



**FR**

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

UNIDROIT 2012  
C.G.E./Netting/1/W.P. 2 Addendum  
Original : anglais  
juillet 2012

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

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

*9. (1) Les conditions de validité et d'efficacité de la clause de compensation avec déchéance du terme, y compris les formalités requises pour lui conférer validité et efficacité, sont déterminées par la loi qui lui est applicable.*

*(2) La loi applicable à la clause de compensation avec déchéance du terme détermine en outre les parties et les obligations que celle-ci peut couvrir.*

*(3) Sauf stipulation contraire des parties et dans la mesure où les règles de droit international privé applicables admettent les clauses de choix de loi, le choix de loi opéré dans une clause de compensation avec déchéance du terme doit l'emporter sur toute clause de choix de loi différente, antérieure, contenue dans un contrat couvert par la clause de compensation avec déchéance du terme en ce qui concerne les matières indiquées au paragraphe (1) ci-dessus.*

*(4) Nonobstant ce qui précède, lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'encontre d'une partie à la clause de compensation avec déchéance du terme [ou d'une succursale de cette partie], les lois régissant cette procédure doivent également régir :*

- a) l'annulation d'une clause de compensation avec déchéance du terme par préférence ou d'un contrat conclu en fraude d'autres créanciers de la partie insolvable ;*
- b) la suspension temporaire [de l'exercice des droits d'exigibilité anticipée et de résiliation anticipée en vertu] d'une clause de compensation avec déchéance du terme consécutive à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.*

**Considérations essentielles en ce qui concerne ce Principe**

- L'efficacité d'une clause de compensation avec déchéance du terme répondant aux conditions de validité formelles et matérielles du droit qui la régit, ainsi que l'éligibilité des parties et des obligations à la compensation avec déchéance en vertu de ce droit, doivent être préservées dans un contexte transfrontalier.

- La loi applicable à la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une partie à la clause de compensation avec déchéance du terme détermine la mesure dans laquelle une suspension temporaire peut être imposée au mécanisme de compensation avec déchéance du terme ou si la clause de compensation avec déchéance du terme peut être annulée pour fraude ou traitement préférentiel, mais elle ne doit pas autrement affecter la validité ou l'applicabilité d'une clause de compensation avec déchéance du terme valablement conclue au regard de la loi qui lui est applicable.

#### Explication et commentaire<sup>1</sup>

119. La majorité des transactions sur les marchés financiers, par exemple les contrats de produits dérivés, de change, de prêt de titres et de rachat, sont réalisées au moyen de documents-cadres standard (« contrats-cadres »). Plusieurs contrats-cadres existent pour différents types de contrats financiers et pour différents systèmes juridiques. Bien que les contrats-cadres ne soient pas nécessairement rattachés à une loi applicable particulière, les lois de certains systèmes juridiques sont souvent choisies pour les contrats transfrontaliers.

120. La plupart des systèmes juridiques reconnaissent le principe de l'autonomie de la volonté des parties dans les relations contractuelles et laissent aux parties la liberté de choisir le contenu de leurs obligations mutuelles. Dans de nombreux systèmes juridiques, ce principe implique également la liberté de choisir la loi applicable au contrat.

121. Les intervenants du marché choisissent la loi applicable à une clause de compensation avec déchéance du terme en fonction de l'analyse qu'ils font de son aptitude à régir leurs obligations en vertu de la clause. La plupart des systèmes juridiques ayant des marchés financiers développés reconnaissent la liberté des parties à des contrats financiers de choisir la loi applicable à leurs transactions, y compris une clause de compensation avec déchéance du terme.

122. Cependant, plusieurs systèmes juridiques ne reconnaissent pas encore de manière générale le choix de loi en matière contractuelle ou l'assortissent d'un certain nombre de restrictions, en particulier en exigeant un lien additionnel avec le système juridique dont la loi a été choisie. Étant donné l'objectif recherché de certitude juridique et de prévisibilité dans les transactions transfrontalières, il semble que ce qui importe en premier lieu n'est pas de savoir si le choix des parties est pleinement respecté ou si des règles différentes de conflit de lois du for sont appliquées. En réalité, ce qui doit être avant tout garanti, c'est qu'une clause de compensation avec déchéance du terme valablement conclue au regard du droit qui la régit ne soit pas ultérieurement annulée. S'agissant des questions de conflit de lois, cela semblerait au minimum impliquer que dans les systèmes juridiques qui exigent un lien additionnel entre les parties ou le contrat et la loi choisie par les parties, le choix d'une loi particulière pour régir une clause de compensation avec déchéance du terme ne devrait pas être écarté au seul motif que ce n'est pas la loi en vigueur dans le système juridique où l'application de la clause de compensation est recherchée.

123. Au vu de ce qui précède, le Principe n° 9 s'abstient de proposer une règle de détermination de la loi régissant la clause de compensation, que ce soit par la reconnaissance de la liberté de choix des parties en matière de loi applicable ou par la fixation de critères objectifs pour sa détermination. Tenter de formuler une règle par défaut basée sur l'un ou l'autre principe sortirait du cadre de ces Principes et semblerait trop ambitieux au vu de l'absence de consensus autour de la loi qui devrait régir les relations contractuelles. C'est pourquoi la portée de ce Principe est délibérément limitée à la détermination du champ d'application de la loi régissant la clause de compensation vis-à-vis de la *lex fori concursus*. De manière générale, les parties ont intérêt à considérer les différentes situations juridiques en vertu des lois applicables possibles et l'efficacité de la clause de choix de loi au moment de conclure la transaction.

---

<sup>1</sup> Cf. Comité d'étude Doc. 3, Principes 17-19 et Doc. 2, p. 32-35.

Paragraphes (1) et (2)

124. La validité et l'applicabilité d'une clause de compensation avec déchéance du terme, et l'éligibilité des parties et des obligations à un ensemble de compensation avec déchéance du terme remplissant les conditions applicables de la loi qui le régit ne doivent pas être affectées par le fait que l'application de la clause de compensation avec déchéance du terme est recherchée dans un système juridique différent de celui auquel elle est soumise. Cette règle générale devrait s'appliquer même si l'application d'une clause de compensation avec déchéance du terme est recherchée dans le contexte de procédures d'insolvabilité ouvertes dans le système juridique étranger (*cf. infra paragraphes 133-135*).

125. Comme il a été indiqué, les parties choisissent habituellement de soumettre leur clause de compensation avec déchéance du terme à la loi d'un système juridique particulier. Lorsque la clause de compensation avec déchéance du terme a trait aux obligations des parties à l'égard d'un système de paiement ou de règlement ou d'un marché financier, la loi qui la régit est habituellement la loi de l'État applicable au système ou marché en question.

126. Dans le même esprit, l'éligibilité des parties et des obligations à la compensation avec déchéance du terme devrait être exclusivement établie à la lumière de la loi régissant la clause de compensation avec déchéance du terme. L'intégrité de l'ensemble de compensation serait détruite et l'effet d'atténuation des risques de la compensation avec déchéance du terme serait anéanti si la couverture contractuelle d'une clause de compensation avec déchéance du terme devait varier en fonction du système juridique dans lequel l'application de la clause est recherchée.

127. L'expression « la loi applicable à la clause de compensation avec déchéance du terme » au paragraphe (2) renvoie au droit matériel du système juridique considéré, et non à ses règles de droit international privé, mais elle est par ailleurs neutre quant au domaine particulier de la loi dans lequel figurent les dispositions relatives à l'éligibilité des parties et des obligations à la compensation avec déchéance du terme. Dans certains systèmes juridiques, celle-ci peut être soumise à une législation particulière, tandis que dans d'autres, les dispositions applicables peuvent être prévues dans les règles du droit des contrats, la réglementation du secteur financier ou les dispositions du droit de l'insolvabilité.

128. Il est reconnu que dans des circonstances exceptionnelles, les lois de police du for – par opposition aux règles impératives simples – peuvent limiter l'applicabilité des règles de compensation avec déchéance du terme (par exemple, lois de police qui rendent inapplicables les contrats conclus dans le cadre de l'exercice non autorisé d'une activité réglementée ou les contrats conclus à la suite de promotions illicites).

129. En outre, certaines « lois de police » du for peuvent contribuer à déterminer la loi applicable à la clause de compensation avec déchéance du terme, ce qui empêche ainsi les parties de contourner les choix de principe de l'État concernant par exemple, les parties et les obligations éligibles à la compensation avec déchéance du terme.

Paragraphe (3)

130. Le contrat-cadre comportant la clause de compensation avec déchéance du terme et les contrats sous-jacents sont censés former un « contrat unique ». En fait, le contrat-cadre serait valable, mais inutile sans les transactions qu'il est censé couvrir. Si le seul choix de loi opéré est le choix de loi prévu dans le contrat-cadre, celui-ci s'étendra habituellement, du fait de la clause de « contrat unique », aux contrats sous-jacents. Il arrive cependant que les contrats sous-jacents puissent aussi comprendre une clause de choix de loi. Cela ne posera pas de problème si les parties ont choisi la même loi pour le contrat-cadre et pour les transactions financières. Dans de rares cas toutefois, il peut arriver que la loi choisie pour les contrats sous-jacents diffère de la loi prévue dans le contrat-cadre.

131. Si, lorsque la clause de compensation avec déchéance du terme est conclue après la conclusion des transactions financières, certaines de ces dernières sont régies par une loi différente, on pourrait supposer que le choix de loi opéré dans la clause de compensation avec déchéance du terme modifierait toutes les clauses de choix de loi antérieures, différentes, figurant dans les contrats sous-jacents. Le choix de loi ultérieurement opéré dans le contrat-cadre peut être considéré comme la preuve de l'intention des parties d'écarter leur (s) choix de loi antérieur (s). Toutefois, lorsqu'une clause de compensation avec déchéance du terme comprenant le choix d'une loi particulière a été conclue, mais que les parties concluent par la suite des contrats financiers (couverts par la clause de compensation avec déchéance du terme) comprenant une clause choisissant expressément une loi différente, la question peut se poser de savoir si la loi régissant la clause de compensation avec déchéance du terme prévaut sur le choix opéré ultérieurement dans les contrats sous-jacents.

132. Il est dès lors utile de préciser que sauf stipulation contraire des parties, le choix de loi opéré dans une clause de compensation avec déchéance du terme doit l'emporter sur toute autre clause de choix de loi différente, antérieure ou postérieure, contenue dans un contrat couvert par la clause de compensation avec déchéance du terme au regard des matières indiquées au *paragraphe (1)* ci-dessus. Les parties peuvent convenir d'une modification de la loi applicable qui pourrait être particulièrement pertinente dans l'hypothèse où la loi précédemment applicable n'aurait pas autorisé la compensation au regard de tout ou partie de leurs obligations mutuelles.

#### Paragraphe (4)

133. Une difficulté particulière concerne les interactions entre la loi applicable de la clause de compensation avec déchéance du terme et le droit de l'insolvabilité. La règle de base dans la plupart des systèmes juridiques est que les droits antérieurs à l'insolvabilité et valables et applicables au regard de la loi qui les régit doivent être respectés. En ce sens, les clauses de compensation avec déchéance du terme « survivent » à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une des parties. Cependant, le droit de l'insolvabilité applicable détermine la mesure dans laquelle l'exercice de ces droits est affecté par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Pour l'exprimer en termes généraux, dans le contexte des clauses de compensation avec déchéance du terme, la *lex contractus* détermine s'il existe un accord pour dénouer et compenser les obligations mutuelles et s'il est applicable, tandis que la *lex fori concursus* détermine les restrictions pouvant peser sur la possibilité d'exercer les droits découlant des clauses de compensation avec déchéance du terme contre la masse de l'insolvabilité et la mesure dans laquelle ils peuvent être exercés. La délimitation entre l'application de ces régimes juridiques aux clauses de compensation avec déchéance du terme est une question assez délicate. Sa complexité est en outre accrue par le fait qu'il existe des règles particulières de conflit de lois relatives à la compensation avec déchéance du terme, à la compensation en général, aux systèmes de paiement et règlement et aux marchés financiers qui, à des degrés divers, excluent les questions d'insolvabilité de l'application de la *lex fori concursus*.

134. Ces Principes affirment l'applicabilité générale des clauses de compensation avec déchéance du terme malgré l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une des parties, mais ils reconnaissent que la clause de compensation avec déchéance du terme peut être soumise à des mesures d'annulation fondées sur la fraude ou le traitement préférentiel de créanciers (voir le champ d'application restreint du Principe n° 7 (c)(iii), *cf.* aussi le commentaire dans C.G.E./Netting/1/W.P. 2 *paragraphes 104-107 et 115*). Ces Principes reconnaissent en outre, dans le contexte de la résolution des défaillances des établissements financiers (laquelle est couverte par la conception large donnée au terme « procédure d'insolvabilité » dans le cadre de ces Principes, voir le commentaire dans C.G.E./Netting/1/W.P. 2 *paragraphes 83-84 et 116*), la possibilité pour l'autorité de résolution d'imposer une courte suspension temporaire au mécanisme de compensation avec déchéance du terme (voir Principe n° 8). La loi régissant la procédure d'insolvabilité détermine, entre autres, la mesure dans laquelle une suspension peut être

prononcée ou de telles mesures d'annulation peuvent être engagées, mais elle n'affecte pas par ailleurs la validité ou l'applicabilité d'une clause de compensation avec déchéance du terme valablement conclue au regard de la loi qui la régit. En particulier, comme il est souligné au *paragraphe (2)* de ce Principe, c'est la loi applicable à la clause de compensation avec déchéance du terme, et non la loi régissant la procédure d'insolvabilité visant une partie au contrat, qui détermine les catégories de parties et d'obligations éligibles à la compensation avec déchéance du terme.

135. Il faut observer que le *paragraphe (4)* opère à un niveau différent des Principes n° 7 et 8. Ces principes envisagent certaines limitations à l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme et recommandent certaines options politiques que les États peuvent souhaiter introduire dans le contexte de l'application des règles d'insolvabilité ou des pouvoirs de résolution internes. Le *paragraphe (4)* du Principe n° 9, à son tour, a pour seul objet d'affirmer que les lois applicables à ces procédures, et non par exemple la loi applicable à la clause de compensation avec déchéance du terme elle-même, doivent régir les matières visées aux *alinéas (a)* et *(b)*. Toutefois, les modalités selon lesquelles ces lois devraient traiter ces matières font l'objet des Principes n° 7 et 8. Conformément à la philosophie sous-jacente des Principes, qui est d'affirmer l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme, le *paragraphe (4)*, *alinéas (a)* et *(b)* ne renvoie qu'aux situations dans lesquelles ces Principes admettent expressément une certaine limitation de l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme, et n'envisage pas les autres limitations non conformes à ces Principes, éventuellement prévues par les droits nationaux de l'insolvabilité (comme, par exemple, un pouvoir éventuel du représentant de l'insolvabilité de « picorer » parmi les contrats non exécutés de la partie insolvable).

\* \* \*