



FR

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

UNIDROIT 2012
C.E.G./Netting/1/W.P. 5
Original: anglais/français
septembre 2012

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

OBSERVATIONS

(soumises par des Gouvernements et des organisations)

INTRODUCTION

Après les observations (C.E.G./Netting/1/W.P. 3 et W.P. 4) soumises sur le projet de Principes concernant l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme (C.E.G./Netting/1/W.P. 2 et Addendum) en vue de leur examen lors de la première session du Comité d'experts gouvernementaux sur l'applicabilité des clauses de compensation avec déchéance du terme qui se tiendra du 1^{er} au 5 octobre 2012, le Secrétariat d'UNIDROIT a reçu d'autres observations du Gouvernement du Canada. Le présent document reproduit ces observations additionnelles ci-dessous.

OBSERVATIONS SOUMISES PAR LES ETATS MEMBRES

Canada

Introduction

Le Canada accueille favorablement le projet de Principes et soutient l'objectif d'harmonisation de cet instrument. De façon globale, le projet de Principes cadre avec le droit canadien, et ses éléments les plus importants ont déjà été mis en application au Canada.

Les commentaires du Canada ne visent pas à l'exhaustivité et concernent seulement des points à éclaircir ou à affiner. Les commentaires ci-après se limitent aux clauses du projet de Principes, sans porter sur les fort utiles notes explicatives, puisque celles-ci évolueront avec l'élaboration des Principes.

Principe 1 : définition de la « clause de compensation avec déchéance du terme »

Le Principe 1 contient une définition qui en même temps circonscrit le champ d'application de l'instrument. Il serait bon d'examiner si l'objet et le champ d'application des Principes pourraient être abordés plus directement dans une clause introductive.

Nous relevons que la définition dans le Principe 1 se limite à la compensation des obligations après la survenance d'un événement prédéfini. Il existe dans les systèmes de compensation et de règlement des règles qui prévoient la novation et la compensation continues d'opérations qui interviennent chaque jour entre les participants, la contrepartie centrale devenant la contrepartie pour chaque participant. La résiliation n'intervient qu'ultérieurement, en cas de défaut d'un participant par exemple. La novation des obligations antérieures à la résiliation doit elle aussi être valide et opposable pour que la compensation avec déchéance du terme entre la contrepartie centrale et un participant soit applicable. Les Principes devraient-ils comporter une reconnaissance de la validité légale de la procédure de novation?

Par ailleurs, l'expression « compensation avec déchéance du terme » devrait à notre avis être remplacée par « résiliation-compensation » tel que suggéré par la France dans le document C.G.E./Netting/1/W.P.4. L'expression actuelle ne rend pas complètement la composante résiliation de la compensation avec déchéance du terme

Principe 2 : définition de « partie éligible »

La définition de « partie éligible » devrait être assez large de façon à s'appliquer aux entités qui peuvent ne pas être des « personnes » aux termes du droit du régime juridique applicable, mais être des participants des marchés (les fiducies par ex.). Le paragraphe 2a) semble trop restrictif, car il prévoit que l'expression « partie éligible », outre les personnes morales, ne peut s'entendre que des sociétés de personnes ou des associations non constituées en société.

À cet égard, nous relevons que le paragraphe 2c) ne s'applique qu'aux « personnes » et interprété littéralement, n'autoriserait que la désignation des personnes physiques : le paragraphe 2a) s'applique déjà aux personnes autres que les personnes physiques. Les entités qui ne sont pas des personnes et qui ne sont pas visées par le paragraphe 2b) ne pourraient donc être désignées aux termes du paragraphe 2c).

Principe 3 : définition de « obligation éligible »

La définition inclut « les contrats de garantie avec transfert de propriété » mais non les sûretés. Elle devrait également faire état des sûretés accessoires afin d'être neutre et de tenir compte des divers régimes juridiques. Tout d'abord, le titulaire d'une sûreté sur des actifs financiers est tenu de les remettre après la satisfaction des obligations garanties par la sûreté, et cette obligation peut être assujettie à une compensation avec déchéance du terme; le marché utilise de nombreux contrats qui prévoient la compensation avec déchéance du terme d'actifs financiers affectés d'une sûreté. Ensuite, dans certains régimes juridiques (comme la législation des provinces canadiennes), les contrats de garantie avec transfert de propriété sont en général considérés comme des sûretés ou sont à tout le moins assujettis aux règles relatives aux opérations garanties; Unidroit devrait donc utiliser une expression plus générique pour décrire les contrats dans lesquels des actifs financiers sont détenus à titre de garantie, y compris au moyen d'une sûreté.

Il n'est pas clair que la définition s'applique aux contrats pour la compensation et le règlement des titres et d'autres instruments financiers. Il faudrait préciser ce point. Nous nous demandons de plus s'il y aurait lieu de faire état des contrats-cadres relatifs aux obligations énumérés dans le Principe 3.

Principes 4 à 6 concernant les exigences de forme des clauses de compensation avec déchéance du terme

Si l'intention est que les contrats assujettissant des contrats de garantie à la compensation avec déchéance du terme soient valides sans devoir satisfaire aux exigences d'opposabilité contenues dans la législation sur les opérations garanties, il n'est pas clair que le renvoi à « tout acte formel » suffise à exclure ces exigences, notamment en matière de contrôle, d'avis ou d'inscription. Il y aurait lieu par ailleurs d'examiner davantage les motifs d'exclure ces exigences.

Principe 7 : applicabilité de la compensation avec déchéance du terme

Il y a lieu d'examiner plus avant la question de savoir si la protection contre les préférences frauduleuses (alinéa 7c)iv) devrait s'appliquer dans tous les cas. Il existe bien sûr de bonnes raisons pour conférer la protection lorsque l'absence de celle-ci est susceptible de créer un risque systémique (obligations dans un système de compensation et de règlement par ex.).

Principe 8 : exception en ce qui concerne la résolution des défaillances des institutions financières

Le champ d'application de ce Principe est à approfondir, y compris quant à la durée du sursis et la question de savoir si le sursis s'applique aussi à l'exercice des droits de compensation avec déchéance du terme par les contreparties centrales réglementées.

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

La détermination de la loi applicable aux clauses de compensation avec déchéance du terme est une question difficile, que l'on ne peut séparer de la loi applicable aux droits réels ou droits de propriété sur des actifs financiers assujettis à la compensation avec déchéance du terme.

La règle que propose le paragraphe 9(1) semble être bien fondée au regard des objectifs de l'instrument. Nous soulignons toutefois que la possibilité que la loi applicable prévoit des mesures formelles à prendre pour rendre valide et opposable le droit de compensation avec déchéance du terme pourrait être incompatible avec le Principe 4 (la validité et l'opposabilité n'étant pas subordonnées à « tout acte formel »).

Il n'est pas sûr non plus que c'est la loi applicable aux clauses de compensation avec déchéance du terme qui devrait décider si la partie est éligible à une protection (ainsi que le prévoit pour l'instant le paragraphe 9(2)). On peut soutenir que c'est la loi du for qui devrait s'appliquer à cette question (dans les procédures en insolvabilité par ex.).

Nous soulignons enfin que le Principe 9 s'abstient d'établir que le choix contractuel de la loi applicable pour le contrat sera valide sans la nécessité d'une connexité avec la loi choisie par les parties. Il y aurait lieu d'approfondir ce point, et on peut faire valoir qu'aucun lien de rattachement ne devrait être requis pour que le choix soit valide.