



# Assemblée générale

Distr. limitée  
7 février 2023  
Français  
Original : anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)  
Soixante-deuxième session  
New York, 17-20 avril 2023

## Loi applicable dans les procédures d'insolvabilité

### Note du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Page</i>
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. Primauté des obligations internationales . . . . .	11
E. Exception d'ordre public . . . . .	12
F. Interprétation . . . . .	13
G. Loi applicable par défaut dans les procédures d'insolvabilité : <i>lex fori concursus</i> . . . . .	13
H. Exceptions à l'application de la <i>lex fori concursus</i> . . . . .	29



## I. Introduction

1. L'ordre du jour provisoire de la soixante-deuxième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.185) fournit des informations générales sur 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<sup>1</sup>. À sa soixante et unième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser le projet de dispositions législatives et le commentaire et de les regrouper dans un seul document, qu'il examinerait à sa session suivante. Il était entendu que, dans l'état actuel des choses, la possibilité d'élaborer une loi type resterait une hypothèse de travail<sup>2</sup>. Le Groupe de travail n'a pas encore pris de décision quant à la forme définitive de l'instrument et à la manière dont le texte final s'articulera avec les textes existants de la CNUDCI dans le domaine du droit de l'insolvabilité.

2. On trouvera ci-après au chapitre II le projet de dispositions législatives et le commentaire tels que révisés par le secrétariat. Les notes de bas de page en gras qui l'accompagnent donnent des explications sur les raisons sous-tendant les modifications apportées. Les autres notes de bas de page visent à figurer dans le texte final, le cas échéant, en fonction de la forme qu'il prendra. Les questions que le Groupe de travail devra examiner sont présentées ci-après avant le projet de dispositions et de commentaire. À titre provisoire, le secrétariat a conservé le terme de dispositions législatives, étant entendu qu'il sera remplacé en temps utile par le terme approprié en fonction de la forme que prendra l'instrument.

## II. Projet de dispositions législatives et commentaire l'accompagnant

### A. Finalité et objectifs

3. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de dispositions législatives et le commentaire qui l'accompagne tels qu'ils ont été modifiés pour tenir compte des délibérations qu'il a eues à sa soixante et unième session. En particulier, on a ajouté, dans le projet de commentaire, une explication de l'expression « tourisme judiciaire abusif » figurant dans le projet de dispositions législatives. Comme convenu, le mot « abusif » a été placé entre crochets dans le projet de dispositions législatives pour que le Groupe de travail l'examine à un stade ultérieur<sup>3</sup>. En outre, des explications ont été ajoutées à la fin du projet de commentaire pour préciser la portée des dispositions législatives, comme convenu par le Groupe de travail à sa soixante et unième session (voir le projet de disposition législative sur le champ d'application des dispositions législatives à la section B ci-dessous). Compte tenu de cela, des modifications ont été apportées à l'ensemble du projet de texte afin de mieux expliquer la portée limitée du projet.

#### 1. Projet de disposition législative

##### Préambule

Les présentes dispositions législatives ont pour objet d'établir des règles claires pour déterminer la loi régissant l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets (« loi régissant la procédure et ses effets »), y compris dans les procédures concurrentes visant un débiteur unique ou les

<sup>1</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 17 (A/76/17), par. 215 à 217.

<sup>2</sup> A/CN.9/1126, par. 80.

<sup>3</sup> Ibid., par. 58.

membres d'un groupe d'entreprises, afin d'atteindre les principaux objectifs d'une procédure d'insolvabilité efficace <sup>4</sup>, notamment la sécurité juridique et la prévisibilité<sup>5</sup>, et de réduire le risque de tourisme judiciaire [abusif]<sup>6</sup> et d'autres actes préjudiciables aux créanciers et aux autres parties intéressées.

## 2. Projet de commentaire

1. Les dispositions législatives établissent des règles pour déterminer la loi qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets (ci-après la « loi régissant la procédure et ses effets »). Elles visent à apporter plus de clarté à cet égard, notamment pour les procédures d'insolvabilité concernent des actifs ou des parties situés dans différents pays.

2. Il convient de clarifier ces questions pour les raisons suivantes. Les critères permettant de déterminer la loi régissant les aspects procéduraux des procédures d'insolvabilité, tels que l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture des procédures d'insolvabilité, ne diffèrent pas beaucoup d'un pays à l'autre, à savoir que c'est la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (la *lex fori concursus*) qui régit ces questions. Toutefois, différents critères sont utilisés pour déterminer la loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur certains types d'actifs, de droits et de créances (par exemple, les droits réels, les droits à compensation). Dans ces cas, certains pays prévoient des exceptions à l'application de la *lex fori concursus*, tandis que dans d'autres, la loi ne traite pas ces questions ou ne les aborde que partiellement. Étant donné que le nombre et la portée de ces exceptions varient, ou lorsqu'il n'existe aucune règle en la matière, les tribunaux doivent déterminer la loi régissant la procédure et ses effets au cas par cas, ce qui peut être une source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité.

3. Il est d'autant plus compliqué de déterminer la loi régissant la procédure et ses effets lorsque plusieurs procédures sont menées simultanément à l'égard du même débiteur ou des membres d'un groupe d'entreprises, chacune étant soumise à ses propres règles pour déterminer la loi régissant la procédure et ses effets. Par procédures concurrentes on désigne une combinaison de plusieurs procédures (dont l'une peut devenir la procédure de planification en vertu de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (LTIGE)<sup>7</sup>) : 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 actifs du débiteur (voir art. 28 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (LTI))<sup>8</sup>. Certaines de ces procédures peuvent faire l'objet d'une procédure de reconnaissance dans d'autres États qui peuvent ou non ouvrir des procédures d'insolvabilité ancillaires locales. L'État de reconnaissance peut appliquer son propre droit à des questions telles que la portée des mesures découlant automatiquement de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale (art. 20-2 de la LTI), les mesures discrétionnaires (art. 19-1 c) et 21-1 g)

<sup>4</sup> Le Groupe de travail est convenu de remplacer « loi sur l'insolvabilité » par « procédure d'insolvabilité ». *Ibid.*, par. 57 b).

<sup>5</sup> Le Groupe de travail est convenu de faire référence à la sécurité juridique et à la prévisibilité. *Ibid.*, par. 57 a).

<sup>6</sup> Le Groupe de travail a demandé d'ajouter le mot « abusif » entre crochets dans cette disposition législative, afin de l'examiner ultérieurement. *Ibid.*, par. 58.

<sup>7</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.20.V.3. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises avec guide pour son incorporation (2019) | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

<sup>8</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente : E.14.V.2. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

de la LTI), l'assistance additionnelle (art. 7 de la LTI) et la répartition des actifs entre différents types de procédures (art. 21-3, 23-2, 28 et 29 c) de la LTI). L'État de reconnaissance peut ou non reconnaître les effets de la *lex fori concursus* étrangère (de la procédure d'insolvabilité principale ou non principale, ou encore d'une autre procédure d'insolvabilité). Pour les procédures concurrentes ou parallèles, il faut déterminer la loi régissant la procédure et ses effets ou coordonner l'application de plusieurs lois.

4. Les textes antérieurs de la CNUDCI sur l'insolvabilité ne traitent pas de ces questions et ne facilitent que dans une certaine mesure la reconnaissance et l'imposition internationales des effets de la *lex fori concursus* de la procédure principale étrangère.

5. Les dispositions législatives visent principalement à combler les lacunes en offrant des règles simples et claires sur la loi régissant la procédure et ses effets, 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) expliquant 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 est applicable ; [et e) établissant des règles pour déterminer la loi régissant la procédure et ses effets, ou coordonnant l'application de plusieurs lois, dans des procédures concurrentes visant un débiteur unique ou les membres d'un groupe d'entreprises].

6. L'adhésion au cadre proposé dans les dispositions législatives permettrait de réduire les divergences et de combler les lacunes existantes en raison de règles fragmentées ou incomplètes sur les questions abordées dans les dispositions législatives et de ce fait : 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 des procédures d'insolvabilité en réduisant les complexités et les coûts ; c) de coordonner des procédures d'insolvabilité ayant une portée internationale ; et d) de promouvoir le commerce et l'investissement.

7. En outre, en adhérant aux dispositions législatives, les États peuvent réduire les risques de tourisme judiciaire [abusif]<sup>9</sup> et d'autres actes préjudiciables aux créanciers et aux autres parties intéressées. Il appartiendrait aux tribunaux de déterminer au cas par cas ce qu'il faudrait entendre par « abusif ». Dans de nombreux pays, il est généralement possible de déterminer le pays ayant la législation la mieux adaptée pour une certaine opération ou activité, comme une restructuration ou un redressement, et de prendre des mesures pour que la loi de ce pays soit appliquée. Toutefois, par « abusif » on entend généralement les choix effectués dans le but d'obtenir une position juridique plus favorable au détriment de la masse des créanciers ou à d'autres fins inappropriées. Ces cas abusifs seraient notamment de tirer parti de lois favorables pour mettre les actifs à l'abri des effets de la loi sur l'insolvabilité à laquelle l'une ou l'autre des parties, ou les deux, sont immédiatement ou prospectivement soumises, ou de se soustraire à d'autres obligations ou responsabilités, notamment en empêchant l'exécution d'un jugement.

8. Les présentes dispositions législatives visent à atteindre un équilibre approprié entre des considérations concurrentes qui peuvent entrer en jeu dans les procédures d'insolvabilité. Par exemple, à des fins d'efficacité, le tribunal de l'État d'ouverture

<sup>9</sup> Le Groupe de travail a demandé d'inclure le mot « abusif » entre crochets dans le projet de dispositions législatives et d'en expliquer le sens dans le projet de commentaire, afin qu'il puisse décider, à sa session suivante, s'il convenait ou non de le conserver (A/CN.9/1126, par. 58).

de la procédure d'insolvabilité pourrait appliquer la *lex fori concursus* à toutes les questions soulevées dans la procédure d'insolvabilité parce qu'il est le mieux placé pour expliquer et appliquer le droit interne ; lorsque le tribunal applique une loi étrangère, il devra peut-être se renseigner sur les dispositions de cette loi et leur interprétation et pourrait être confronté à des catégories juridiques étrangères qui n'existent peut-être pas dans son système juridique<sup>10</sup>. D'autres considérations, par exemple concernant les contrats et les relations de travail, peuvent l'emporter sur la volonté d'assurer efficacité et exiger l'application du droit étranger.

9. Les dispositions législatives ont pour objet de déterminer la loi régissant la procédure et ses effets et ne portent pas sur les règles visant à déterminer la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits ou des créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Cette dernière est déterminée par les règles de droit international privé (conflit de lois) de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte ou de tout autre État dans lequel une procédure ayant trait à l'insolvabilité peut être engagée (par exemple, les décisions relatives aux créances ou les actions en annulation)<sup>11</sup>. La procédure d'insolvabilité n'écarte pas ces règles, mais elle peut avoir des effets sur les droits valides et effectifs antérieurs à l'ouverture de la procédure, par exemple en suspendant ou en supprimant : le droit d'engager une procédure arbitrale en vertu d'une convention d'arbitrage conclue avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; le droit d'un créancier d'obtenir compensation de ses créances à l'égard du débiteur ; les droits découlant d'opérations qui ont été annulées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ; et les droits d'exécution.

## B. Champ d'application des dispositions législatives

4. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition législative et le commentaire qui l'accompagne tels qu'ils ont été modifiés pour tenir compte des délibérations qu'il a eues à sa soixante et unième session<sup>12</sup>. Il peut notamment examiner si le texte figurant entre crochets au paragraphe 2 doit être maintenu.

### 1. Projet de disposition législative

#### Champ d'application

1. Les dispositions législatives prévoient des règles pour déterminer la loi régissant la procédure et ses effets.

2. Les dispositions législatives ne prévoient pas de règles pour déterminer 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. [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 devrait être déterminée par [*indiquer les règles de droit international privé de l'État adoptant*]. Sauf disposition contraire dans les présentes dispositions législatives, les procédures d'insolvabilité n'écartent pas ces règles]<sup>13</sup>.

3. Les dispositions législatives ne s'appliquent pas à une procédure concernant [*indiquer tout type d'entités, telles que les banques ou compagnies d'assurance, qui*

<sup>10</sup> Cette partie a été reformulée à la suite des observations faites par le Groupe de travail (ibid., par. 59).

<sup>11</sup> Ibid., par. 60.

<sup>12</sup> Ibid., par. 60 à 62.

<sup>13</sup> Cette partie a été reformulée pour tenir compte des avis exprimés par le Groupe de travail (ibid., par. 60).

*sont soumises à un régime spécial en matière d'insolvabilité dans le présent État et que le présent État souhaite exclure du champ d'application des dispositions législatives]*<sup>14</sup>.

## 2. Projet de commentaire

### *Remarques générales*

1. Le champ d'application des présentes dispositions législatives est lié aux notions de « procédure d'insolvabilité »<sup>15</sup> et d'« ouverture de la procédure d'insolvabilité »<sup>16</sup>. 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 », à savoir il doit s'agir: a) d'une procédure collective (judiciaire ou administrative)<sup>17</sup>; b) régie par une loi relative à l'insolvabilité (y compris le droit des sociétés)<sup>18</sup>; c) soumise au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal (y compris dans le cas d'un débiteur non dessaisi)<sup>19</sup>; d) ouverte à l'égard d'un débiteur (personne physique ou morale) en grande difficulté financière ou insolvable<sup>20</sup>; et e) dans le but de liquider ou de restructurer les actifs de ce débiteur en tant qu'entité commerciale<sup>21</sup>.

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<sup>22</sup>; 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<sup>23</sup>; c) la procédure de redressement

<sup>14</sup> Cette partie a été ajoutée à la suite des remarques formulées au sein du Groupe de travail (*ibid.*, par. 61).

<sup>15</sup> Le Glossaire figurant dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (ci-après le « Guide » et le « Glossaire »), 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, 48 et 49; et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 48 à 51 et 65 à 80.

<sup>16</sup> Recommandations 14 à 29 du Guide. « Ouverture de la procédure [d'insolvabilité] » : date effective de la procédure d'insolvabilité, qu'elle soit définie par la loi ou par une décision de justice (voir Glossaire, terme gg).

<sup>17</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 69 à 72.

<sup>18</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 73.

<sup>19</sup> Recommandation 112 du Guide, et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 71, 74 à 76 et 86.

<sup>20</sup> 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. Lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les critères sont les suivants : 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 (le Guide recommande que, dans les procédures d'insolvabilité simplifiées, les débiteurs qui satisfont aux critères peuvent demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité simplifiée à un stade précoce de leurs difficultés financières, sans avoir à prouver leur insolvabilité (recommandation 294)). Lorsque le ou les créanciers demandent l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les critères sont les suivants : le débiteur est dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance ou son passif dépasse la valeur de son actif.

<sup>21</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 77 et 78.

<sup>22</sup> Voir Glossaire, terme dd).

<sup>23</sup> Voir Glossaire, terme qq).

accélérée, qui combine des négociations volontaires de 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<sup>24</sup> ; d) la procédure d'insolvabilité simplifiée<sup>25</sup> ; 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<sup>26</sup>.

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<sup>27</sup>. 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<sup>28</sup>. 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<sup>29</sup>. 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<sup>30</sup>.

#### *Paragraphe 1*

4. Les dispositions législatives prévoient en particulier des règles pour déterminer la loi régissant la procédure et ses effets. Cette loi régit : a) les questions de compétence, d'éligibilité et de procédure ayant trait aux procédures d'insolvabilité, comme l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité ; b) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et les 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) les droits, créances, actions et litiges postérieurs à l'ouverture de la procédure.

5. Parmi les questions couvertes par le point a) figurent : les critères d'ouverture ; la notification d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; le rejet de la demande ou l'abandon de la procédure ; les types de procédures ; les étapes de la procédure ; la conversion de la procédure : les exigences et mécanismes de contrôle et d'approbation ; et les procédures de déclaration, de vérification et d'admission des demandes.

6. Parmi les questions couvertes par le point b) figurent : la position relative des créances les unes par rapport aux autres (c'est-à-dire le classement et les priorités) ; l'annulation ; 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, arrêt des

<sup>24</sup> Voir le texte sur l'objet des dispositions législatives précédant la recommandation 160 du Guide ; et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 75.

<sup>25</sup> Le Guide, partie 5.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 69.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 78.

<sup>30</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 77.

poursuites<sup>31</sup> ou déclassement). Ces questions concernent les effets de la procédure d'insolvabilité sur la validité et l'opposabilité des droits d'engager une procédure arbitrale en vertu de conventions d'arbitrage conclues, valides et opposables avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et sur l'exécution des droits et des créances valides et opposables découlant de sentences arbitrales obtenues avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

7. Parmi les questions couvertes par le point c) figurent : les droits et les créances découlant de l'utilisation et de la disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité et le financement postérieur à l'ouverture de la procédure ; les pouvoirs, les devoirs, les fonctions et la responsabilité du représentant de l'insolvabilité et les contestations des mesures prises par le représentant de l'insolvabilité ; la détermination et l'autorisation des dépenses administratives ; les contestations d'un plan de redressement ; et la remise de dette.

#### *Paragraphe 2*

8. Comme indiqué au paragraphe 2 de la disposition législative, les dispositions législatives ne prévoient pas de règles pour déterminer 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. Pour déterminer cette loi, le tribunal qui contrôle ou supervise la procédure d'insolvabilité ou un autre tribunal statuant sur une question liée à l'insolvabilité (par exemple, en vertu d'une clause de compétence figurant dans un contrat conclu avec le débiteur) appliquera les règles de droit international privé de son État, y compris les conventions internationales ou autres accords en vigueur pour cet État. Cette approche se reflète dans la recommandation 30 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité<sup>32</sup> (le « Guide »). Par exemple, en règle générale, la loi régissant le contrat déterminera l'existence d'une créance contractuelle contre le débiteur insolvable et son montant ; et la loi de l'État où est situé le bien (*lex rei sitae*<sup>33</sup>) déterminera si une sûreté réelle sur des biens immeubles a été constituée en faveur d'un créancier particulier. Ces dispositions législatives n'écartent pas ces règles de droit international privé ni le droit applicable résultant de l'application de ces règles.

9. Néanmoins, comme indiqué dans le commentaire du paragraphe 1 de la disposition législative ci-dessus, les procédures d'insolvabilité ont des effets sur les droits et créances antérieurs à l'ouverture de la procédure et ces effets relèvent de la loi régissant la procédure et ses effets, et non des règles de droit international privé<sup>34</sup>.

10. Les dispositions législatives ne prévoient donc pas de règles pour la localisation des actifs. Ces règles font partie des règles de droit international privé et sont utiles pour évaluer la validité et l'opposabilité des droits et des créances existant au moment

<sup>31</sup> « Arrêt des poursuites » : mesure qui empêche l'introduction, ou suspend la continuation, d'actions judiciaires, administratives ou autres actions individuelles visant les actifs, les droits, les obligations ou les dettes du débiteur, y compris les actions visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers ou à la réaliser ; et qui empêche les mesures d'exécution contre les actifs de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, ainsi que le transfert des actifs ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces actifs ou droits ou d'autres actes de disposition de ces actifs ou droits (voir Glossaire, terme e)).

<sup>32</sup> Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

<sup>33</sup> Voir Glossaire, terme cc).

<sup>34</sup> Pour des exemples d'instruments de la CNUDCI et d'autres instruments internationaux qui reconnaissent les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et créances antérieurs à l'ouverture de la procédure, voir par exemple les recommandations 3 et 88 du Guide ; la recommandation 223 du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et le commentaire relatif à l'article 94 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières, ainsi que l'article 14.2 de la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires.

de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité<sup>35</sup>. D'autres instruments internationaux s'appliquent à ces questions<sup>36</sup>.

11. De même, les dispositions législatives ne prévoient pas de règles de compétence<sup>37</sup>. Si elles sont pertinentes pour la loi régissant la procédure et ses effets, en particulier pour reconnaître et imposer les effets des procédures d'insolvabilité à l'étranger, les règles de compétence sont traitées dans d'autres textes, notamment les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité<sup>38</sup>. Par exemple, le Guide recommande que la loi sur l'insolvabilité spécifie quels débiteurs ont un lien suffisant avec l'État pour être soumis à ses dispositions et les motifs pour lesquels un débiteur peut être soumis à la loi sur l'insolvabilité, à savoir que le débiteur a son centre des intérêts principaux (COMI) ou un établissement dans cet État<sup>39</sup>.

12. De même, les dispositions législatives ne prévoient pas de règles de répartition des actifs entre les éventuelles procédures concurrentes. D'autres instruments internationaux abordent peut-être ces aspects<sup>40</sup>.

*Paragraphe 3*<sup>41</sup>

13. Les dispositions législatives ont été élaborées pour s'appliquer à toute procédure d'insolvabilité, mais le paragraphe 3 donne aux États adoptants la possibilité d'exclure certaines questions de leur champ d'application. Tout comme le paragraphe 2 de l'article 1 de la LTI et de la LTIGE, le paragraphe 3 fait référence aux procédures visant des banques, des compagnies d'assurance et d'autres entités similaires en tant qu'exemples de procédures que l'État adoptant peut décider d'exclure du champ d'application des dispositions législatives.

14. En adoptant le paragraphe 3, un État voudra peut-être s'assurer qu'il ne limite pas par inadvertance et de manière indésirable l'application des règles prévues par les dispositions législatives. L'État adoptant voudra peut-être préserver la possibilité d'appliquer les mêmes règles dans toutes les procédures d'insolvabilité, quels que soient les secteurs concernés par la procédure d'insolvabilité et quelles que soient les entités à l'égard desquelles une procédure d'insolvabilité est ouverte. Si l'État adoptant souhaite prévoir des exceptions à l'application des dispositions législatives, il est conseillé de mentionner expressément, au paragraphe 3, les exclusions au champ d'application des dispositions législatives, afin de rendre la loi nationale sur l'insolvabilité plus transparente.

## C. Définitions

5. Le projet de disposition législative et le commentaire qui l'accompagne reproduisent le texte dont le Groupe de travail était saisi à sa soixante et unième session. Des modifications mineures ont été apportées au projet de commentaire pour tenir compte des avis exprimés à cette session<sup>42</sup>. Le secrétariat a estimé qu'il était prématuré de proposer d'ajouter des termes supplémentaires dans la section

<sup>35</sup> A/CN.9/1126, par. 40 et 62.

<sup>36</sup> Voir, par exemple, art. 90 et 91 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières.

<sup>37</sup> A/CN.9/1126, par. 62.

<sup>38</sup> Par exemple, art. 14 g) de la LTI et par. 110 à 115 du Guide pour l'incorporation de la LTI.

<sup>39</sup> Voir recommandation 10 et commentaire correspondant. Une note de bas de page de cette recommandation indique que d'autres motifs, tels que la présence d'actifs, sont utilisés dans certains pays, mais ne sont pas recommandés.

<sup>40</sup> Voir, par exemple, Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (« refonte du Règlement (CE) »), art. 15.

<sup>41</sup> A/CN.9/1126, par. 61.

<sup>42</sup> Ibid., par. 63 à 65.

« Définitions » du projet de texte, compte tenu des questions en suspens liées à ces termes, par exemple :

a) La « *lex arbitri* »<sup>43</sup> dont le Groupe de travail doit tenir compte lors de l'examen de la loi régissant les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur le traitement des procédures arbitrales en cours ou pendantes (voir section H.3 ci-dessous, également en ce qui concerne les questions connexes des litiges qui n'ont pas encore été examinées par le Groupe de travail) ;

b) La « *lex rei sitae* » dont le Groupe de travail doit tenir compte lors de l'examen de la loi régissant les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les droits réels, l'examen de cette question ayant été reporté lors des sessions précédentes (voir point j) de la liste de la *lex fori concursus*) ; et

c) La « *lex societatis* »<sup>44</sup> dont le Groupe de travail doit tenir compte lors de l'examen de la loi applicable aux obligations et responsabilités des administrateurs pendant la période précédant l'insolvabilité. Il a été convenu que la version suivante des dispositions législatives ne devrait faire entrer dans le champ d'application de la *lex fori concursus* que les causes d'action contre des administrateurs étroitement liées à la procédure d'insolvabilité. Toutefois, le Groupe de travail a décidé d'examiner à un stade ultérieur la manière d'y parvenir (voir le projet de commentaire relatif au point t) dans la liste de la *lex fori concursus* ci-dessous).

## 1. Projet de disposition législative

### Définitions

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<sup>45</sup>.

## 2. Projet de commentaire

1. Aux fins des dispositions législatives, 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 relatives à l'insolvabilité<sup>46</sup>. Un lien suffisant avec l'insolvabilité 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) la loi qui régit les obligations et responsabilités des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité<sup>47</sup> ; b) la loi qui régit les procédures de restructuration de la dette dans

<sup>43</sup> **Ibid., par. 42.** La « *lex arbitri* » régit essentiellement les questions de procédure, comme les étapes que le tribunal doit suivre pour garantir la validité et l'exécution de sa sentence (par exemple, la notification de l'arbitrage aux parties) et les liens entre un tribunal arbitral et les tribunaux dans le pays où il siège. La *lex arbitri* n'énonce pas des règles de droit matériel utilisées par le tribunal arbitral pour résoudre le litige dont il est saisi.

<sup>44</sup> Il n'existe pas de définition uniforme de ce terme. Ce terme peut faire référence à la loi de l'État qui régit les relations du débiteur qui relèvent du droit des sociétés ou ses affaires internes. Voir note de bas de page 107 ci-dessous.

<sup>45</sup> **À la soixante et unième session du Groupe de travail, l'avis qui a prévalu était de conserver la disposition législative sans la modifier (A/CN.9/1126, par. 63).**

<sup>46</sup> **À la soixante et unième session du Groupe de travail, l'avis qui a prévalu était de remplacer l'expression « ayant un lien suffisant avec l'insolvabilité » par l'expression « relatives à l'insolvabilité » (ibid.).**

<sup>47</sup> **À la soixante et unième session du Groupe de travail, l'avis qui a prévalu était de reformuler le point a) pour faire référence aux obligations et aux responsabilités des administrateurs dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (ibid., par. 64 a)).**

le cadre d'une procédure préalable à l'insolvabilité<sup>48</sup> ; 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 actifs 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. Cette approche a été adoptée dans d'autres textes internationaux<sup>49</sup> et vise à promouvoir la sécurité quant au droit applicable. 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)<sup>50</sup>. 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. Primauté des obligations internationales

6. À sa soixante et unième session, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait inclure une disposition sur la primauté des obligations internationales, à moins que le texte final ne prenne la forme d'un complément aux lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité, qui comprenaient déjà une disposition en ce sens<sup>51</sup>. Compte tenu de cette question en suspens, le Secrétariat a estimé qu'il était prématuré de rédiger une disposition sur la question et un commentaire qui l'accompagne. S'il s'avère nécessaire de les inclure, cette disposition et le commentaire qui l'accompagne peuvent s'inspirer de l'article 3 de la LTI, de la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (LTJI)<sup>52</sup> et de la LTIGE ainsi que du commentaire qui l'accompagne. Comme l'a proposé le Groupe de travail, on pourrait compléter le commentaire se rapportant à cette disposition par

<sup>48</sup> À la soixante et unième session du Groupe de travail, l'avis qui a prévalu était de reformuler le point b) pour faire référence aux procédures de restructuration de la dette dans le cadre d'une procédure préalable à l'insolvabilité (ibid., par. 64 b)).

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Voir par exemple l'article 13-2 de la LTI et sa note de bas de page b, ainsi que le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 119 et 120.

<sup>51</sup> A/CN.9/1126, par. 54.

<sup>52</sup> Publication des Nations Unies. Numéro de vente : F.19.V.8. Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (2018), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

des références à des traités et à d'autres accords internationaux qui traitent des conflits de lois dans les procédures d'insolvabilité, tels que le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) (le « Protocole aéronautique »)<sup>53</sup> et le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (la « refonte du Règlement (CE) »)<sup>54</sup>.

## E. Exception d'ordre public

7. Le projet de disposition législative et le commentaire qui l'accompagne sont restés essentiellement inchangés par rapport à la soixante et unième session du Groupe de travail. À cette session, le Groupe de travail n'a pas examiné ce qui se passerait si l'on écartait la loi étrangère : est-ce que la *lex fori concursus* s'appliquerait dans tous les cas, ou est-ce que le tribunal serait 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* ? Il voudra peut-être examiner ces questions à sa soixante-deuxième session.

### 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<sup>55</sup> 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.

2. 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. 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

<sup>53</sup> Disponible à l'adresse <https://www.unidroit.org/fr/instruments/garanties-internationales/>.

<sup>54</sup> Contraignant et directement applicable dans les États membres de l'Union européenne (UE). Son champ d'application se limite aux procédures d'insolvabilité qui visent un débiteur dont le centre des intérêts principaux est situé dans l'Union européenne (voir le considérant 25). La refonte du Règlement (CE) a remplacé et annulé le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui se fondait lui-même sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité (signée à Bruxelles le 23 novembre 1995), mais qui n'est pas entrée en vigueur. Les articles 7 à 18 de la refonte du Règlement (CE) prévoient des règles sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité.

<sup>55</sup> À la soixante et unième session du Groupe de travail, il a été proposé de supprimer le mot « manifestement » du projet de disposition législative, mais l'avis qui a prévalu a été de le conserver (A/CN.9/1126, par. 66).

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 de l'État adoptant que son application remettrait en cause de manière intolérable les valeurs fondamentales de l'État adoptant (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 matière d'environnement, de droits de l'homme et à autres responsabilités sociales)).

## F. Interprétation

8. À sa soixante et unième session, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait inclure une disposition sur l'interprétation, à moins que le texte final ne prenne la forme d'un complément aux lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité, qui comprenaient déjà une disposition en ce sens<sup>56</sup>. Compte tenu de cette question en suspens, le Secrétariat a estimé qu'il était prématuré d'élaborer une disposition sur la question et un commentaire qui l'accompagne. S'il s'avère nécessaire de les inclure, cette disposition et le commentaire qui l'accompagne peuvent s'inspirer de l'article 8 de la LTI et de la LTJI et de l'article 7 de la LTIGE et du commentaire qui l'accompagne. Comme il est proposé au paragraphe 62 du document [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#), des indications supplémentaires pourraient figurer dans le futur commentaire pour tenir compte de la portée distincte du projet, en particulier le fait que l'application des dispositions législatives pouvait conduire à l'application d'une loi étrangère et impliquaient, par conséquent, que cette loi soit déterminée et vérifiée et à ce que des cultures, systèmes et concepts juridiques étrangers soient pris en compte. Dans de telles situations, la tendance pourrait être de s'appuyer davantage sur les concepts et règles locaux. Il convient d'éviter ce genre de tendances si l'on souhaite parvenir à une interprétation et une application uniformes des dispositions législatives. Lorsqu'une question concernant une matière régie par les dispositions législatives n'y est pas expressément tranchée, il convient de la trancher conformément aux principes généraux dont s'inspirent les dispositions. Le cas échéant, des règles juridiques analogues pourraient être appliquées pour produire les effets recherchés dans les dispositions législatives.

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

9. Outre les questions en suspens soulevées dans le projet de disposition législative sur la *lex fori concursus* et le commentaire qui l'accompagne ci-dessous, le Groupe de travail voudra peut-être rappeler ce qui suit :

a) Il a reporté l'examen des questions relatives à la loi régissant la procédure et ses effets soulevées dans le contexte de procédures concurrentes (procédures d'insolvabilité et autres), notamment des questions intéressant l'article 29 de la LTI (par exemple, la référence à la *lex fori concursus* du pays de la procédure étrangère

<sup>56</sup> Ibid., par. 55.

principale, y compris en ce qui concerne la portée, la durée, la modification et la levée de l'arrêt des poursuites)<sup>57</sup> ;

b) L'avis qui a prévalu à la soixante et unième session du Groupe de travail a été d'attendre les résultats des travaux d'UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé avant d'achever l'examen de la loi régissant le traitement des actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité<sup>58</sup>. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'au moment de l'élaboration du présent document, UNIDROIT n'avait pas achevé ses travaux sur la question, annonçant des consultations publiques sur le projet de texte<sup>59</sup>;

c) Le Groupe de travail a entendu différents avis sur l'opportunité de faire une exception à la *lex fori concursus* en ce qui concerne les contrats portant sur des biens immobiliers<sup>60</sup> ;

d) On a également observé qu'il fallait aborder les questions spécifiques découlant de l'insolvabilité de particuliers<sup>61</sup>.

10. Dans le même temps, le Groupe de travail est convenu qu'aucune exception à la *lex fori concursus* ne serait nécessaire en ce qui concerne le traitement des droits et licences de propriété intellectuelle dans les procédures d'insolvabilité<sup>62</sup>.

### 1. Projet de disposition législative

**La *lex fori concursus* en tant que loi par défaut régissant tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets**

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 ;
- d) La protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité[, y compris la portée, la durée, la modification et la levée de l'arrêt des poursuites]<sup>63</sup> ;
- e) L'utilisation et la disposition des actifs ;
- f) La proposition, l'approbation, l'homologation et l'exécution d'un plan de redressement ;

<sup>57</sup> Ibid., par. 68 à 72.

<sup>58</sup> Ibid., par. 39.

<sup>59</sup> Actifs numériques et droit privé – Consultation publique – UNIDROIT.

<sup>60</sup> A/CN.9/1126, par. 49.

<sup>61</sup> Ibid., par. 72.

<sup>62</sup> Ibid., par. 38.

<sup>63</sup> À sa soixante et unième session, le Groupe de travail a reporté l'examen de certaines questions relatives à ce point, notamment celle de savoir si l'arrêt des poursuites devait faire l'objet d'une liste distincte (ibid., par. 68 à 72).

- g) L'annulation de certaines opérations susceptibles de léser certaines parties<sup>64</sup> ;
- h) Le traitement des contrats, y compris les clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme (clauses *ipso facto*)<sup>65</sup> ;
- i) Le traitement de la compensation (set-off) ;
- j) [Le traitement des créanciers garantis]<sup>66</sup> ;
- k) Les droits et obligations du débiteur<sup>67</sup> ;
- l) Les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité<sup>68</sup> ;
- m) Les fonctions des créanciers et du comité des créanciers ;
- n) Le traitement des créances<sup>69</sup> ;
- o) Le classement des créances<sup>70</sup> ;
- 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 ; et
- t) Les actions connexes (qui découlent d'une procédure d'insolvabilité ou qui y sont substantiellement associés)<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> À sa soixante et unième session, le Groupe de travail est convenu de conserver le point g) relatif à la *lex fori concursus* mais a prié le secrétariat de rédiger une variante (ibid., par. 43). Pour la variante, voir la partie correspondante du commentaire tel que révisé.

<sup>65</sup> À sa soixante et unième session, le Groupe de travail est convenu que la *lex fori concursus* devait être la loi régissant les effets de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur la validité et l'efficacité des conventions d'arbitrage (ibid., par. 41). Ce point de la liste de la *lex fori concursus* traite de cette question, ce qui se traduit dans l'ensemble du projet de commentaire.

<sup>66</sup> À sa soixante et unième session, le Groupe de travail a reporté l'examen du traitement des créanciers garantis (ibid., par. 48).

<sup>67</sup> A/CN.9/1094, par. 80. À sa soixantième session, le Groupe de travail a reporté l'examen de la question de savoir si c'est la *lex fori concursus* ou la loi de l'État accordant la reconnaissance qui prévaudrait en cas de conflit concernant le pouvoir du débiteur de représenter la masse de l'insolvabilité dans l'État accordant la reconnaissance.

<sup>68</sup> Ibid. À sa soixantième session, le Groupe de travail a reporté l'examen de la question de savoir si c'est la *lex fori concursus* ou la loi de l'État accordant la reconnaissance qui prévaudrait en cas de conflit concernant le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de représenter la masse de l'insolvabilité dans l'État accordant la reconnaissance.

<sup>69</sup> À sa soixante et unième session, le Groupe de travail est convenu que la *lex fori concursus* devait être la loi régissant les effets de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur l'exécution des sentences arbitrales (A/CN.9/1126, par. 41). Ce point de la liste de la *lex fori concursus* traite de cette question, ce qui se traduit dans l'ensemble du projet de commentaire.

<sup>70</sup> A/CN.9/1094, par. 82. À sa soixantième session, le Groupe de travail, en référence au paragraphe 84 du commentaire accompagnant les recommandations 30 à 34 du Guide, a reporté l'examen de la question de savoir s'il convient d'aborder les règles visant à établir l'équivalence entre les créances locales et les créances étrangères aux fins de leur traitement dans la procédure d'insolvabilité et, le cas échéant, de quelle manière. Il a estimé que les termes « créance ordinaire » et « équivalence » figurant dans ce commentaire n'étaient pas clairs et nécessitaient d'être précisés.

<sup>71</sup> À la soixante et unième session du Groupe de travail, l'avis a prévalu qu'il convenait de conserver ce point, mais avec des modifications qui aligneraient son libellé sur celui utilisé dans un contexte similaire dans la LTJI : « actions connexes (survenant à la suite d'une procédure d'insolvabilité ou y étant substantiellement associées) » (A/CN.9/1126, par. 52).

## 2. Projet de commentaire

### Remarques générales

1. En vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* régit tous les aspects de la procédure d'insolvabilité et 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<sup>72</sup>.

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)<sup>73</sup> ; 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. Outre l'arrêt des poursuites et l'annulation, la loi sur l'insolvabilité peut exiger le déclassement des créances (comme celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (recommandation 184 du Guide). Elle peut également interdire l'exécution de certaines clauses contractuelles (par exemple, les clauses *ipso facto* (recommandation 70 du Guide)) 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 du Guide), et 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 du Guide).

#### 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* régit les questions d'éligibilité et de compétence, et peut prévoir des régimes d'insolvabilité

<sup>72</sup> A/CN.9/1088, par. 86. Voir, toutefois, A/CN.9/1126, par. 69 à 72 : à la soixante et unième session du Groupe de travail, l'avis a été exprimé qu'il serait inapproprié d'imposer ces effets de manière extraterritoriale notamment s'agissant de l'arrêt des poursuites. Le Groupe de travail a reporté l'examen de ces questions.

<sup>73</sup> 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.

et des traitements particuliers qui peuvent s'appliquer en fonction des différents secteurs de l'économie, de la taille de l'entreprise du débiteur, du niveau d'endettement du débiteur 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 : i) les circonstances dans lesquelles il est possible d'ouvrir une procédure d'insolvabilité spécifique ; ii) 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 iii) 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). La *lex fori concursus* définit en outre les critères de rejet de la demande et d'abandon de la procédure et établit des règles relatives à la notification de la demande et de l'ouverture, notamment au contenu de ces notifications et à leur mode de transmission.

**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. Par ailleurs, elle régit le traitement des actifs postérieurs à l'ouverture de la procédure (par exemple, les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et les actifs recouvrés au moyen de différentes actions, notamment en annulation).

7. Des lois non liées à l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, comme le droit de la propriété, le droit relatif aux droits humains, 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 la caractérisation d'un actif (corporel ou incorporel, meuble ou immeuble) et les droits y afférents (réels ou contractuels), la détermination du droit de propriété et des autres droits de propriété, ainsi que le traitement des actifs grevés, des actifs appartenant à des tiers, des actifs détenus conjointement et des actifs étrangers.

8. Ce point est 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. En outre, il est étroitement lié aux dispositions relatives à la primauté des obligations internationales, étant donné que le traitement de certains actifs dans les procédures d'insolvabilité peut être soumis à un régime spécial contraignant pour l'État partie. Ce régime peut déterminer si un actif particulier doit être inclus dans la masse de l'insolvabilité et, dans l'affirmative, dans quelle procédure d'insolvabilité il devrait être administré en cas de procédures parallèles.

**d) Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité[, y compris la portée, la durée, la modification et la levée de l'arrêt des poursuites]**

9. 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.

10. 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 l'arrêt des 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 la LTI, par exemple, 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<sup>74</sup>. 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*<sup>75</sup>. Elles peuvent donc être différentes dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et dans l'État de reconnaissance.

11. Néanmoins, d'après les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, les États sont censés coopérer et coordonner leurs efforts dans les affaires d'insolvabilité internationale dans toute la mesure du possible<sup>76</sup>. Les moyens de parvenir à une coopération et une coordination les plus étroites possibles risquent de varier, comme la fourniture d'une assistance à la procédure étrangère et au représentant étranger en vertu des lois sur l'insolvabilité et d'autres lois. En outre, un principe fondamental des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité est que les mesures jugées nécessaires pour la conduite coordonnée et équitable d'une procédure d'insolvabilité internationale devraient être disponibles pour faciliter la procédure étrangère, que ce soit à titre provisoire ou à la suite d'une reconnaissance<sup>77</sup>. Les mesures visées aux articles 19 à 21 ou l'assistance supplémentaire visée à l'article 7 de la LTI peuvent prévoir l'application de la *lex fori concursus*, y compris en ce qui concerne la portée, la durée, la modification et la levée de l'arrêt des poursuites, si le droit interne de l'État accordant la reconnaissance le prévoit (voir art. 20-2 et art. 21-1 g) de la LTI). Cette possibilité serait soumise aux protections habituelles, notamment l'exception d'ordre public et la protection adéquate des intérêts des créanciers et d'autres parties intéressées, comme le débiteur (art. 6, 21-2 et 22 de la LTI).

12. Conformément à ces objectifs, les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité prévoient 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 sont susceptibles d'entraver 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. L'incohérence d'un sursis, par exemple, surviendrait typiquement lorsque le sursis autorise l'engagement ou la poursuite d'actions individuelles dans la mesure nécessaire pour préserver une créance, mais n'autorise pas la reconnaissance et l'exécution ultérieures de tout jugement qui en découle. Il pourrait également se produire lorsque le sursis n'a pas permis l'engagement ou la poursuite de ces actions

individuelles et que la procédure donnant lieu à l'arrêt a été engagée après la délivrance du sursis (et était donc potentiellement en violation du sursis)<sup>78</sup>.

13. D'autres textes internationaux, tels que le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) (le « Protocole aéronautique »)<sup>79</sup>, envisagent de s'en remettre à la *lex fori concursus* de la procédure étrangère principale.

#### **e) Utilisation et disposition des actifs**

14. En vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* : i) détermine 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 ; ii) fixe les conditions et les limites à l'utilisation et à la disposition des actifs (par exemple, notifications aux créanciers, approbation du tribunal) ; iii) 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 iv) définit des notions telles que le « cours normal des affaires », les « personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur », etc.

15. 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 (un entrepreneur individuel) 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 ; et 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.

16. 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 la portée, la durée, la modification et la levée de 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 actifs et des affaires du débiteur.

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

17. En vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* régit la nature et la forme du plan ; le moment où il sera proposé ; les parties autorisées à

<sup>74</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 194.

<sup>75</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 38.

<sup>76</sup> Voir, par exemple, le chapitre IV de la LTI et le chapitre 2 de la LTIGE.

<sup>77</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 35.

<sup>78</sup> Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 107.

<sup>79</sup> Disponible à l'adresse : [www.unidroit.org/instruments/security-interests/](http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/). Voir en particulier art. XXX-4.

l'établir ; son contenu ; son approbation par les créanciers ; le traitement des créanciers opposants ; le point de savoir si le plan doit être homologué par le tribunal ; les effets du plan ; et la mise en œuvre.

18. Des lois non liées à l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent s'appliquer, par exemple : i) à la conversion de créances en prises de participation ; ii) aux licenciements, aux modifications des conventions collectives et à la participation des salariés et des syndicats aux procédures d'insolvabilité ; iii) aux investissements étrangers et au contrôle des changes ; et iv) à la protection des informations confidentielles ou sensibles sur le plan commercial<sup>80</sup>.

**g) Annulation de certaines opérations susceptibles de léser certaines parties**

19. En vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine : i) les types d'opérations qui peuvent être annulés et ceux qui échappent à l'application des dispositions d'annulation ; ii) les critères d'annulation, y compris les éléments à prouver et les moyens de défense<sup>81</sup> ; iii) la durée de la période suspecte et la date à partir de laquelle elle est calculée rétroactivement ; iv) les tribunaux compétents pour connaître des actions en annulation dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; v) les personnes susceptibles d'engager une action en annulation et les conditions y relatives ; vi) les sources de financement des dépenses liées aux actions en annulation, y compris l'admissibilité d'un financement par des tiers et les conditions et garanties relatives à l'obtention d'un tel financement ; vii) les effets de l'annulation ; viii) la responsabilité du cocontractant à l'opération annulable et les voies de droit en cas de non-respect ; et ix) la possibilité de recourir à l'annulation en cas de conversion de la procédure et, le cas échéant, la portée de celle-ci et les opérations qui sont susceptibles ou non d'être annulées ainsi que les opérations qui échappent à l'application des dispositions d'annulation.

20. Si les présentes dispositions législatives prévoient une exception à la *lex fori concursus* en ce qui concerne les contrats de travail, elles réaffirment que c'est la *lex fori concursus* qui régit l'annulation des contrats ou relations de travail. Les dispositions législatives prévoient une exception à la *lex fori concursus* en ce qui concerne l'annulation uniquement pour les paiements ou opérations qui ont été effectués dans un système de paiement ou de règlement ou sur un marché financier réglementé. Dans ces cas, l'annulation est régie par la loi applicable à ce système ou à ce marché.

[Le Groupe de travail a demandé au secrétariat de rédiger une variante en se fondant sur l'article 16 de la refonte du Règlement (CE)<sup>82</sup>. La variante ci-dessous est soumise au Groupe de travail afin qu'il l'examine. Le projet de commentaire sera modifié pour tenir compte de l'issue des délibérations du Groupe de travail sur la question.

« L'annulation est régie par la *lex fori concursus*, sauf lorsque l'autre partie à l'opération qui est l'objet de l'annulation apporte la preuve que la loi d'un État autre que la *lex fori concursus* s'applique à cette opération et que cette autre loi ne permet pas en l'espèce d'annuler l'opération.

La présente disposition peut être écartée s'il est établi que la loi de cet autre État n'a pas de lien substantiel avec les parties ou l'opération, qu'il n'y a pas de raisons suffisantes pour appliquer cette loi à l'opération et que son application dans le cas d'espèce sera préjudiciable à l'ensemble des créanciers et des autres parties intéressées dans la procédure d'insolvabilité ».]

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> Parmi les moyens de défense qui ne sont pas expressément mentionnés dans le Guide, on peut arguer que l'opération concernée est soumise à une loi autre que la *lex fori concursus* et que cette

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

21. En vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine : i) la qualification des contrats ; ii) 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, le moment où ces décisions devraient être prises et le moment à partir duquel le rejet prendra effet rétroactivement ; iii) la question 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 le cas où la loi de l'insolvabilité les écarte, le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de rétablir des contrats qui avaient été 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 ; iv) les exceptions aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité visés aux alinéas ii) et iii) ci-dessus ; v) le traitement des contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure ; et vi) le traitement des conventions d'arbitrage.

22. 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 et des conventions d'arbitrage. Par exemple, dans la plupart des pays, les questions d'arbitrage commercial international seront régies par la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (la « Convention de New York ») qui, entre autres, oblige les tribunaux des États parties à donner pleinement effet aux conventions d'arbitrage en renvoyant à l'arbitrage les parties qui les saisissent d'un litige en violation de leur convention d'arbitrage (art. II<sup>83</sup>).

23. 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) 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*.

[Le Groupe de travail a reporté l'examen des contrats relatifs aux biens immobiliers (art. 11-1 de la refonte du Règlement (CE)). Le projet de commentaire pourrait être modifié pour tenir compte de l'issue des délibérations du Groupe de travail sur la question.]

**i) Traitement de la compensation (set-off)<sup>84</sup>**

24. En vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine si la compensation est autorisée dans les procédures d'insolvabilité et, le cas échéant, à l'égard de quelles obligations et sous quelles conditions elle l'est, en particulier : i) si elle est autorisée uniquement à l'égard des obligations monétaires qui viennent à échéance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou également à l'égard de celles qui viendraient à échéance après ; ii) si les obligations soumises à compensation doivent naître d'un contrat unique ou peuvent naître de contrats multiples (c'est-à-dire qu'elles ne sont pas nécessairement mutuelles ou liées) ; et iii) si l'arrêt des poursuites s'applique à l'exercice des droits de compensation et, dans l'affirmative,

autre loi ne permet en l'espèce par aucun moyen de contester l'opération. Certains États peuvent choisir d'écarter ce moyen de défense si le choix de cette autre loi est abusif et préjudiciable aux intérêts des créanciers et des autres parties à la procédure d'insolvabilité.

<sup>82</sup> A/CN.9/1126, par. 43.

<sup>83</sup> Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 330, n° 4739, p. 3. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (la « Convention de New York ») | Commission des Nations unies pour le droit commercial international.

<sup>84</sup> A/CN.9/1126, par. 44.

la question du traitement des créanciers qui ont ce genre de droits (par exemple, en tant que créanciers garantis), ou s'il ne s'applique pas et, dans ce cas, si la compensation est automatiquement effectuée à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La *lex fori concursus* régit également la compensation des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et l'annulation des compensations effectuées avant l'ouverture de la procédure et des opérations connexes (par exemple, achat de créances au rabais dans le but d'accumuler des droits de compensation).

25. Il existe différents types de compensation (contractuelle, légale, équitable, bancaire, etc.). Le point i) se réfère uniquement à la compensation obligatoire en cas d'insolvabilité, qui s'appliquerait indépendamment de tout accord conclu entre les parties contractantes. L'utilisation du mot « traitement » dans ce point vise à exprimer cette interprétation et aussi le fait que la *lex fori concursus* régit le traitement de la compensation dans les procédures d'insolvabilité indépendamment de la loi qui régit la validité et l'opposabilité des droits de compensation et des créances existant au début de la procédure d'insolvabilité.

26. Ce point est étroitement lié à d'autres points de la liste, notamment le point d) sur la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité[, y compris la portée, la durée, la modification et la levée de l'arrêt des poursuites] ; le point g) sur l'annulation ; le point h) sur le traitement des contrats ; et le point n) sur le traitement des créances. Il est également lié à une exception à la *lex fori concursus* pour la loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants et les actions en annulation dans un système de paiement ou de règlement ou un marché financier réglementé. En vertu de cette exception, les effets des procédures d'insolvabilité sur les droits et obligations de compensation dans ces systèmes et marchés sont régis par la loi applicable à ces systèmes et marchés.

**j) [Traitement des créanciers garantis]**

[Le Groupe de travail a reporté l'examen de cette question.]<sup>85</sup>

**k) Droits et obligations du débiteur**

27. Comme indiqué ci-dessus, en vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine si un régime de non-dessaisissement ou de dessaisissement total ou partiel du débiteur sera mis en place. Elle régit également les droits et obligations du débiteur, y compris de ses administrateurs, dans chacun de ces régimes et dans un cas d'insolvabilité précis, ainsi que les conditions de conversion d'un régime à l'autre.

28. Ce point est lié à d'autres points de la liste de la *lex fori concursus*, en particulier le point e) qui traite de l'utilisation et de la disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité, et dans ce contexte également à la définition de l'expression « cours normal des affaires » et au traitement des opérations non autorisées.

29. 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, la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale<sup>86</sup> et la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale<sup>87</sup> peuvent s'appliquer.

[Le Groupe de travail a reporté l'examen de la question de savoir si c'est la *lex fori concursus* ou la loi de l'État accordant la reconnaissance qui prévaudrait en cas de conflit concernant le pouvoir du débiteur de représenter la masse de l'insolvabilité dans l'État de reconnaissance.]

### I) Devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité

30. 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 pouvoirs 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 (art. 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 (art. 5 de la LTJI), de coopérer et de communiquer directement avec les tribunaux et représentants étrangers (art. 26 de la LTI) et de prendre un engagement concernant le traitement des créances étrangères (voir art. 28 à 32 de la LTIGE).

31. En exerçant leurs fonctions à l'étranger, les représentants de l'insolvabilité sont soumis au droit interne des États étrangers, notamment aux traités internationaux et autres accords auxquels ces États peuvent être parties. 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 art. 9 et 10 de la LTI)<sup>88</sup>. Le représentant de l'insolvabilité est fondé à demander une assistance en vertu des lois de l'État adoptant<sup>89</sup> et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si les conditions d'ouverture d'une telle procédure à l'interne sont réunies (art. 11 de la LTI)<sup>90</sup>. Une fois qu'il a demandé la reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger peut demander des mesures provisoires (art. 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 actifs du débiteur ou la coopération avec la procédure étrangère (voir art. 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 (art. 23 de la LTI) et intervenir dans toute procédure engagée par ou contre le débiteur (art. 24 de la LTI).

<sup>85</sup> **Ibid.**, par. 45 à 48. Pour l'historique de l'examen de ce point aux précédentes sessions du Groupe de travail et les questions soulevées à ces sessions, voir [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#), par. 39 à 42.

<sup>86</sup> Pour l'état de la Convention et les déclarations et réserves faites à son égard, voir <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=17>.

<sup>87</sup> Pour l'état de la Convention et les déclarations et réserves faites à son égard, voir <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=82>.

<sup>88</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 108 à 111.

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 112 à 114.

32. Ces dispositions se limitent à donner qualité pour agir au représentant de l'insolvabilité, sans lui donner de pouvoirs ou de droits spécifiques, et ne déterminent pas l'issue des demandes qu'il décidera de présenter<sup>91</sup>. 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 et la loi interne de l'État accordant la reconnaissance (voir, par exemple, art. 19, 21 et 22 de la LTI). Celles-ci peuvent limiter les pouvoirs dont le représentant de l'insolvabilité jouit 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, 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 de l'insolvabilité étranger, sans les limiter à ceux dont dispose un représentant de l'insolvabilité local en vertu de la législation interne. Le droit interne peut effectivement s'en remettre à la *lex fori concursus* en ce qui concerne les devoirs et les fonctions du représentant de l'insolvabilité, sous réserve des garanties habituelles.

[Le Groupe de travail a reporté l'examen de la question de savoir si c'est la *lex fori concursus* ou la loi de l'État accordant la reconnaissance qui prévaudrait en cas de conflit concernant le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de représenter la masse de l'insolvabilité dans l'État de reconnaissance.]

#### **m) Fonctions des créanciers et du comité des créanciers**

33. 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.

34. 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<sup>92</sup>. Il est également lié au point suivant (traitement des créances)<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> Pour la description du rôle des créanciers et des comités de créanciers, y compris dans la supervision du débiteur non dessaisi et du représentant de l'insolvabilité, voir par exemple les recommandations 126 à 136 du Guide et le commentaire qui l'accompagne.

<sup>93</sup> Les créanciers peuvent être 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. Voir, par exemple, les recommandations 169 à 184 du Guide et le commentaire qui l'accompagne.

#### n) Traitement des créances

35. En vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* régit : i) 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) ; ii) 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<sup>94</sup> ; iii) les conséquences du défaut de déclaration ; iv) les règles d'évaluation des créances ; v) le traitement des créances contestées ; vi) les effets de la présentation et de l'admission des créances ; vii) l'examen des décisions relatives aux créances (par exemple, leur rejet ou traitement particulier) ; viii) le traitement des contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure ; ix) le traitement des créances en cas de conversion ; x) l'accumulation et le versement d'intérêts ; et xi) les règles relatives à la prise d'engagements concernant le traitement des créances étrangères, y compris la question de savoir si le représentant de l'insolvabilité est autorisé à prendre de tels engagements vis-à-vis des créanciers étrangers afin d'éviter l'ouverture de procédures parallèles et, dans l'affirmative, les exigences formelles, 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<sup>95</sup> (en vertu de la LTIGE, 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). 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, sous réserve de l'existence de tels engagements.

36. Différentes lois non liées à l'insolvabilité peuvent être 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. Les conventions internationales, comme la Convention de La Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (5 octobre 1961), peuvent être applicables à la présentation, à la vérification et à l'admission des créances étrangères. Des règles spéciales peuvent s'appliquer au traitement des créances publiques (étrangères) et des créances résultant de sentences arbitrales. Dans la plupart des États, la Convention de New York sera applicable au traitement des sentences arbitrales étrangères et non nationales<sup>96</sup>.

37. Ce point est lié aux points relatifs au traitement des créanciers garantis et à la compensation ainsi qu'à la mise en œuvre du plan de redressement<sup>97</sup>.

#### o) Classement des créances

38. En vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine 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. Lorsque le déclassement est envisagé, la *lex fori concursus* en régit les conditions et les limites. Dans les cas où il est autorisé de prendre un engagement concernant le traitement des créances étrangères afin d'éviter l'ouverture de procédures parallèles<sup>98</sup>, la *lex fori concursus* détermine les formalités à suivre, 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. En vertu de la LTIGE, 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, notamment en ce qui concerne leur classement. Nonobstant l'exception à la *lex fori concursus* qui s'applique aux contrats et relations de travail dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine le classement des créances salariales, sous réserve de l'existence de tels engagements.

39. 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<sup>99</sup> ; 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).

40. 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<sup>100</sup>.

[En référence au paragraphe 84 du commentaire accompagnant les recommandations 30 à 34 du Guide, le Groupe de travail a reporté l'examen de la question de savoir s'il convient d'aborder les règles visant à établir l'équivalence entre les créances locales et les créances étrangères aux fins de leur traitement dans la procédure d'insolvabilité et, le cas échéant, de quelle manière. Il a estimé que les termes « créance ordinaire » et « équivalence » figurant dans ce commentaire n'étaient pas clairs et nécessitaient d'être précisés.]

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

41. 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 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.

42. Ce point est lié aux autres points de la liste de la *lex fori concursus*, en particulier le point g) sur l'annulation, le point h) sur le traitement des contrats et le point n) sur le traitement des créances. Par exemple, les coûts et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité comprennent les coûts et dépenses liés à la participation du

<sup>94</sup> Voir art. 13 et 14 de la LTI et commentaire correspondant aux paragraphes 118 à 126 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI.

<sup>95</sup> Voir, par exemple, art. 28 à 32 de la LTIGE et art. 36 de la refonte du Règlement (CE).

<sup>96</sup> Par « non nationales » on entend les sentences qui, bien que rendues sur le territoire de l'État où leur exécution est demandée, sont considérées comme « étrangères » par la loi de l'État en question parce que la procédure comporte un facteur d'extranéité, comme c'est le cas, par exemple, lorsque les règles de procédure d'un autre État sont appliquées. Voir le Guide de la convention de New York, disponible à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration>.

<sup>97</sup> Le plan aborde généralement le traitement des créances et peut également préciser la loi applicable.

<sup>98</sup> Voir, par exemple, art. 28 à 32 de la LTIGE et art. 36 de la refonte du Règlement (CE).

<sup>99</sup> Par exemple, la Convention de 1992 sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur (n° 173) de l'OIT.

<sup>100</sup> Voir art. 13-2 de la LTI et commentaire correspondant.

représentant de l'insolvabilité à diverses procédures ayant une incidence sur la masse de l'insolvabilité, telles que les procédures judiciaires ou arbitrales concernant des créances contestées ou les procédures d'annulation.

**q) Répartition du produit**

43. 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<sup>101</sup>.

44. Ce point est étroitement lié aux autres points de la liste de la *lex fori concursus*, en particulier le point n) sur le traitement des créances et le point o) sur le classement des créances. Si la *lex fori concursus* autorise la prise d'un engagement concernant le traitement des créances étrangères afin d'éviter l'ouverture de procédures parallèles<sup>102</sup>, les créances concernées seront traitées conformément au traitement qu'elles recevraient dans une procédure parallèle non ouverte, y compris en ce qui concerne la répartition du produit.

**r) Clôture de la procédure**

45. En vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine la manière de mettre fin à la procédure, les conditions préalables à la clôture et les formalités à accomplir, et 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**

46. En vertu des présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine : i) les conditions générales de la décharge, y compris les dettes non susceptibles de remise ; ii) les procédures et conditions préalables à la décharge, qui peuvent différer en fonction du type de procédure (liquidation, redressement, procédure normale ou simplifiée) ; iii) la date à partir de laquelle la décharge sera effective<sup>103</sup> ; et iv) les critères de refus de la décharge et d'annulation d'une décharge déjà accordée.

47. [Il peut être difficile de faire reconnaître et d'imposer à l'étranger les effets de la *lex fori concursus* sur la décharge des dettes régie par une autre loi.]<sup>104</sup>

**t) Actions connexes (qui découlent d'une procédure d'insolvabilité ou qui y sont substantiellement associées)<sup>105</sup>**

48. Le point t) est une disposition fourre-tout destinée à couvrir les actions qui ne sont pas spécifiquement mentionnées sur la liste de la *lex fori concursus* mais qui découlent néanmoins d'une procédure d'insolvabilité ou qui y sont substantiellement associées. Il peut s'agir par exemple : i) d'ajustements liés à l'insolvabilité qui entraînent un traitement particulier des créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ou de celles détenues contre ces personnes ; et ii) les

<sup>101</sup> 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 de redressement et si la répartition a lieu conformément aux règles en la matière contenues dans le plan de redressement.

<sup>102</sup> Voir, par exemple, art. 28 à 32 de la LTIGE et art. 36 de la refonte du Règlement CE.

<sup>103</sup> La mention « ses effets » figurant dans le chapeau de la disposition législative vise à tenir compte des deux situations, lorsque la décharge est accordée pendant la procédure d'insolvabilité et après la clôture de la procédure (A/CN.9/1126, par. 74).

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Ibid., par. 52.

actions engagées en vertu de la loi sur l'insolvabilité qui visent à tenir les administrateurs responsables de leurs actes à l'origine de l'insolvabilité ou qui y ont contribué<sup>106</sup>.

49. En ce qui concerne les actions contre les administrateurs, contrairement aux effets de la procédure d'insolvabilité sur les obligations et responsabilités des administrateurs nées pendant la procédure d'insolvabilité visées au point k), qui sont toujours régis par la *lex fori concursus*, les dispositions législatives ne prévoient pas que les effets d'une procédure d'insolvabilité sur les obligations et responsabilités de tous les administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité soient régis par la *lex fori concursus*. Dans la plupart des cas, la loi applicable aux relations du débiteur relevant du droit des sociétés (*lex societatis*<sup>107</sup>) continuera de s'appliquer à ces relations malgré l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Le point t) vise à énoncer les motifs très limités qui peuvent engager la responsabilité des administrateurs et les actions qui peuvent être engagées à leur encontre lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Parmi les motifs énoncés figurent, dans de nombreux pays, les fautes de gestion et le manquement à l'obligation de déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité. En dehors des quelques rares cas très étroitement liés au droit de l'insolvabilité et aux procédures d'insolvabilité, il sera inapproprié de soumettre les obligations et la responsabilité des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité à l'effet rétroactif de la *lex fori concursus*.

50. Dans certains pays, par exemple, les administrateurs peuvent voir leur responsabilité pénale engagée s'ils ne demandent pas l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans le délai prévu par la loi après la survenance de certains événements. Dans d'autres pays, cette exigence ne s'applique pas nécessairement et les administrateurs peuvent être encouragés à s'engager dans des négociations extrajudiciaires de restructuration de la dette. L'interprétation restrictive du point t) quant à son application aux administrateurs garantit que les administrateurs du deuxième groupe sont exemptés de toutes responsabilités et obligations imprévues qui s'appliqueraient normalement aux administrateurs du premier groupe. Les risques d'exposition à ces responsabilités et obligations imprévues peuvent varier selon que la procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'endroit où se trouve : i) le centre des intérêts principaux du débiteur qui coïncide avec son lieu d'immatriculation ou de constitution en société ou son « siège réel » ; ii) le centre des intérêts principaux du débiteur qui diffère de son lieu d'immatriculation ou de constitution en société ou de son « siège réel » ; iii) l'établissement du débiteur ; ou iv) les actifs du débiteur. Les risques sont plus élevés lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte par des créanciers dans un pays autre que le pays du centre des intérêts principaux. Dans d'autres cas, la conclusion à laquelle arrivera la *lex societatis* peut être similaire à celle du centre des intérêts principaux, de sorte que la *lex societatis* sera très probablement la même que la *lex fori concursus*.

51. En outre, si la *lex fori concursus* suit l'interprétation large du terme « administrateurs », comme le recommande par exemple la quatrième partie du Guide<sup>108</sup>, des considérations d'ordre public, voies de droit et mécanismes d'exécution

<sup>106</sup> *Ibid.*, par. 50 et 73.

<sup>107</sup> Il n'existe pas d'interprétation uniforme de la *lex societatis*. Certains pays appliquent le critère de la « constitution en société » tandis que d'autres appliquent celui du « siège réel », la compréhension de ce dernier n'étant pas non plus uniforme. Dans le cadre de l'approche de la « constitution en société », la loi du pays dans lequel la société est créée ou constituée s'applique à tous les aspects de la gouvernance de cette société ; selon l'approche du « siège réel », la loi du pays dans lequel la société a son siège « réel » (c'est-à-dire son centre de gestion et de contrôle) régit ces questions.

<sup>108</sup> La référence faite aux « administrateurs » englobe toute personne exerçant un contrôle effectif sur le débiteur (par exemple, administrateurs de fait ou occultes, actionnaires, prêteurs, etc.) (recommandation 258 et commentaire correspondant).

divers (y compris l'interdiction d'exercer) peuvent entrer en ligne de compte en fonction des personnes qui s'avèrent exercer un contrôle effectif sur l'entreprise du débiteur dans la période précédant l'insolvabilité. Certains administrateurs (par exemple, les prêteurs institutionnels) peuvent ne pas être soumis à la *lex fori concursus* étrangère.

## H. Exceptions à l'application de la *lex fori concursus*

### 1. Contrats et relations de travail

11. Le Groupe de travail est convenu de modifier le projet de disposition législative comme indiqué ci-dessous. Le projet de commentaire a été révisé pour tenir compte de ces changements<sup>109</sup>.

#### a) Projet de disposition législative

##### **Loi régissant les effets des procédures d'insolvabilité sur les contrats et relations de travail**

Les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats et les relations de travail sont régis par la loi applicable au contrat ou à la relation<sup>110</sup>.

#### b) Projet de commentaire

1. Selon la présente disposition législative, les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats et les relations de travail devraient être régis par la loi applicable au contrat ou aux 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 les contrats ou les relations de travail.

2. Le traitement et le classement des créances salariales ne sont pas couverts par l'exception prévue dans cette disposition. 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). Toutefois, si la *lex fori concursus* autorise la prise d'un engagement concernant des créances salariales étrangères afin d'éviter l'ouverture de procédures parallèles (voir le commentaire sur les points n), o) et q) de la liste de la *lex fori concursus* ci-dessus), les créances salariales concernées pourraient être traitées de la même manière qu'elles le seraient dans le cadre d'une procédure parallèle non ouverte.

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 les 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 priorité est donnée à la préservation de l'emploi 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

<sup>109</sup> A/CN.9/1126, par. 75 à 79.

<sup>110</sup> À sa soixante et unième session, le Groupe de travail a approuvé ce libellé (ibid., par. 79).

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, peuvent : protéger les travailleurs contre les licenciements abusifs et la discrimination<sup>111</sup> ; prévoir un filet de sécurité financier pour les travailleurs ; imposer des restrictions au rejet ou à la modification des contrats de travail et des conditions de mise en œuvre des licenciements (y compris la notification à l'autorité compétente de l'État)<sup>112</sup> ; 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 à la liquidation et au 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 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 traitement des contrats et des relations de travail dans les procédures d'insolvabilité. Ce risque augmente si les effets de la procédure d'insolvabilité sur ces questions sont régis par la *lex fori concursus*. 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 la présente disposition législative élimine la souplesse qui peut être souhaitée et nécessaire pour poursuivre l'activité, préserver l'emploi et garantir les salaires, en particulier lors d'un redressement. Cette approche 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 traitement des contrats ou des relations de travail. Il sera alors nécessaire d'évaluer ces différents arrangements, par exemple, lorsque le débiteur a des travailleurs dans différents pays dans lesquels le droit national du travail s'applique obligatoirement aux contrats ou relations de travail. Ce besoin peut également se faire sentir lorsqu'il est possible de choisir la loi applicable aux contrats ou relations de travail. Cette liberté s'accompagne généralement de garanties visant à protéger les travailleurs contre les conséquences négatives de leur acceptation de la loi choisie, 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). 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

<sup>111</sup> Voir, par exemple, la Convention de 1982 sur le licenciement (n° 158) de l'OIT.

<sup>112</sup> Voir la recommandation 71 du Guide et commentaire correspondant.

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 traitement 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 un contrat ou une relation de travail en particulier. 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.).

## 2. Systèmes de paiement ou de règlement et marchés financiers réglementés

12. À sa soixante et unième session, le Groupe de travail est convenu d'ajouter le mot « réglementés » après « marchés financiers » et de supprimer le mot « uniquement » dans le projet de disposition législative figurant au paragraphe 58 du document [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#)<sup>113</sup>. Le projet de disposition législative rend compte de cet accord.

13. À la même session, le Groupe de travail a demandé au secrétariat de faire figurer, dans le commentaire d'accompagnement : a) le contenu du paragraphe 50 du document [A/CN.9/WG.V/WP.179](#) qui expliquait la portée prévue de l'exception ; b) les éventuelles exceptions à cette exception ; et c) les aspects liés aux actifs numériques<sup>114</sup>. Le projet de commentaire a été élaboré en conséquence et sera complété en temps utile. Il vaudra peut-être examiner si la disposition législative elle-même devrait délimiter le champ d'application de l'exception de manière plus étroite, compte tenu du large éventail de systèmes autonomes et automatisés dans le monde numérique qui sont utilisés pour effectuer des paiements et des règlements en ligne et auxquels l'exception n'est peut-être pas censée s'appliquer.

### a) Projet de disposition législative

#### **Loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants et les actions en annulation dans un système de paiement ou de règlement ou un marché financier réglementé**

Les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de paiement ou de règlement ou à un marché financier réglementé sont régis par la loi applicable à ce système ou à ce marché. Cette loi régit également les actions en annulation qui peuvent être engagées à l'égard d'un paiement ou d'une opération effectuée dans le système ou sur le marché en question.

### b) Projet de commentaire

1. Selon la présente disposition législative, les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de paiement ou de règlement

<sup>113</sup> [A/CN.9/1126](#), par. 53.

<sup>114</sup> *Ibid.*

ou à un marché financier réglementé devraient être régis uniquement par la loi applicable à ce système ou marché.

2. Les systèmes et marchés destinés à être couverts par l'exception sont des systèmes et marchés multilatéraux étroitement intégrés où l'insolvabilité d'un participant risquait d'entraîner une série de défaillances dans des opérations adossées, ce qui pouvait mettre d'autres participants au système ou au marché en difficulté financière et, dans le pire des cas, provoquer l'effondrement financier d'autres cocontractants, y compris d'institutions financières réglementées<sup>115</sup>. Cet effet domino est souvent appelé risque systémique<sup>116</sup>.

3. L'inclusion du mot « réglementé » dans la disposition législative indique que l'exception ne s'applique, outre aux systèmes de paiement et de règlement, qu'aux marchés financiers réglementés, c'est-à-dire à ceux qui seraient soumis à la surveillance ou au contrôle des autorités réglementaires de l'État dont la loi régit le marché. La fonction première de ces autorités réglementaires est de protéger l'intérêt public. Le fait que ces marchés soient réglementés facilite leur identification et celle de leurs participants en cas d'insolvabilité, car les marchés réglementés sont généralement tenus de s'enregistrer et d'identifier leurs participants. Ces exigences en matière d'enregistrement et d'identification peuvent aider à délimiter précisément les cas auxquels l'exception doit s'appliquer en ce qui concerne les marchés.

4. Les « systèmes de paiement et de règlement » sont mentionnés séparément des marchés financiers réglementés, même s'ils font partie des marchés financiers et représentent un élément majeur de leur infrastructure, ils peuvent également fonctionner de manière autonome, en dehors de tout marché financier. Contrairement aux marchés financiers, le mot « réglementés » ne figure pas dans la disposition législative pour caractériser les systèmes de paiement et de règlement. En effet, contrairement aux marchés financiers, ils sont rarement réglementés. Néanmoins, ils sont couverts par l'exception car, bien que non réglementés, nombre d'entre eux ont une importance systémique. La défaillance d'un système peut produire des résultats imprévisibles, et entraîner une défaillance de la chaîne d'une telle ampleur qu'elle nécessiterait l'intervention des autorités de réglementation dans des systèmes qui ne sont par ailleurs pas réglementés, afin de préserver l'intérêt public.

5. Les systèmes et marchés couverts par l'exception ne peuvent tolérer le risque de tourisme judiciaire et d'imprévisibilité susceptible d'être entraîné par l'application d'une autre loi que la loi régissant la procédure et ses effets. Or ce risque existe si les effets de la procédure d'insolvabilité sur les systèmes et les marchés sont régis par la *lex fori concursus* : des procédures d'insolvabilité visant un seul participant au système ou au marché pourraient alors être ouvertes dans plusieurs pays, et les systèmes ou marchés comptent généralement de nombreux participants. Seule l'application d'une loi unique à toutes les opérations effectuées par le biais de systèmes de paiement ou de règlement et sur les marchés financiers réglementés peut garantir la sécurité juridique nécessaire au bon fonctionnement des systèmes et marchés couverts par l'exception.

6. Les secteurs auxquels cette exception s'applique fonctionnent selon des règles standard, des directives et des accords qui renforcent l'application de la loi du système ou du marché à tous les aspects liés au système ou au marché en question, y compris aux effets des procédures d'insolvabilité. Le non-respect de ces normes peut avoir des conséquences négatives non seulement pour les systèmes ou les marchés qui ne les respectent pas, mais aussi sur le climat général d'investissement dans les pays où ils opèrent.

<sup>115</sup> A/CN.9/1094, par. 87.

<sup>116</sup> A/CN.9/WG.V/WP.179, par. 50 renvoyant au commentaire relatif aux recommandations 101 à 107 du Guide (voir en particulier par. 213 de ce commentaire).

7. L'exception prévue dans la disposition législative s'applique aux systèmes et marchés numériques dans la mesure où ils répondent aux critères énoncés ci-dessus. L'exception ne s'applique pas aux [à préciser en fonction des résultats des délibérations ultérieures du Groupe de travail sur ces questions (voir par. 13 ci-dessus, avant les projets de dispositions)].

### 3. Procédures d'arbitrage pendantes ou en cours

14. À sa soixante et unième session, l'avis qui a prévalu était de prévoir la *lex arbitri* comme la loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures arbitrales pendantes ou en cours. En conséquence, le projet de disposition législative peut se lire comme suit :

**Loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures arbitrales pendantes ou en cours**

Les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures arbitrales pendantes ou en cours sont régis par la *lex arbitri*.

15. Notant que le Groupe de travail, à cette session, a uniquement examiné les aspects relatifs à l'arbitrage de l'article 18 de la refonte du Règlement (CE), qui énonce la règle susmentionnée, certaines délégations ont dit s'attendre à ce qu'il aborde, à sa session suivante, les aspects relatifs aux procédures judiciaires de l'article 18<sup>117</sup>. Étant donné que le Groupe de travail devrait examiner ces questions qui étaient liées entre elles de manière globale, le Secrétariat a estimé qu'il était prématuré d'élaborer un commentaire sur le projet de disposition législative.

---

<sup>117</sup> A/CN.9/1126, par. 81.