Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.183

Assemblée générale

Distr. limitée
7 octobre 2022
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Soixante et unième session
Vienne, 12-16 décembre 2022

Loi applicable dans les procédures d'insolvabilité

Note du Secrétariat

Table des matières

Page

I. Introduction . . . 2
II. Projet de dispositions législatives et commentaire l'accompagnant . . . 2
A. Finalité et objectifs . . . 2
B. Champ d'application des [dispositions législatives] . . . 5
C. Définitions . . . 9
D. Exception d'ordre public . . . 10
E. Loi applicable par défaut dans les procédures d'insolvabilité : *lex fori concursus* . . . 12
F. Exception à la *lex fori concursus* : contrats [et relations] de travail . . . 24

V.22-22718 (F) 211122 221122

Merci de recycler

I. Introduction

1. L'ordre du jour provisoire de la soixante et unième session du Groupe de travail V (A/CN.9/WG.V/WP.181) fournit des informations générales concernant le projet relatif à la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, dont le Groupe de travail a été saisi par la Commission à sa cinquante-quatrième session, en 2021[1]. Si l'opinion qui avait prévalu lors de la soixantième session du Groupe de travail (New York, 18-21 avril 2022) était qu'il faudrait élaborer une loi type sur le sujet[2], il avait été jugé prématuré de commencer à la rédiger compte tenu des nombreuses questions qui restaient en suspens[3]. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat de présenter a) les points sur lesquels un accord avait été trouvé à la session en question sous la forme d'un projet de dispositions législatives accompagné d'un commentaire, et b) les autres points sous une forme qui permettrait de les examiner et de résoudre les questions en suspens[4]. Afin d'assurer la cohérence et le caractère exhaustif des débats, il a été jugé opportun d'aborder les questions liées à l'insolvabilité internationale[5].

2. Par conséquent, la présente note contient un projet de dispositions législatives accompagné d'un projet de commentaire portant sur les points sur lesquels un accord a été trouvé ou un consensus s'est dégagé. Le secrétariat continue d'employer la référence générique aux « dispositions législatives », même s'il est parti du principe d'une loi type comme hypothèse de travail. La présentation du contenu du projet de dispositions législatives et du commentaire qui l'accompagne devra peut-être être modifiée si cette hypothèse de travail est infirmée. En particulier, si les dispositions législatives sont destinées à faire partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le « Guide »), elles devront y être intégrées de manière adéquate. Il serait possible d'adopter une approche plus neutre dans le cadre d'un texte autonome ou d'un complément à une loi type (ou, plus vraisemblablement, à plusieurs lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité si les questions relatives à la loi applicable doivent être traitées dans le contexte tant d'un débiteur unique que des membres d'un groupe d'entreprises), même s'il ne serait pas exclu de renvoyer, dans ce texte, aux dispositions pertinentes du Guide.

3. Le secrétariat porte certains points spécifiques à l'attention du Groupe de travail dans les notes qui précèdent chaque projet de disposition législative et le commentaire qui l'accompagne, ainsi qu'entre crochets dans le projet de texte et dans les notes de bas de page. L'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) présente des points dont l'examen a été reporté et des questions intéressant le projet qui n'ont pas encore été examinées par le Groupe de travail. Les textes utilisés aux fins de la rédaction sont cités dans des notes de bas de page.

II. Projet de dispositions législatives et commentaire l'accompagnant

A. Finalité et objectifs

4. À sa soixantième session, le Groupe de travail a approuvé la finalité et les objectifs du projet tels que formulés aux paragraphes 5 à 7 du document de travail A/CN.9/WG.V/WP.179, notant qu'il pourrait être nécessaire de les compléter ultérieurement par des éléments supplémentaires[6]. Le projet de dispositions

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément nº 17* (A/76/17), par. 215 à 217.
[2] A/CN.9/1094, par. 66.
[3] Ibid., par. 98.
[4] Ibid., par. 99.
[5] Ibid.
[6] Ibid., par. 64.

législatives suivant, accompagné d'un commentaire, reflète les délibérations tenues à ce jour par le Groupe de travail.

5. Certains projets de dispositions législatives font référence aux principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace, tels qu'ils sont énoncés dans la recommandation 1 du Guide. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il suffit d'insérer une telle référence générique, ou si ces projets devraient renvoyer à cette recommandation, ou encore s'il faudrait indiquer, dans le projet même, les objectifs les plus pertinents parmi ceux qui sont énumérés dans cette recommandation, par exemple : a) sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques ; b) maximiser la valeur des actifs ; c) garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation ; d) prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité ; e) préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers ; et f) élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible.

1. Projet de disposition législative

Préambule[7]

Les [présentes dispositions législatives] ont pour objet d'établir des règles claires sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, y compris dans les procédures concurrentes visant un débiteur unique ou les membres d'un groupe d'entreprises, afin d'atteindre les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et de réduire le risque de « tourisme judiciaire » et d'autres actes préjudiciables aux créanciers et aux autres parties intéressées[8].

2. Projet de commentaire[9]

1. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne des parties ou des biens situés dans différents États, se posera alors la question complexe de savoir quelle loi appliquer au traitement de ces biens ainsi qu'aux droits et créances des parties étrangères dans une telle procédure. S'il ne fait aucun doute que les aspects procéduraux de la procédure d'insolvabilité sont régis par la loi de l'État d'ouverture de la procédure (*lex fori concursus*), les aspects de fond de la procédure, notamment le traitement des contrats et des créances, donnent lieu à des exceptions à l'application de cette loi. La diversité qui existe quant au nombre et à la portée de ces exceptions peut être une source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité pour les parties concernées par une procédure d'insolvabilité internationale. Dans certains pays, il se peut que la loi ne dise rien au sujet de la loi applicable à ces questions dans les procédures d'insolvabilité, ou n'aborde cette question qu'en partie, laissant aux tribunaux une grande latitude pour déterminer la loi applicable au cas par cas.

2. Il devient plus compliqué de déterminer la loi applicable lorsque plusieurs procédures ont lieu simultanément à l'égard du même débiteur (par exemple, une procédure étrangère principale, une procédure étrangère non principale et une procédure d'insolvabilité qui n'est ni une procédure étrangère principale, ni une procédure étrangère non principale, ouverte par exemple à l'endroit où se trouvent les biens du débiteur (voir l'article 28 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

[7] Si les dispositions législatives font partie du Guide, cette rubrique s'intitulerait : « Objet des dispositions législatives ».

[8] A/CN.9/1094, par. 62 à 64 et A/CN.9/WG.V/WP.179, par. 5 à 7.

[9] Voir par. 80 du commentaire relatif aux recommandations 30 à 34 du Guide, et rapports du Groupe de travail (A/CN.9/1088, par. 57 et A/CN.9/1094, par. 62 à 64).

(LTI)). En outre, une procédure étrangère principale ou non principale peut faire l'objet d'une procédure de reconnaissance dans un État requis qui appliquerait son propre droit à des questions telles que la portée des mesures découlant automatiquement de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale (article 20-2 de la LTI), les mesures discrétionnaires (articles 19-1 c) et 21-1 g) de la LTI), l'assistance additionnelle (article 7 de la LTI) et la répartition des biens entre différents types de procédures (articles 21-3, 23-2, 28 et 29 c) de la LTI). En matière d'insolvabilité de groupes d'entreprises, en l'absence d'une reconnaissance généralisée de la personnalité juridique distincte d'un « groupe d'entreprises » et de dispositions facilitant l'insolvabilité des groupes d'entreprises telles que celles envisagées dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (LTIGE), plusieurs procédures d'insolvabilité concurrentes et autres procédures parallèles peuvent être ouvertes à l'égard de différents membres d'un groupe d'entreprises et du groupe dans son ensemble. Ces procédures concurrentes ou parallèles nécessitent que l'on détermine et coordonne les lois applicables.

3. L'objectif principal des [présentes dispositions législatives] est d'offrir des règles simples et claires sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, que les États peuvent incorporer dans leur droit interne. Elles remplissent cet objectif en : a) établissant une règle générale prévoyant que la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) s'applique à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la clôture de cette procédure et à ses effets sur les personnes, les droits, les créances et les procédures ; b) précisant le sens et la portée de cette loi ; c) prévoyant un nombre limité d'exceptions à cette règle ; d) délimitant la portée de chaque exception et en précisant à quel moment chacune d'elles sera applicable ; et e) en précisant la loi applicable dans des procédures concurrentes visant un débiteur unique ou les membres d'un groupe d'entreprises.

4. L'adhésion au cadre proposé dans [les présentes dispositions législatives] contribuerait à remédier à l'existence de règles législatives et d'approches divergentes, fragmentées et incomplètes en ce qui concerne la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. Cela devrait permettre : a) de renforcer la sécurité et la prévisibilité des effets des procédures d'insolvabilité sur les droits et les créances des parties concernées par ces procédures ; b) d'améliorer l'efficacité et l'efficience des procédures d'insolvabilité grâce à la réduction des complexités et des coûts ; c) d'améliorer la coordination des procédures d'insolvabilité ayant une portée internationale ; et d) de promouvoir le commerce et l'investissement. [*L'impact attendu des dispositions législatives sur la réalisation d'autres objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace, tels que le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation, sera expliqué en temps utile sur la base des résultats des délibérations tenues par le Groupe de travail au sujet des questions pertinentes.*]

5. Les présentes [dispositions législatives] visent à réduire le risque de tourisme judiciaire et d'autres actes préjudiciables aux créanciers et aux autres parties intéressées, mais ne prétendent pas définir ces actes. Cette question doit être évaluée au niveau national, y compris par les tribunaux au cas par cas.

6. Les présentes [dispositions législatives] visent à atteindre un équilibre approprié entre des considérations concurrentes qui entrent en jeu dans les objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace [énumérés dans [la recommandation 1 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le « Guide »)] [la disposition législative]]. Par exemple, l'objectif d'une procédure d'insolvabilité efficace et efficiente peut à lui seul favoriser l'application de la *lex fori concursus* sans exception, car le

tribunal du for est le mieux placé pour expliquer et appliquer le droit interne. L'application d'un droit étranger dans le contexte national nécessite d'établir le contenu et l'interprétation de ce droit, soulève des divergences quant à savoir si l'application de ce droit est une question de droit ou de fait et pose des difficultés lorsque les tribunaux sont confrontés à des catégories juridiques étrangères qui sont inconnues dans leur système juridique national. Cela augmente le risque que les tribunaux interprètent ce droit étranger à partir de leurs propres catégories juridiques. Il peut donc être souhaitable, pour des considérations d'efficience et d'efficacité, de faire coïncider le forum approprié avec la loi applicable. D'autres considérations peuvent toutefois l'emporter sur cet aspect et exiger l'application du droit étranger.

[*À poursuivre pour refléter les résultats des délibérations futures, notamment concernant le champ d'application des dispositions législatives.*]

B. Champ d'application des [dispositions législatives]

6. Le Groupe de travail est convenu de ce qui suit : a) le projet couvrirait la liquidation et le redressement tels que définis dans le Guide, y compris les procédures d'insolvabilité ouvertes à un stade précoce de difficultés financières, comme envisagé dans la recommandation 294 du Guide, et les procédures provisoires et de restructuration qui satisfont au critère permettant de les qualifier de procédures d'« insolvabilité » ou de procédures « étrangères » en vertu des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité[10] ; b) les négociations de restructuration extrajudiciaire de la dette tenues en vertu du droit des contrats seraient exclues du champ d'application du projet à ce stade[11] ; et c) il suffirait de noter dans le commentaire les questions distinctes que pourraient soulever les règles déterminant la loi applicable dans le contexte d'un redressement, par opposition à une liquidation[12].

7. Le projet de disposition législative suivant, accompagné d'un commentaire, reflète les délibérations tenues à ce jour par le Groupe de travail. À sa soixantième session, on a posé la question de savoir quelles procédures de restructuration, outre les procédures de redressement déjà énoncées dans la définition donnée par la CNUDCI des procédures « d'insolvabilité » ou des procédures « étrangères », entreraient dans le champ d'application du projet. Le Groupe de travail est convenu de ne pas mentionner séparément la restructuration et de clarifier ce point dans le commentaire, en expliquant également dans ce contexte la différence entre redressement et restructuration[13]. À cet égard, le secrétariat note dans le projet de commentaire que les tribunaux accordent la reconnaissance à divers types de procédures de restructuration en vertu de la LTI, y compris aux concordats, pour autant qu'elles satisfassent à l'ensemble des exigences figurant dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité relatives aux procédures « d'insolvabilité » ou aux procédures « étrangères ».

8. Le Groupe de travail souhaitera peut-être rappeler qu'à sa cinquante-neuvième session, il avait reporté l'examen des questions soulevées par la recommandation 30 du Guide (loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité)[14], notant qu'elles étaient liées aux recommandations 3 et 4 du Guide. À sa soixantième session, il s'est concentré sur les questions découlant des recommandations 31 à 34 du Guide[15]. Le

[10] A/CN.9/1094, par. 68 et A/CN.9/WG.V/WP.179, par. 8 à 12.
[11] A/CN.9/1094, par. 68.
[12] A/CN.9/1088, par. 89.
[13] A/CN.9/1094, par. 84.
[14] A/CN.9/1088, par. 61.
[15] A/CN.9/1094, chap. VI et A/CN.9/WG.V/WP.179, par. 2.

paragraphe 2 du projet de disposition législative invite le Groupe de travail à déterminer si les questions soulevées par la recommandation 30 du Guide relèveront du champ d'application du projet. Dans ce cas, il pourrait souhaiter se demander comment refléter toutes les questions connexes liées aux recommandations 3, 4 et 30 dans les dispositions législatives.

9. Par ailleurs, à la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, il a été estimé qu'il faudrait indiquer dans une disposition législative, plutôt que dans le commentaire y relatif ou dans son historique, que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne doit pas évincer les règles de conflit de lois générales, antérieures à l'insolvabilité, applicables à la constitution et à l'opposabilité d'une sûreté[16]. À la soixantième session du Groupe de travail, le secrétariat a rappelé qu'une disposition similaire figurait dans les textes de la CNUDCI relatifs aux opérations garanties[17]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si une telle disposition serait d'application générale et, à ce titre, pourrait compléter une disposition législative qui traiterait des questions soulevées par la recommandation 30 du Guide qui entreraient dans le champ d'application des dispositions législatives.

10. Le secrétariat note la pertinence des règles relatives à la compétence et à la localisation et à la répartition des actifs entre différentes procédures (principale, non principale, etc.) pour les dispositions législatives. Ces règles sont traitées dans divers textes internationaux[18] et peuvent sortir du cadre du projet. Le commentaire pourra les aborder en temps voulu. Le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer la validité de cette hypothèse de travail.

11. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si certains secteurs ou entités particuliers devraient être exclus du champ d'application des dispositions législatives[19] et si ces dernières peuvent être jugées utiles dans le contexte non seulement international mais aussi national des États fédéraux.

---

[16] A/CN.9/1088, par. 87 a).

[17] A/CN.9/WG.V/WP.179, par. 35, avec référence à la recommandation 223 du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et à l'article 94 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières.

[18] Voir par exemple les recommandations 10 à 12 du Guide, qui indiquent des facteurs de rattachement minimaux et non exclusifs pour l'exercice de la compétence dans des procédures d'insolvabilité – à savoir l'emplacement du centre des intérêts principaux du débiteur et l'établissement. D'autres motifs, tels que la présence d'actifs, bien qu'envisagés dans la LTI, ne sont pas recommandés. Voir également le Principe mondial 13 des Principes mondiaux de l'American Law Institute et de l'International Insolvency Institute pour la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale (2012) et les Règles mondiales sur les questions de conflit de lois dans les cas d'insolvabilité internationale élaborées par l'American Law Institute et l'International Insolvency Institute (les Règles mondiales), en particulier le commentaire relatif à la règle mondiale 1, qui traite des normes internationalement convenues pour l'exercice de la compétence dans les procédures d'insolvabilité dans le contexte de règles de conflit des lois de nature internationalement uniforme. En ce qui concerne la localisation des actifs, voir également les règles mondiales 6 à 11. (Les Principes mondiaux et les Règles mondiales sont disponibles en anglais à l'adresse https://www.iiiglobal.org/initiatives/projects-sponsored-by-iii/.) En ce qui concerne la répartition des actifs entre les procédures, voir par exemple le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) (la « refonte du Règlement CE »). La LTI renvoie cette question à la loi de l'État adoptant.

[19] Les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité soulignent que les banques et les compagnies d'assurance, les entreprises publiques, les entreprises de services publics et les consommateurs sont généralement soumis à un régime spécial en matière d'insolvabilité. Voir par exemple l'article 1-2 de la LTI et le commentaire correspondant dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 55 à 61.

1. Projet de disposition législative

Champ d'application

1. Les présentes [dispositions législatives] fixent des règles relatives à la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité.

2. Les présentes [dispositions législatives] [ne traitent pas] [traitent également] de la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

3. […].

2. Projet de commentaire

Paragraphe 1

1. Le champ d'application des présentes [dispositions législatives] est lié aux notions de « procédure d'insolvabilité »[20] et d'« ouverture de la procédure d'insolvabilité »[21]. Les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité énoncent une liste cumulative de conditions qu'une procédure doit remplir pour être considérée comme une « procédure d'insolvabilité ». Il doit s'agir : a) d'une procédure collective (judiciaire ou administrative)[22] ; b) régie par une loi relative à l'insolvabilité (y compris le droit des sociétés)[23] ; c) soumise au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal (y compris dans le cas d'un débiteur non dessaisi)[24] ; d) ouverte à l'égard d'un débiteur (personne physique ou morale) en grande difficulté financière ou insolvable[25] ; et e) dans le but de liquider ou de restructurer les actifs de ce débiteur en tant qu'entité commerciale[26].

2. La « procédure d'insolvabilité » au sens des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité englobe : a) la « liquidation », soit la procédure visant à vendre des actifs et à en disposer afin d'en répartir le produit entre les créanciers conformément à la loi sur l'insolvabilité[27] ; b) le redressement, soit le processus par lequel la prospérité et la viabilité financières de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies et l'entreprise peut continuer de fonctionner par le recours à différents moyens pouvant comprendre la remise ou le rééchelonnement des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité[28] ; c) la procédure de redressement accélérée, qui combine des négociations volontaires de

---

[20] Voir par exemple, le glossaire du Guide, notamment les termes aa) et nn), à lire ensemble et également avec l'explication fournie dans la première partie, par. 2 ; le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (LTJI), par. 22 ; et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 48.

[21] Voir les recommandations 14 à 29 du Guide.

[22] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 69 à 72.

[23] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 73.

[24] Recommandation 112 du Guide, et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 71, 74 à 76 et 86.

[25] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 1, 48, 49, 65 et 67, renvoyant aux recommandations 15 et 16 du Guide, qui énoncent les critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par le débiteur (le débiteur est ou sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance ou son passif dépasse la valeur de son actif) ou les créanciers (le débiteur est dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance ou son passif dépasse la valeur de son actif).

[26] Voir Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 77 et 78.

[27] Terme dd) du glossaire du Guide.

[28] Terme qq) du glossaire du Guide.

restructuration et l'acceptation d'un plan avec une procédure accélérée menée conformément à la loi sur l'insolvabilité en vue de l'homologation de ce plan par le tribunal[29] ; d) la procédure ouverte par une micro- ou petite entreprise débitrice à un stade précoce de ses difficultés financières[30] ; et e) la procédure provisoire, de restructuration ou toute autre procédure dont le tribunal estime, au cas par cas, qu'elle satisfait à la liste cumulative de conditions énoncée ci-dessus[31].

3. Toute autre procédure qui ne remplirait pas les conditions énoncées ci-dessus serait exclue du champ d'application des [dispositions législatives]. Par exemple, sont exclues une procédure de recouvrement ou de règlement judiciaire ouverte par un créancier particulier ou un groupe particulier de créanciers, ou la collecte de biens dans le cadre d'une procédure de liquidation ou de sauvegarde qui ne prévoit pas aussi de traiter les créances d'autres créanciers[32]. La procédure judiciaire ou administrative visant une entité solvable qui ne cherche pas à restructurer ses affaires financières mais plutôt à dissoudre son statut juridique est également exclue[33]. Les mesures ou accords d'arrangement financier pris par le débiteur et certains de ses créanciers sur une base purement contractuelle concernant une partie de la dette, si les négociations ne débouchent pas sur l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité menée en vertu de la loi sur l'insolvabilité, sortent également du champ d'application des [dispositions législatives][34]. Sont également exclues les procédures qui visent uniquement à empêcher la dispersion et le gaspillage des actifs, plutôt qu'à liquider ou à restructurer la masse de l'insolvabilité, ainsi que celles qui visent à éviter un préjudice aux investisseurs plutôt qu'à l'ensemble des créanciers[35].

Paragraphe 2[36]

4. Dans une procédure d'insolvabilité, le tribunal du for appliquera d'abord ses règles de droit international privé (conflit de lois), y compris les conventions internationales ou autres accords en vigueur pour son État, afin de déterminer la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et à leur traitement dans la procédure. Généralement, la loi régissant le contrat déterminera l'existence d'une créance contractuelle contre le débiteur insolvable et son montant ; et la loi du lieu où est situé le bien (*lex rei sitae*) déterminera si une sûreté réelle sur des biens immeubles a été constituée en faveur d'un créancier particulier. [Les présentes dispositions législatives] [ne traitent pas ou ne remplacent pas] [réaffirment] ces règles.

5. Le tribunal décidera ensuite quelle loi s'appliquera : a) à la détermination des effets de l'insolvabilité sur les droits et créances antérieurs à l'ouverture de la procédure (c'est-à-dire la manière dont chacun de ces droits et créances serait traité dans le cadre de la procédure) ; et b) aux droits, créances, actions et litiges postérieurs à l'ouverture de la

---

[29] Voir le texte sur l'objet des dispositions législatives précédant la recommandation 160 du Guide. Voir également le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 75.

[30] Voir la recommandation 294 du Guide.

[31] En ce qui concerne les procédures provisoires, voir Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 79 et 80. En ce qui concerne les procédures de restructuration, voir le Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 11 relatif à l'article 2.

[32] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 69.

[33] Voir, par exemple, le Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 22 ; et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 48 et 73.

[34] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 78.

[35] Ibid., par. 77.

[36] Voir les paragraphes 82 et 83 du commentaire portant sur les recommandations 30 à 34 du Guide.

procédure. Parmi les questions couvertes par le point a) figurent la position relative des créances les unes par rapport aux autres (c'est-à-dire le classement et les priorités) et les restrictions et modifications auxquelles les droits et créances antérieurs à l'ouverture de la procédure peuvent être soumis pour que soient atteints les objectifs collectifs de la procédure d'insolvabilité (par exemple, annulation, déclassement). Parmi les questions couvertes par le point b) figurent la déclaration, la vérification et l'admission des créances ; la portée de l'arrêt des poursuites après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et les demandes d'aménagement des mesures ; les demandes découlant de l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ; la responsabilité du représentant de l'insolvabilité ; la détermination et l'autorisation des dépenses administratives ; l'approbation d'un plan de redressement ; et la remise de dette.

[à ajouter]

Paragraphe 3

[à ajouter]

C. Définitions

12. À sa soixantième session, le Groupe de travail a confirmé que le terme « loi [sur l'insolvabilité] » rencontré dans la recommandation 31 devrait être interprété au sens large et englober non seulement la loi sur l'insolvabilité mais aussi d'autres lois ayant un lien suffisant avec l'insolvabilité. Selon un avis, il pourrait être nécessaire de définir les critères qui permettraient d'établir un lien suffisant avec la loi sur l'insolvabilité. Selon un autre avis, l'existence d'un lien suffisant devrait être évaluée au cas par cas[37].

13. À la lumière de ces délibérations, le secrétariat propose la définition suivante du terme « *lex fori concursus* », fondée sur l'explication de ce terme figurant dans le glossaire du Guide (terme bb)), qui ne fait pas référence à la « loi sur l'insolvabilité » mais à la « loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité » (par contre, on trouve une référence à la « loi [sur l'insolvabilité] » en relation avec la « *lex fori concursus* » dans le chapeau de la recommandation 31 du Guide)[38]. Le secrétariat note que l'inclusion de règles d'interprétation similaires à celles que l'on trouve dans le Guide[39] et de définitions d'autres termes, en particulier d'expressions latines telles que « *lex rei sitae* »[40] et « *lex societatis* », faciliterait la compréhension et l'interprétation uniformes des dispositions législatives. Si le Groupe de travail choisit de ne pas utiliser de termes latins dans les dispositions législatives, le secrétariat proposera des paraphrases correspondantes qui en traduisent le sens dans des termes simplifiés.

1. Projet de disposition législative

Définitions[41]

Aux fins des [présentes dispositions législatives] :

a) Le terme « *lex fori concursus* » désigne la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

---

[37] A/CN.9/1094, par. 69.

[38] A/CN.9/WG.V/WP.179, par. 15.

[39] Voir par. 9 à 11 du glossaire.

[40] Le terme « *lex rei sitae* », qui figure sous la lettre cc) du glossaire du Guide, désigne la loi de l'État où se trouve l'actif.

[41] Si les dispositions législatives font partie du Guide, ce terme sera conservé dans le glossaire.

2. Projet de commentaire

1. La « *lex fori concursus* » doit être interprétée au sens large comme englobant la loi sur l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ainsi que les autres lois ayant un lien suffisant avec l'insolvabilité. Ce lien suffisant sera évalué au cas par cas, mais on citera, à titre d'exemples courants d'autres lois ayant un lien suffisant avec l'insolvabilité : a) le droit des sociétés qui traite des obligations et des responsabilités des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité ; b) le droit des sociétés qui traite des procédures de restructuration de la dette avant l'insolvabilité ; c) le droit des sûretés qui, entre autres questions pertinentes pour l'insolvabilité, peut régir le traitement du financement antérieur à l'ouverture de la procédure dans le cadre d'une insolvabilité ultérieure ; d) le droit de la famille qui peut régir le traitement des actifs détenus conjointement dans les procédures d'insolvabilité visant des entrepreneurs individuels ; e) le droit du travail qui régit les droits des travailleurs, le traitement et le classement des créances salariales et le traitement des licenciements en cas d'insolvabilité ; f) la législation fiscale et sociale qui régit le traitement et le classement des dettes publiques ; et g) la loi sur les investissements étrangers, qui peut imposer des restrictions à la propriété étrangère de certains biens ou à l'activité des investisseurs étrangers dans certains secteurs de l'économie (ce qui serait pertinent, par exemple, en cas de conversion de créances en prises de participation ou de cession totale ou partielle de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité).

2. Lorsque la *lex fori concursus* renvoie à la loi d'un autre État, cette référence doit être interprétée comme renvoyant uniquement au droit matériel interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de droit international privé, c'est-à-dire que le renvoi est exclu. Ceci est conforme aux approches adoptées dans d'autres textes internationaux qui prévoient des règles de droit international privé uniformes[42]. Cette approche a pour but de promouvoir la sécurité quant au droit applicable.

3. En outre, la référence à la loi d'un État étranger n'engloberait pas le droit public de cet État, c'est-à-dire le droit régissant l'exercice des pouvoirs souverains d'un État étranger. La *lex fori concursus* peut toutefois régir le traitement et le classement des créances publiques étrangères (par exemple, les créances fiscales et de sécurité sociale)[43]. La référence à la loi d'un État étranger n'englobe pas non plus le droit procédural puisque les tribunaux appliquent leur propre droit procédural et n'appliquent aucune règle étrangère qu'ils jugent de nature procédurale. Comme indiqué dans [les présentes dispositions législatives], dans certains contextes, certaines questions (par exemple, la compensation ou le délai de prescription) peuvent être qualifiées de matérielles ou de procédurales, selon le système juridique. Les [présentes dispositions législatives] indiquent la loi qui régira ces questions dans des procédures d'insolvabilité.

D. Exception d'ordre public

14. À sa soixantième session, le Groupe de travail est convenu d'inclure une exception d'ordre public, aux conditions évoquées lors de la session[44]. Le secrétariat

[42] Voir, par exemple, les références à la « loi interne » dans les articles 5, 6 et 11 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

[43] Voir par exemple l'article 13-2 de la LTI et sa note de bas de page 2, ainsi que le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 119 et 120.

[44] A/CN.9/1094, par. 94 à 96.

propose donc le projet de disposition législative et le commentaire y relatif présentés ci-dessous, qui s'inspirent de dispositions similaires figurant dans les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité[45] et d'autres textes étudiés[46].

15. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ce qui se passerait si l'on écarte la loi étrangère : est-ce que la *lex fori concursus* s'appliquera dans tous les cas, ou est-ce que le tribunal du for sera libre de choisir la loi d'un pays qui présente un intérêt sensiblement supérieur à celle du for retenu ou à la *lex fori concursus* ? (Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) pour les questions connexes relatives à la primauté des obligations internationales et aux lois de police qui n'ont pas encore été examinées par le Groupe de travail.)

1. Projet de disposition législative

Exception d'ordre public

L'application de la loi déterminée conformément aux [présentes dispositions législatives] ne peut être écartée que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du présent État.

2. Projet de commentaire

1. Les [présentes dispositions législatives] prévoient une exception d'ordre public qui vise à permettre aux tribunaux de l'État adoptant de ne pas appliquer une loi étrangère si l'application de cette loi est manifestement contraire à l'ordre public de cet État. La notion d'ordre public étant ancrée dans la législation nationale et pouvant différer d'un État à l'autre, on n'a pas tenté d'en donner une définition uniforme. Toutefois, étant donné que les [présentes dispositions législatives] traitent des questions de coopération internationale, il convient de donner à l'ordre public un sens plus restreint qu'à l'ordre public intérieur.

2. Cette intention est exprimée par l'adverbe « manifestement » figurant dans la [présente disposition législative]. Le but est de souligner qu'il convient d'interpréter et d'appliquer l'exception d'ordre public de manière étroite et restrictive et de ne l'invoquer que dans des circonstances exceptionnelles en rapport avec des questions d'importance fondamentale pour l'État adoptant. Cette interprétation étroite et restrictive de l'exception devrait être suivie indépendamment du type de procédure (liquidation ou redressement).

3. La détermination de l'ordre public doit être effectuée en fonction des effets de l'application de la loi étrangère désignée par [les présentes dispositions législatives] dans chaque cas concret. On s'attend à ce que cette exception soit invoquée lorsque la règle étrangère en question, telle qu'appliquée aux faits de l'espèce, porterait atteinte à la sécurité ou à la souveraineté de l'État ou produirait un résultat qui s'écarte si radicalement des concepts de justice fondamentale du for que son application remettrait en cause de manière intolérable les valeurs fondamentales du for (par exemple, application de la loi d'un État qui a ouvert une procédure d'insolvabilité pour atteindre des objectifs politiques ou de la loi d'un État qui légitime des projets illégaux (en vue par exemple d'échapper à des dispositions législatives impératives et à des obligations, notamment en

[45] Voir, par exemple, l'article 6 de la LTI et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 101 à 104 ; l'article 7 de la LTJI et le Guide pour son incorporation, par. 71 à 74 ; et l'article 6 de la LTIGE et les paragraphes 62 à 65 du Guide pour son incorporation.

[46] Voir, par exemple, l'article 93 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières ; l'article 32 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international ; et l'article 11 de la Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.

matière d'environnement, de droits de l'homme et à autres responsabilités sociales)).

E. Loi applicable par défaut dans les procédures d'insolvabilité : *lex fori concursus*

16. À la soixantième session du Groupe de travail, aucun commentaire n'a été fait au sujet du paragraphe 16 ou des points énumérés au paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.V/WP.179. Le secrétariat est donc parti du principe que l'approche suggérée dans ces paragraphes ne prêtait pas à controverse et l'a intégrée dans le projet de disposition législative et le commentaire qui l'accompagne présentés ci-dessous.

17. Le Groupe de travail est convenu de faire expressément référence aux clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme (clauses *ipso facto*) dans la liste des éléments devant être régis par la *lex fori concursus* (ci-après dénommée « liste de la *lex fori concursus* »)[47] et de faire référence dans cette liste au « traitement de la compensation » (plutôt que simplement à la « compensation », comme dans la recommandation 31 i) du Guide)[48]. Il est convenu de ne pas inclure dans cette liste de références aux droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité, ni à la restructuration, ni aux dommages et responsabilités liés à l'environnement[49]. Le Groupe de travail n'a pas examiné la proposition tendant à compléter la liste de la *lex fori concursus* en faisant référence aux actions connexes (découlant de la loi sur l'insolvabilité et liées à la procédure d'insolvabilité)[50]. Ces conclusions sont reflétées dans le projet de disposition législative et le commentaire qui l'accompagne présentés ci-dessous. Les questions dont l'examen a été reporté ou qui n'ont pas été examinées par le Groupe de travail en relation avec les points figurant sur la liste de la *lex fori concursus* sont mises en évidence ci-après et examinées dans l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).

1. Projet de disposition législative

Loi applicable par défaut dans les procédures d'insolvabilité : *lex fori concursus*

Sauf disposition contraire des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* s'applique à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la clôture de la procédure d'insolvabilité et à ses effets, notamment :

a) L'identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité ;

b) La détermination du moment où la procédure d'insolvabilité peut être ouverte et du type de procédure qui peut être ouverte, de la partie qui peut en demander l'ouverture et du point de savoir si les critères d'ouverture devraient différer en fonction de la partie qui demande l'ouverture ;

c) La constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité[51] ;

[47] A/CN.9/1094, par. 77.
[48] Ibid., par. 78.
[49] Ibid., par. 81, 84 et 86.
[50] Ibid., par. 71.
[51] Le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions relatives à ce point (A/CN.9/1094, par. 72).

d) La protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité [, y compris un arrêt des poursuites][52] ;

e) L'utilisation et la disposition des actifs ;

f) La proposition, l'approbation, l'homologation et l'exécution d'un plan de redressement ;

g) L'annulation de certaines opérations susceptibles de léser certaines parties[53] ;

h) Le traitement des contrats, y compris les clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme (clauses *ipso facto*)[54] ;

i) Le traitement de la compensation (set-off)[55] ;

j) [Le traitement des créanciers garantis][56] ;

k) Les droits et obligations du débiteur[57] ;

l) Les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité[58] ;

m) Les fonctions des créanciers et du comité des créanciers ;

n) Le traitement des créances ;

o) Le classement des créances[59] ;

p) Les frais et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité ;

q) La répartition du produit ;

r) La clôture de la procédure ;

s) La décharge ;

[t) La responsabilité des administrateurs du débiteur pour des actes accomplis lorsque le débiteur était insolvable ou pendant la période précédant l'insolvabilité, et la cause d'action relative à cette responsabilité susceptible d'être invoquée par la masse de l'insolvabilité du débiteur ou en son nom][60] ;

---

[52] Le secrétariat propose de faire expressément référence à l'arrêt des poursuites dans ce point à des fins de clarification, compte tenu des questions qui ont été soulevées au sein du Groupe de travail sur la portée de ce point. Le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions relatives à ce point (A/CN.9/1094, par. 73).

[53] Aucune préoccupation n'a été exprimée quant au maintien de ce point sur la liste de la *lex fori concursus*, mais le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions relatives à ce point (A/CN.9/1094, par. 74 à 76).

[54] Conformément à ce dont le Groupe de travail était convenu (A/CN.9/1094, par. 77), le secrétariat a ajouté la référence expresse aux clauses *ipso facto* en utilisant la terminologie du Guide. Le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions relatives à ce point (ibid.).

[55] Le secrétariat a modifié ce point comme le Groupe de travail en était convenu (A/CN.9/1094, par. 78). Le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions relatives à ce point (ibid.).

[56] Le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions relatives à ce point. Les décisions prises à leur sujet pourraient avoir des incidences sur l'emplacement et la formulation de ce point dans les dispositions législatives [A/CN.9/1094, par. 79 et A/CN.9/1088, par. 65 c)].

[57] Aucune préoccupation n'a été exprimée quant au maintien de ce point sur la liste de la *lex fori concursus*, mais le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions relatives à ce point (A/CN.9/1094, par. 80).

[58] Ibid.

[59] Ibid., mais en référence au paragraphe 82.

[60] Le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions relatives à ce point. Les décisions prises à leur sujet pourraient avoir des incidences sur l'emplacement et la formulation de ce point dans les dispositions législatives [A/CN.9/1094, par. 83 et A/CN.9/1088, par. 65 e)].

[u) Les actions connexes (découlant de la loi sur l'insolvabilité et liées à la procédure d'insolvabilité)][61].

2. Projet de commentaire

1. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* s'applique à tous les aspects de la procédure d'insolvabilité et à ses effets, sauf indication contraire expresse. La convergence observée des règles de fond en matière d'insolvabilité devrait rendre moins problématique l'application, en règle générale, de la *lex fori concursus* à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la clôture de la procédure d'insolvabilité et à ses effets[62].

2. Les [présentes dispositions législatives] rendent la *lex fori concursus* applicable en premier lieu à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la clôture de la procédure d'insolvabilité. Ces aspects couvrent : a) les questions de procédure (telles que la notification, la convocation de réunions, l'établissement du quorum, la détermination des règles de vote ou la fixation de délais de présentation des créances)[63] ; et b) tous les droits, obligations et créances postérieurs à l'ouverture de la procédure, c'est-à-dire ceux qui découlent de la procédure d'insolvabilité, comme les créances à l'encontre du représentant de l'insolvabilité ou en rapport avec le financement postérieur à l'ouverture, la réalisation de la masse de l'insolvabilité ou la répartition du produit.

3. Les [présentes dispositions législatives] rendent la *lex fori concursus* applicable également aux effets produits par la procédure d'insolvabilité, y compris sur les droits, créances et obligations qui existaient avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Par exemple, même si, en vertu de la recommandation 4 du Guide, une sûreté réelle opposable et réalisable en vertu d'une autre loi que la loi sur l'insolvabilité sera reconnue comme telle dans la procédure d'insolvabilité, la réalisation des sûretés peut être suspendue en vertu de la *lex fori concursus* à moins et jusqu'à ce que le tribunal prononce un aménagement des mesures (voir les recommandations 46 à 51 du Guide). De plus, en vertu de la recommandation 88 du Guide, une sûreté opposable et réalisable en vertu d'une autre loi que la loi sur l'insolvabilité peut être soumise aux dispositions d'annulation que cette dernière prévoit pour les mêmes motifs que d'autres opérations. La recommandation 3 du Guide indique expressément que la loi sur l'insolvabilité reconnaît les droits et créances nés en vertu d'autres lois, tant internes qu'étrangères, sous réserve des restrictions qu'elle énonce expressément. Outre l'arrêt des poursuites et l'annulation, la loi sur l'insolvabilité peut, par exemple, exiger le déclassement des créances (comme celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir recommandation 184)). Elle peut également interdire l'exécution de certaines clauses contractuelles (par exemple, les clauses *ipso facto* (voir recommandation 70)) et donner un certain pouvoir discrétionnaire aux représentants de l'insolvabilité en ce qui concerne le traitement des contrats, y compris leur cession, nonobstant les restrictions énoncées dans ceux-ci (recommandation 83), et

[61] Comme indiqué au paragraphe 16 ci-dessus, le Groupe de travail n'a pas examiné ce point nouvellement proposé (A/CN.9/1094, par. 71).

[62] A/CN.9/1088, par. 86.

[63] Certaines questions qui sont considérées comme étant de nature procédurale dans certains pays (par exemple, la compensation ou le délai de prescription) peuvent être jugées de nature matérielle dans d'autres. Les tribunaux tranchent ce point conformément à la législation de leur État, c'est-à-dire la *lex fori concursus* dans les procédures d'insolvabilité.

l'utilisation et la disposition d'actifs, y compris la vente d'actifs libres de toutes sûretés et autres droits réels (recommandations 52 à 62).

a) Identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité

4. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* traite des questions d'éligibilité et de compétence, ainsi que des régimes d'insolvabilité et des traitements particuliers qui peuvent s'appliquer en fonction des différents secteurs de l'économie, de la taille de l'entreprise du débiteur, de son niveau d'endettement ou d'autres critères. Elle identifie également les facteurs de rattachement permettant d'établir la compétence à l'égard du débiteur et de l'ouverture et la conduite de la procédure d'insolvabilité.

b) Détermination du moment où la procédure d'insolvabilité peut être ouverte et du type de procédure qui peut être ouverte, de la partie qui peut en demander l'ouverture et du point de savoir si les critères d'ouverture devraient différer en fonction de la partie qui demande l'ouverture

5. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* détermine les critères d'ouverture (qu'il s'agisse du critère du bilan ou du critère des flux de trésorerie, ou des deux, ou d'un critère différent ou supplémentaire). Elle précise aussi : a) les circonstances dans lesquelles on pourra engager une procédure de liquidation plutôt que de redressement, ou inversement ; b) si c'est le débiteur uniquement ou les créanciers et d'autres parties également qui pourront demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ; et c) les étapes de la procédure et autres exigences auxquelles le demandeur devrait satisfaire pour l'ouverture (par exemple, dans certains pays, un certain nombre de créanciers ou des créanciers détenant une certaine proportion de la valeur des créances uniquement peuvent demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité). Cette loi définit en outre les critères de rejet de la demande et d'abandon de la procédure, ainsi que les règles relatives à la notification de la demande et de l'ouverture (par exemple, contenu et mode de notification).

c) Constitution et étendue de la masse de l'insolvabilité

6. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* détermine les actifs du débiteur qui doivent être inclus dans la masse de l'insolvabilité et la date de constitution de la masse. Elle prévoit également des règles relatives à la localisation des actifs. Par ailleurs, elle régit le traitement des actifs postérieurs à l'ouverture de la procédure (par exemple, les actifs acquis par le débiteur ou le représentant de l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et les actifs recouvrés au moyen de différentes actions, notamment en annulation) et définit les modalités et les règles relatives à la localisation, au recouvrement et à la récupération des actifs de la masse de l'insolvabilité.

7. Des lois non liées à l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, notamment le droit relatif aux droits de l'homme, le droit des sûretés, le droit de la famille, le droit de la procédure civile et le droit de la responsabilité délictuelle, peuvent être applicables au titre de ce point, notamment en ce qui concerne le traitement des actifs grevés, des actifs appartenant à des tiers, des actifs détenus conjointement et des actifs étrangers. Ce point est donc étroitement lié [à un autre point de la liste de la *lex fori concursus*, à savoir] au traitement des créanciers garantis puisque les actifs grevés peuvent ou non faire partie de la masse de l'insolvabilité.

[*Le Groupe de travail a reporté l'examen des questions relatives au traitement des droits et licences de propriété intellectuelle et des actifs numériques (A/CN.9/1094, par. 72). Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1)*.]

d) Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité[, y compris un arrêt des poursuites]

8. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* régit toutes les questions liées aux mesures de protection et de préservation de la masse de l'insolvabilité, y compris les mesures provisoires et celles prises à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (par exemple, arrêt des poursuites, régime de dessaisissement total ou partiel ou de non-dessaisissement du débiteur). Il s'agit notamment des conditions d'imposition de ces mesures, de leur durée et de leur portée, ainsi que des motifs et des procédures pour demander et accorder un aménagement de ces mesures et d'autres protections.

9. Il peut être difficile d'imposer à l'étranger les effets de la *lex fori concursus* sur la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité, notamment en ce qui concerne les mesures provisoires et les mesures d'exécution mises en œuvre par des créanciers garantis à l'égard des biens grevés et l'exécution de droits réels. Il est possible d'y remédier dans une certaine mesure en incorporant, dans le droit national, les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité qui prévoient la reconnaissance des procédures étrangères et la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité. Toutefois, selon le principe qui sous-tend ces textes, reconnaître une procédure étrangère ne signifie pas étendre les effets de ladite procédure qui peuvent être prescrits par la loi de l'État étranger (c'est-à-dire la *lex fori concursus*), mais plutôt faire en sorte que cette procédure étrangère produise des effets prévus par la loi de l'État adoptant[64]. Ainsi, la portée, la durée, la modification, la suspension ou la levée d'un arrêt des poursuites et d'autres mesures dans l'État de reconnaissance sont déterminées par les dispositions législatives de cet État, et non par la *lex fori concursus*[65]. Elles peuvent donc être différentes dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et dans l'État de reconnaissance. Néanmoins, les États sont censés coopérer et coordonner leurs efforts dans les affaires d'insolvabilité internationale dans toute la mesure du possible afin d'atteindre les objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace[66].

10. Conformément à ces objectifs, les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité prévoient également des garanties contre toute interférence avec les effets de la *lex fori concursus*. Ainsi, l'article 14 e) de la LTJI prévoit que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement lié à l'insolvabilité peuvent être refusées si elles entraveraient l'administration de la procédure d'insolvabilité du débiteur, notamment en se trouvant en conflit avec une ordonnance de suspension ou une autre ordonnance susceptible d'être reconnue ou exécutée dans l'État adoptant la LTJI. Il peut s'agir de la procédure à laquelle le jugement se rapporte ou de toute autre procédure d'insolvabilité (c'est-à-dire des procédures concurrentes) visant le même débiteur. Si le concept d'entrave est assez large, la disposition donne des exemples de ce dont il pourrait s'agir. Il pourrait ainsi y avoir un conflit avec une ordonnance de suspension, par exemple si l'ordonnance en question a permis d'engager ou de poursuivre une action individuelle dans la mesure requise pour préserver un droit, mais n'a pas permis de reconnaître et d'exécuter le jugement en découlant, ou

[64] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 194.
[65] Ibid., par. 38.
[66] Voir, par exemple, le chapitre IV de la LTI et le chapitre 2 de la LTIGE.

si elle n'a pas permis d'engager ou de poursuivre une action individuelle et que la procédure donnant lieu au jugement a été ouverte après le prononcé de l'ordonnance (dont elle peut constituer une violation)[67].

[*Le Groupe de travail a reporté l'examen de la loi applicable aux effets de la procédure d'insolvabilité sur la force exécutoire des conventions d'arbitrage et des sentences arbitrales et sur les procédures arbitrales en cours (A/CN.9/1094, par. 73). Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1)*.]

e) Utilisation et disposition des actifs

11. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* : a) régit les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrôle de l'entreprise par le débiteur, y compris le dessaisissement total ou partiel ou le non-dessaisissement du débiteur ; b) établit des conditions et des limites à l'utilisation et à la disposition des actifs (par exemple, notifications aux créanciers, approbation du tribunal) ; c) régit le financement antérieur et postérieur à l'ouverture de la procédure, les opérations non autorisées ou réalisées avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur après l'ouverture de la procédure, ainsi que le fondement de l'action en justice contre un cocontractant dans une opération non autorisée ; et d) définit des notions telles que le « cours normal des affaires », les « personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur », etc.

12. Des lois non liées à l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent s'appliquer à l'utilisation et à la disposition des actifs, par exemple : le droit de la famille peut s'appliquer aux actifs qui appartiennent conjointement au débiteur et à des membres de sa famille ; les lois interdisant ou limitant la propriété étrangère dans certains secteurs de l'économie détermineront si la cession d'actifs à des étrangers est autorisée et, le cas échéant, dans quelles conditions ; le droit des sûretés peut s'appliquer à l'utilisation et à la disposition des biens grevés et aux modes de vente de ceux-ci ; le droit de l'environnement et d'autres lois peuvent traiter des conditions de renonciation aux actifs (par exemple, ceux qui représentent un danger pour l'environnement ou pour la santé et la sécurité publiques) et des personnes qui pourraient être fondées à revendiquer les actifs en question.

13. Il peut être difficile d'imposer à l'étranger les effets de la *lex fori concursus* sur l'utilisation et la disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité, par exemple les biens immeubles ou les paiements effectués par le débiteur dans le cours normal des affaires, cette dernière notion n'étant pas comprise de manière uniforme dans tous les pays. Comme on l'a noté plus haut dans le contexte de la protection et de la préservation de la masse de l'insolvabilité [, y compris l'arrêt des poursuites], on attend des États qu'ils coopèrent et coordonnent leurs efforts dans les affaires d'insolvabilité internationale dans toute la mesure du possible, notamment en ce qui concerne l'administration et la surveillance des biens et des affaires du débiteur.

f) Proposition, approbation, homologation et exécution d'un plan de redressement

14. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* traite de la nature et de la forme du plan ; du moment où il sera proposé ; des personnes autorisées à l'établir ; de son contenu ; de son approbation par les créanciers ; du traitement des créanciers opposants ;

[67] Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 107.

du point de savoir si le plan doit être homologué par le tribunal ; des effets du plan ; et de sa mise en œuvre.

15. Des lois non liées à l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent s'appliquer, par exemple : a) à la conversion de créances en prises de participation ; b) à la participation de salariés et de syndicats à un redressement, surtout si l'on prévoit des licenciements ou des modifications des conventions collectives ; c) aux investissements étrangers et au contrôle des changes ; et d) à la protection des informations confidentielles ou sensibles sur le plan commercial[68].

g) Annulation de certaines opérations susceptibles de léser certaines parties

[*Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) pour les questions dont l'examen a été reporté*.]

h) Traitement des contrats, y compris clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme (clauses *ipso facto*)

16. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* détermine : a) la qualification des contrats ; b) le traitement à accorder aux contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont encore entièrement acquittés de leurs obligations respectives (ci-après dénommés « contrats poursuivis »), en particulier le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de décider de poursuivre l'exécution de ces contrats, de les rejeter ou de les céder, ainsi que le moment d'exercice de ce pouvoir et le moment à partir duquel le rejet prendra effet rétroactivement ; c) le point de savoir si la loi sur l'insolvabilité écarte les clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme (également connues sous le nom de « clauses *ipso facto* ») ou si celles-ci sont régies par le droit général des contrats et, dans l'affirmative, le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de rétablir des contrats résiliés juste avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité afin d'éviter l'application de ces dispositions impératives de la loi sur l'insolvabilité ; d) les exceptions aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité visés aux alinéas b) et c) ci-dessus ; et e) le traitement des contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure.

17. Des lois non liées à l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent s'appliquer, par exemple, à la qualification des contrats, au calcul des dommages-intérêts et au traitement des marchés publics. En vertu des [présentes dispositions législatives], certains types de contrats (par exemple, dans un système de paiement et de règlement ou sur un marché financier [réglementé]) et certains aspects des contrats de travail (par exemple, le rejet ou la continuation de ceux-ci) relèvent d'une exception à la *lex fori concursus*.

[*En ce qui concerne ce point, le Groupe de travail a reporté l'examen de la loi applicable aux effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats relatifs aux biens immeubles (A/CN.9/1094, par. 77). Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).*]

i) Traitement de la compensation (set-off)

[*Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) pour les questions relatives à ce point dont l'examen a été reporté*.]

[68] Le droit général des contrats et donc les règles de droit international privé qui ne relèvent pas du champ d'application [des présentes dispositions législatives] peuvent s'appliquer à la mise en œuvre du plan de redressement dans les pays qui prévoient la clôture de la procédure d'insolvabilité après l'approbation (ou l'homologation, le cas échéant) du plan.

j) [Traitement des créanciers garantis]

[*Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) pour les questions relatives à ce point dont l'examen a été reporté.*]

k) Droits et obligations du débiteur

18. Comme indiqué ci-dessus, en vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* traite de la question de savoir si un régime de non-dessaisissement ou de dessaisissement total ou partiel du débiteur sera mis en place. Elle traite également des conditions de conversion d'un régime à l'autre et des droits et obligations du débiteur dans chaque régime et cas spécifique. Ce point est lié à d'autres points de la liste de la *lex fori concursus*, en particulier ceux qui traitent de l'utilisation et de la disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité, et dans ce contexte également à la définition du « cours normal des affaires » et au traitement des opérations non autorisées.

19. Des lois non liées à l'insolvabilité peuvent s'appliquer à ce point, en particulier si le débiteur est une personne physique (dans ce cas, les instruments relatifs aux droits de l'homme peuvent traiter de l'étendue des éventuelles limitations à la liberté de circulation du débiteur, de la divulgation de sa correspondance privée et d'autres aspects liés à la protection des données personnelles). Il peut également y avoir un lien étroit entre le droit de l'insolvabilité et le droit de la procédure civile et pénale, par exemple en ce qui concerne les demandes de divulgation, d'examen et de saisie et les mandats de perquisition. Dans le contexte de l'insolvabilité internationale, les conventions de La Haye relatives respectivement à la signification et la notification et à l'obtention des preuves peuvent également être applicables.

[*Le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions liées à ce point, en notant leur pertinence dans le contexte des procédures concurrentes (A/CN.9/1094, par. 80). Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1)*.]

l) Devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité

20. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* régit les mécanismes de sélection, de nomination, de révocation et de remplacement du représentant de l'insolvabilité, y compris lorsqu'il est nommé à titre provisoire ; le mode de calcul de la rémunération des services qu'il fournit ; le rôle du tribunal et des créanciers dans la surveillance du travail qu'il effectue ; et la responsabilité du représentant de l'insolvabilité. En ce qui concerne ce dernier point, des lois non liées à l'insolvabilité peuvent s'appliquer, en particulier si le représentant de l'insolvabilité est soumis à certaines normes et réglementations professionnelles (par exemple, comptables, avocats, etc.). Outre les devoirs, fonctions et obligations généraux du représentant de l'insolvabilité, la *lex fori concursus* détermine le pouvoir qui peut lui être conféré dans un cas particulier, notamment celui de représenter la procédure à l'étranger (article 5 de la LTI) ou d'agir dans un autre État en ce qui concerne un jugement lié à l'insolvabilité rendu dans l'État d'ouverture de la procédure (article 5 de la LTJI), de coopérer et de communiquer directement avec les tribunaux et représentants étrangers (article 26 de la LTI) et de prendre un engagement concernant le traitement des créances étrangères (voir articles 28 à 32 de la LTIGE).

21. En exerçant leurs fonctions à l'étranger, les représentants de l'insolvabilité peuvent être appuyés par le droit interne des États étrangers, y compris les traités internationaux et autres accords auxquels ces États peuvent être parties. Par exemple, dans les États qui ont adopté les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité

peut bénéficier d'un accès direct et accéléré aux tribunaux étrangers et être ainsi dispensé de formalités telles que licences ou action consulaire, et ni lui ni la procédure étrangère ne sont soumis à la compétence du tribunal étranger pour d'autres fins que celles indiquées dans la demande (voir les articles 9 et 10 de la LTI)[69]. Le représentant de l'insolvabilité est fondé à demander une assistance en vertu des lois de l'État adoptant[70] et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si les conditions d'ouverture d'une telle procédure à l'interne sont réunies (article 11 de la LTI)[71]. Une fois qu'il a demandé la reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger peut demander des mesures provisoires (article 19 de la LTI). Dès que celle-ci a été reconnue, il peut demander que ces mesures soient prolongées ou que d'autres mesures soient prises et serait également fondé à présenter une requête, une demande ou des conclusions concernant des questions telles que la protection, la réalisation ou la répartition des biens du débiteur ou la coopération avec la procédure étrangère (voir article 12 de la LTI). Il peut également demander à engager une action en vertu du droit de l'État de reconnaissance pour annuler ou rendre sans effet de toute autre manière les actes préjudiciables aux créanciers (article 23 de la LTI) et intervenir dans toute procédure engagée par ou contre le débiteur (article 24 de la LTI).

22. Ces dispositions se limitent à donner qualité pour agir au représentant étranger, sans lui donner de pouvoirs ou de droits spécifiques, et ne déterminent pas l'issue des demandes qu'il décidera de présenter[72]. Ces questions dépendront du droit et des tribunaux étrangers (voir, par exemple, les articles 5 de la LTI et de la LTJI). Par exemple, si le représentant de l'insolvabilité demande des mesures, c'est le tribunal de l'État de reconnaissance qui décidera des mesures à accorder, et le représentant devra respecter les conditions auxquelles le tribunal peut subordonner les mesures accordées (voir, par exemple, les articles 19, 21 et 22 de la LTI). Celles-ci peuvent limiter les pouvoirs dont le représentant de l'insolvabilité jouit par ailleurs en vertu de la *lex fori concursus*. Les limitations que l'on rencontre habituellement concernent l'utilisation et la disposition des biens immeubles du débiteur situés à l'étranger, la sortie de biens du pays étranger et le recours à des mesures coercitives (par exemple, pour l'obtention de preuves ou d'un accès aux livres ou registres commerciaux du débiteur). Dans certains pays, toutefois, la *lex fori concursus* constitue la source des pouvoirs du représentant étranger, tandis que la loi de l'État de reconnaissance constitue la source de l'habilitation à mettre en œuvre ces pouvoirs au niveau local, même si certains d'entre eux ne sont pas connus dans la loi de l'État de reconnaissance ou si cette loi ne dit rien à leur sujet, pour autant qu'ils ne soient pas interdits par la législation nationale et qu'ils assurent une protection adéquate aux créanciers et aux autres personnes intéressées. Ces pays accordent différents types de mesures au représentant étranger, sans les limiter à ceux dont dispose un représentant de l'insolvabilité local en vertu de la législation interne.

[*Le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions liées à ce point, en notant leur pertinence dans le contexte des procédures concurrentes (A/CN.9/1094, par. 80). Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1).*]

---

[69] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 108 à 111.

[70] Voir l'article 7 de la LTI et l'article 6 de la LTJI ; Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 105 et Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 70.

[71] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 112 à 114.

[72] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 21 d), 115 à 117, 197 et 200 à 208 ; Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 69.

m) Fonctions des créanciers et du comité des créanciers

23. Ce point est étroitement lié aux deux points précédents, qui traitent des droits et obligations du débiteur et des devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité. Parallèlement à ces questions, la *lex fori concursus* régit les mécanismes et le degré de participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité, en particulier la question de savoir si et, le cas échéant, à quel moment il convient de convoquer des assemblées de créanciers ou de créer un comité des créanciers, ainsi que le rôle de ces instances dans la surveillance de la procédure d'insolvabilité ; la qualité pour participer à ces instances ; les questions qui nécessiteraient l'approbation des créanciers ; un seuil pour l'approbation ; et les mécanismes pour obtenir l'approbation et s'assurer qu'elle a bien été obtenue.

24. Ce point est également étroitement lié au point suivant (traitement des créances), car en vertu de la *lex fori concursus*, il se peut que les créanciers soient en mesure d'exercer certaines fonctions dans la procédure d'insolvabilité (par exemple, la participation aux assemblées de créanciers) après avoir produit leurs créances, tandis que l'exercice d'autres fonctions (par exemple, l'approbation d'un plan de redressement) peut être subordonné à la vérification et à l'admission des créances.

n) Traitement des créances

25. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* régit : a) les créanciers qui doivent être tenus de produire des créances, les types de créances qui doivent être produites, les créances exclues et celles qui font l'objet d'un traitement particulier (par exemple, les créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur) ; b) la procédure de présentation, de vérification et d'admission des créances, y compris le délai de présentation, la personne à qui elles doivent être présentées et les formalités de déclaration des créances étrangères ; c) les conséquences du défaut de déclaration[73] ; d) les règles d'évaluation des créances ; e) le traitement des créances contestées (personne susceptible de les contester et instance chargée de trancher) ; f) les effets de la présentation et de l'admission des créances ; g) l'examen des décisions relatives aux créances (par exemple, leur rejet ou traitement particulier) ; h) le traitement des créances postérieures à l'ouverture de la procédure ; i) le traitement des créances en cas de conversion ; j) l'accumulation et le versement d'intérêts ; et k) les formalités relatives aux engagements concernant le traitement des créances étrangères que le représentant de l'insolvabilité peut être autorisé à prendre vis-à-vis des créanciers étrangers afin d'éviter l'ouverture de procédures parallèles, y compris la forme et la langue dans laquelle l'engagement est établi, les créances à l'égard desquelles il peut être pris et les procédures visant à demander l'approbation, l'examen et l'exécution d'un tel engagement[74]. [Nonobstant l'exception à la *lex fori concursus* qui s'applique à certains aspects des contrats [et des relations] de travail dans [les présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* détermine le statut et le traitement des créances salariales].

26. Ce point soulève des questions qui sont liées aux points relatifs au traitement des créanciers garantis et à la compensation ainsi qu'à la mise en œuvre du plan de redressement, car le plan aborde généralement le traitement des créances et peut également préciser la loi applicable. Par conséquent, différentes lois non liées à l'insolvabilité peuvent être

[73] Voir les articles 13 et 14 de la LTI à cet égard et le commentaire correspondant aux paragraphes 118 à 126 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI.

[74] Voir, par exemple, les articles 28 à 32 de la LTIGE et l'article 36 de la refonte du Règlement CE.

applicables, comme le droit des sûretés en ce qui concerne le traitement des créances garanties. En outre, le droit pénal peut interagir avec le droit de l'insolvabilité en ce qui concerne le traitement des fausses créances. Des conventions internationales, telles que la Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, peuvent être applicables à la présentation, à la vérification et à l'admission des créances étrangères. Des règles particulières peuvent s'appliquer au traitement des créances publiques (étrangères).

o) Classement des créances

27. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* régit l'ordre dans lequel les créances seront satisfaites sur la masse, y compris les créances du représentant de l'insolvabilité, celles qui sont nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et les frais et dépenses d'administration. Elle précise les classes de créanciers qui seront concernés par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le traitement réservé à ces classes en matière de priorité et de répartition. Elle peut prévoir le déclassement de certains types de créances, par exemple, celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (déclassement de droit), ainsi que les conditions de déclassement par le tribunal (« déclassement pour des raisons d'équité ») et les limites au déclassement par accord (« déclassement contractuel », par exemple dans le plan de redressement ou dans un accord de cession de rang conclu entre les parties intéressées avant l'ouverture de la procédure). [Nonobstant l'exception à la *lex fori concursus* qui s'applique à certains aspects des contrats [et des relations] de travail dans [les présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* détermine également le classement des créances salariales.]

28. Différentes lois non liées à l'insolvabilité peuvent s'appliquer à la priorité des créances dans les procédures d'insolvabilité en général et dans toute procédure d'insolvabilité en particulier, notamment le droit du travail, qui peut comprendre les conventions internationales du travail pour les États parties à ces conventions[75] ; la législation fiscale ; le droit des sûretés ; et le droit de la responsabilité délictuelle. Des règles particulières peuvent s'appliquer au classement des créances publiques (étrangères).

29. Il peut être difficile de faire reconnaître à l'étranger les effets de la *lex fori concursus* sur le rang de priorité des créances, en particulier pour les créances publiques (voir l'article 13.2 de la LTI et son commentaire).

30. La *lex fori concursus* peut autoriser les représentants de l'insolvabilité à prendre un engagement, et les tribunaux nationaux à approuver celui-ci, concernant le traitement des créances étrangères, comme envisagé aux articles 28 à 32 de la LTIGE, afin d'éviter l'ouverture de procédures parallèles. Lorsqu'un tel engagement a été pris et approuvé, les créances concernées sont traitées de la même manière qu'elles le seraient dans le cadre d'une procédure parallèle non ouverte.

[*Le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions liées à ce point, en notant leur pertinence dans le contexte des procédures concurrentes (A/CN.9/1094, par. 82). Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1)*.]

p) Frais et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité

31. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* détermine les critères relatifs aux dépenses administratives, l'évaluation des dépenses, le rôle du tribunal dans l'approbation des

[75] Par exemple, la Convention de 1992 sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur (nº 173) de l'OIT.

dépenses et la répartition des frais et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité, en particulier les dépenses qui seront couvertes par la masse de l'insolvabilité, celles qui pourraient devoir l'être par les créanciers ou d'autres parties intéressées et celles pour lesquelles le représentant de l'insolvabilité peut être tenu personnellement responsable. La *lex fori concursus* détermine également le traitement des débiteurs dont les actifs et les sources de revenus sont insuffisants pour couvrir les coûts d'administration de la procédure d'insolvabilité, et notamment le point de savoir si, dans de tels cas, la demande sera rejetée ou si d'autres mécanismes de couverture des frais d'administration de la procédure d'insolvabilité seront utilisés et, le cas échéant, lesquels. Elle détermine également les règles relatives au financement par des tiers.

q) Répartition du produit

32. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* établit des règles relatives à la répartition du produit, qui peuvent différer dans le cas d'une liquidation ou d'un redressement, et aux mesures à prendre s'il est déterminé qu'aucune répartition ne pourra être effectuée[76].

r) Clôture de la procédure

33. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* traite de la manière de mettre fin à la procédure, des conditions préalables à la clôture et des formalités à accomplir, et détermine si la conversion peut revenir ou non à clore officiellement la procédure qui est convertie. Elle précise la partie qui peut demander la clôture de la procédure ; le point de savoir si la demande et la décision de clore la procédure doivent être publiées ; et si les créanciers peuvent être entendus à propos de la demande.

s) Décharge

34. En vertu des [présentes dispositions législatives], la *lex fori concursus* détermine : a) les conditions générales de la décharge, y compris les dettes non susceptibles de remise ; b) les procédures et conditions préalables à la décharge, qui peuvent différer dans le cas d'une liquidation ou d'un redressement, y compris la date à partir de laquelle la décharge sera effective ; et c) les critères de refus de la décharge et d'annulation d'une décharge déjà accordée.

35. Il peut être difficile de faire reconnaître et imposer à l'étranger les effets de la *lex fori concursus* sur la décharge des dettes régie par une autre loi.

[t) Responsabilité des administrateurs du débiteur pour des actes accomplis lorsque le débiteur était insolvable ou pendant la période précédant l'insolvabilité, et cause d'action relative à cette responsabilité susceptible d'être invoquée par la masse de l'insolvabilité du débiteur ou en son nom]

[*Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) pour les questions relatives à ce point dont l'examen a été reporté.*]

[76] Le droit général des contrats, et donc les règles de droit international privé qui ne relèvent pas du champ d'application [des présentes dispositions législatives], s'appliqueront à la répartition du produit dans le cadre d'une procédure de redressement si la procédure est close après l'approbation (ou l'homologation, le cas échéant) du plan et si la répartition a lieu conformément aux règles en la matière contenues dans le plan.

[u) Actions connexes (découlant de la loi sur l'insolvabilité et liées à la procédure d'insolvabilité)]

[*Voir l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1) pour les questions soulevées par ce nouveau point, que le Groupe de travail n'a pas examiné.*]

F. Exception à la *lex fori concursus* : contrats [et relations] de travail

18. À la soixantième session du Groupe de travail, il a été généralement estimé que les dispositions législatives relatives à la loi applicable aux contrats de travail dans les procédures d'insolvabilité devraient prévoir que la loi applicable au contrat de travail, qui comprendrait la loi sur l'insolvabilité, régirait inconditionnellement les motifs pouvant être invoqués pour rejeter, maintenir ou modifier le contrat de travail après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[77]. Un certain nombre d'arguments ont été avancés à l'égard de cette approche, notamment le fait que le traitement et le classement des créances salariales ne feraient pas l'objet de cette exception puisqu'ils relèveraient indéniablement de la *lex fori concursus*[78].

19. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le projet de disposition législative et le commentaire qui l'accompagne présentés ci-dessous, qui reflètent les résultats de ces délibérations et des consultations menées par le secrétariat avec un représentant de l'Organisation internationale du Travail au sujet de ce projet de disposition. Au cours de ces consultations, il a été suggéré de conserver la référence, dans la version anglaise, aux « labour contracts » plutôt qu'aux « employment contracts » (contrats de travail), pour tenir compte du cadre des traités internationaux relatifs au travail. Il a également été suggéré d'envisager d'étendre cette référence aux relations de travail pour tenir compte de l'évolution du marché du travail, et notamment de l'utilisation de divers mécanismes qui s'écartent des contrats de travail traditionnels pour recruter de la main-d'œuvre[79].

20. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si les références au « rejet, à la continuation et à la modification des contrats de travail » doivent être conservées dans le projet de disposition législative ou remplacées par un autre terme[80], compte tenu des questions soulevées dans le projet de commentaire. En particulier, la référence à la « modification » peut être très vaste puisqu'elle peut concerner toute clause d'un contrat de travail, et pas seulement celles qui portent sur le rejet ou la continuation du contrat, y compris les clauses qui, conformément aux présentes dispositions législatives, peuvent relever de la *lex fori concursus*. Il souhaitera peut-être aussi examiner ce qui se passerait si l'on écarte la loi étrangère en vertu de l'exception d'ordre public (voir section D ci-dessus).

1. Projet de disposition législative

Exceptions à la *lex fori concursus*

Loi applicable aux contrats [et aux relations] de travail

1. Les effets de la procédure d'insolvabilité sur [le rejet, la continuation et la modification] des contrats [et des relations] de travail sont régis par la loi applicable au contrat [ou à la relation].

2. [Nonobstant le paragraphe 1 de la présente [disposition législative], le traitement et le classement des créances salariales et les actions en

[77] A/CN.9/1094, par. 91.
[78] A/CN.9/1094, par. 88 à 93.
[79] Voir, par exemple, la recommandation (n° 198) de l'OIT sur la relation de travail, 2006.
[80] Voir à ce sujet l'article 13 de la refonte du Règlement CE.

annulation qui peuvent être engagées au sujet d'un contrat [ou d'une relation] de travail sont régis par la *lex fori concursus*].

2. Projet de commentaire

1. Selon le paragraphe 1 de la présente [disposition législative], les effets de la procédure d'insolvabilité sur [le rejet, la continuation et la modification] des contrats [et des relations] de travail doivent être régis par la loi applicable à ces contrats [et ces relations]. La référence à cette loi englobe le droit du travail, la loi sur l'insolvabilité et toute autre loi qui peut être pertinente pour [le rejet, la continuation et la modification] des contrats [ou des relations] de travail.

2. La portée de ce paragraphe est limitée au rejet, à la continuation et à la modification des contrats [et des relations] de travail après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. [Pour éviter toute ambiguïté, le paragraphe 2 de la [présente disposition législative] précise que le traitement et le classement des créances salariales (voir les points pertinents ci-dessus) ne sont pas couverts par l'exception prévue au paragraphe 1. La *lex fori concursus* (si elle diffère de la loi applicable au contrat [ou à la relation] de travail, ci-après dénommée « *lex fori concursus* étrangère ») leur est applicable. Il en va de même pour la qualification d'un contrat [ou d'une relation] en tant que contrat [ou relation] de travail et l'annulation de tout ou partie d'un contrat de travail (par exemple, rémunération déraisonnable résultant de la modification du contrat [ou de la relation] de travail entre le débiteur et les directeurs généraux ou d'autres administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité) (voir le point pertinent ci-dessus)].

3. L'exception à l'application de la *lex fori concursus* prévue par la [présente disposition législative] se justifie par le fait que les contrats et relations de travail soulèvent de nombreuses considérations de politique socioéconomique. C'est pourquoi les États établissent généralement un régime particulier pour le traitement des questions liées aux contrats [et aux relations] de travail en cas d'insolvabilité. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, la préservation de l'emploi, par exemple, est prioritaire par rapport aux autres objectifs de la procédure d'insolvabilité, tels que la maximisation de la valeur de la masse au profit de l'ensemble des créanciers. Cette priorité peut être attestée par l'accent mis sur la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité (avec transfert des obligations existantes en matière d'emploi), plutôt que sur la liquidation ou le redressement, qui sont susceptibles de modifier ces obligations ou d'y mettre fin. Les dispositions légales impératives, y compris celles qui figurent dans les traités internationaux[81], peuvent : protéger les travailleurs contre les licenciements abusifs et la discrimination ; prévoir un filet de sécurité financier pour les travailleurs ; imposer des restrictions au rejet ou à la modification des contrats de travail[82] et des conditions de mise en œuvre des licenciements (y compris la notification à l'autorité compétente de l'État) ; et garantir le droit des travailleurs à être correctement informés de toutes les questions liées à la procédure d'insolvabilité qui ont des incidences sur leur statut et leurs droits en tant que salariés. Des régimes différents peuvent s'appliquer en cas de liquidation et de redressement. Ainsi, dans certains États, les salariés suivent l'entreprise à la fois dans le cas d'une liquidation par cession de l'entreprise en vue de la poursuite de

[81] Voir, par exemple, la Convention de 1982 sur le licenciement (nº 158) de l'OIT.

[82] Voir la recommandation 71 du Guide et commentaire correspondant.

l'activité et dans celui d'un redressement, et dans d'autres, uniquement dans l'hypothèse d'un redressement.

4. La [présente disposition législative] vise à réduire le risque d'incertitudes ou d'incohérences en ce qui concerne [le rejet, la continuation et la modification] des contrats [et des relations] de travail dans les procédures d'insolvabilité, qui augmente si les effets de la *lex fori concursus* étrangère sur l'insolvabilité s'appliquent à ces questions. Il est justifié d'accroître la sécurité et la cohérence face aux attentes des travailleurs, car ceux-ci ont généralement une position de négociation relativement plus faible que leur employeur, surtout en l'absence de conventions collectives. De plus, il se peut qu'ils ne connaissent pas bien la procédure d'insolvabilité et les mesures de protection dont ils bénéficient en cas de difficultés financières de leur employeur et qu'ils ne soient pas informés ni conscients des plans envisagés quant à leur futur en tant que salarié. La procédure d'insolvabilité peut être utilisée pour affaiblir les mesures de protection, par exemple, lorsque les contrats de travail onéreux sont résiliés dans l'espoir d'augmenter le prix de vente d'une entreprise destinée à être cédée en vue de la poursuite de l'activité, ou lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure afin d'obtenir un allègement des obligations onéreuses découlant des contrats [ou des relations] de travail.

5. Néanmoins, il se peut que l'approche suivie dans les [présentes dispositions législatives] élimine la souplesse qui peut être souhaitée et nécessaire pour préserver le maintien de l'activité et de l'emploi et garantir les salaires. Il peut être particulièrement souhaitable de préserver cette souplesse dans le cas d'un redressement. Celle-ci peut également jouer un rôle dans la conduite et l'administration efficaces de la procédure d'insolvabilité lorsque le débiteur a des travailleurs auxquels s'appliquent différents arrangements en matière de [rejet, continuation et modification] des contrats [ou des relations] de travail. La nécessité d'évaluer ces différents arrangements se pose, par exemple, lorsque le débiteur a des travailleurs dans différents pays dans lesquels le droit national du travail s'applique obligatoirement au [rejet, à la continuation et à la modification du] contrat [ou de la relation] de travail. Ce besoin peut également se faire sentir lorsqu'il est possible de choisir la loi applicable aux contrats de travail. Cette liberté s'accompagne généralement de garanties visant à protéger les travailleurs contre les conséquences négatives de leur acceptation des clauses de choix de loi contenues dans leur contrat de travail, celle-ci ayant pu être contrainte ou mal informée. Ces garanties peuvent varier d'un pays à l'autre (par exemple, en ce qui concerne les clauses de non-concurrence), mais elles prévoient généralement que le choix de la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver les travailleurs de la protection qui leur est accordée par des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par convention en vertu de la loi qui, en l'absence de ce choix, aurait été applicable (qui, pour de nombreux États, comprend les dispositions des traités internationaux relatifs au travail qui les lient ainsi que des garanties constitutionnelles) ou qui aurait un lien plus étroit avec le contrat [ou la relation] de travail.

6. Toutefois, en l'absence de cette exception, il peut arriver que les effets de la procédure d'insolvabilité sur [le rejet, la continuation et la modification] des contrats [et des relations] de travail soient en fin de compte régis par la loi de la procédure d'insolvabilité, qui ne jouera peut-être qu'un rôle de coordination sans lien, ou avec un lien très distant, avec le contrat [ou la relation] de travail en question. Il faudra alors concilier la protection accordée aux travailleurs en vertu de la *lex fori concursus* étrangère, la loi choisie le cas échéant, et la loi qui aurait été obligatoirement applicable dans tous les cas. Il est également possible

d’envisager la combinaison ou la hiérarchie des lois applicables mais, si cette solution permet de préserver la souplesse, elle peut aussi nuire à la conduite et à l’administration efficaces des procédures d’insolvabilité, car le tribunal devra comparer les incidences de l’application de divers régimes du travail.

7. L’exception d’ordre public permettrait au tribunal d’écarter l’application d’une loi étrangère qui serait manifestement contraire à l’ordre public de son État (par exemple, qui reviendrait à légitimer l’esclavage moderne, etc.). [*Il faudra peut-être expliquer ce qui se passerait si la loi étrangère était écartée (voir la section D ci-dessus)*.]