pas clairement que cette disposition visait à s'appliquer en plus des règles générales du projet de Principe 6 qui continuaient de s'appliquer en situation d'insolvabilité.

75. Des critiques ont été exprimées aussi à propos du traitement des "règles heure zéro" dans le commentaire au paragraphe 123 et on a fait valoir que le texte des dispositions ne traitaient pas directement cette question. La question a également été posée de savoir si les mots "avant ou au plus tard le jour même" au projet de Principe 7(1)(d) ajoutaient quelque chose au contenu de la règle. D'autres ont cependant indiqué que ces mots pourraient être compris comme couvrant des fictions juridiques telles que les règles heure zéro susmentionnées, lorsqu'une procédure d'insolvabilité était déclarée ouverte à 0h00 alors qu'en réalité la décision avait été prise seulement plus tard le même jour.

76. Il a aussi été suggéré que le libellé dans le commentaire ne devrait pas utiliser de expressions telles que "hors et en cas d'insolvabilité", mais devrait employer un langage plus précis comme "avant/après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité".

77. Le Secrétariat a été invité à examiner si, dans l'intérêt de la clarté, les termes introductifs du chapeau pourraient être changés en "Le droit de l'Etat adoptant", ainsi que cela avait été suggéré pour les autres projets de Principes.

78. En ce qui concerne le projet de Principe 7(1)(b), on a suggéré que les mots "même si l'exécution d'une telle obligation peut être exigée sur un autre fondement" et "et dont l'exécution peut être exigée sur un autre fondement" pourraient être supprimés, étant donné qu'ils ne semblaient pas nécessaire à la compréhension de la règle.

79. En ce qui concerne les termes utilisés dans le projet de Principe 7(1)(c) and 7(1)(d), le Secrétariat a été invité à examiner si les mots utilisés dans ces deux dispositions ("annulation" et "limitée" respectivement) pourraient être harmonisés.

Discussion relative au projet de Principe 8

80. Le projet de Principe 8 a été introduit par le Secrétariat qui a souligné que par rapport à la version précédente de ce Principe (C.E.G./Netting/1/W.P. 2), le nouveau projet avait été simplifié et celui-ci était destiné à être strictement interprété à la lumière des normes internationales sur les régimes de résolution élaborées dans le cadre des *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière.

81. Certaines délégations ont toutefois exprimé l'inquiétude que le projet actuel semblait revenir à des critères moins stricts que ceux qui sont fixés par les *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière. Il a été invoqué que ces derniers posent des critères plus rigoureux pour l'exercice des pouvoirs de résolution que ceux qui résulteraient du projet actuel de Principe 8.

82. On a souligné qu'en se référant exclusivement au terme de "suspension", le texte actuel du projet de Principe 8 ne couvrirait pas tout l'ensemble des mesures de résolution, lesquelles comprennent également des restrictions permanentes à la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation et des règles qui prévoient que l'ouverture de procédures de résolution ainsi que l'exercice des pouvoirs de résolution par les autorités compétentes ne doivent pas déclencher la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation.

83. En ce qui concerne la question de savoir si une référence devrait être faite à d'autres normes internationales, outre celles fixées par les *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière, certains délégués ont fait remarquer que l'Union européenne est en train d'élaborer des propositions de législation secondaire, qui devraient également être pris en considération.

84. D'autres délégués ont indiqué que le projet de Principe 8 devrait développer davantage les garanties appropriées qui pourraient restreindre l'exercice des pouvoirs de résolution.

85. Plusieurs délégations toutefois ont souligné la nécessité de ne pas s'écarter des normes fixées par les *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière, d'autant qu'il semblait que ce Comité ne serait pas le forum de discussion approprié pour traiter des questions politiques en relation avec les régimes de résolution. On a suggéré que le projet de Principe ou bien le commentaire devraient

se référer à la politique concernant la résolution des institutions financières comme étant une politique en évolution.

86. En ce qui concerne le champ d'application personnel du projet de Principe 8, certains délégués ont invoqué qu'il serait préférable d'étendre la règle dans le projet de Principe 8 à des entités autres que les institutions bancaires. Toutefois, il a été souligné que les *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière couvrent actuellement des institutions non bancaires, telles que les sociétés de portefeuille bancaires, d'autres ont indiqué qu'il n'était pas encore clair au stade actuel comment le Conseil de stabilité financière traiterait la question de la résolution des institutions non bancaires en général à l'avenir.

87. Alors que plusieurs propositions de rédaction alternatives ont été suggérées (voir C.E.G./Netting/2/W.P. 6 et W.P. 9), l'opinion prédominante a été que le projet de Principe 8 devrait être reformulé sur la base du libellé suivant: "Les présents Principes s'appliquent sans préjudice de toute mesure que la loi de l'Etat adoptant peut prévoir, sous réserve de garanties appropriées, dans le cadre des régimes de résolution des défaillances des institutions financières".

Discussion relative au projet de Principe 9

88. Le Secrétariat a résumé les modifications apportées au projet de Principe 9 selon les décisions prises lors de la première session du Comité, en décrivant l'organisation du Principe en cinq paragraphes: (1) principe selon lequel la loi applicable à la clause de résiliation-compensation doit être déterminée sur la base des règles de droit international privé de l'Etat adoptant, avec une référence spécifique aux clauses de choix de loi si elles sont reconnues en vertu du droit de l'Etat adoptant; (2) extension du champ d'application de la loi applicable à la détermination de la portée des parties et des obligations éligibles, sous réserve de la règle qui figure au paragraphe 5(3); (3) réglementation de la relation entre des clauses de choix de lois contradictoires; (4) établissement du principe selon lequel la détermination de la loi applicable sur la base des règles qui figurent aux paragraphes 1-3 n'est pas affectée par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; et (5) établissement d'une exception à la règle précédente qui permet à l'Etat adoptant de prévoir que, au lieu de la loi applicable en vertu des paragraphes 1 à 4, la loi régissant la procédure d'insolvabilité doit aussi régir (a) la détermination des parties et des obligations aux fins de l'application de la clause de résiliation-compensation dans une procédure d'insolvabilité devant un tribunal national; et (b) l'application des règles relatives à l'annulation pour cause de transaction frauduleuse ou de préférence préjudiciable.

89. Plusieurs délégations ont critiqué la référence aux clauses de choix de loi au paragraphe 1 et ont fait valoir que si les Principes entendaient être neutres quant à la détermination de la loi applicable en général, il ne devrait pas y avoir une telle référence spécifique qui pourrait être comprise comme l'approbation du principe de liberté du choix de loi pour les clauses de résiliation-compensation. Un délégué a recommandé de supprimer l'ensemble du paragraphe 1 car il semblait ne rien ajouter à l'état actuel du droit. Une autre délégation a cependant indiqué que le paragraphe 1 serait au moins utile car il indiquait clairement que la loi applicable devrait être déterminée sur la base des règles de droit international privé de l'Etat adoptant relatives aux contrats en général, alors que dans certains pays il semblait y avoir des incertitudes quant à savoir s'il y avait application des règles de droit international privé concernant les opérations garanties.

90. Certaines délégations ont suggéré que le paragraphe 3 devrait aussi être supprimé parce que la disposition affectait les règles générales de droit international privé sur les questions contractuelles, et que l'on ne pouvait pas actuellement prévoir complètement les implications potentielles. Une autre délégation a au contraire estimé la règle du paragraphe 3 utile.

91. A propos des directives générales à suivre dans le projet de Principe 9, on a fait valoir qu'il faudrait indiquer clairement la mesure dans laquelle les parties ne devraient pas pouvoir échapper à l'application de la loi appropriée à leur clause de résiliation-compensation, c'est-à-dire que, dans

certain cas, en particulier la détermination des parties et des obligations éligibles devrait être régie par le droit d'un Etat, sans possibilité pour les parties de choisir l'application d'un autre régime. D'un autre côté, les Etats adoptants ne devraient pas pouvoir contourner la protection accordée aux clauses de résiliation-compensation en vertu des présents Principes en posant des règles de droit international privé spécifiques pour les clauses de résiliation-compensation qui seraient distinctes des règles de droit international privé pour les contrats en général.

92. Il y a eu une discussion relative à l'extension du projet de Principe 9(5) aux régimes de résolution. Certaines délégations ont indiqué qu'il faudrait déclarer de façon spécifique que cette disposition s'appliquait aussi aux régimes de résolution, se faisant l'écho des discussions sur le projet de Principe 7. Les effets des actes faits dans le cadre des régimes de résolution sur les clauses de résiliation-compensation devraient être régis par la loi applicable à ces régimes, et non pas par la loi applicable à la clause de résiliation-compensation. D'autres délégations ont cependant exprimé des préoccupations en faisant valoir que l'état du droit étranger relatif aux régimes de résolution était une question compliquée qui appelait souvent la coopération internationale des autorités compétentes. Elles ont indiqué que, au moins, il faudrait garantir que l'extension du projet de Principe 9(5) aux régimes de résolution ne devrait pas avoir pour conséquence que les effets des mesures de résolution en vertu de leur propre loi devraient être acceptés en vertu de tout autre régime juridique, en particulier dans l'Etat dont la loi régirait autrement la clause de résiliation-compensation.

93. En réponse à la question de savoir si le projet de Principe 9(5)(b) allait au-delà du projet de Principe 7(2), on a indiqué que le projet de Principe 9(5)(b) ne traitait que de l'annulation d'une clause parce qu'elle constitue une transaction frauduleuse ou qu'elle accorde une préférence, ce qui correspondait aux questions traitées dans le projet de Principe 7(2).

94. Plusieurs propositions de rédaction alternatives ont été suggérées au Comité. Le Gouvernement du Royaume-Uni a proposé (C.E.G./Netting/2/W.P. 10) de restructurer le projet de Principe 9 et de le limiter à trois éléments fondamentaux: (1) se référer à l'application des règles normales de droit international privé de l'Etat adoptant relatives aux obligations contractuelles aux clauses de résiliation-compensation; (2) poser un principe de reconnaissance dans la procédure d'insolvabilité correspondant à l'actuel projet de Principe 9(4); et (3) confirmation relative à l'éventuelle application prépondérante des règles en matière d'insolvabilité appliquant les Principes conformément à la loi régissant la procédure d'insolvabilité, ce qui correspond au projet actuel de Principe (5). Une autre proposition a été soumise par le Gouvernement français (C.E.G./Netting/2/W.P. 6) faisant référence au texte du projet de Principe 9(5) et suggérant de reformuler la disposition comme suit:

(5) Nonobstant ce qui précède, lorsqu'une procédure d'insolvabilité ou de résolution des défaillances a été ouverte à l'encontre d'une partie à la clause de résiliation-compensation [ou d'une succursale de cette partie], et en vertu d'une loi autre que celle déterminée conformément au paragraphe (1), l'Etat qui met en œuvre les Principes peut prévoir que la loi régissant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité doit également régir

a) la détermination des parties et obligations qui sont susceptibles d'être couvertes par la résiliation-compensation; ~~aux fins~~

b) les conditions de l'application de la clause de résiliation-compensation dans le contexte de la procédure d'insolvabilité ou de résolution des défaillances devant les tribunaux de l'Etat concerné qui met en œuvre les Principes; et

~~b)~~ l'annulation d'une clause de résiliation-compensation parce qu'elle constitue une transaction frauduleuse ou qu'elle accorde une préférence au détriment d'autres créanciers de la partie insolvable.

95. Il a été décidé que le Secrétariat devrait reformuler le projet de Principe 9 et soumettre un projet révisé au Comité, en tenant compte de la proposition du Gouvernement du Royaume-Uni (C.E.G./Netting/2/W.P. 10) et en incluant entre crochets le contenu additionnel suggéré par le Gouvernement français (C.E.G./Netting/2/W.P. 6).

Discussion relative à la version révisée du projet des Principes (C.E.G./Netting/2/W.P. 11)

96. Ayant conclu la deuxième lecture des Principes, le Comité a examiné la version révisée du projet de Principe préparé par le Secrétariat pour refléter les observations et décisions du Comité.

Discussion relative à la version révisée du projet de Principe 1 (C.E.G./Netting/2/ W.P. 11)

97. Le Comité a convenu de la nouvelle formulation du projet de Principe 1(1) qui figure au document C.E.G./Netting/2/W.P. 11.

Discussion relative au projet révisé de Principe 2 (C.E.G./Netting/2/W.P. 11)

98. Un débat a eu lieu concernant l'éventuel remplacement des mots "des parties l'une à l'égard de l'autre" par "par cette partie et à son égard" et il a été décidé que cette phrase qui figurait dans la version du projet de Principe 2 dans le document C.E.G./Netting/2/W.P. 11 devrait être maintenue parce qu'il a été estimé utile de mettre en évidence la limitation du champ d'application de ces Principes aux clauses de résiliation-compensation entre deux parties.

99. Une délégation a suggéré de supprimer la phrase "par une partie à l'autre partie" à la fin de la disposition. Il a cependant été décidé que cette phrase pourrait aider à comprendre les Principes car elle mettait l'accent sur le remplacement de toutes les obligations sous-jacentes par une obligation nette unique en vertu de la clause de résiliation-compensation.

100. Une suggestion de supprimer les mots "dues et" à la quatrième ligne de la version révisée n'a pas obtenu de soutien général. Par souci de cohérence, il a été décidé de reformuler les derniers mots du projet révisé de Principe 2 comme suit: "qui est alors due et payable par une partie à l'autre partie."

Discussion relative au projet révisé de Principe 3 (C.E.G./Netting/2/W.P. 11)

i) Définition du consommateur dans le projet de Principe 3(1)

101. Une délégation a suggéré que le projet de Principe inclue une définition du "consommateur" se référant à une personne agissant à des fins que l'on pourrait considérer comme étant en dehors de son commerce ou de sa profession, et il a été décidé de maintenir l'approche du projet révisé de Principe 3(1).

102. Il a également été décidé qu'il faudrait clarifier dans le commentaire que cette définition de la notion de consommateur était utilisée seulement pour délimiter le champ d'application des Principes et que les Etats adoptants seraient libres d'appliquer leurs propres définitions du consommateur dans leur droit interne.

ii) La définition de "partie éligible" dans le projet de Principe 3(1) doit-elle être étendue pour couvrir les catégories de parties qui figurent au projet de Principe 3(2) et 3(3) ?

103. Une délégation a demandé si la définition de "partie éligible" dans le projet de Principe 3(1) devrait être étendue pour couvrir les catégories de parties qui figurent au projet de Principe 3(2) et

3(3). D'autres ont cependant fait valoir que le libellé actuel du projet de Principe 3(1) était déjà suffisamment large pour atteindre ce résultat.

iii) "Participant qualifié à un marché financier" dans le projet de Principe 3(2)

104. Après une discussion concernant la question de savoir si, dans le projet de Principe 3(2), le terme "participant qualifié à un marché financier" devrait être remplacé par des termes comme "partie qualifiée" ou "partie financière", il a été décidé de garder le libellé "participant qualifié à un marché financier".

iv) Référence à établissement financier dans le projet de Principe 3(2)(a)

105. Il a été suggéré que le projet de Principe 3(2)(a) utilise des termes tels que "autre participant à un marché financier" ou "entité financière" au lieu de "établissement financier", en gardant à l'esprit que l'énumération de différents types de parties au projet de Principes 3(2)(a) à (f) pourrait impliquer que les parties couvertes dans d'autres alinéas de cette disposition pourraient ne pas être considérées comme des "établissements financiers" au sens des présents Principes, interprétation qui a été considérée incompatible avec l'utilisation des termes "établissement financier" au projet de Principe 8.

106. Etant donné qu'un certain nombre de délégations était cependant d'avis que la portée du projet de Principe 8 serait principalement déterminée par référence au champ d'application des *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière, il a été décidé qu'il n'était pas nécessaire de modifier le libellé du projet de Principe 3(2)(a) à cet égard.

v) Terminologie utilisée dans le projet de Principe 3(2)(c) et le projet de Principe 4(1)(a)(ii) et 4(1)(a)(iv)

107. Il a été décidé qu'il faudrait harmoniser le libellé du projet de Principe 3(2)(c) et du projet de Principe 4(1)(a)(ii) et 4(1)(a)(iv), en faisant référence dans tous les cas, avec les modifications nécessaires, à "un organisme de placement collectif ou un fonds d'investissement".

vi) Projet de Principe 3(2)(d)

108. Certaines délégations ont fait valoir que la référence dans le projet de Principe 3(2)(d) à une exigence de "réglementation ou surveillance prudentielle" pouvait être supprimée, mais cette proposition n'a pas obtenu de large soutien. Il a au contraire été décidé que le libellé de la disposition devrait être modifié comme suit: "soumise à réglementation, contrôle ou surveillance".

109. Il a également été décidé que la disposition devrait être fusionnée avec le projet de Principe 3(2)(e).

vii) Projet de Principe 3(2)(e)

110. Il a été décidé que le libellé du projet de Principe 3(2)(e) devrait être étendu en ajoutant une référence à un "système de paiement".

111. La question a aussi été soulevée de savoir s'il devrait y avoir au projet de Principe 3(2)(e) une référence aux exigences de réglementation, contrôle ou surveillance. Il a été décidé de régler cette question sur la base de la fusion de cette disposition avec le projet de Principe 3(2)(d).

viii) Projet de Principe 3(3)

112. L'avis a été exprimé que, pour éviter la tautologie dans la définition d'"autorité publique" dans le chapeau du projet de Principe 3(3), le terme à définir soit "autorité publique qualifiée" à la place de "autorité publique".

113. Une autre suggestion a été faite de modifier le libellé au projet de Principe 3(3) et de faire référence à un "autre organisme/entité public" au lieu de "autre autorité publique". On a fait valoir que cette suggestion élargirait le champ d'application du terme "autorité publique" à la fin du projet de Principe 3(3)(a), ce que plusieurs délégations ont appuyé. Une suggestion alternative de remplacer "autorité publique" à la fin du projet de Principe 3(3)(a) par "entité du secteur public" a été considérée par plusieurs délégations comme allant trop loin en ce qui concerne le champ d'application de ces Principes.

114. Il a été décidé de garder le libellé du chapeau et de remplacer les mots "autorité publique" à la fin du projet de Principe 3(3)(a) par une référence à une "entité publique" et d'inclure des éclaircissements dans le commentaire indiquant que certaines entités privées fournissant des services publics seraient incluses, selon le contexte local, alors que, d'autre part, une intervention publique mineure dans une entité ne permettrait pas nécessairement de répondre au critère pour l'application du projet de Principe 3(3)(a).

Discussion relative au projet révisé de Principe 4 (C.E.G./Netting/2/W.P. 11) ²

i) Le projet de Principe 4(1)(a)(i) devrait-il être une définition ou simplement donner des exemples ?

115. Quelques délégations ont fait valoir que le terme "désigne" devrait être remplacé par un terme comme "y compris" ou "tels que", non seulement pour des raisons linguistiques, mais aussi pour indiquer que l'énumération au projet de Principe (4)(1)(a)(i) devrait être entendue comme une liste d'exemples plus que comme une définition. D'autres délégations ont cependant indiqué que le projet de Principe devrait plutôt se fonder sur une compréhension précise du terme "dérivé" qui est fondamental en termes de champ d'application, et dont il a été dit qu'il plaiderait contre une catégorie ouverte et en faveur d'une définition. Le Comité a par conséquent décidé de maintenir "désigne" ou un mot équivalent.

ii) Le projet de Principe 4(1)(a)(i) devrait-il faire référence à des actifs ou à des valeurs qui font l'objet actuellement, ou feront l'objet à l'avenir, de contrats récurrents ?

116. Une délégation a suggéré de supprimer tout le libellé après "valeur de référence". Il a été indiqué que ces critères donnaient lieu à des incertitudes et pourraient rarement être déterminés avec une certitude raisonnable.

117. D'autres délégations ont cependant préféré garder la référence aux actifs ou aux valeurs faisant l'objet de contrats récurrents, indiquant que ce critère permettait une importante limitation du champ d'application des Principes, car il permettait de les distinguer des transactions qui ont lieu en une seule fois. Il a donc été décidé de maintenir cette référence dans le texte.

118. Il a également été demandé de maintenir la référence aux développements futurs car cela a été considéré comme permettant aux Principes de s'appliquer à de nouveaux types de transactions financières, en pleine évolution.

iii) Référence à toutes autres transactions sur instruments financiers dans le projet de Principe 4(1)(a)(ii)

119. Quelques délégations ont fait valoir que la référence à "toutes autres transactions sur instruments financiers" dans le projet de Principe 4(1)(a)(ii) était trop large et ne pouvait être

² Veuillez noter que la discussion sur le projet de Principe 4 s'est déroulée sur deux jours et a donc été divisée dans les rapports journaliers C.E.G./Netting/2/W.P. 14 et 15. Aux fins d'une présentation cohérente de cette discussion dans le présent rapport, l'ordre des paragraphes relatifs à la discussion sur le projet de Principe 7 qui figurait dans les documents C.E.G./Netting/2/W.P. 12 et 13 a été modifié, sans toucher au texte des paragraphes en question.

définie avec suffisamment de certitude. Il a par conséquent été suggéré de remplacer ces termes par les mots "cessions temporaires de titres" et le Comité a accepté cette proposition.

iv) Extension du projet de Principe 4(1)(a)(iv) aux contrats concernant des matières premières fongibles

120. IL a été suggéré d'étendre le projet de Principe 4(1)(a) pour inclure les transactions concernant des matières premières fongibles. Quelques délégations ont suggéré que le projet de Principe 4(1)(a)(iv) devrait inclure les contrats concernant des matières premières fongibles, en faisant valoir que les banques et d'autres établissements financiers concluraient assez fréquemment de telles transactions, et on rappelé leur compréhension des opinions exprimées lors de la session d'octobre du Comité: en vertu de la proposition conjointe alternative de rédaction, qui constituait la base de la version actuelle du projet de Principes 3 et 4, les obligations créées en vertu de ces transactions seraient toujours comprises lorsque les deux parties étaient des banques ou des autorités publiques. Toutefois, si l'importance des transactions concernant des matières premières fongibles a été reconnue, il n'y a pas eu de soutien suffisant en faveur de l'adjonction proposée au sein du Comité.

v) Extension du projet de Principe 4(1) aux accords-cadres parapluie

121. Quelques délégations ont apporté leur soutien à la proposition selon laquelle le projet de Principe 4(1) devrait être étendu pour couvrir les accords-cadres parapluie. Il a été indiqué que l'extension du projet de Principe 4 à de tels accords pourrait aussi être considérée comme une question qu'il n'était pas nécessaire de mentionner expressément dans le texte.

122. Il y a eu un soutien en faveur de l'extension du projet de principe 4(1) aux accords-cadres parapluie, sous réserve que les composantes des accords-cadres couvrent les obligations éligibles. Le Comité a convenu qu'il convenait de rédiger un nouveau paragraphe c) au projet de Principe 4(1) qui se lirait comme suit:

"(c) une obligation nette unique déterminée en vertu d'une clause de résiliation-compensation conclue par les mêmes parties concernant des obligations en vertu des alinéas a) ou b)."

vi) Suppression de la limitation aux parties "éligibles" dans le projet de Principe 4(2)(a)

123. Plusieurs délégations étaient favorables à permettre aux Etats adoptants d'étendre le champ d'application personnel du projet de Principe aux consommateurs. Le libellé actuel du projet de Principe 4(2)(a) a été critiqué car, selon plusieurs délégations, il semblait empêcher les Etats adoptants de le faire.

124. Il a été décidé de supprimer le mot "éligibles" dans le projet de Principe 4(2)(a), permettant à l'Etat adoptant d'étendre le champ d'application personnel des Principes au-delà des parties éligibles telles que définies au projet de Principe 3(1), en particulier en ayant à l'esprit des individus agissant en tant qu'investisseurs, chaque Etat adoptant restant libre de définir cette notion de façon plus ou moins étroite.

vii) Le projet de Principe 4(2)(b) doit-il faire référence aux "contrats d'un type que l'Etat adoptant peut préciser"

125. Il a été décidé que la référence à la fin du projet de Principe 4(2)(b) aux "obligations créées en vertu de contrats d'un type que l'Etat adoptant peut préciser" devrait être remplacée par la formule plus simple suivante "obligations non limitées à celles énumérées au paragraphe 1" ou un libellé équivalent.

126. Il a été suggéré que le commentaire mentionne de façon spécifique la possibilité d'étendre le champ d'application en vertu du projet de Principe 4(1)(2)(b) à la fourniture de garantie en Concernant les sûretés (projet de Principe 4(1)(b)), il a été indiqué que l'éligibilité d'une obligation au terme d'une garantie suivrait la question de l'éligibilité de l'obligation garantie.

viii) Sûretés en vertu du projet de Principe 4(1)(b)

127. Concernant les sûretés (projet de Principe 4(1)(b)), il a été indiqué que l'éligibilité d'une obligation au terme d'une garantie suivrait la question de l'éligibilité de l'obligation garantie.

Discussion relative au projet révisé de Principe 5 (C.E.G./Netting/2/W.P. 11)

128. Il a été décidé de supprimer le projet de Principe 5(3).

Discussion relative au projet révisé de Principe 6 (C.E.G./Netting/2/W.P. 11)

i) Le projet de Principe 6 doit-il faire référence à "mise en œuvre" ou "applicabilité"

129. Plusieurs délégations ont suggéré que le titre du projet de Principe 6 devrait faire référence à "applicabilité" au lieu de "mise en œuvre". Cette proposition n'a cependant pas obtenu de large soutien et il a par conséquent été décidé de garder la référence à la "mise en œuvre" dans le titre du projet de Principe 6. De la même façon, aucune décision n'a été prise de changer la rédaction du texte sur la base de la suggestion visant à utiliser "mise en œuvre" au projet de Principe 6(2).

ii) Le projet de Principe 6(2) susciterait des préoccupations concernant la compensation par une contrepartie centrale

130. Une délégation a indiqué que le projet de Principe 6(2) pourrait empêcher la mise en œuvre efficace d'une compensation par une contrepartie centrale car on pouvait craindre que cette disposition puisse signifier que l'invalidité des transactions individuelles s'étendrait au mécanisme de résiliation-compensation impliquant la contrepartie centrale. D'autres délégations ont cependant souligné que ces Principes n'empêcheraient pas les Etats adoptants d'isoler le mécanisme de résiliation-compensation impliquant la contrepartie centrale des effets de l'invalidité des transactions individuelles.

iii) Le champ d'application du projet de Principe 6(2) doit-il être étendu ?

131. Il a été décidé que le libellé du projet de Principe 6(2) devrait être élargi comme suit:

"Les présents Principes ne rendent pas applicables une clause de résiliation-compensation et une obligation éligible qui ne le seraient pas, en tout ou partie, pour cause de fraude ou de conflit avec d'autres conditions d'application générale affectant la validité et l'applicabilité des contrats."

Discussion relative au projet révisé de Principe 7 (C.E.G./Netting/2/W.P. 11)

i) Référence à la fourniture de garantie supplémentaire au projet de Principe 7(1)(d)

132. Il a été convenu que les références à la fourniture de garantie supplémentaire dans la version révisée du projet de Principe 7(1)(d) devraient être supprimées. Un délégué a exprimé l'avis qu'au moins en ce qui concerne la protection nécessaire pour les obligations de retransférer la garantie fournie durant la période suspecte, une certaine protection était donnée par le texte restant de la version révisée du projet de Principe 7(1)(d), notamment son extension à la protection de l'inclusion des obligations éligibles dans le calcul d'une obligation nette unique.

- ii) *Le projet de Principe 7 devrait-il d'étendre aux régimes de résolution des défaillances?*

133. Tandis que certains délégués ont invoqué que la décision prise par le Comité concernant l'extension du projet de Principe 7 au régime de résolution des défaillances devrait être revue, il a été convenu que les régimes de résolution devraient rester dans le champ du projet de Principe 7. Afin d'indiquer que les régimes de résolution sont également traités dans le projet de Principe 8, il a été convenu de reformuler les termes introductifs du projet de Principe 7(1) de la façon suivante : "Sous réserve du Principe 8, et outre ce que prévoit le Principe 6, ... "

- iii) *Le droit de l'administrateur d'insolvabilité de déclencher la résiliation-compensation devait-il être expressément reconnu?*

134. Un délégué a demandé si le projet de Principe 7 devrait expressément reconnaître le droit de l'administrateur de l'insolvabilité de déclencher la résolution compensation. Pour la façon dont est actuellement traitée cette question, voir le commentaire au projet de Principe 7 para. 111 dans C.G.E./Netting/2/W.P. 2.

- iv) *Le projet de Principe 7(1)(b) devrait-il faire référence aux obligations conclues dans une période suspecte ?*

135. Il a été suggéré qu'une précision supplémentaire devrait être ajoutée au projet de Principe 7(1)(b), permettant effectivement à un administrateur de l'insolvabilité de rejeter l'exécution des obligations dont l'inclusion dans le calcul de l'obligation nette unique, en raison du fait que ces obligations ont été conclues dans une période suspecte, ne serait pas limitée en vertu du projet de Principe 7(1)(d) (voir les propositions de rédaction présentées au Comité qui figurent dans la note de bas de page ³). Cette proposition, toutefois, n'a pas trouvé de large soutien et il a été en revanche convenu que cette question pourrait être suffisamment traitée dans le commentaire, en faisant également référence à la règle générale du projet de principe 6(1)(b), qui était comprise comme permettant l'exclusion des obligations inapplicables du système de la résiliation-compensation.

- v) *Le projet de Principe 7(1)(c) devrait-il faire référence à la "conclusion et mise en œuvre" ?*

136. Un délégué a suggéré que dans le projet de Principe 7(1)(c), le mot "conclusion" pourrait être supprimé, car ce concept était déjà couvert dans la notion de mise en œuvre. Toutefois, cette proposition n'a pas rencontré de soutien et aucune décision n'a été prise de supprimer la référence à la "conclusion".

³ Suggestions de rédaction présentées au Comité pour le projet de Principe 7 (présentées en anglais seulement):

(b) add

"(other than an obligation arising during a period prior to the commencement of insolvency proceedings the inclusion of which in the calculation of the single net obligation is restricted on a ground not prohibited by sub-paragraph (d) below;

(d) add...

"or the operation of the close-out netting provision has the effect of placing the [solvent party] in a better position in the insolvency proceedings than it would otherwise have been in;

(2) These principles do not affect a partial or total restriction of the operation of a close-out netting provision under the insolvency law of the implementing State on grounds which include factors other than or additional to those referred to in sub-paragraphs (c) and (d) above.

[Note: examples in the commentary should include fraud, intention to prefer, knowledge of pending insolvency proceedings...]

- vi) Le projet de Principe 7(1)(d) devrait-il être étendu pour protéger le déclenchement de la clause de résiliation-compensation contre l'annulation pour cause de délais ?

137. Certains délégués ont suggéré que le projet de Principe 7(1)(d) devrait être étendu pour protéger non seulement la conclusion mais également le déclenchement de la clause de résiliation-compensation à l'encontre de l'annulation pour cause de délais. D'autres délégués cependant ont pensé que cela allait de soi dans le contexte de ces principes et n'exigeait pas de mention expresse dans le projet de Principe 7(1)(d). Lors de la discussion, l'opinion prédominante a été en faveur du libellé modifié suivant: "... parce que la clause de résiliation-compensation avait été conclue, une obligation couverte par la clause a été créée ou l'obligation nette unique en vertu de la clause de résiliation-compensation est devenue exigible." Le Comité a convenu d'aligner le libellé du projet de Principe 7(2) avec le texte amendé du projet de Principe 7(1)(d).

- vii) *Le projet de Principe 7(1)(d) devrait-il faire également référence à l'exclusion de l'annulation d'une clause de résiliation-compensation pour l'octroi d'une préférence entre créanciers et le projet de Principe 7(1)(c) et le projet de Principe 7(1)(d) devraient-ils être fusionnés ?*

138. Il a été suggéré que le projet de Principe 7(1)(d) devrait préciser que les clauses de résiliation-compensation conclues durant une période suspecte ne devraient pas être soumises à annulation pour dépassement des délais, mais ne devraient pas non plus être soumises à une action en annulation du fait que la partie solvable a été placée dans une position plus favorable dans la procédure d'insolvabilité que cela aurait autrement été le cas (voir les suggestions de rédaction présentées au Comité dans la note de bas de page relative au paragraphe 135).

139. Le Comité a discuté la question de savoir si cela produirait un double emploi avec le projet de Principe 7(1)(c) et certains délégués ont préconisé de fusionner les projets de Principes 7(1)(c) et 7(1)(d). Toutefois, la majorité a pensé qu'une telle approche ne serait pas utile pour clarifier les questions qui sont traitées dans les deux dispositions et que celles-ci devraient être maintenues séparées parce que la protection en vertu du Principe 7(1)(c) ne devrait pas être étendue aux obligations couvertes par la clause de résiliation-compensation.

140. En conclusion de la discussion, il a été convenu que le projet de Principe 7(1)(c) et le projet de Principe 7(1)(d) seraient conservés comme des dispositions séparées. La précision suggérée au projet de Principe 7(1)(d) (voir les suggestions de rédaction présentées au Comité dans la note de bas de page relative au paragraphe 135) a été rejetée.

- viii) *Projet de Principe 7(2)*

141. Le Comité a débattu la question de savoir si le projet de Principe 7(2) devrait être rédigé sous forme de liste fermée ou bien s'il devrait simplement contenir une référence générale aux limitations du droit de l'insolvabilité. Les suggestions de rédaction alternative présentées au Comité (voir la note de bas de page relative au paragraphe 135) envisageait que le projet de Principe 7(2) soit reformulé sous forme d'une référence générale. Cette proposition a rencontré le soutien de plusieurs délégations, qui ont indiqué que le commentaire devrait signaler que le seuil d'intervention du droit de l'insolvabilité applicable serait élevé.

142. D'autres délégations ont pour leur part préféré une liste fermée, en invoquant qu'une exception de caractère général serait excessivement large.

143. Comme compromis, il a été suggéré que le projet de Principe 7(2) pourrait être basé sur les suggestions de rédaction présentées au Comité (voir la note de bas de page relative au paragraphe 135) et qu'une liste d'exemples pourrait être ajoutée introduite par les termes "tels que".

144. Le contenu précis de ces exemples a fait l'objet de discussions. Il a été invoqué que les termes "fraude" ou "transactions frauduleuses" tout seuls pourraient donner lieu à des difficultés, compte tenu du fait que le concept de fraude est défini de façon différente selon les systèmes juridiques. On a fait remarquer que certains systèmes donnent un sens relativement étroit à ce concept, tout en appliquant d'autres limitations du droit de la solvabilité qui sont inconnues aux autres systèmes juridiques, ce qui plaiderait en faveur du système d'une liste ouverte pour le projet de Principe 7(2).

145. Tandis qu'on a suggéré que la liste des limitations du droit de l'insolvabilité à l'article 14(2) de la Convention de Genève sur les titres intermédiés pourrait être utilisée comme base, plusieurs délégués ont souligné que cette liste devrait être adaptée pour les besoins présents. Une discussion a eu lieu concernant la "priorité accordée à certaines catégories de créances", étant donné que certains délégués pensaient que cela ne devrait pas constituer un obstacle à la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation, mais cette opinion n'a pas été partagée par les autres délégués.

146. Également, la suggestion de se référer au caractère de préférence comme facteur justifiant la restriction d'une clause de résiliation-compensation a été critiquée par certains délégués au motif que dans une certaine mesure, une clause de résiliation-compensation contiendrait toujours un élément de traitement préférentiel pour un créancier particulier.

147. Une autre suggestion était d'utiliser la liste d'exemples contenue dans les propositions de rédaction présentée au Comité (voir la note de bas de page au paragraphe 135) comme exemples qui pourraient expressément être mentionnés au projet de Principe 7(2). On a fait remarquer toutefois qu'au moins le facteur de "la connaissance qu'une procédure d'insolvabilité était pendante" pourrait être problématique à cet égard, compte tenu que les mécanismes de résiliation-compensation seront souvent déclenchés à un moment où la contrepartie avait une telle connaissance. En ce qui concerne d'autres situations toutefois, telles que l'engagement d'obligations additionnelles, ce facteur a été considéré comme justifiant peut-être la restriction d'une clause de résiliation-compensation.

148. Plusieurs délégués ont également invoqué que le projet de Principe 7(2) devrait être étendu afin de traiter également les limitations à la mise en œuvre des obligations couvertes par la clause de résiliation-compensation.

149. En ce qui concerne la "mise en œuvre" dans le projet de Principe(2), on a suggéré de l'étendre celui-ci à "la conclusion ou la mise en œuvre".

150. En résumé de la discussion, le Comité est convenu de reformuler le projet de Principe 7(2) de la façon suivante. S'ouvrant avec les suggestions de rédaction présentées au Comité (voir la note de bas de page au paragraphe 143), la formulation pourrait ensuite poursuivre de la façon suivante : "tels que la connaissance qu'une procédure d'insolvabilité était pendante au moment de la conclusion de la clause de résiliation-compensation ou de l'obligation, la priorité accordée à certaines catégories de créances, ou l'annulation d'une opération faite en fraude des droits des créanciers".

Discussion relative au projet révisé de Principe 8 (C.G.E./Netting/2/W.P. 11)

151. Les suggestions de supprimer la limitation du champ d'application de ce projet de Principe en supprimant les mots "des institutions financières" et d'expliquer les termes "garanties appropriées" par des références dans les dispositions aux normes fixées par les *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière n'a pas été largement soutenu ; il a donc été convenu de conserver la disposition telle quelle dans la version révisée du projet de Principes dans C.G.E./Netting/2/W.P. 11, sous réserve de remplacer "de toute mesure" par "d'une suspension ou de toute autre mesure" dans la première ligne.

152. En ce qui concerne le commentaire, il a été convenu qu'il devrait signaler que les *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière sont en cours d'élaboration.

Discussion relative au projet révisé de Principe 9

153. Il a été convenu que cette disposition, devrait être supprimée.

Discussion relative au commentaire dans C.E.G./Netting/2/W.P. 2

154. Les amendements suivants au commentaire ont été décidés:

155. Au paragraphe 11 de C.G.E./Netting/2/W.P. 2, il devrait être précisé qu'aucune mesure de mise en œuvre expresse ne serait nécessaire lorsque que le cadre juridique général d'un Etat a déjà pour effet que cet Etat donne effet à des clauses de résiliation-compensation dans un éventail de situations plus large que celui qui est envisagé selon l'approche centrale de ces Principes.

156. Dans le commentaire au projet de Principe 1, il devrait être fait une présentation plus nuancée des risques et des avantages de la résiliation-compensation, en faisant également référence aux critiques de la résiliation-compensation concernant ses effets potentiels d'exacerbation des crises ainsi que cela était présenté dans des documents antérieurs d'UNIDROIT.

157. Dans le commentaire au projet de principe 1, une référence supplémentaire devrait être faite à la nécessité de viser à la certitude juridique dans les opérations commerciales.

158. Les paragraphes 98 et 99 du commentaire devraient être révisés pour indiquer clairement que l'étendue des mesures de résolution est une question qui évolue constamment et que, selon les pays concernés, ces mesures pourraient être ou non couvertes par la définition des procédures d'insolvabilité en vertu de la Convention de Genève sur les titres. Le commentaire devrait souligner que du fait qu'ils utilisent ces deux expressions en tandem, les Principes reconnaissent la diversité actuelle des situations, et d'abstiennent de procéder à une stricte classification.

159. Au paragraphe 106 du commentaire, une référence devrait être faite aux limitations en vertu du projet de Principe 7(2), précisant que ces exceptions ne doivent pas être comprises comme donnant à un Etat adoptant une discrétion générale de suspendre la mise en œuvre des procédures d'insolvabilité qui seraient prohibées en vertu du projet de Principe 7(1)(a).

160. Dans le commentaire au projet de Principe 8 (voir paragraphe 129 du commentaire), il devrait être fait référence aux régimes nationaux de résolution des défaillances qui appliquent les normes fixées par les *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière. Par ailleurs, le commentaire devrait également faire référence à la nature évolutive des normes du Conseil de stabilité financière.

Approbation des rapports journaliers du 4 au 7 mars et de la version révisée du projet de Principes (C.E.G./Netting/2/W.P. 16)

161. Les rapports sommaires journaliers des 4, 5, 6 et 7 mars (documents C.E.G./Netting/2/W.P. 12 à 15) qui couvraient les discussions reportées ci-dessus ont été approuvés, sous réserve des modifications prises en compte dans le présent Rapport.

162. Le Comité a approuvé également la version révisée du projet de Principes que le Secrétariat avait préparé sur la base des observations et des décisions du Comité (document C.E.G./Netting/2/W.P. 16), sous réserve des modifications prises en compte dans le présent Rapport (voir l'Annexe III ci-après).

Points No. 3 et 4 de l'ordre du jour: Travaux futurs et divers

163. Aucune autre question n'ayant été soulevée, le *Président* a indiqué être heureux de pouvoir, au nom du Comité, recommander au Conseil de Direction qu'il adopte le projet révisé de Principes et autorise le Secrétariat à les publier et les diffuser le plus largement possible, et a déclaré la session close à 16h16 le 8 mars 2013.

ANNEXE I**LIST OF PARTICIPANTS
LISTE DES PARTICIPANTS****STATES / ETATS****BELGIUM / BELGIQUE**

M. Thomas HÜRNER
Juriste – Unité de droit financier
Banque nationale de Belgique
Bruxelles

BRAZIL / BRESIL

Mr Alexandre PINHEIRO DOS SANTOS
Chief Executive Officer
Brazilian Securities and Exchange Commission
(CVM)
Rio de Janeiro

Mr Henrique LEITE CAVALCANTI
Lawyer
Brasília

Mr Luís Carlos CAZETTA
Lawyer
Brasília

CANADA

Ms Manon DOSTIE
Senior Counsel
Department of Justice
International Private Law Section
Ottawa

Mr Michel DESCHAMPS
Lawyer
McCarthy Tétrault
Montréal

Mr Robert TURNBULL
Special Counsel
Financial Systems
Executive and Legal Services Department
Bank of Canada
Ottawa

**CHINA (PEOPLE'S REPUBLIC OF) /
CHINE (REPUBLIQUE POPULAIRE DE)**

Mr ZHANG Chenyang
Director
Ministry of Commerce
Beijing

Mr CHEN Bo
Official
Ministry of Commerce
Beijing

Miss HUANG Shanshan
Section Chief
People's Bank of China
Beijing

Ms JIANG Lan
Senior Manager
Legal Affairs Department
China Securities Depository and Clearing
Corporation Limited (SD&C)
Beijing

Ms NIU Wenjie
Director
China Securities Depository and Clearing
Corporation Ltd (SD&C)
Beijing

Mr ZHANG Chaohui
Section Chief
China Securities Regulatory Commission
Beijing

CZECH REPUBLIC / REPUBLIQUE TCHEQUE

Mr Jiří BERAN
Legal Advisor
Ministry of Finance
Prague

Ms Daniela DOLEŽALOVÁ
Legal Advisor - Financial Markets Department
Ministry of Finance
Prague

DENMARK / DANEMARK

Mrs Kirsten Elisabeth GÜRTLER
Lawyer - Danmarks Nationalbank
Copenhagen

Ms Marianne Majbrink ROSENBECK
Lawyer - Danmarks Nationalbank
Copenhagen

Mrs Pernille Linde CHRISTIANSEN
Special Advisor - Finanstilsynet
Copenhagen

FINLAND / FINLANDE

Mr Pekka Tapio PULKKINEN
Counsellor of Legislation
Law Drafting Department
Ministry of Justice
Helsinki

Mr Miki KUUSINEN
Senior Officer – Legal Affairs
Ministry of Finance
Financial Markets Department
Helsinki

Mr Janne LAUHA
Partner
Castrén & Snellman Attorneys Ltd
Helsinki

FRANCE

Mme Dorothée STIK
Administrateur Civil
Bureau Epargne et Marchés Financiers
Direction Générale du Trésor
Ministère de l'Economie et des Finances
Paris

M. Vincent JAMET
Juriste - Autorité de contrôle prudentiel
Banque de France
Paris

M. Alban CAILLEMER DU FERRAGE
IBA UNIDROIT Liaison Officer
Partner - Jones Day
Paris

Mme Yolaine FISCHER
Juriste - Direction des services juridiques
Banque de France
Paris

M. Antoine Pierre Aurélien GAUDEMET
Agrégé des Facultés de droit
Professeur à la Faculté de droit à Rennes
Paris

M. Julien JARDELLOT
Expert - Autorité des Marchés Financiers
Paris

M. Thiebald CREMERS
Legal Advisor – Public Affairs
Strategy and Corporate Development
Bruxelles

GERMANY / ALLEMAGNE

Mr Alexander BORNEMANN
Referent
Federal Ministry of Justice
Berlin

Mr Johann Lambert KOEHLING
Division Manager – Legal Affairs
Association of German Banks
Legal Department
Berlin

**IRAN (ISLAMIC REPUBLIC OF) /
IRAN (REPUBLIQUE ISLAMIQUE D')**

Mr Seyed Kamal MIR KHALAF
Counsellor
Embassy of the Islamic Republic of Iran in Italy
Rome

Mr Sajad SOLTAN ZADEH
Legal Expert
Embassy of the Islamic Republic of Iran in Italy
Rome

IRELAND / IRLANDE

Mr Eoin DUGGAN
Deputy Head of Mission
Embassy of Ireland in Italy
Rome

ITALY / ITALIE

Ms Maria Chiara MALAGUTI
External Counsel
Ministry of Foreign Affairs
Rome

Ms Monica MARCUCCI
Legal Services and Law Studies Department
Senior Lawyer - Bank of Italy
Rome

Mr Marco DI PIETROPAOLO
Bank of Italy
Rome

Mrs Afrodite Paola FICO
Manager - Borsa Italiana
Milan

Ms Maria Tecla RODI
Officer
Commissione Nazionale per le Società e la Borsa
(CONSOB)
Rome

Mr Rocco VAMPA
Senior Lawyer - Legal Department
Commissione Nazionale per le Società e la Borsa
(CONSOB)
Rome

Ms Simona SERIO
Officer - Legal Department
Commissione Nazionale per le Società e la Borsa
(CONSOB)
Rome

JAPAN / JAPON

Mr Hideki KANDA
Professor of Law
University of Tokyo
Schools for Law and Politics
Tokyo

Mr Hideki MURAMATSU
Attorney - Civil Affairs Bureau
Ministry of Justice
Tokyo

Mr Ichiro KONO
Attorney - Civil Affairs Bureau
Ministry of Justice
Attorney
International Legal Affairs Bureau
Ministry of Foreign Affairs
Tokyo

MEXICO / MEXIQUE

Mr Alan ROMERO ZAVALA
Alternative Permanent Representative to the
International Organisations based in Rome
Embassy of Mexico in Italy
Rome

NIGERIA

Mrs Anastasia BRAIMOH
Deputy Director
Legal Department
Securities & Exchange Commission
Abuja

Mr Reginald KARAWUSA
Deputy Director
Enforcement & Compliance Department
Securities & Exchange Commission
Abuja

PARAGUAY

Mr Edsel GONZALEZ
Legal Director
Banco Central de Paraguay
Asunción

Mr Andreas OHLANDT
Legal Adviser
Banco Central de Paraguay
Asunción

Miss Lorena PATIÑO
Second Secretary
Embassy of Paraguay in Italy
Rome

POLAND / POLOGNE

Ms Anna OCHOCKA
Legal Counsel
Financial Supervision Authority
Warszawa

Mr Szymon WOŹNIAK
Expert - Ministry of Finance
Financial Market Development Department
Warszawa

ROMANIA / ROUMANIE

Ms Alina POPESCU
First Secretary
Embassy of Romania in Italy
Rome

Ms Elena Rebecca MOCANU
Stagiaire - Embassy of Romania in Italy
Rome

**RUSSIAN FEDERATION / FEDERATION DE
RUSSIE**

Mr Alexey FILIPPOV
Leading Counsellor of the Legal Department
Ministry of Economic Development
Moscow

Mr Evgeny EGOROV
Legal Advisor
Trade Representation of the Russian Federation
in Italy
Rome

SAUDI ARABIA / ARABIE SAOUDITE

Mr Bassam ALSALEH
Legal Advisor
Capital Market Authority
Riyajh

Mr Mohamed TARABZOUNI
Director of International Coordinating Office
Space Research Institute
Riyajh

Mr Jiloway ALQAHTANI
Resident Representative
Permanent Mission of Saudi Arabia
to the IAEA and COPUOS
Vienna

SOUTH AFRICA / AFRIQUE DU SUD

Ms Jeannine Ellen BEDNAR-GIYOSE
Director
Financial Sector Regulation and Legislation
National Treasury
Pretoria

SPAIN / ESPAGNE

Mr Miguel MORA HIDALGO
Senior Advisor (Treasury)
Ministry of Economy and Finance
Professor of Financial Law at the
Complutense University of Madrid
Madrid

Mr Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ
Professor of Law - Universidad Autónoma de
Madrid
Madrid

SWITZERLAND / SUISSE

M. Hans KUHN
Directeur
Banque nationale suisse
Zürich

TURKEY / TURQUIE

Mr Kerem ÖZŞAHİN
Head of the Department of Legal Affairs
Capital Markets Board of Turkey
Department of Legal Affairs
Ankara

Mrs Asli KÜÇÜKGÜNGÖR
Chief expert
Capital Markets Board of Turkey
Strategy Development Department
Ankara

Mr Süleyman ÖNÜR
Expert - Capital Markets Board of Turkey
Strategy Development Department
Ankara

Mr Ihsan HASPOLAT
State Revenue Expert
Turkish Revenue Administration
Ankara

UNITED KINGDOM / ROYAUME-UNI

Mr Antony W. BEAVES
Senior Legal Advisor
Bank of England
London

Mr Guy MORTON
Partner - Freshfields Bruckhaus Deringer
London

Mr Philipp PAECH
Department of Law
London School of Economics and Political
Science - LSE- Houghton Street
London
Rapporteur

Mr David John BEARDSWORTH
Senior Policy Advisor
HM Treasury
London

**UNITED STATES OF AMERICA / ETATS-
UNIS D'AMERIQUE**

Mr Timothy SCHNABEL
Attorney - US Department of State
Washington, D.C.

Ms Joyce HANSEN
Senior Vice President
Federal Reserve Bank of New York
New York, NY

Ms Petrina DAWSON
Senior Cross Border Coordination Specialist
Office of Complex Financial Institutions
Federal Deposit Insurance Corporation
Washington, D.C.

Mr Garland SIMS
Managing Director and Senior Managing Counsel
Bank of New York Mellon
Legal Department
New York, NY

Mr Stetson SANDERS
Alternate Permanent Representative
United States Department of State
U.S. Mission to the United Nations
Rome

* * *

**REGIONAL ECONOMIC INTEGRATION ORGANISATION
ORGANISATION REGIONALE D'INTEGRATION ECONOMIQUE**

**EUROPEAN UNION /
UNION EUROPEENNE**

Mrs Olga TYTOŃ
Legal officer, Directorate General Internal
Market and Services
Unit G.2 Financial Markets Infrastructure
European Commission
Rue du Spa 2
Brussels

Ms Andreia VISCONTI IORDACHITA
Council - General Secretariat
Political Administrator
DGD 2A Judicial Cooperation in Civil Matters
Brussels

* * *

**EUROPEAN CENTRAL BANK (ECB) /
BANQUE CENTRALE EUROPEENNE (BCE)**

Mr Kestutis LAURINAVICIUS
Principal Legal Counsel
Institutional Law Division
Frankfurt am Main

OBSERVERS / OBSERVATEURS

**INTERGOVERNMENTAL ORGANISATIONS /
ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES**

**BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS
(BIS) / BANQUE DES REGLEMENTS
INTERNATIONAUX (BRI)**

Mr Diego DEVOS
General Counsel
Head of the Legal Service
Basel

Mr Klaus LÖBER
Head of Secretariat
Committee on Payments and Settlement
Systems
Basel

**EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION
AND DEVELOPMENT / BANQUE
EUROPEENNE POUR LA RECONSTRUCTION
ET LE DEVELOPPEMENT**

Mr Jacek KUBAS
Legal Specialist
London

**HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE
INTERNATIONAL LAW (HCCH) /
CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT
INTERNATIONAL PRIVE (HCCH)**

Mr Christophe BERNASCONI
Deputy Secretary General
The Hague

**INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF)/
FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL (FMI)**

Mr Mark MILFORD
Senior Counsel
Washington, D.C.

**UNITED NATIONS COMMISSION ON
INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL) /
COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
(CNUDCI)**

Ms Jenny CLIFT
Senior Legal Officer
International Trade Law Division
(UNCITRAL Secretariat)
Office of Legal Affairs
Vienna International Centre
Vienna

WORLD BANK / BANQUE MONDIALE

Mr Vijay Srinivas TATA
Chief Counsel
Finance, Private Sector and Infrastructure
Legal Vice Presidency
Washington, D.C.

Mr Look Chan HO
Senior Counsel
Washington, D.C.
United States of America

**INTERNATIONAL NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS /
ORGANISATIONS INTERNATIONALES NON-GOUVERNEMENTALES**

ASIA-PACIFIC CSD GROUP (ACG)

Ms NIU Wenjie
Director - Legal Affairs Department
China Securities Depository and Clearing
Corporation Ltd (SD&C)
Beijing

Ms JIANG Lan
Senior Manager - Legal Affairs Department
China Securities Depository and Clearing
Corporation Ltd (SD&C)
Beijing

**EUROPEAN ASSOCIATION OF CCP
CLEARING HOUSES**

Mr Marcus ZICKWOLFF
Chairman
Eschborn

**EUROPEAN CENTRAL SECURITIES
DEPOSITORIES ASSOCIATION (ECSDA)**

Ms Pinar BAHTIYAROGLU
Istanbul

**EUROPEAN FINANCIAL MARKETS LAWYERS
GROUP (EFMLG)**

Mr Holger HARTENFELS
Vice Chairman
Managing Director and Senior Counsel
of Deutsche Bank
Frankfurt am Main

**INTERNATIONAL ASSOCIATION OF
RESTRUCTURING, INSOLVENCY &
BANKRUPTCY PROFESSIONALS (INSOL
INTERNATIONAL)**

Ms Beatrix POLE
Director Legal Counsel
Derivatives Policy & Counterparty Exposure
Management
RBS Legal – Markets
London

**TRADE ASSOCIATION FOR THE EMERGING
MARKETS (EMTA)**

Ms Sandra M. ROCKS
Representative
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
New York, NY

**INTERNATIONAL SWAPS AND
DERIVATIVES ASSOCIATION (ISDA)**

Mr Edward H. MURRAY
Chair of the International Swaps and
Derivatives Association (ISDA) Financial Law
Reform Committee,
Partner, Allen & Overy LLP
London

Mr Peter M. WERNER
Senior Director
ISDA International Swaps & Derivatives
Association
London

OTHERS / AUTRES

Melle Amandine CEGARRA ESCOLANO

Université Paris Ouest Nanterre
Paris

Mr Ignacio GOMEZ-SANCHA

Advisor
Madrid

Mr Rocco SCHIAVONE

Expert
Rome

Ms Aura Cristina TOGAN

Lawyer
Gide Loyrette Nouel Leroy & Associates
Bucharest

Mr ZHENG Hui

PHD Student at Durham Law School
Durham University
London

UNIDROIT

Mr Alberto MAZZONI

President / *Président*

Mr José Angelo ESTRELLA FARIA

Secretary-General / *Secrétaire Général*

Ms Anna VENEZIANO

Deputy Secretary-General / *Secrétaire Général*

Adjoint

Ms Marina SCHNEIDER

Senior Officer / *Fonctionnaire principale*

Mr John WILSON

Senior Officer / *Fonctionnaire principal*

Mr Ole BÖGER

Associate Officer / *Fonctionnaire associé*

UNIDROIT Interns

Mr Pablo IANNELLO

Mr Carlos Fernando PRETTO REIS

Mr Peter VISHNEVSKIY

Ms Katarzyna SZCZUDLIK

Mrs ZHOU Yuanzhi

ANNEXE II

ORDRE DU JOUR

(préparé par le Secrétariat d'UNIDROIT)

1. Ouverture de la session et élection du Président
2. Adoption de l'ordre du jour provisoire annoté et organisation de la session
3. Examen du Projet de Principes concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation (UNIDROIT 2012 – C.E.G./Netting/2/W.P. 2)
4. Travaux futurs
5. Divers.

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

(version approuvée par le Comité)

Principe 1: Champ d'application des Principes

- 1) Les présents Principes traitent de la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation conclues par des parties éligibles en ce qui concerne des obligations éligibles.
- 2) Sauf indication explicite contraire dans les présents Principes, l'expression "mise en œuvre" couvre la création, la validité, l'applicabilité, l'opposabilité aux tiers et la recevabilité en tant que preuve d'une clause de résiliation-compensation.

Principe 2: Définition de la "clause de résiliation-compensation"

On entend par "clause de résiliation-compensation" une clause contractuelle sur la base de laquelle, à la survenance d'un événement prédéfini dans la clause concernant une partie au contrat, les obligations des parties l'une à l'égard de l'autre qui sont couvertes par la clause, qu'elles soient ou non exigibles à ce moment, sont, de façon automatique ou par choix d'une partie, réduites à, ou remplacées par, une obligation nette unique, que ce soit par novation, résiliation ou d'une autre façon, représentant la valeur globale des obligations combinées, qui est alors exigible d'une partie à l'autre partie.

Principe 3: Définition de "partie éligible" et notions connexes

- 1) On entend par "partie éligible" toute personne ou entité autre qu'une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique, ainsi qu'une société de personnes, une association non constituée en société ou un autre groupe de personnes.
- 2) On entend par "participant qualifié à un marché financier":
 - a) une banque, une entreprise d'investissement, un teneur de marché professionnel d'instruments financiers ou tout autre établissement financier qui (dans chaque cas) est soumis à réglementation ou surveillance prudentielle;
 - b) une entreprise d'assurance ou de réassurance;
 - c) un organisme de placement collectif ou un fonds d'investissement;
 - d) une contrepartie centrale ou un système de paiement, de compensation ou de règlement-livraison, ou l'opérateur d'un tel système qui (dans chaque cas) est soumis à réglementation, contrôle ou surveillance prudentielle; ou
 - e) une société ou une autre entité qui, selon des critères déterminés par l'Etat adoptant, est agréée ou contrôlée en tant que participant important, sur les marchés de l'Etat adoptant, à des contrats donnant lieu à des obligations éligibles.
- 3) On entend par "autorité publique":
 - a) une entité gouvernementale ou une autre entité publique;

- b) une banque centrale; ou
- c) la Banque des règlements internationaux, une banque multilatérale de développement, le Fonds monétaire international ou toute entité similaire.

Principe 4: Définition de "obligation éligible"

1) On entend par "obligation éligible":

a) une obligation créée en vertu d'un contrat de l'un des types suivants, conclu entre parties éligibles dont l'une au moins est une autorité publique ou un participant qualifié à un marché financier:

i) "Instrument dérivé", à savoir des options, des contrats à terme, des contrats à terme fermes, des contrats d'échange, des contrats financiers avec paiement d'un différentiel et toute autre opération concernant un actif sous-jacent ou de référence ou une valeur de référence qui fait, ou fera, l'objet de contrats récurrents sur les marchés dérivés;

ii) les pensions sur instruments financiers, les contrats de prêt de titres et toute autre opération de financement de titres, dans chaque cas relatifs à des titres, des instruments du marché monétaire ou des parts dans un organisme de placement collectif ou un fonds d'investissement;

iii) les contrats de garantie avec transfert de propriété relatifs à des obligations éligibles;

iv) les contrats de vente, d'achat ou de livraison:

- de titres;
- d'instruments du marché monétaire;
- de parts dans un organisme de placement collectif ou un fonds d'investissement;
- de devises de tout pays, territoire ou union monétaire;
- d'or, d'argent, de platine, de palladium, ou d'autres métaux précieux;

b) une obligation d'une partie éligible (au moyen d'une sûreté ou en tant que débiteur principal) d'exécuter une obligation assumée par une autre personne qui est une obligation éligible en vertu de l'alinéa a);

c) une obligation nette unique déterminée en vertu d'une clause de résiliation-compensation conclue par les mêmes parties en ce qui concerne des obligations couvertes par les alinéas a) ou b).

(2) Un Etat adoptant peut décider d'élargir le champ d'application du paragraphe 1 a) de l'une ou des deux manières suivantes:

a) en prévoyant de l'étendre aux obligations créées en vertu de contrats conclus entre des parties dont aucune n'est une autorité publique ou un participant qualifié à un marché financier;

b) en prévoyant de l'étendre à des obligations qui ne sont pas limitées à celles énumérées au paragraphe 1;

sous réserve, dans chaque cas, des limites ou exceptions que l'Etat adoptant peut préciser.

Principe 5: Actes formels et exigences de communication

(1) La loi de l'Etat adoptant ne devrait pas subordonner la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation:

- a) à la réalisation de tout acte formel autre que l'exigence qu'une clause de résiliation-compensation puisse être prouvée par écrit ou selon toute autre forme juridiquement équivalente;
- b) à l'utilisation des clauses standard de telle ou telle association professionnelle.

(2) La loi de l'Etat adoptant ne devrait pas subordonner la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation, ni les obligations couvertes par la clause, au respect d'une exigence de communication des données relatives à ces obligations à un référentiel central ou à une organisation similaire à des fins réglementaires.

Principe 6: Mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation en général

(1) Le droit de l'Etat adoptant devrait assurer qu'une clause de résiliation-compensation est applicable conformément à ses termes. En particulier, le droit de l'Etat adoptant:

a) ne devrait pas imposer d'exigences d'application allant outre celles spécifiées dans la clause de résiliation-compensation proprement dite;

b) devrait assurer que, si une ou plusieurs des obligations couvertes par la clause de résiliation-compensation sont, et restent, non valables, inapplicables ou inéligibles, la mise en œuvre de la clause de résiliation-compensation n'est pas affectée en ce qui concerne les autres obligations couvertes qui sont valables, applicables et éligibles.

(2) Les présents Principes ne rendent pas applicables une clause de résiliation-compensation ou une obligation éligible qui ne le seraient pas, en tout ou partie, pour motif de fraude ou de conflit avec d'autres règles d'application générale affectant la validité ou l'applicabilité des contrats.

Principe 7: Mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation en cas d'insolvabilité et de résolution des défaillances

(1) Sous réserve du Principe 8, et outre ce que prévoit le Principe 6, le droit de l'Etat adoptant devrait assurer qu'à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou dans le cadre d'un régime de résolution des défaillances concernant une partie à la clause de résiliation-compensation:

a) la mise en œuvre de la clause de résiliation-compensation n'est pas suspendue;

b) l'administrateur d'insolvabilité, le juge de la faillite, ou l'autorité de résolution des défaillances ne devrait pas être autorisé à exiger l'exécution par l'autre partie de toute obligation couverte par la clause de résiliation-compensation, et en même temps à rejeter l'exécution de toute obligation envers l'autre partie qui serait également couverte par la clause de résiliation-compensation;

c) la simple conclusion et mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation en tant que telles ne devraient pas constituer des motifs d'annulation de la clause de résiliation-compensation au motif qu'elles seraient considérées comme incompatibles avec le principe de l'égalité de traitement des créanciers;

d) la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation et l'inclusion de toute obligation dans le calcul de l'obligation nette unique en vertu d'une clause de résiliation-compensation ne devraient pas être limitées du seul fait que la clause de résiliation-compensation avait été conclue, une obligation couverte par la clause était née ou l'obligation nette unique en

vertu de la clauses de résiliation-compensation était devenue exigible durant une période déterminée avant, ou au plus tard le jour même mais précédant, l'ouverture de la procédure.

(2) Les présents Principes ne portent pas atteinte à une limitation partielle ou totale de la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation en vertu du droit de l'insolvabilité de l'Etat adoptant pour des motifs comprenant des facteurs autres que, ou complétant ceux couverts par les alinéas c) et d) ci-dessus, tels que la connaissance qu'une procédure d'insolvabilité était pendante au moment de la conclusion de la clause de résiliation-compensation ou de la naissance de l'obligation, la priorité accordée à certaines catégories de créances ou l'annulation d'une opération faite en fraude des droits des créanciers.

Principe 8: Résolution des défaillances des institutions financières

Les présents Principes s'appliquent sans préjudice d'une suspension ou de toute autre mesure que le droit de l'Etat adoptant peut prévoir, sous réserve de garanties appropriées, dans le contexte des régimes de résolution des défaillances des institutions financières.