



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 2012
C.E.G./Netting/2/W.P. 3
Original: anglais
Décembre 2012

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

- Notes afférentes aux révisions -

**Notes explicatives sur les amendements
apportés au texte du projet de Principes et aux explications et commentaires**

Note: Les présentes Notes illustrent les amendements apportés au texte du projet de Principes et donnent dans les notes de bas de pages qui accompagnent chaque Principe de brèves explications sur les objectifs en se référant notamment aux discussions du Comité lors de sa première session.

Après chaque Principe figure un bref résumé des principaux amendements apportés aux explications et commentaires y relatifs. Les numéros se réfèrent aux paragraphes du document C.E.G./Netting/2/W.P. 2.

Le présent document vise à expliquer les révisions et modifications apportées au projet de Principes qui figure dans le document C.E.G./Netting/2/W.P. 2 (deuxième session du Comité), par rapport à la version qui figurait dans le document C.E.G./Netting/1/W.P. 2 et Addendum (première session du Comité). Ce document ne fait pas en soi partie du projet de Principes.

Principe 1: Champ d'application des Principes¹

1. Les présents Principes traitent des effets et de l'applicabilité² **des clauses de résiliation-compensation concluent par des parties éligibles**³ **en ce qui concerne des obligations éligibles.**⁴

¹ Voir, pour la suggestion de diviser l'ancien Principe 1 en une règle sur le champ d'application et une autre sur une définition propre, le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 16 et 18. Dans ses commentaires, le Gouvernement du Canada (dans le Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 5, p. 1) suggère une division en deux Principes séparés.

² L'expression "traitent des effets et de l'applicabilité" vise à décrire de façon plus précise la portée des Principes par rapport à l'expression "s'appliquent à" qui avait été suggérée dans le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 18.

³ La référence à "parties éligibles" et à "obligations éligibles" dans la disposition sur le champ d'application des Principes suit la suggestion faite dans le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 18.

⁴ Voir la note précédente.

Amendements au commentaire du Principe 1 (Doc. C.E.G./Netting/2/W.P. 2):

- **L'ancienne Introduction** (voir le Doc. C.G.E./Netting/1/W.P. 2, paras. 1-10) forme la base du commentaire de ce nouveau Principe 1.
- **Para. 2:** conformément à une suggestion du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique (voir Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 3, p. 2), la distinction entre la compensation et la résiliation-compensation a été exprimée de façon plus claire.
- **Para. 4:** le paragraphe concernant le soutien appui apporté par les autorités réglementaires à la résiliation-compensation a été éclairci.
- **Para. 11:** il y a maintenant une référence au fait que les Principes proposent une harmonisation minimum, dans laquelle l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation dans le cadre des Principes devrait être assurée, alors qu'ils reconnaissent, sans exclure une harmonisation plus ample, qu'au-delà de ce minimum, chaque Etat qui met en œuvre les Principes peut considérer l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation comme une question relevant de sa politique générale.
- **Para. 12:** suite à une suggestion faite lors de la première session du Comité (voir Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 21), le commentaire au Principe 1 fait référence à des éléments qui devraient être pris en considération par chaque Etat qui met en œuvre les Principes qui exerce son pouvoir discrétionnaire en vertu des Principes pour étendre (ou réduire) le champ d'application des Principes.

Lors de la première session, il a été suggéré qu'il y ait une référence dans le commentaire aux principes de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale à propos de la non-discrimination des créanciers étrangers (art.13 de la Loi type, voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 112).

Principe 21: Définition de la "clause de résiliation-compensation avec déchéance du terme"

2. L'expression "clause de ~~résiliation-compensation avec déchéance du terme~~" désigne une clause contractuelle [...] ⁵ sur la base de laquelle, à la survenance d'un événement prédéfini dans la clause concernant l'une des parties au contrat ⁶, les obligations ~~respectives~~ exigibles et non exigibles des parties l'une à l'égard de l'autre ⁷ qui sont couvertes par la clause ⁸ sont réduites à, ou remplacées par, ⁹ une obligation nette unique, que ce soit par novation, résiliation ou d'une autre façon ¹⁰, représentant la valeur restante de toutes les obligations combinées, qui est alors payable par une partie à l'autre partie. [...] ¹¹

⁵ Les termes "se rapportant à des obligations éligibles entre parties éligibles" ont été supprimés car cette référence se trouve maintenant dans le Principe 1.

⁶ Les termes "concernant l'une des parties" ont été remplacés par "concernant une partie au contrat" afin de répondre aux préoccupations évoquées (voir les observations du Gouvernement de Suède dans le Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 3, p. 7) selon lesquelles l'ancien libellé ne couvrirait les cas où l'événement prédéfini survient à l'égard des deux parties au contrat.

⁷ Etant donné que les termes "se rapportant à des obligations éligibles entre parties éligibles" ont été supprimés (voir *supra* note 5), il a fallu introduire la phrase "des parties l'une à l'égard de l'autre", remplaçant l'ancien terme "respectives" afin de limiter la définition à la résiliation-compensation des obligations dues par les parties à la clause de résiliation-compensation.

⁸ A nouveau, la suppression des termes "se rapportant à des obligations éligibles entre parties éligibles" (voir *supra* note 5) a rendu nécessaire l'adjonction d'un nouvel élément à la définition: la phrase "obligations ... des parties ... qui sont couvertes par la clause" indique clairement qu'il faut déterminer, dans la clause de résiliation-compensation elle-même, quelles sont les obligations que la clause vise à couvrir.

⁹ Il a été décidé lors de la première session du Comité qu'il fallait ajouter les mots "ou remplacées par" (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 11). La définition est destinée à être aussi large que possible et dans certains pays la transformation des obligations originales en une obligation nette unique en vertu de la clause de résiliation-compensation est entendue plus comme un remplacement que comme une limitation.

¹⁰ Le fait d'ajouter les termes "que ce soit par novation, résiliation ou d'une autre façon" suit une autre décision du Comité lors de sa première session (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 11). Cette phrase vise à exprimer l'approche fonctionnelle des Principes qui couvrent la résiliation-compensation indépendamment de la technique juridique exacte utilisée pour atteindre ses effets dans les Etats qui mettent en œuvre les Principes.

¹¹ L'ancienne deuxième phrase de la définition qui se référait à la distinction entre la résiliation-compensation mise en œuvre automatiquement et celle mise en œuvre par la décision de l'une des parties a été supprimée. Etant donné que la définition entend couvrir les deux alternatives, il n'était pas nécessaire de les expliciter dans le texte du Principe même, alors qu'une référence dans le commentaire serait suffisante.

Amendements au commentaire du Principe 2 (Doc. C.E./Netting/2/W.P. 2):

- Le **commentaire de l'ancien Principe 1** (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 2, paras. 11-33) forme la base du commentaire de ce nouveau Principe 2, sous réserve des amendements suivants:
- **Considérations essentielles:** suite à une suggestion faite lors de la première session du Comité (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 9 et 42), la délimitation entre les *mécanismes de "compensation centrale"* (qui sont couverts par les Principes) et la *compensation véritablement multilatérale* (qui ne l'est pas) a été éclaircie à travers un amendement apporté aux considérations essentielles.
- **Para. 14:** si le terme n'est pas utilisé dans la définition elle-même, le commentaire au Principe 2 introduit les termes "*mise en œuvre*" d'une clause de résiliation-compensation. Il faut le comprendre comme un terme général fonctionnel décrivant la prise d'effet d'une clause de résiliation-compensation qui est valablement créée, applicable, opposable aux tiers et recevable en tant que preuve. Les termes "*mise en œuvre*" sont utilisés dans plusieurs Principes et visent à remplacer l'ancienne énumération d'aspects spécifiques comme la création ou la validité formelle, etc. (voir, par exemple, le Principe 5(1)).
- **Para. 17:** le commentaire concernant la résiliation-compensation qui prend effet en partie sur une base contractuelle et en partie sur une base légale est devenu plus spécifique. Voir la discussion lors de la première session du Comité (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 43 et 44).
- **Para. 19:** i a été précisé que les accords-cadres globaux (*master master agreements*) peuvent être couverts par cette définition (pour autant que toutes les obligations couvertes soient éligibles pour la compensation, voir la discussion dans le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 69).
- **Para. 30:** le commentaire met l'accent sur le fait que la technique juridique de la *novation* est couverte par les Principes, alors que la compensation de règlements ("*settlement netting*") ne l'est pas (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 10 ss).
- Para. 30: le commentaire fait référence au terme *transformation* en tant qu'autre alternative (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 11).
- **Para. 32:** une importance majeure a été donnée au fait qu'une valeur nominale est donnée aux obligations sous-jacentes initiales (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 14).
- **Paras. 32 et 33:** plus de poids est donné au fait que l'obligation nette résultant doit représenter la valeur des obligations combinées et une référence à une procédure d'évaluation commercialement raisonnable est inclus (cf. Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 63).
- **Paras. 35 et 37:** le traitement des clauses de forfait ("*walk-away clauses*") et des périodes d'attente a été précisé (cf. Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport para. 70).

Principe 3:¹² Définition de "partie éligible"**3. On entend par "partie éligible"**

- a) une personne autre qu'une personne physique;**
- b) une société de personnes ou une association non constituée en société (que ses membres comprennent ou non des personnes physiques); et**
- c) toute autre personne ou entité juridique ¹³ désignée comme partie éligible en vertu du droit de l'Etat concerné.**

¹² L'ancien Principe 2 est devenu le Principe 3 parce que l'ancien Principe 1 a été divisé en deux dispositions.

¹³ Le paragraphe c) a été étendu afin de permettre aux Etats qui mettent en œuvre les Principes d'élargir le champ d'application des Principes aux entités juridiques, c'est-à-dire à des entités qui ne sont pas considérées comme des personnes morales (voir C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 20).

Principe 4¹⁴: Définition de "obligation éligible"

34. On entend par "obligation éligible" une obligation créée en vertu de l'un des contrats suivants:

- a) les instruments dérivés **désignant**¹⁵ une option, un forward, un contrat à terme, un swap, un contrat d'écart compensatoire ou toute autre opération concernant une valeur de référence qui fait [, ou fera à l'avenir,]¹⁶ l'objet de contrats récurrents sur les marchés dérivés;
- b) les ~~contrats de rachat~~ pensions sur instruments financiers, les contrats de prêt et les prêts sur marge **pour la vente ou l'achat**¹⁷ ~~relatifs à des~~ titres, d'~~es~~ instruments du marché monétaire et des parts dans des organismes de placement collectif;
- c) les contrats de garantie ~~avec transfert de propriété~~¹⁸ **relatifs à une autre obligation éligible**¹⁹;
- d) les contrats de vente, d'achat ou de livraison
 - (i)- de titres;
 - (ii) - d'instruments du marché monétaire;
 - (iii) - de parts dans un organisme de placement collectif;
 - (iv) - de devises de tout pays, territoire ou union monétaire;
 - (v) - d'or, d'argent, de platine, de palladium, ou de tout autre métal précieux; ou
 - (vi) - de toute autre matière première fongible, ~~On entend par "matière première fongible"~~ désignant²⁰ toute matière première qui fait à l'avenir,] l'objet de contrats récurrents sur les marchés au comptant, à terme ou dérivés;
- e) tout autre type de contrat désigné à cet effet en vertu du droit applicable; et
- f) les contrats en vertu desquels une partie s'engage (au moyen d'une sûreté ou en tant que débiteur principal) **pour l'exécution à s'acquitter des obligations**²¹ ~~assumées par une autre personne en vertu de tout contrat visé aux alinéas (a) à (e)).~~

¹⁴ L'ancien Principe 3 est devenu le Principe 4, l'ancien Principe 1 ayant été divisé en deux dispositions.

¹⁵ Pour faciliter la lecture, le libellé de l'alinéa a) a été amendé et la définition des termes "instruments dérivés" a été intégrée dans la disposition principale.

¹⁶ On pourrait supprimer les mots entre crochets afin de raccourcir la disposition.

¹⁷ Il a été décidé lors de la première session du Comité (voir C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 23) que la formule "pour la vente ou l'achat" était préférable à "relatifs à".

¹⁸ En supprimant les termes "avec transfert de propriété", le champ d'application de l'alinéa c) a été étendu afin de couvrir également les contrats de garantie financière avec constitution de sûreté. Cela a été suggéré lors de la première session du Comité (voir C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 22) et semble également préférable pour refléter les idées exprimées dans le commentaire concernant les contrats de garantie sans transfert de propriété avec un droit d'utilisation (para. 63).

¹⁹ Il a été suggéré lors de la discussion à la première session du Comité (voir C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 22) de limiter la disposition aux sûretés réelles mobilières garantissant une autre obligation éligible.

²⁰ Voir *supra* note 15.

²¹ Il a été suggéré d'étendre le libellé de cet alinéa afin de couvrir les situations qui existent dans les systèmes juridiques et types de contrats constitutifs de sûreté dans lesquels l'exécution au moyen d'une sûreté n'est pas considérée comme l'exécution de l'obligation du débiteur (mais comme l'exécution d'une obligation propre du garant en vertu du contrat constitutif de sûreté).

Amendements au commentaire du Principe 4 (Doc. C.E.G./Netting/2/W.P. 2):

- **Considérations essentielles:** la référence aux effets de la suspension de la résiliation dans les procédures d'insolvabilité dans la considération essentielle intitulée "Les changements rapides de valeur" a été supprimée car ceci relèverait du Principe 7.
- **Paras. 61 ss:** quelques changements ont été nécessaires en raison des amendements apportés à l'alinéa c).
- **Para. 66:** suite à une suggestion faite lors de la première session du Comité (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 87), il y a maintenant une référence aux opérations relatives aux quotas d'émission.
- **Para. 68:** il y a maintenant dans cet alinéa, sur la base d'une suggestion faite lors de la première session du Comité (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 87), une référence aux contrats pour la compensation des obligations comme exemple d'une obligation qui pourrait être incluse par les Etats qui mettent en œuvre les Principes dans la liste des obligations éligibles.

Principe 5: Exigences de forme et de communication ²²

45.(1) La loi ne doit pas subordonner [la mise en oeuvre] ²³ [la création, la validité, l'applicabilité, l'opposabilité aux tiers ou la recevabilité en tant que preuve] d'une clause de résiliation-compensation avec déchéance du terme

- a) à la réalisation de tout acte formel, ~~mais la loi~~ ²⁴ ~~autre que l'exigence~~ ²⁴ ~~peut exiger~~ qu'une clause de résiliation-compensation avec déchéance du terme figure par écrit ou sous toute autre forme équivalente du point de vue juridique; ~~et~~
- b) ~~5. — La loi ne doit pas subordonner la création, la validité, l'applicabilité, l'opposabilité aux tiers ou la recevabilité en tant que preuve d'une clause de compensation avec déchéance du terme à l'utilisation des conditions standard de telle ou telle association professionnelle.~~ ²⁵

(2) La loi ne doit pas subordonner ²⁶ [la mise en oeuvre] ²⁷ [la création, la validité, l'applicabilité, l'opposabilité aux tiers ou la recevabilité en tant que preuve] d'une clause de résiliation-compensation, avec déchéance du terme ni les obligations couvertes par la clause, ²⁸ au respect d'une exigence de communiquer ²⁹ déclarer les données relatives à ces obligations ³⁰ à un référentiel central ou une organisation similaire à des fins réglementaires.

[(3)] Le présent Principe ne porte pas atteinte à l'application des lois ou règlements de l'Etat qui met en oeuvre les Principes qui prévoient des sanctions administratives, réglementaires ou pénales en cas de manquement aux exigences de forme.] ³¹

²² Pour faciliter la lecture, les anciens Principes 4 – 6 sur les exigences de forme ont été rassemblés en un seul Principe 5. Le titre du nouveau Principe 5 a été modifié afin de donner plus d'importance au fait que cette règle couvre également la question des obligations de communication (paragraphe (2), ancien Principe 6).

²³ L'on suggère de remplacer les mots "la création, la validité, l'applicabilité, l'opposabilité aux tiers ou la recevabilité en tant que preuve" par les mots "la mise en œuvre" pour faciliter la lecture et pour éviter le risque que l'utilisation de termes plus spécifiques puisse conduire à des incohérences dans le texte des dispositions (voir la discussion à ce propos dans le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 97). Le sens large que l'on a entendu donner aux termes "mise en œuvre" est expliqué dans le commentaire au Principe 2, et un renvoi pourrait être ajouté au commentaire au Principe 5.

²⁴ Les termes "mais la loi peut exiger" ont été remplacés par "autre que l'exigence" pour des raisons linguistiques afin de mieux aligner cette proposition avec la structure principale du Principe.

²⁵ Le Principe 5(1)(b) contient l'ancien Principe 5 sans changement (à l'exception de l'utilisation suggérée des termes "mise en œuvre" dans la disposition liminaire comme indiqué dans la note 23).

²⁶ Le Principe 5(2) contient la règle qui figurait précédemment au Principe 6. Le libellé de cette règle a été adapté ("La loi ne doit pas subordonner ... à la conformité à ...") pour des raisons strictement linguistiques. On a voulu donner à la phrase une structure aussi proche que possible de la règle qui figure au Principe 5(1).

²⁷ Pour l'utilisation des termes "mise en œuvre", voir la note 23.

²⁸ Les mots "contrats couverts par une clause de ..." ont été remplacés par l'expression "obligations couvertes par la clause". Les Principes 1 et 2 ne font référence qu'aux obligations (éligibles) couvertes par la clause de résiliation-compensation. Dans un souci de cohérence, l'ensemble du projet de Principes ne devrait par conséquent se référer qu'aux obligations. On ne vise en aucune façon à changer le fond.

²⁹ Voir la note 26.

³⁰ Pour l'utilisation de "obligations" au lieu de "contrats", voir la note 28.

³¹ Ce nouveau paragraphe couvre des questions traitées auparavant seulement dans le commentaire (paras. 70 et 77 du Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 2). Lors de la première session du Comité, la pertinence en particulier d'éventuelles conséquences réglementaires a été reconnue (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 34 et 39). Afin de donner encore plus d'importance à d'éventuelles sanctions autre qu'une limitation de la mise en œuvre de la clause de résiliation-compensation (ou des obligations couvertes, dans le cas du paragraphe (2)), la disposition indique maintenant expressément que le Principe 5 ne porte pas atteinte à de telles sanctions administratives, réglementaires ou autres. En alternative, cette notion pourrait figurer dans les "Considérations essentielles" qui précèdent le commentaire.

Amendements au commentaire du Principe 5 (Doc. C.E.G./Netting/2/W.P. 2):

Le commentaire des anciens Principes 4 – 6 (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 2, paras. 70 - 77) a été précisé concernant les questions suivantes:

- Dans les **Considérations essentielles**, il y a maintenant une référence à l'idée exprimée au Principe 5(3) selon laquelle les sanctions administratives, réglementaires et pénales en cas de non-respect des conditions de communication ne sont pas affectées (voir la discussion lors de la première session du Comité, Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 34 et 49) et à la relation entre le Principe 5 et les conditions de forme du droit des opérations garanties (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 32 et 47).
- **Para. 82:** le raisonnement qui sous-tend l'extension du Principe 5(2) à la protection de la mise en œuvre des obligations couvertes par la clause de résiliation-compensation a été précisé.
- **Para. 83:** un nouveau paragraphe a été ajouté au commentaire expliquant, entre autres, les questions traitées dans le Principe 5(3).

Principe 6: Mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation en général³²

6.(1) Le droit doit assurer qu'une clause de résiliation-compensation avec déchéance du terme est applicable conformément à ses termes.³³ [...] ³⁴ En particulier, le droit³⁵

- a) ~~Le droit~~ ne doit pas imposer d'exigences d'application allant outre celles spécifiées dans la clause de résiliation-compensation avec déchéance du terme proprement dite³⁶; et
- b) doit 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 couvertes³⁷ [, qui sont valables, applicables et éligibles].³⁸

[(2) Rien dans les présents Principes n'affecte l'application de toute loi ou de tout règlement qui limite, en tout ou partie, la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation au motif que la clause de résiliation-compensation est contraire aux lois et règlements concernant la fraude ou les conditions de validité des contrats.]³⁹

³² L'ancien Principe 7 sur l'applicabilité de la compensation avec déchéance du terme a été divisé en deux Principes afin de mettre l'accent sur le fait que le projet de Principes traite de la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation également en dehors des procédures d'insolvabilité. Les règles sur l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation qui sont spécifiques aux procédures d'insolvabilité (c'est-à-dire les règles empêchant les dispositions de droit national qui limiteraient la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation dans un contexte spécifique d'insolvabilité), figurent au Principe 7. Le Principe 6 couvre les règles générales sur l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation qui sont pertinentes au regard de la protection de la mise en œuvre de ces clauses dans ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité.

³³ La première phrase du Principe 6 (1) reprend la teneur de la première phrase de l'ancien Principe 7(1). La dernière proposition de cette phrase, "avant et après le début d'une procédure d'insolvabilité concernant l'une des parties", a cependant été supprimée à la suite d'une suggestion en ce sens présentée lors de la première session du Comité (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 62). La proposition supprimée indiquait une généralité relative à l'applicabilité de la clause de résiliation-compensation qui serait trompeuse à la lumière des diverses exceptions autorisées en vertu des Principes (préalablement traité dans le commentaire seulement, para. 89 du Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 2, voir maintenant le Principe 6 (2)).

³⁴ Les mots "sans limiter la généralité de ce qui précède" dans la deuxième phrase de l'ancien Principe 7(1) ont été supprimés afin de refléter l'opinion du Comité selon lequel les mots supprimés seraient trompeurs à la lumière des diverses exceptions autorisées en vertu des Principes (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 61).

³⁵ La deuxième phrase du Principe 6(1) indique que l'énumération des exemples donnés aux alinéas a) et b) est non exclusive. Comme dans la deuxième phrase de l'ancien Principe 7(1), la règle générale de la première phrase du Principe 6(1) excluait également d'autres limitations de la mise en œuvre de la clause de résiliation-compensation (sous réserve des exceptions qui figurent au Principe 6(2)).

³⁶ L'alinéa a) du Principe 6(1) correspond à l'alinéa a) de l'ancien Principe 7(1). Le texte de cette disposition est resté inchangé.

³⁷ Le nouveau libellé vise à traiter la préoccupation exprimée lors de la première session du Comité, à savoir que l'alinéa b) de l'ancien Principe 7(1) n'était pas suffisamment clair quant à la question de savoir si la clause de résiliation-compensation restait applicable dans son ensemble, ou seulement à l'égard des obligations qui ne sont pas inapplicables et/ou inéligibles (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 64).

³⁸ Les mots entre crochets pourraient être insérés afin de souligner que les autres obligations, pour lesquelles la mise en œuvre de la clause de résiliation-compensation est maintenue, doivent être "valables, applicables et éligibles". Toutefois, on pourrait également soutenir que la phrase est suffisamment claire même sans ces mots, étant donné que l'utilisation du terme "autres" indique que ces autres obligations doivent être différentes des obligations qui sont mentionnées en premier dans la phrase, et qui sont "non valables, inapplicables ou inéligibles."

³⁹ La nouvelle disposition dans le projet de Principe 6(2) vise à répondre à la préoccupation exprimée lors de la première session du Comité (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 64 et 65) selon laquelle le Principe 6 (1) ne devrait pas être compris comme validant une clause de résiliation-compensation et les opérations sous-jacentes qui n'étaient pas valables en vertu des principes généraux du droit des contrats. Cette notion pourrait cependant être reflétée dans les "Considérations essentielles" qui précèdent le commentaire.

Principe 7: Règles supplémentaires concernant la mise en oeuvre des clauses de résiliation-compensation en cas d'insolvabilité⁴⁰

7.(1) Le droit doit assurer⁴¹ **qu'à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité concernant une partie à la clause de résiliation-compensation**⁴²

- a) **la mise en œuvre de la clause de résiliation-compensation n'est pas**⁴³ **suspendue;**⁴⁴
- b) **l'administrateur d'insolvabilité ou le juge [compétent]**^{45 46} **de la faillite ne doit pas être autorisé à demander l'exécution par l'autre partie de toute**⁴⁷ **obligation couverte par la clause de résiliation-compensation, même si l'exécution d'une telle obligation peut être exigée sur un autre fondement,**⁴⁸ **et à la fois à rejeter**⁴⁹ **l'exécution de toute obligation envers l'autre partie qui est couverte par la clause de résiliation-compensation et dont l'exécution peut être exigée sur un autre fondement,**⁵⁰
- c) **la simple conclusion et mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation en tant que telle ne doivent pas constituer des motifs d'annulation de la clause de résiliation-compensation parce que cela est considéré incohérent avec les principes**⁵¹ **d'égalité de traitement des créanciers; et**
- d) **la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation**⁵² **ne doit pas être limitée parce que la clause de résiliation-compensation ou l'une ou plusieurs obligations couvertes par cette clause**⁵³ **avaient été conclues durant une certaine période avant l'ouverture de la procédure, ou au plus tard le jour même.**

[(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 applicable parce qu'elle constitue une transaction frauduleuse ou qu'elle accorde une préférence au détriment d'autres créanciers, en présence de facteurs autres que ceux couverts par le paragraphe (1) du présent Principe, ou supplémentaires].⁵⁴

⁴⁰ Comme cela a été indiqué dans la note 32, l'ancien Principe 7 a été divisé en deux dispositions et les règles sur l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation qui sont spécifiques aux procédures d'insolvabilité (à savoir les règles empêchant les dispositions de droit national qui limiteraient la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation dans un contexte spécifique) figurent dans le Principe 7. Le titre de la disposition confirme qu'au début d'une procédure d'insolvabilité les règles du Principe 7 s'appliquent en tant que "règles supplémentaires", c'est-à-dire que les règles du Principe 6 restent également applicables. Les dispositions du Principe 7(1)(a) à (d) couvrent les mêmes questions que la deuxième phrase de l'ancien Principe 7(c)(i) à (iv), même si l'ordre des deux premiers alinéas a été inversé.

⁴¹ Le chapeau du Principe 7(1) ressemble au chapeau de la deuxième phrase de l'ancien Principe 7(c). Les mots "Le droit doit s'assurer" ont été introduit à des fins de cohérence de langage avec les diverses dispositions des Principes et aucune modification de fond de la règle n'est envisagée à cet égard.

⁴² Dans le chapeau de la deuxième phrase de l'ancien Principe 7(c), les mots "concernant une partie" étaient utilisés. Étant donné que le libellé pouvait entraîner des doutes quant à la question de savoir quelles situations étaient couvertes en cas d'ouverture de procédures d'insolvabilité concernant les deux parties (voir pour une question analogue *supra* note 6 ainsi que les observations du Gouvernement de Suède dans le Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 3, p. 4), l'on suggère d'utiliser les mots "concernant une partie à la clause de résiliation-compensation" qui couvrirait également ce cas.

⁴³ Pour de simples raisons linguistiques, les mots "ne doit pas" dans l'ancien Principe 7(c)(ii) ont été remplacés par "n'est pas". "Doit" est déjà utilisé dans le chapeau de cette disposition.

⁴⁴ Mis à part le changement mineur visé à la note précédente, le texte de l'ancien Principe 7(c)(ii) n'a pas été modifié dans le nouveau Principe 7(1)(a).

⁴⁵ Le Principe 7(1)(b) contient la règle qui figurait précédemment au Principe 7(c)(i). L'on suggère quelques modifications à l'ancien libellé: étant donné que c'est la première fois que les Principes mentionnent

un administrateur d'insolvabilité, et puisque le Principe 7(1) est maintenant rédigé de façon suffisamment large pour couvrir le cas où une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'égard des deux parties (voir *supra* note 42), l'on suggère d'ajouter le terme "*compétent*" afin d'indiquer plus clairement qu'il devrait s'agir de l'administrateur d'insolvabilité intervenant dans la procédure à l'égard de la contrepartie de la partie qui doit exécuter les obligations en vertu de la première partie du Principe 7(1)(b).

⁴⁶ Tout comme dans la note précédente, c'est la première fois que les Principes mentionnent un juge de la faillite et il est donc suggéré que le terme "*compétent*" soit ajouté afin de mettre en évidence que le juge visé dans cette disposition doit être compétent en vertu des lois et règlements de l'Etat qui met en œuvre les Principes pour agir dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité concernant la contrepartie de la partie à laquelle est demandée l'exécution des obligations par le premier membre de phrase du Principe 7(1)(b).

⁴⁷ Les termes "*seulement certaines*" utilisés dans l'ancienne version du Principe 7(2)(c)(i) ont été remplacés par le mot "*toute*" de manière à indiquer clairement qu'un représentant de l'insolvabilité qui a l'intention de rejeter toute obligation due à la contrepartie de la partie insolvable n'est pas en droit d'exiger l'exécution de *toutes* (que ce soit une, plusieurs ou la totalité) les obligations couvertes par la clause de résiliation-compensation qui sont dues par la contrepartie de la partie insolvable.

⁴⁸ L'on suggère qu'il est utile d'introduire cette référence au caractère exécutoire des obligations contractées par la contrepartie du débiteur insolvable puisque dans tous les cas d'une résiliation automatique en vertu d'une clause de résiliation-compensation, le représentant de l'insolvabilité ne peut plus exiger l'exécution des obligations individuelles qui étaient auparavant dues par la contrepartie de la partie insolvable, parce que ces obligations ont toutes été réduites ou remplacées par une obligation nette unique en vertu de la clause de résiliation-compensation.

⁴⁹ Le terme "*repudiating*" a été remplacé dans la version anglaise par "*rejecting*" parce que le second terme correspond à la terminologie utilisée dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (voir la recommandation 73 et le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 65).

⁵⁰ L'expression "*toute obligation envers l'autre partie qui est couverte par la clause de résiliation-compensation et dont l'exécution peut être exigée sur un autre fondement*" (plutôt que simplement "*les obligations restantes*") a été suggérée en raison des observations faites par la Banque mondiale (Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 6, p. 6 – en anglais seulement) qui soulignait le principe selon lequel, au moins de façon générale, l'inapplicabilité des obligations dues à la contrepartie du débiteur insolvable, et qui le sont pour des raisons qui n'ont pas de rapport avec la clause de résiliation-compensation, ne devrait pas être affectée par le projet de Principes. La modification suggérée ici vise également à aligner cette disposition sur les modifications apportées au Principe 6(1)(b) qui traite expressément de la question de la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation lorsque des obligations couvertes sont inapplicables (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 64).

⁵¹ Les changements dans cette disposition visent à éclaircir, comme demandé par le Comité (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 68), que le présent Principe ne concerne que l'application des règles en vertu desquelles la conclusion d'une clause de résiliation-compensation pourrait être considérée comme une violation *ipso facto* de la règle selon laquelle on ne peut retirer des biens de la masse au détriment des créanciers en général ("*non-deprivation rule*"), mais que les cas de traitement préférentiel avéré ne sont pas protégés.

⁵² Le Principe 7(1)(d) contient le teneur de ce qui était auparavant le Principe 7(c)(iv). Les mots "*une clause de compensation avec déchéance du terme et toute obligation couverte par elle ne devient pas inapplicable*" qui figuraient dans l'ancien Principe 7(c)(iv) ont été remplacés par "*la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation ne doit pas être limitée*" dans la version actuelle du Principe 7(1)(d). Lors de la première session du Comité, des préoccupations avaient été soulevées concernant le fait que cette disposition semblait aller trop loin dans ses effets à l'égard des obligations couvertes (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 71 et les observations de la Banque mondiale dans le Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 6, pp. 7 s – en anglais seulement). Cette disposition a par conséquent été limitée afin de maintenir seulement la "*mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation*" (ce qui inclurait de tenir compte de l'obligation en cause aux fins du calcul de l'obligation nette unique), mais pas l'applicabilité de l'obligation concernée en tant que telle.

⁵³ Les modifications mentionnées dans la note précédente ont rendu nécessaire de remplacer le simple terme "*elle*" qui, dans l'ancien libellé du Principe 7(c)(iv), visait manifestement la clause de résiliation-compensation et/ou toute obligation couverte par cette clause, par l'expression plus explicite "*la clause de résiliation-compensation ou l'une ou plusieurs obligations couvertes par cette clause*". Cette modification ne vise en aucun façon à modifier le fond.

⁵⁴ Le nouveau paragraphe vise à clarifier que le projet de Principes ne constitue pas une exonération ("*safe harbour*") pour les cas de fraude avérée (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 64 et 68). Cette notion pourrait figurer, alternativement, dans les "*Considérations essentielles*" qui précèdent le commentaire.

Amendements au commentaire des Principes 6 et 7 (Doc. C.E.G./Netting/2/W.P. 2):

Le commentaire sur la version précédente du Principe 7 (Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 2, paras. 78 à 115) est utilisé comme base pour le commentaire sur les nouveaux Principes 6 et 7. Il convient de noter que l'ordre de quelques paragraphes a été modifié. Les principaux amendements suivants ont été apportés au fond:

- **Considérations essentielles:** une plus grande importance est donnée aux considérations essentielles dans le concept de base selon lequel la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation devrait être régie par les termes convenus par les parties (voir la première phrase du Principe 6(1)).
- **Paras. 84 – 88:** ces paragraphes ont été ajoutés pour présenter la structure systématique générale des Principes 6 et 7.
- **Para. 92:** il y a un renvoi à la délimitation faite entre la compensation (set-off) et la compensation dans le commentaire au Principe 1.
- **Paras. 103 ss:** le commentaire concernant les conséquences de l'invalidité etc. de l'une ou plusieurs des obligations couvertes a été éclairci, voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport para. 64.
- **Para. 107:** la référence au Principe 8 a été adaptée pour correspondre à la version révisée de ce Principe.
- **Para. 111:** ce paragraphe a été révisé afin de refléter les modifications apportées au libellé du Principe 7(1)(b). Il est également indiqué que le droit du représentant de l'insolvabilité de rejeter *tous* les contrats couverts par la clause de résiliation-compensation n'est pas affecté, voir la demande d'éclaircissement dans le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport para. 66.
- **Para. 113:** les amendements à ce paragraphe reflètent les modifications apportées au libellé du Principe 7(1)(c).
- **Para. 114:** des références au principe *pari passu* et au principe de l'inapplicabilité des clauses *ipso facto* ont été ajoutées.
- **Paras. 118, 121 et 122:** de petites modifications ont été apportées à ces paragraphes pour refléter les modifications apportées au libellé du Principe 7(1)(d) concernant les effets de ce Principe à l'égard des obligations couvertes par la clause de résiliation-compensation.
- **Paras. 125 ss:** ces paragraphes ont été ajoutés pour clarifier les limitations au principe sur l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation conformément à leurs termes et correspondent aux nouveaux Principes 6(2) et 7(2), voir également le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport paras. 61 ss.

Comme cela avait été suggéré lors de la première session du Comité, il a été précisé que ces Principes s'abstiennent de définir des éléments supplémentaires au sens du Principe 7(2), à savoir les éléments supplémentaires dont la présence justifie l'application des lois et règlements nationaux qui limitent la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation parce qu'elles constituent une transaction frauduleuse ou accordent une préférence au détriment d'autres créanciers (voir également le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport para. 68).

Le traitement des clauses de forfait et des périodes d'attente a été aligné sur le commentaire sur le Principe 2, il en va de même pour l'application des normes de ce qui est raisonnable par certains systèmes juridiques (voir également le Doc. C.E.G./Netting/ 1/Rapport paras. 63, 70).

- **Après para. 128:** il n'y a actuellement qu'une note de bas de page faisant référence au traitement des conséquences de la subordination de quelques obligations couvertes par la clause de résiliation-compensation. Cette question a été soulevée lors de la première session du Comité, mais il a été décidé qu'elle devait être approfondie davantage, voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport para. 72).

Principe 8: Résolution des défaillances des institutions financières

8. Les présents Principes⁵⁵ s'appliquent sans préjudice d'une suspension de la mise en œuvre d'une clause de résiliation-compensation⁵⁶ que la loi de l'Etat qui met en œuvre les Principes peut prévoir, sous réserve de garanties appropriées⁵⁷, dans le cadre des procédures de résolution des défaillances des institutions financières.⁵⁸

⁵⁵ Les premiers mots (ainsi que le titre du projet de Principe) ont été réécrits en termes plus généraux, plutôt que de faire un renvoi spécifique à l'ancien Principe 7(c)(ii), afin de répondre au souhait exprimé lors de la première session du Comité que le Principe 8 soit réécrit en termes plus généraux, reflétant le fait qu'il existe divers types de mesures de résolution en vertu du droit national au-delà de la suspension temporaire (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 74).

⁵⁶ L'ancienne version du Principe 8 visait le pouvoir de suspendre "temporairement" des "droits contractuels d'exigibilité anticipée" qui pourraient naître d'une clause de résiliation-compensation. Lors de la première session du Comité, il a été indiqué que cela était trop strict et que le Principe 8 devrait couvrir toutes les suspensions, pas seulement les suspensions temporaires (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 74).

Les *Key Attributes for Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* du Conseil de stabilité financière (octobre 2011, disponible en anglais dans http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf) ne se réfèrent pas seulement aux suspensions temporaires (voir les *Key Attributes*, para. 4.3), mais également au pouvoir des autorités de résolution de suspendre de façon permanente l'exercice de certains droits en vertu de la clause de résiliation-compensation lorsque les contrats concernés ont été transférés à une institution relais et lorsque les droits de résiliation concernés se fondent uniquement sur un événement qui a eu lieu seulement par rapport à l'institution débitrice d'origine (*Key Attributes*, Annex IV, 2.1 (vi)).

⁵⁷ L'ancien paragraphe (2) du Principe 8 limitait la possibilité de prononcer une suspension temporaire de la mise en œuvre de la clause de résiliation-compensation à un nombre très restreint de circonstances, reflétant les choix politiques exprimés par le Conseil de stabilité financière au para 4.3 de ses *Key Attributes for Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*. Cependant, lors de la première session du Comité, il a été indiqué que les Principes devraient permettre une plus grande souplesse et qu'il ne serait pas nécessaire d'énumérer tous les critères pour l'exercice de ces pouvoirs dans le contexte de la résolution des défaillances des institutions financières dans les dispositions elles-mêmes (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 75 ss.).

⁵⁸ L'ancienne version du Principe 8 faisait référence au pouvoir des autorités compétentes "dans l'exercice de leurs pouvoirs de résolution des défaillances concernant des institutions financières". Cette phrase a été remplacée dans la version actuelle du Principe 8 par les mots suivants "dans le cadre des procédures de résolution des défaillances des institutions financières". La nouvelle formule se veut large afin de couvrir à la fois l'exercice d'un pouvoir par une autorité compétente, mais aussi des situations dans lesquelles il y a une suspension par effet de la loi.

Amendements au commentaire du Principe 8 (Doc. C.E.G./Netting/2/W.P. 2):

- **Considérations essentielles:** dans les considérations essentielles, on met l'accent sur le fait que l'usage du terme 'garanties appropriées' doit être entendu comme une référence aux normes internationales concernant les régimes spéciaux de résolution, actuellement établies par les *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière. Pour la discussion lors de la première session du Comité concernant le concept de garanties adéquates, voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras. 75 s.
- **Considérations essentielles:** les considérations essentielles se réfèrent également au fait que, en vertu des *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière, il existe également d'autres types de mesures de résolution, différentes d'une suspension (temporaire). Il est indiqué que les Principes s'appliquent sans préjudice de ces autres pouvoirs qui ne portent pas atteinte à la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation.
- **Para. 129:** ce paragraphe réitère la référence aux normes établies par *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière. Afin d'exprimer clairement que les Principes n'ont pas l'intention de s'écarter des normes internationales relatives aux régimes spéciaux de résolution prévus par les *Key Attributes* du Conseil de stabilité financière, ces normes sont citées littéralement.

Principe 9: Loi applicable aux clauses de résiliation-compensation

9.(1) Les règles de droit international privé de l'Etat qui met en oeuvre les Principes doivent déterminer la loi ⁵⁹ qui régit la mise en oeuvre ⁶⁰ de la clause de résiliation-compensation en tenant compte, dans la mesure permise par les lois de l'Etat qui met en oeuvre les Principes, de tout choix opéré par les parties quant à la loi applicable. ⁶¹

(2) La loi applicable conformément au paragraphe (1) ⁶² à la clause de compensation avec déchéance du terme détermine en outre les parties et les obligations que la clause de résiliation-compensation elle-même peut couvrir.

(3) Le droit doit s'assurer que ⁶³ [...] ⁶⁴ le choix de loi opéré dans une clause de résiliation-compensation l'emporte [en ce qui concerne cette clause,] ⁶⁵ sur tout autre ⁶⁶ choix de loi opéré en vertu des obligations couvertes par la clause de résiliation-compensation, ou se rapportant à ces obligations, ⁶⁷ sauf stipulation contraire des parties. ⁶⁸

[(4) Le droit doit s'assurer que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne porte pas atteinte à la détermination de la ou des lois applicable(s) à la mise en oeuvre de la clause de résiliation-compensation et des obligations couvertes par cette clause.] ⁶⁹

(5) Nonobstant ce qui précède, lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'encontre d'une partie à la clause de résiliation-compensation avec déchéance du terme [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 oeuvre les Principes peut prévoir que la loi régissant la procédure d'insolvabilité doit également régir ⁷⁰

a) la détermination des parties et obligations qui sont susceptibles d'être couvertes par la résiliation-compensation aux fins de l'application de la clause de résiliation-compensation dans le contexte de la procédure d'insolvabilité devant les tribunaux de l'Etat concerné qui met en oeuvre les Principes; ⁷¹ et

ab) l'annulation d'une clause de résiliation-compensation avec déchéance du terme parce qu'elle constitue une transaction frauduleuse ou qu'elle accorde une préférence au détriment ⁷² d'autres créanciers de la partie insolvable. ⁷³ [...] ⁷⁴

⁵⁹ Si l'ancienne version du Principe 9(1) renvoyait les questions de fond relatives à certains aspects précis des clauses de résiliation-compensation à la loi applicable à la clause de résiliation-compensation, la version amendée suggère aux Etats que "[l]es règles de droit international privé de l'Etat qui met en oeuvre les Principes devraient déterminer la loi" régissant la clause de résiliation-compensation. La rédaction ici suggérée s'inspire partiellement d'une proposition de rédaction faite par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique (Doc. C.E.G./Netting/1/W.P. 3, p. 3 s) et exprime plus clairement le concept général de ce Principe.

⁶⁰ L'ancienne version du Principe 9(1) contenait une énumération des diverses questions que devait déterminer la loi régissant la clause de résiliation-compensation, ("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"). Cette énumération a été remplacée par l'utilisation du terme général "mise en oeuvre" (voir note 23).

⁶¹ Les références dans les Principes au choix de loi opéré par les parties doivent être subordonnées à l'idée qu'un tel choix est possible en vertu du régime applicable de droit international privé (voir l'ancien paragraphe (3)). En insérant une telle référence aux clauses de choix de la loi applicable au Principe 9(1), on donne une plus grande importance au rôle de l'autonomie des parties concernant le choix de la loi applicable. Ceci reflète l'importance dans la pratique des accords sur la loi applicable en matière de clauses de résiliation-compensation. Voir également la discussion dans le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 101.

⁶² Le renvoi au paragraphe (1) évite la répétition de la phrase "*la loi qui régit la mise en œuvre de la clause de résiliation-compensation*".

⁶³ Pour des raisons de cohérence, la formule "*Le droit doit s'assurer que*" a été introduit, cf. le libellé similaire aux Principes 6(1) et 7(1).

⁶⁴ L'on suggère d'ajouter cette précision afin d'éviter l'impression, ce qui semble involontaire, que la clause de choix de loi dans la clause de résiliation-compensation prévaudrait toujours sur tout autre accord quant à la loi applicable, même par rapport à la détermination de la loi applicable aux obligations individuelles couvertes par la clause de résiliation-compensation.

⁶⁵ La mention qui figurait auparavant au paragraphe (3) ("*dans la mesure où les règles de droit international privé applicables admettent les clauses de choix de loi*") a été supprimée parce que cette question est maintenant traitée de façon plus évidente au paragraphe (1). Voir ci-dessus dans la note 61.

⁶⁶ La référence à "*tout autre choix de loi*" remplace la phrase "*toute clause de choix de loi différente, antérieure,*" qui figurait dans l'ancienne version du Principe 9(3), qui a été considérée trop étroite car limitant les effets du projet de Principe aux seuls autres accords sur la loi applicable conclus avant la clause de choix de loi dans la clause de résiliation-compensation (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 101).

⁶⁷ La phrase "*clause de choix de loi ... contenue dans un contrat*" dans l'ancien Principe 9(3) a été remplacée par "*choix de loi opéré en vertu des obligations, ou se rapportant à ces obligations,*" pour des raisons de cohérence avec la terminologie utilisée ailleurs.

⁶⁸ L'expression "[s]auf stipulation contraire des parties" a été déplacée du début de l'ancien Principe 9(3) à la fin de cette disposition sans qu'il y ait pour autant un changement de fond.

⁶⁹ Le paragraphe (4) du Principe 9 tel que proposé ici vise à refléter la discussion lors de la première session du Comité où il y avait eu un large soutien en faveur de la recommandation que le Principe 9 devrait donner plus d'importance au principe général selon lequel les procédures d'insolvabilité devraient reconnaître les droits et les obligations existants du débiteur insolvable en vertu de leur propre droit, quelle que soit la loi du for de la procédure d'insolvabilité (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 93). Il a été souligné qu'il convient de s'assurer que l'interprétation des clauses de résiliation-compensation continuent à être régie par leur droit propre, plutôt que par la loi de l'Etat du for de la procédure d'insolvabilité (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 112).

⁷⁰ Lors de la première session du Comité (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 104), des Etats membres de l'Union européenne ont indiqué qu'ils étaient obligés, en vertu du Règlement sur l'insolvabilité, d'appliquer les dispositions d'annulation du droit étranger de l'insolvabilité (art. 13 du Règlement 1346/2000) et que, par conséquent, une application impérative de la loi du for comme cela est envisagé en vertu de l'ancienne version du Principe 9(4)(a) serait en conflit avec le droit communautaire dérivé. La version actuelle du Principe 9(5) permet plus de souplesse et prévoit simplement que "*l'Etat qui met en œuvre les Principes peut prévoir que la loi régissant la procédure d'insolvabilité doit également régir*" les questions couvertes par les alinéas (a) et (b). Cela signifie qu'il y a, en vertu des Principes, une préférence pour l'application de la loi applicable à la clause de résiliation-compensation, alors que les Etats qui mettent en œuvre les Principes peuvent s'écarter de cette approche et prévoir à sa place l'application de la loi du for.

⁷¹ Lors de la première session du Comité, on a fait valoir que, au moins la question de la décision de savoir si une clause de résiliation-compensation était applicable en cas d'insolvabilité à l'égard de certaines parties et obligations couvertes devrait être laissée à l'Etat du for en vertu de sa propre loi (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 99 s et 108 ss). D'autres membres du Comité, cependant, ont plaidé en faveur de l'application de la loi applicable à la clause de résiliation-compensation aussi en ce qui concerne cette question (voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, paras 98 et 109s.; c'était aussi la

position dans la version précédente du Principe 9(2)). Le libellé actuel du Principe 9(5)(a) est un compromis entre ces deux positions au moyen d'une solution *opt-out*.

⁷² La référence à l'annulation d'une clause de résiliation-compensation "*par préférence ou d'un contrat conclu en fraude d'autres créanciers*" dans l'ancienne version du Principe 9(4)(a) a été remplacée par la phrase "*parce qu'elle constitue une transaction frauduleuse ou qu'elle accorde une préférence au détriment d'autres créanciers*" pour l'adapter au nouveau libellé du Principe 7(2) (voir aussi la discussion dans le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 106).

⁷³ En dehors de la modification visée dans la note précédente, le texte de l'ancien Principe 9(4)(a) n'a pas été modifié dans le nouveau Principe 9(5)(b). Pour le changement de la structure du nouveau Principe 9(5)(a) et (b), voir ci-dessus la note 70.

⁷⁴ L'ancien Principe 9(4)(b) a été supprimé parce qu'il a été estimé qu'avec la nouvelle structure du paragraphe (5) une référence séparée dans les dispositions à la loi régissant la suspension temporaire n'était plus nécessaire.

Amendements au commentaire du Principe 9 (Doc. C.E.G./Netting/2/W.P. 2):

- **Considérations essentielles:** les considérations essentielles relatives au Principe ont été réécrites pour refléter de façon plus claire les politiques de ce Principe, en particulier telles qu'exprimées aux paragraphes révisés (1), (4) et (5), respectivement.
- **Para. 133:** les références faites dans l'ancienne version du commentaire du Principe 9 aux éventuels choix concernant les règles de droit international privé des systèmes juridiques nationaux ont été supprimées.
- **Para. 134:** bien que les références aux règles impératives de l'Etat du for en général ont été conservées, la référence au fait qu'il pourrait y avoir une possibilité que de telles règles pourraient "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'Etat concernant par exemple, les parties et les obligations éligibles à la compensation avec déchéance du terme" a été supprimée. Pour la discussion lors de la première session du Comité concernant ces questions, voir le Doc. C.E.G./Netting/1/Rapport, para. 92).
- **Paras. 135 - 137:** ces paragraphes ont été réécrits et limités au rôle de commentaire du paragraphe (2), qui permet la suppression des paragraphes qui font référence aux règles impératives de l'Etat du for ou au choix de la loi opéré par les parties.
- **Para. 141:** ce paragraphe a été introduit pour exprimer clairement le critère qui figure à la fin du Principe 9(1), c'est-à-dire qu'un choix de loi par les parties n'est pertinent que s'il est permis par les lois de l'Etat qui met en œuvre les Principes.
- **Paras. 144 - 146:** ces nouveaux paragraphes ont été introduits pour établir les choix politiques de la version révisée du Principe 9, en particulier 9(4) et 9(5).

* * *