



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

FR

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

UNIDROIT 2013
C.E.G./Netting/2/W.P. 6
Original: anglais
février 2013

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

OBSERVATIONS

(soumises par des Gouvernements)

INTRODUCTION

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

Au 26 février 2013, le Secrétariat d'UNIDROIT a reçu les observations sur le projet de Principes des Gouvernements de la France et du Japon.

Ces observations sont reproduites ci-après.

OBSERVATIONS SOUMISES PAR DES ETATS MEMBRES

France

Principes 2 et 3 (parties et obligations éligibles)

Notre proposition est la proposition conjointe des Etats-Unis d'Amérique, de la France et du Royaume-Uni (voir le document C.G.E./Netting/2/W.P. 4), basée sur la proposition faite lors de la première session du Comité tenue à Rome en octobre 2012. Avec le même objectif à l'esprit, à savoir de proposer un "pilier central" qui serait harmonisé parmi tous les Etats qui mettent en œuvre les Principes, sans pour autant empêcher ceux qui le souhaitent d'aller au-delà, nous avons pris bonne note des préoccupations de fond qui ont été soulevées par d'autres délégations en réponse à notre première proposition conjointe, et notamment la nécessité d'inclure au moins quelques sociétés dans le champ d'application des "parties éligibles" et la nécessité d'éviter une division artificielle de la liste des transactions au comptant en excluant les devises et métaux précieux. Nous proposons également un certain nombre de définitions pour être aussi précis que possible dans notre tentative de répondre au maximum de préoccupations et points de vue – voir par exemple la partie éligible qui signifie toute personne ou entité autre qu'un consommateur et comprend une société de personnes, une association non constituée en société ou un groupe de personnes.

Le raisonnement qui sous-tend l'approche du "pilier central" consiste à reconnaître que, malgré leur intérêt et leur contribution à l'atténuation du risque de contrepartie, les clauses de résiliation-compensation peuvent entrer en conflit avec des principes majeurs tels que le redressement et la résolution des défaillances des sociétés, les pouvoirs généralement reconnus à la masse ou au tribunal de l'insolvabilité, etc. Nous proposons ensuite un "pilier central" en tant que signal pour les Etats qui mettent en œuvre les Principes qu'il existe un accord général sur la nécessité de mettre en place, au minimum, un système efficace de résiliation-compensation pour un type déterminé de parties et d'obligations (qui sont, pour nous, les parties et les obligations qui peuvent entraîner un "risque systémique" en son sens le plus large), alors qu'il serait encore possible pour les Etats qui mettent en œuvre les Principes, d'aller au-delà. La Directive européenne concernant les contrats de garantie financière, adoptée en 2002, qui limite les clauses de résolution-compensation aux "transactions financières" entre contreparties dont au moins l'une est une autorité publique ou une institution financière, pourrait être un exemple d'une approche prudente.

Principe 8

Nous soutenons dans l'ensemble le nouveau libellé du Principe 8 qui fait maintenant référence non seulement à une exception au Principe 7(c)(ii) mais plus généralement à tous les Principes et élargit la notion de "suspension temporaire" à "suspension".

Etant donné toutefois que le Principe 8 est particulièrement important, en ce qui concerne l'applicabilité des régimes de résolution des défaillances applicables aux institutions financières, nous proposons quelques modifications afin de préciser son champ d'application. Nous devons nous assurer que les Principes d'UNIDROIT sont compatibles avec les régimes nationaux de résolution des défaillances qui seraient adoptés à l'instar des "*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*". Ainsi, nous devrions distinguer deux éléments clés des "*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*", Partie 4 "Compensation globale, compensation simple, constitution de garantie, ségrégation des actifs des clients":

- d'une part, le point 4.2 prévoit que "sous réserve de garanties appropriées, l'ouverture de procédures de résolution et l'exercice de tout pouvoir de résolution des défaillances ne devraient pas déclencher des droits de compensation légale ou contractuelle, ni constituer un événement qui permette à la contrepartie de l'institution en régime de résolution des défaillances d'exercer des droits contractuels d'exigibilité ou de résiliation anticipée à condition que les obligations fondamentales en vertu du contrat continuent d'être exécutées";
- mais, d'autre part, le point 4.3 prévoit également que "si les droits contractuels d'exigibilité ou de résiliation anticipée peuvent néanmoins être exercés, l'autorité de résolution devrait avoir le pouvoir de suspendre ces droits de façon temporaire lorsqu'ils naissent du seul fait de l'ouverture de procédures de résolution ou en relation avec l'exercice de tout pouvoir de résolution".

Dans sa rédaction actuelle, le Principe 8 semble se référer seulement à une "suspension" (temporaire ou non) alors qu'il devrait également mentionner le fait que l'ouverture d'une procédure de résolution des défaillances et l'exercice de pouvoirs de résolution ne devraient pas déclencher les clauses de résiliation-compensation ni constituer un événement qui donne droit à une quelconque contrepartie de l'institution en régime de résolution des défaillances de mettre en œuvre des clauses de résolution-compensation à condition que les obligations fondamentales découlant du contrat continuent d'être exécutées. C'est la raison pour laquelle nous proposons de remplacer "suspension" par "toute restriction de la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation". Le pouvoir de l'autorité compétente de retarder la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation devrait être interprété comme une mesure supplémentaire, applicable dans tous les cas, pour une période très courte et appropriée.

Par ailleurs, au-delà des mesures de gestion de crise (qui sont littéralement les mesures de résolution des défaillances), la dérogation spéciale prévue en vertu du Principe 8 devrait également couvrir les mesures de prévention des crises, dont disposent les autorités compétentes en vue d'assurer la stabilité financière et de prévenir l'apparition du risque systémique. Ces mesures de prévention, qui devraient être définies précisément, peuvent consister dans l'exercice de l'un des pouvoirs de résolution (par exemple la nomination d'un administrateur pour gérer des mesures d'assainissement) sans déclencher formellement l'ouverture d'une procédure de résolution. Une telle approche a été adoptée par exemple dans le dernier compromis de la Présidence sur la proposition de la Commission européenne concernant une Directive établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement (voir le projet d'article 60a et de considérant 87a en Annexe).

Suggestion de rédaction:

Principe 8: Résolution des défaillances des institutions financières

8. Les présents Principes s'appliquent sans préjudice **de toute restriction** ~~'une suspension~~ de la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation que la loi de l'Etat qui met en œuvre les Principes peut prévoir **dans l'exercice des pouvoirs de résolution, y compris des mesures de prévention des crises**, ~~sous réserve de garanties appropriées, dans le cadre des procédures de résolution des défaillances~~ **concernant** des institutions financières.

Principe 9

Comme cela est expliqué dans les Considérations essentielles, le Principe 9 ne prévoit pas de règles pour déterminer la loi qui régit une clause de résiliation-compensation. Le Principe décrit plutôt la portée des questions régies par cette loi. En outre, le Principe 9(5) prévoit une possibilité d'opt-out qui permet aux Etats qui mettent en œuvre les Principes, dans l'intérêt de leurs choix de politique publique, de garder un plus grand contrôle sur l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation dans le cadre de procédures d'insolvabilité devant leurs propres tribunaux. Alors que nous approuvons pleinement cet objectif, nous proposons quelques modifications mineures à ce projet de paragraphe pour rendre plus clair le fait que l'Etat qui met en œuvre les Principes pourrait prévoir dans sa législation la détermination de la portée et des conditions d'application de la résiliation-compensation. Ainsi, un Etat pourrait choisir que sa "lex concursus" devrait l'emporter sur la "lex contractus" ou le contraire. L'expression "la loi de l'ouverture de la procédure" semble plus précise par rapport à l'ordre juridique interne de l'Etat. Nous proposons également l'ajout de "procédures de résolution des défaillances", en conformité avec le Principe 8, afin d'éviter la confusion entre deux procédures qui sont très différentes ¹.

Suggestion de rédaction:

(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)c)~~ 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.

Observations d'ordre général

Les commentaires du projet de Principes ont raison de souligner les avantages de la résiliation-compensation, tels que la réduction du risque systémique et du risque de contrepartie. Nous pensons cependant que cette présentation pourrait être améliorée en mentionnant que, dans l'ensemble, après la crise financière, la résiliation-compensation a aussi quelques inconvénients, en plus des interférences avec les procédures d'insolvabilité. Par exemple, l'effet de la résiliation-compensation sur le risque systémique est en réalité plus ambivalent que strictement positif: en effet, l'automatisme du déclenchement de la résiliation-compensation peut conduire à un risque systémique. De plus, grâce à la protection qu'elle crée, la résiliation-compensation donne la possibilité de s'exposer beaucoup plus sur les marchés financiers ce qui, en fin de compte, pourrait avoir un impact négatif sur la stabilité financière mondiale.

¹ Nous suggérons des modifications analogues dans les Explications et commentaires pour distinguer "résolution" et "insolvabilité" plutôt que de les assimiler.

Ces arguments ont été développés dans le document UNIDROIT 2010 - S78B/CEM/1/Doc.2 (août 2010) de Ph. Paech: *"Depuis la crise financière 2007/2009, il est clair que l'opposabilité automatique des accords de compensation n'apporte pas que des avantages, et peut même comporter des effets graves dans des situations de tensions sur les marchés financiers. Le Basel Cross-border Bank Resolution Group (CBRG) insiste sur le fait que, si on ne leur apporte pas de solution appropriée, de tels dangers pourraient produire des effets considérables. (...) Du fait que la compensation avec déchéance du terme peut en fait accentuer le risque d'instabilité systémique, les mécanismes automatiques de compensation avec déchéance du terme posent problème comme éléments caractéristiques des accords de compensation."* Nous suggérons de citer certains de ces éléments à intégrer dans l'Introduction ou dans les parties Explications et commentaires du projet de Principes.

Annexe: dernier projet de compromis de la Présidence sur la proposition de la Commission européenne de Directive établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement (en anglais seulement)

"Recital 87a 'crisis prevention measure' means the appointment of a special manager under Article 24 or the exercise of the write down power under Article 51;

Article 60 (a)

Exclusion of termination, suspension and set-off rights

1. A crisis prevention measure or a crisis management measure shall in itself not be recognised as an enforcement event within the meaning of Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council or as insolvency proceedings within the meaning of Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council.

2. A crisis prevention measure or a crisis management measure shall in itself not make it possible for anyone to:

(a) exercise any termination, suspension or set-off right;

(b) obtain possession or exercise control over any property of the institution under resolution;

(c) affect any contractual rights of the institution under resolution.

3. This Article shall not affect the right of a person to take an action referred to in paragraph 2 where that right arises by virtue of an event other than the crisis prevention measure or the crisis management measure. "

Japon

1. **Champ d'application:** Principe 1 du projet de Principes concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation (C.G.E./Netting/2/W.P. 2) ("projet de Principes") et proposition conjointe concernant les Principes 3 et 4 (C.G.E./Netting/2/W.P. 4) ("Proposition conjointe").

Nous posons une question concernant d'éventuelles implications négatives du projet de Principes qui limitent le champ d'application. Nous estimons que le projet de Principes a pour objectif une harmonisation minimum et non pas l'interdiction pour les Etats de reconnaître l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation en dehors du champ d'application des Principes (voir les paragraphes 11 et 12 du projet de Principes). Dans ce contexte, si la proposition conjointe est adoptée, quel sens aurait une extension du champ d'application par un Etat? Nous croyons qu'une telle extension ne signifie pas qu'il serait interdit à un Etat de reconnaître l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation au-delà du champ d'application élargi. Si cette interprétation est correcte, un Etat peut n'avoir aucune nécessité d'étendre le champ d'application, parce que l'Etat est libre de reconnaître l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation en dehors des Principes. Nous demandons des éclaircissements sur ce point.

2. **Annulation de l'obligation sous-jacente: Principe 7(1) c) et d)**

Nous avons soulevé ce point lors de la session d'octobre 2012, mais souhaitons le soulever à nouveau pour plus d'éclaircissement. La position du Principe 7(1)(c) est que "la simple conclusion et mise en œuvre" d'une clause de résiliation-compensation ne doivent pas être susceptibles d'annulation parce qu'ils perturbent l'égalité de traitement des créanciers. Cela signifie que l'on peut éviter l'apparition d'une obligation sous-jacente pour cette raison, même si elle est protégée contre l'annulation fondée simplement sur un critère temporel (voir le Principe 7(1)(d)). Notre compréhension est-elle correcte? Nous pourrions également ajouter qu'en vertu de la nouvelle formulation du Principe 7(1)(d), il est difficile de savoir si l'existence d'une obligation sous-jacente est protégée contre l'annulation fondée simplement sur un critère temporel, malgré l'explication donnée dans la note 53 des "Notes afférant aux révisions" (C.G.E./Netting/2/W.P. 3). Si c'est le cas, le libellé devrait être amélioré.

3. **La loi applicable à la procédure d'insolvabilité: Principe 9(5)**

Nous avons pensé lors de la session d'octobre 2012 que le Principe 9(5) s'applique aux situations que le Principe 7(1) ne couvre pas. C'est-à-dire que le Principe 9(5) signifie que, pour les questions que le Principe 7(1) ne couvre pas, la loi régissant les procédures d'insolvabilité s'applique. Cependant, la lecture du paragraphe 146 du projet de Principes suggère autre chose, à savoir que le Principe 9(5) ne s'applique pas aux questions couvertes par le Principe 7(1) (voir aussi le Principe 7(2)). Ainsi, nous demandons des éclaircissements sur ce point.