



Assemblée générale

Distr. limitée
4 septembre 2023
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Soixante-troisième session
Vienne, 11-15 décembre 2023

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Projet de dispositions législatives et commentaire l'accompagnant	2
Chapitre premier. Dispositions générales	2
A. Objet et objectifs	2
B. Champ d'application des dispositions législatives	5
C. Définitions	10
D. Primauté des obligations internationales	12
E. Exception d'ordre public	12
F. Interprétation	14
Chapitre II. Loi régissant la procédure et ses effets dans une procédure d'insolvabilité nationale unique	14
A. Règle par défaut : la <i>lex fori concursus</i>	14
B. Exceptions à l'application de la <i>lex fori concursus</i>	30
Chapitre III. Loi applicable dans les procédures de reconnaissance et d'exécution internationales	41
Chapitre IV. Loi applicable dans les procédures concurrentes visant un même débiteur ou différents débiteurs appartenant à un même groupe d'entreprises	44



I. Introduction

1. L'ordre du jour provisoire de la soixante-troisième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.188) fournit des informations générales sur le projet relatif à la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité, que la Commission lui a confié à sa cinquante-quatrième session, en 2021¹. À sa soixante-deuxième session (New York, 17-20 avril 2023), le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser le projet de dispositions législatives et de commentaire compte tenu des délibérations de cette session.

2. On trouvera ci-après au chapitre II le projet de dispositions législatives et de commentaire tel que révisé par le secrétariat. Les notes de bas de page en gras qui l'accompagnent renvoient aux sources d'où proviennent les modifications les plus récentes. Les autres notes de bas de page sont destinées à figurer dans le texte définitif, le cas échéant, en fonction de la forme qu'il prendra. Les questions que le Groupe de travail devra examiner sont présentées avant chaque projet de disposition et de commentaire. Bien que le Groupe de travail soit parti du principe que ce texte prendrait la forme d'une loi type², le secrétariat a conservé à titre provisoire le terme de dispositions législatives, étant entendu qu'il sera remplacé en temps utile par le terme correspondant à la forme de l'instrument dont il sera finalement convenu. D'autres révisions devraient être apportées au texte dans son ensemble selon sa forme définitive et selon la manière dont il s'articulera avec les autres textes de la CNUDCI ayant trait au droit de l'insolvabilité.

II. Projet de dispositions législatives et commentaire l'accompagnant

Chapitre premier. Dispositions générales

A. Objet et objectifs

3. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition législative et de commentaire tel que modifié compte tenu des délibérations de sa soixante-deuxième session. Il n'a pas encore décidé si l'expression « tourisme judiciaire abusif » serait maintenue. À sa soixante-deuxième session, il a été suggéré que le mot « abusif » soit remplacé par « préjudiciable »³. Cette suggestion a été ajoutée entre crochets pour que le Groupe de travail en débattenne.

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

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

² A/CN.9/1126, par. 80.

³ A/CN.9/1133, par. 29 b).

⁴ A/CN.9/1126, par. 58.

⁵ A/CN.9/1133, par. 29 b).

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 clarifier les choses à cet égard, notamment pour les procédures d'insolvabilité qui concernent des actifs ou des parties situés dans différents États.

2. Il est souhaitable de clarifier ces questions pour de multiples raisons. Il est généralement admis dans tous les États que c'est la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (la *lex fori concursus*) qui régit normalement les aspects procéduraux de la procédure d'insolvabilité, tels que l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture. 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 (set-off)]. Dans ces cas, certains États prévoient des exceptions à l'application de la *lex fori concursus*, tandis que d'autres ne traitent pas ou n'abordent que partiellement ces questions dans la loi. Le fait que le nombre et la portée de ces exceptions varient, ou qu'il n'existe aucune règle en la matière, oblige les tribunaux à déterminer la loi régissant la procédure et ses effets au cas par cas, ce qui est une source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité.

3. Il est encore plus complexe de déterminer la loi régissant la procédure et ses effets lorsque plusieurs procédures visent concurremment le même débiteur ou les membres d'un groupe d'entreprises, chacune étant soumise à ses propres règles pour déterminer la loi qui la régit. Par procédures concurrentes, on désigne toute combinaison de 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'entreprises⁶ (LTIGE)] pouvant comprendre une procédure étrangère principale, une procédure étrangère non principale et une procédure d'insolvabilité qui n'est ni une procédure étrangère principale, ni une procédure étrangère non principale, ouverte à l'endroit où se trouvent les actifs du débiteur [voir art. 28 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale⁷ (LTI)]. 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 accessoires locales. L'État accordant la reconnaissance peut appliquer sa propre loi 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) 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 accordant la reconnaissance peut ou non reconnaître les effets de la *lex fori concursus* étrangère (de la procédure d'insolvabilité principale ou non principale, ou autre procédure d'insolvabilité). De telles procédures concurrentes ou parallèles imposent de déterminer la loi régissant la procédure et ses effets ou de coordonner l'application de plusieurs lois.

4. Les textes antérieurs de la CNUDCI sur l'insolvabilité ne traitent pas expressément⁸ de ces questions et ne facilitent que dans une certaine mesure la reconnaissance et l'imposition au niveau international des effets de la *lex fori concursus* de la procédure étrangère principale.

5. Les dispositions législatives visent principalement à combler ces lacunes en offrant, sur la loi régissant la procédure et ses effets, des règles simples et claires que les États peuvent incorporer dans leur droit interne. Elles remplissent cet objectif de

⁶ Publication des Nations Unies, 2020. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises et Guide pour son incorporation (2019) | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

⁷ Publication des Nations Unies, 2014. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

⁸ A/CN.9/1133, par. 29 a).

la manière suivante : a) en établissant une règle générale selon laquelle la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) régit tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la clôture de cette procédure et ses effets sur les personnes, les droits, les créances et les procédures ; b) en expliquant le sens et la portée de cette loi ; c) en prévoyant un nombre limité d'exceptions à cette règle ; d) en délimitant la portée de chaque exception et en précisant à quel moment chacune d'elles s'applique ; [et e) en établissant des règles pour déterminer la loi régissant la procédure et ses effets, ou pour coordonner l'application de plusieurs lois, dans des procédures concurrentes visant un débiteur unique ou les membres d'un groupe d'entreprises]⁹.

6. L'adhésion au cadre proposé ici permettrait de réduire les divergences et de combler les lacunes qui découlent de règles fragmentées ou incomplètes sur les questions abordées dans les présentes dispositions législatives et, de ce fait : a) de renforcer la certitude et la prévisibilité des conséquences de la procédure d'insolvabilité pour les droits et les créances des parties concernées par cette procédure ; b) d'améliorer l'efficacité de la procédure d'insolvabilité en réduisant les complexités et les coûts ; c) de favoriser la coordination des procédures d'insolvabilité internationale ; et d) de promouvoir le commerce et l'investissement.

7. En outre, en adhérant aux dispositions législatives, les États peuvent réduire le risque de tourisme judiciaire [abusif] [préjudiciable] et d'autres actes préjudiciables aux créanciers et aux autres parties intéressées. Il appartiendrait à un tribunal de déterminer au cas par cas ce qu'il faudrait considérer comme étant [« abusif »] [« préjudiciable »]. Les États acceptent généralement que soit recherché le for le mieux adapté, notamment pour une restructuration ou un redressement. Toutefois, les choix effectués au détriment de la masse des créanciers ou à d'autres fins inappropriées (par exemple pour se soustraire à des obligations ou à des responsabilités, ou pour mettre des actifs à l'abri des effets de la loi sur l'insolvabilité applicable par ailleurs) sont habituellement jugés [abusifs] [préjudiciables].

8. Les dispositions législatives visent à atteindre un équilibre approprié entre les considérations concurrentes pouvant entrer en jeu dans une procédure d'insolvabilité. Par exemple, à des fins d'efficacité, le tribunal de l'État d'ouverture 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 sa propre loi ; lorsque le tribunal applique une loi étrangère, il devra peut-être se renseigner sur les dispositions de cette loi et leur interprétation, et il pourrait être confronté à des catégories juridiques étrangères qui n'existent peut-être pas dans le système juridique interne. Toutefois, d'autres considérations, par exemple concernant le régime le plus approprié eu égard aux contrats et relations de travail, peuvent l'emporter sur le souci d'efficacité et exiger l'application d'une loi étrangère.

9. Les dispositions législatives ont pour objet de fixer uniquement les règles à suivre pour déterminer la loi régissant la procédure et ses effets ; elles ne portent pas sur les règles à suivre pour 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 loi est déterminée par les règles de droit international privé (conflit de lois) généralement applicables de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte ou de l'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). La procédure d'insolvabilité et la loi régissant la procédure et ses effets n'écartent pas les règles de droit international privé généralement applicables, mais elles peuvent avoir des effets sur les droits valides et opposables qui existaient antérieurement 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 par le débiteur et ses créanciers avant

⁹ *Ibid.*, par. 28.

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'exécution¹⁰.

B. Champ d'application des dispositions législatives

4. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de dispositions législatives et de commentaire tel qu'il a été modifié compte tenu des délibérations de sa soixante-deuxième session. Il se rappellera peut-être qu'à cette session, il avait été invité à se demander, en rapport avec la définition du terme « procédure d'insolvabilité » dans les Principes d'UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé¹¹, alors à l'état de projet, si les dispositions législatives devraient également s'appliquer aux procédures de restructuration susceptibles de ne pas être couvertes par la définition que donne la CNUDCI du terme « procédure d'insolvabilité »¹². Il se rappellera peut-être également qu'une suggestion avait été faite de mentionner dans le commentaire, plus précisément dans la liste des procédures couvertes par la définition de la « procédure d'insolvabilité » selon la CNUDCI, les procédures reposant sur des plans « préétablis » (« pre-packs ») et d'expliquer ce terme¹³. Il se rappellera peut-être en outre qu'à la même session, une suggestion avait été faite de dresser la liste des entités exclues du champ d'application des dispositions législatives, soit dans la disposition relative au champ d'application elle-même, soit dans le commentaire correspondant (en mentionnant, entre autres, les compagnies d'assurance ou de réassurance, les établissements bancaires et les entités de droit public)¹⁴. Le Groupe de travail n'a pas examiné ces points à la session en question et souhaitera peut-être le faire à sa soixante-troisième session.

5. En ce qui concerne le premier point, le Groupe de travail se souviendra peut-être des délibérations ayant conduit à la modification du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997 et à l'adoption par la CNUDCI, en 2013, de la version révisée du Guide, qu'elle a intitulée Guide pour l'incorporation et l'interprétation. À l'époque, le Groupe de travail avait discuté, entre autres, des procédures hybrides et de la jurisprudence en rapport avec la Loi type concernant la définition du terme « procédure étrangère »¹⁵. À la suite de ces discussions, la liste cumulative des conditions requises, selon la CNUDCI, pour qu'une procédure soit considérée comme une procédure étrangère, en particulier en ce qui concerne les difficultés financières du débiteur (insolvabilité réelle ou imminente) et le contrôle ou la surveillance (actuels, passés ou potentiels) des biens et des affaires du débiteur par le tribunal, a été renforcée¹⁶. Le commentaire afférent à la définition du terme « procédure d'insolvabilité » qui figure dans la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et

¹⁰ *Ibid.*, par. 29 a).

¹¹ Dans ce texte (disponible en anglais), le terme « insolvency proceeding » (procédure d'insolvabilité) a depuis été remplacé par « insolvency-related proceeding » (procédure ayant trait à l'insolvabilité) ; dans les Principes adoptés par le Conseil de direction d'UNIDROIT à sa cent deuxième session (Rome, 10-12 mai 2023), il est défini comme désignant une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle, aux fins de redressement ou de liquidation, au moins l'une des affirmations suivantes s'applique aux biens et aux affaires du débiteur : a) ils sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente ; b) la capacité du débiteur à les administrer ou à en disposer est limitée par la loi ; c) la capacité des créanciers du débiteur à faire valoir des droits à leur égard est limitée par la loi [Principe 2 (6)]. Les Principes adoptés sont disponibles (en anglais) à l'adresse suivante : <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/05/C.D.-102-6-Actifs-numeriques-et-droit-prive.pdf>.

¹² A/CN.9/1133, par. 25 et 29 f).

¹³ *Ibid.*, par. 29 e).

¹⁴ *Ibid.*, par. 29 c).

¹⁵ Voir, par exemple, A/CN.9/738, par. 15.

¹⁶ Guide pour l'incorporation et l'interprétation, par. 48 à 51 et 65 à 78.

l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (LTJI)¹⁷ et la LTIGE¹⁸ s'inspire de celui qui se rapporte à la définition du terme « procédure étrangère » dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation, et y renvoie¹⁹. En ce qui concerne les procédures reposant sur des plans préétablis (« pre-packs »), le Groupe de travail se rappellera peut-être que, comme indiqué dans le projet de commentaire ci-après, le terme « redressement », tel qu'employé dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, désigne la cession totale ou partielle de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité. Il souhaitera peut-être examiner si, par conséquent, les différents types de procédures « pre-pack »²⁰ sont englobés dans les procédures de redressement accélérées²¹. En ce qui concerne le paragraphe 3 du projet de disposition législative, il voudra peut-être arrêter une formulation, sur la base de laquelle sera élaboré le commentaire devant l'accompagner²².

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 est déterminée par les règles de droit international privé de l'État où la procédure est ouverte ou d'un autre État du for concerné. Sauf si elles en disposent autrement, les présentes dispositions législatives n'écartent pas ces règles.
3. [Les dispositions législatives ne s'appliquent pas à une procédure concernant un établissement financier ou une compagnie d'assurance ou de réassurance, ou une entité de droit public.]

¹⁷ Publication des Nations Unies, 2019. Disponible à l'adresse suivante : <https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/mlj>.

¹⁸ Voir le Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 48 et 49, et le Guide pour l'incorporation de la LTIGE, par. 40.

¹⁹ Pour les délibérations qu'a eues sur le sujet le Groupe de travail, lors de l'élaboration de ces lois types, voir par exemple A/CN.9/937, par. 113 ; A/CN.9/966, par. 121 et 122, 127 à 129, 131 et 132 ; et A/CN.9/972, par. 37.

²⁰ Ces procédures ont pour caractéristique commune que les parties intéressées et concernées négocient, au sujet d'une entreprise insolvable ou en difficulté, des accords qui sont mis en place avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, comme dans le cas de la cession totale ou partielle d'une entreprise à un acquéreur prédéterminé en vue de la poursuite de l'activité. L'issue de ces accords est soumise à l'approbation du tribunal. Après approbation, une procédure accélérée de liquidation ou de redressement du débiteur est mise en œuvre.

²¹ Recommandations 160 à 168 du Guide et commentaire correspondant.

²² Le secrétariat n'a pas été en mesure de rédiger de commentaire à ce stade car le Groupe de travail ne s'est pas encore accordé sur les questions de savoir si : a) les dispositions législatives sont destinées à s'appliquer à toute procédure d'insolvabilité sans exception ; b) les dispositions législatives sont conçues pour s'appliquer à toutes les procédures d'insolvabilité, sans que cela n'empêche les États d'exclure de leur champ d'application certaines procédures, visant par exemple des établissements financiers ou des compagnies d'assurance ou de réassurance, ainsi que des entités de droit public, ces exclusions étant toutefois découragées ; c) les dispositions législatives sont conçues pour s'appliquer à toutes les procédures d'insolvabilité, sans que cela n'empêche les États d'exclure de leur champ d'application certaines procédures, visant par exemple des établissements financiers ou des compagnies d'assurance ou de réassurance, ainsi que des entités de droit public, ces exclusions étant encouragées ; ou d) les dispositions législatives sont clairement conçues pour ne pas s'appliquer aux procédures d'insolvabilité visant certaines entités telles que des établissements financiers ou des compagnies d'assurance ou de réassurance, ainsi que des entités de droit public (cette dernière approche a été prise en compte dans le projet comme suite aux suggestions faites à la soixante-deuxième session du Groupe de travail).

2. Projet de commentaire

Remarques générales

1. Le champ d'application des présentes dispositions législatives est lié aux notions de « procédure d'insolvabilité »²³ et d'« ouverture de la procédure d'insolvabilité »²⁴. 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 qu'il doit s'agir : a) d'une procédure collective (judiciaire ou administrative)²⁵ ; b) régie par une loi relative à l'insolvabilité (y compris une loi sur les sociétés)²⁶ ; c) soumise au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal (y compris dans le cas d'un débiteur non dessaisi)²⁷ ; d) ouverte à l'égard d'un débiteur (personne physique ou morale) en grande difficulté financière ou insolvable²⁸ ; et e) dans le but de liquider ou de redresser ce débiteur en tant qu'entité commerciale.²⁹

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'insolvabilité³⁰ ; 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'activité³¹ ; c) la « procédure de redressement 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 tribunal³² ; d) la procédure d'insolvabilité simplifiée³³ ; 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-dessus³⁴.

²³ Glossaire du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (ci-après « Guide » et « Glossaire »), notamment les termes aa) et nn), à lire ensemble et avec l'explication fournie dans la première partie du Guide, par. 2 ; Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (LTI), par. 22, 48 et 49 ; et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 48 à 51 et 65 à 80.

²⁴ Recommandations 14 à 29 et 292 à 309 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)).

²⁵ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 69 à 72.

²⁶ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 73.

²⁷ Recommandation 112 du Guide, et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 71, 74 à 76 et 86.

²⁸ 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. En même temps, le Guide recommande que, dans le cadre de procédures d'insolvabilité simplifiées, les débiteurs qui satisfont aux critères puissent 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 requis pour qu'elle soit ouverte 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.

²⁹ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 77 et 78.

³⁰ Voir Glossaire, terme dd).

³¹ Voir Glossaire, terme qq).

³² 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.

³³ Guide, partie 5.

³⁴ 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

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 créanciers³⁵. 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 exclue³⁶. 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 aussi du champ d'application des dispositions législatives³⁷. 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 créanciers³⁸.

Paragraphe 1

4. Les dispositions législatives prévoient des règles pour déterminer la loi régissant la procédure et ses effets. Cette loi régit : a) les questions de compétence, d'admissibilité et de procédure ayant trait à 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 c) les droits, créances, actions et litiges postérieurs à l'ouverture de la procédure.

5. Parmi les questions couvertes par le point a) figurent l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment : les critères d'ouverture applicables ; les exigences et les formalités relatives à la notification de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et au contenu de cette notification ; les motifs et modalités de rejet de la demande ou d'abandon de la procédure, et leurs conséquences ; le type de procédure à ouvrir ; la conversion de la procédure ; les exigences et mécanismes de surveillance et d'approbation ; les formalités de déclaration, de vérification et d'admission des créances ; les modalités de réalisation des actifs et de répartition du produit ; et les formalités de clôture de la procédure d'insolvabilité.

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 poursuites³⁹ ou déclassement).

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,

jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 11 relatif à l'article 2.

³⁵ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 69.

³⁶ Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 22 ; et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 48 et 73.

³⁷ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 78.

³⁸ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 77.

³⁹ « Arrêt des poursuites » : mesure qui empêche l'introduction, ou suspend la continuation, des actions individuelles, judiciaires, administratives ou autres, 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)]. Cela comprend le droit d'ouvrir une procédure arbitrale et de faire exécuter une sentence arbitrale.

le financement postérieur à l'ouverture de la procédure et les mesures prises par le représentant de l'insolvabilité ; la contestation d'un programme de liquidation, d'un plan de redressement ou d'une remise de dette ; et la détermination et l'autorisation des dépenses administratives.

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 surveille la procédure d'insolvabilité ou un autre tribunal statuant sur une question liée à l'insolvabilité appliquera les règles de droit international privé généralement applicables de son État, y compris les conventions internationales ou autres accords en vigueur pour cet État. Cette approche est consignée dans la recommandation 30 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité⁴⁰ (le « Guide »). Par exemple, en règle générale, la loi régissant le contrat déterminera l'existence d'une créance contractuelle contre le débiteur et son montant ; et la loi de l'État où sont situés les biens immeubles déterminera si, par exemple, une sûreté réelle sur ces biens a été constituée. Les présentes dispositions législatives n'écartent pas les règles de droit international privé généralement applicables ni la loi applicable résultant de l'application de ces règles.

9. Les dispositions législatives ne prévoient pas non plus de règles pour la localisation des actifs. Ces règles font partie des règles de droit international privé généralement applicables et se trouvent dans d'autres instruments internationaux⁴¹.

10. De même, les dispositions législatives ne prévoient pas de règles de compétence. Bien qu'elles soient pertinentes pour la loi régissant la procédure et ses effets, en particulier pour la reconnaissance et l'imposition des effets de cette loi à l'étranger, les règles de compétence sont traitées dans d'autres textes⁴². 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 il recommande en particulier que les motifs pour lesquels un débiteur peut être soumis à la loi sur l'insolvabilité comprennent le fait que le débiteur a soit son centre des intérêts principaux, soit un établissement dans cet État⁴³.

11. De même, les dispositions législatives ne prévoient pas de règles de répartition des actifs entre les procédures concurrentes. D'autres instruments internationaux peuvent aborder ces questions.

12. Néanmoins, une procédure d'insolvabilité a des effets sur les droits et créances antérieurs à l'ouverture de la procédure (on en trouvera des exemples au paragraphe 6 ci-dessus)⁴⁴. Selon les dispositions législatives, ces effets sont déterminés par la loi régissant la procédure et ses effets, en conséquence de quoi les règles de droit international privé généralement applicables ne s'appliquent pas à ces questions.

⁴⁰ Disponible à l'adresse suivante :

https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/legislativguides/insolvency_law.

⁴¹ Par exemple, art. 90 et 91 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières.

⁴² Par exemple, art. 14 g) de la LTJI et par. 110 à 115 du Guide pour l'incorporation de la LTJI.

⁴³ Voir recommandation 10 et commentaire correspondant. Une note de bas de page afférente à cette recommandation indique que d'autres motifs, tels que la présence d'actifs, sont utilisés dans certains États, mais ne sont pas recommandés dans le Guide.

⁴⁴ 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 afférent 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.

Paragraphe 3

[À venir, voir le paragraphe 5 précédant le projet de disposition législative.]

C. Définitions

6. Si l'on s'est interrogé sur l'opportunité d'utiliser des termes latins dans le texte, l'opinion qui a prévalu est qu'ils devaient être maintenus⁴⁵. Aucun commentaire n'a été fait sur la définition de « *lex fori concursus* » elle-même, mais une suggestion a été avancée concernant le projet de commentaire devant l'accompagner ; elle visait en particulier la suppression des exemples d), e) et f)⁴⁶. Le Groupe de travail n'a pas examiné cette suggestion. Dans les sections ci-après, le secrétariat a reproduit la définition elle-même sans la modifier, et a placé les exemples d), e) et f) entre crochets, en attendant que le Groupe de travail tranche. À la lumière des délibérations que celui-ci a eues à sa soixante-deuxième session, le secrétariat a ajouté les termes « *lex rei sitae* » et « *lex societatis* » ; ils figurent entre crochets pour que le Groupe de travail en débattenne. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si l'explication du terme « *lex rei sitae* », tirée du Guide⁴⁷, devrait être étendue par l'ajout d'une référence à la loi de l'État sous l'autorité duquel est tenu le registre où l'actif est inscrit. Du fait qu'un certain nombre de questions restent à régler concernant une éventuelle exception à la *lex fori concursus* pour les procédures arbitrales en cours (voir ci-dessous), le secrétariat n'a pas proposé de définition du terme « *lex arbitri* » à ce stade. (Pour l'ajout éventuel d'un terme supplémentaire à la section Définition, voir le paragraphe 12 ci-après).

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 ;
- b) [Le terme « *lex rei sitae* » désigne la loi de l'État où se trouve l'actif ; et
- c) [Le terme « *lex societatis* » désigne la loi de l'État qui régit les affaires internes du débiteur].

2. Projet de commentaire

Lex fori concursus

1. Le terme « *lex fori concursus* » désigne la loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité. Aux fins des dispositions législatives, il doit être interprété au sens large comme englobant la loi sur l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure ainsi que les dispositions qui ont un rapport avec l'insolvabilité et qui figurent dans des lois de cet État autres que celle sur l'insolvabilité. Ce rapport serait évalué au cas par cas, mais on citera, à titre d'exemples courants de lois autres que celles sur l'insolvabilité ayant un rapport avec l'insolvabilité : a) la loi qui traite des obligations et des responsabilités des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité en cas de procédure d'insolvabilité ; b) la loi qui traite des procédures de restructuration de la dette dans le cadre d'une procédure préalable à l'insolvabilité ; c) la loi sur les sûretés mobilières 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) la loi sur

⁴⁵ A/CN.9/1133, par. 29 h).

⁴⁶ Ibid., par. 29 g).

⁴⁷ Voir Glossaire, terme cc).

la famille qui peut régir le traitement des actifs détenus conjointement dans une procédure d'insolvabilité visant des entrepreneurs individuels ; e) la loi sur le travail qui régit les droits des salariés, le traitement et le classement des créances salariales et le traitement des licenciements en cas d'insolvabilité ; f) la législation fiscale et la législation sur la sécurité sociale qui régissent 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* s'en remet à la loi d'un autre État, il faut entendre par là uniquement le droit matériel interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de droit international privé, ce qui signifie que le renvoi n'est pas envisagé. Ceci est conforme aux approches adoptées dans d'autres textes internationaux⁴⁸. Cette approche a pour but de promouvoir la sécurité quant à la loi 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. 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)⁴⁹. 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 le précisent les présentes dispositions législatives dans des contextes particuliers, certaines questions (par exemple, la compensation (set-off) ou le délai de prescription) peuvent être qualifiées de matérielles ou de procédurales, selon le système juridique. Les dispositions législatives désignent la loi qui régira ces questions dans la procédure d'insolvabilité.

[*Lex rei sitae*

3. Le terme « *lex rei sitae* » est défini comme la loi de l'État où se trouve l'actif. Des références à la « *lex rei sitae* » apparaissent tout au long des dispositions législatives et des commentaires qui les accompagnent, en rapport avec la possibilité de faire exception à la *lex fori concursus* pour certains types de biens, tels que des biens immobiliers, et de droits réels, tels que les sûretés réelles mobilières].

[*Lex societatis*

4. [La « *lex societatis* » est la loi de l'État (par exemple, droit des sociétés commerciales ou droit des sociétés de personnes) qui régit la constitution, le fonctionnement et la dissolution des entités commerciales et les questions liées à leur gouvernance interne, telles que les droits, les obligations et les responsabilités des fondateurs et des propriétaires (par exemple en ce qui concerne le capital social), l'élaboration et la prise des décisions (par exemple les organes de direction, les assemblées d'actionnaires) et les mécanismes de résolution des questions de gouvernance interne (par exemple les différends entre les actionnaires et la direction). Ces sujets peuvent être réglementés différemment selon le type d'entité commerciale en présence (société de personnes ou société par actions fermée ou ouverte, par exemple).

5. Il n'existe pas d'approche uniforme quant à la manière de déterminer la *lex societatis*. Certains États 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 fondée sur le critère de la « constitution en société », la loi de l'État 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 de l'État dans lequel la société a son siège « réel »

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

(c'est-à-dire son centre de gestion et de contrôle) régit ces questions. Bien que similaires et liés aux facteurs permettant de déterminer où se trouve le centre des intérêts principaux (voir ci-après le commentaire afférent au point t) relatif à la *lex fori concursus*)⁵⁰, les différents facteurs de rattachement qui servent à déterminer la *lex societatis* ne sont pas directement pertinents pour les présentes dispositions législatives. Le terme n'est employé dans les dispositions législatives que pour énoncer le principe selon lequel l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est sans incidence sur l'application de la *lex societatis* aux questions liées à la gouvernance interne du débiteur, sauf exceptions très limitées concernant les obligations des administrateurs au cours de la période précédant l'insolvabilité, lesquelles découlent de la loi sur l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure].

D. Primauté des obligations internationales

7. 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 définitif ne prenne la forme d'un complément aux lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité, qui comprenaient déjà une disposition en ce sens⁵¹. À sa soixante-deuxième session, il a noté que, vu qu'aucune décision n'avait été prise sur la forme du texte définitif, le secrétariat estimait prématuré de rédiger un projet de disposition et de commentaire sur la question. Si le besoin d'une telle disposition et d'un tel commentaire se faisait sentir, ceux-ci pourraient s'inspirer de l'article 3 de la LTI, de la LTJI et de la LTIGE et du commentaire correspondant. Comme cela a été proposé au sein du Groupe de travail, on pourrait compléter le commentaire se rapportant à cette disposition par des références à des traités et à d'autres instruments 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 »)⁵² et le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte)⁵³.

E. Exception d'ordre public

8. Le projet de disposition législative est resté pour l'essentiel inchangé depuis la soixante-deuxième session du Groupe de travail. Il a été placé entre crochets pour que le Groupe de travail l'examine de manière plus approfondie à la lumière des avis exprimés à cette session⁵⁴. Le projet de commentaire a été révisé compte tenu des observations faites à la soixante-deuxième session du Groupe de travail. Dans la formulation actuelle du texte, l'exception d'ordre public se rapporte au chapitre II du projet (loi régissant la procédure et ses effets dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité nationale unique) et pourrait figurer dans ce chapitre plutôt qu'au chapitre premier. En fonction des conclusions auxquelles parviendra le Groupe de travail sur les questions internationales (voir les chapitres III et IV ci-après), cette

⁵⁰ Voir, par exemple, le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 145 à 147.

⁵¹ A/CN.9/1126, par. 54.

⁵² Disponible à l'adresse suivante : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/garanties-internationales/>.

⁵³ 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'UE (voir le considérant 25). Cette refonte 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), laquelle 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.

⁵⁴ A/CN.9/1133, par. 29 j).

exception d'ordre public pourrait être complétée par une exception d'ordre public s'appliquant dans les contextes internationaux (à moins que, selon la forme définitive du texte, les dispositions relatives à l'exception d'ordre public qui figurent dans la LTI, la LTJI et la LTIGE ne soient jugées suffisantes dans ce contexte).

1. Projet de disposition législative

Exception d'ordre public

[Le tribunal [ne] peut écarter l'application de la loi déterminée conformément aux présentes dispositions législatives [que]⁵⁵ si elle conduit à un résultat manifestement⁵⁶ contraire à l'ordre public de l'État du tribunal⁵⁷].

2. Projet de commentaire

1. Les présentes dispositions législatives prévoient une exception d'ordre public qui vise à permettre à un tribunal de ne pas appliquer une loi applicable par ailleurs si l'application de cette loi est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal.

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 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 » 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 du for. Cette interprétation étroite et restrictive de l'exception devrait être suivie indépendamment du type de procédure (liquidation ou redressement).

3. Les incidences de l'application de la loi désignée par les présentes dispositions législatives sur l'ordre public doivent être évaluées dans chaque cas d'espèce. Suivant l'interprétation et l'application étroites et restrictives qui doivent être faites de cette disposition législative, on peut s'attendre à ce qu'une exception d'ordre public 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 du for ou produirait un résultat s'écartant si radicalement des concepts de justice fondamentale de cet État que son application remettrait en cause de manière intolérable les valeurs fondamentales de celui-ci. Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsque l'application de la loi désignée par les présentes dispositions législatives aurait pour effet de légitimer dans les faits des mécanismes ou pratiques illégaux (visant par exemple à échapper à des lois et obligations impératives, en rapport notamment avec l'environnement, les droits humains et d'autres responsabilités sociales, ou à mettre la loi au service d'objectifs politiques).

4. Les conséquences de la non-application de la loi applicable par ailleurs pour des motifs d'ordre public seraient traitées dans le droit interne de l'État du for. En

⁵⁵ Ibid. À la soixante-deuxième session du Groupe de travail, en réponse à la suggestion de supprimer les mots « ne... que » dans le projet de disposition relative à l'exception d'ordre public, il a été proposé de les placer, voire de placer le projet de disposition entier, entre crochets en vue d'un examen ultérieur. On s'est demandé s'il était justifié d'établir deux séries de normes, qui n'étaient pas pareillement strictes, pour l'exception d'ordre public dans le contexte de la reconnaissance de l'insolvabilité à l'échelle nationale et à l'échelle internationale.

⁵⁶ 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).

⁵⁷ A/CN.9/1133, par. 29 j). Voir note de bas de page 55 ci-dessus.

fonction des facteurs de rattachement, la *lex fori concursus* ou une autre loi peut être appliquée à la place de la loi écartée⁵⁸.

F. Interprétation

9. 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 définitif ne prenne la forme d'un complément aux lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité, qui comprenaient déjà une disposition en ce sens⁵⁹. À sa soixante-deuxième session, il a noté que, vu qu'aucune décision n'avait été prise sur la forme du texte définitif, le secrétariat estimait prématuré de rédiger une disposition et un commentaire sur la question. Si le besoin d'une telle disposition et d'un tel commentaire se faisait sentir, ceux-ci pourraient s'inspirer de l'article 8 de la LTI et de la LTJI, ainsi que de l'article 7 de la LTIGE et du commentaire correspondant. 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 du fait que l'application des dispositions législatives pourrait conduire à l'application d'une loi étrangère et impliquer, par conséquent, de déterminer et vérifier la loi en question et de prendre en compte des cultures, systèmes et concepts juridiques étrangers. 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 à 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.

Chapitre II. Loi régissant la procédure et ses effets dans une procédure d'insolvabilité nationale unique

A. Règle par défaut : la *lex fori concursus*

10. Le projet de disposition législative et de commentaire a été révisé compte tenu des vues exprimées à la soixante-deuxième session du Groupe de travail. Les parties du projet de commentaire dans lesquelles il est question des difficultés liées à la reconnaissance et à l'imposition des effets de la *lex fori concursus* à l'étranger ont été conservées entre crochets ci-dessous. Il pourra être décidé de leur emplacement à la lumière des conclusions auxquelles parviendra le Groupe de travail après avoir examiné les aspects internationaux (voir les chapitres III et IV ci-après). Ces parties pourraient être retirées du chapitre II et intégrées à un commentaire qui aborderait l'ensemble des aspects internationaux, ou être conservées dans le chapitre II, auquel cas elles devraient être accompagnées des renvois appropriés aux autres parties du texte portant sur les difficultés en question.

11. À la soixante-deuxième session du Groupe de travail, il a été suggéré que le point g) fasse référence à la « nullité des actes »⁶⁰. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se mettre d'accord sur le libellé de ce point, en tenant compte du fait que la formulation actuelle est tirée de la recommandation 31 du Guide. Il se rappellera sans doute à cet égard que les « dispositions d'annulation » sont définies dans le Guide comme les dispositions de la loi sur l'insolvabilité permettant d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant une procédure d'insolvabilité et de recouvrer l'un quelconque

⁵⁸ [A/CN.9/1133](#), par. 29 k).

⁵⁹ [A/CN.9/1126](#), par. 55.

⁶⁰ [A/CN.9/1133](#), par. 30.

des actifs transférés ou sa valeur dans l'intérêt collectif des créanciers⁶¹. Le Groupe de travail se rappellera peut-être aussi que l'article 23 de la LTI fait référence, dans le même contexte, aux « actions [pouvant être engagées] pour annuler ou rendre sans effet de toute autre manière les actes préjudiciables aux créanciers ». Le terme « annulation », tel qu'il est défini dans le Guide ou tel qu'il serait modifié par le Groupe de travail aux fins du présent projet, pourrait être inclus dans la section « Définitions » des dispositions législatives et employé de manière systématique dans l'ensemble du texte par souci de simplicité.

12. Un nouveau paragraphe 2 a été ajouté au projet de disposition législative. Il prévoit que le tribunal du for puisse, si nécessaire, appliquer la loi d'un autre État au cas par cas. Cette proposition de disposition se distingue des exceptions à la *lex fori concursus* généralement applicables qui sont envisagées dans les projets de dispositions législatives pour les contrats de travail ainsi que pour les systèmes de paiement ou de règlement et les marchés financiers réglementés. La disposition permettant d'appliquer la loi d'un autre État dans certains cas a été ajoutée en raison des questions soulevées de manière récurrente lors des sessions précédentes du Groupe de travail, notamment en lien avec : a) l'annulation⁶² ; b) les contrats portant sur des biens immeubles⁶³ ; et c) le traitement des créanciers garantis (ou plus généralement des droits réels)⁶⁴ (voir les points g, h et j, respectivement, de la liste des éléments régis par la *lex fori concursus*). En ajoutant cette disposition, on pourrait éviter d'avoir à prévoir une exception séparée ou des variantes pour chaque point au sujet duquel ces questions ont été soulevées. Aucun commentaire n'a été rédigé concernant cette nouvelle proposition de disposition, celle-ci devant d'abord être examinée par le Groupe de travail. Le commentaire seul ou la disposition législative elle-même pourrait illustrer les circonstances dans lesquelles il serait nécessaire de déroger à la *lex fori concursus*, à savoir, par exemple : a) quand la reconnaissance et l'imposition à l'étranger des effets de la procédure d'insolvabilité nationale devraient être garanties dans les États où se trouvent des biens immeubles. Dans ce cas, le tribunal du for peut décider d'appliquer la *lex rei sitae* ; b) pour limiter l'ouverture de procédures parallèles, notamment en facilitant le traitement, dans la procédure d'insolvabilité nationale, de créances qui, autrement, pourraient être produites par un créancier dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État. Dans ce cas, le tribunal du for peut autoriser le représentant de l'insolvabilité nommé localement à prendre des engagements vis-à-vis des créanciers étrangers, tels que ceux prévus aux articles 28 à 32 de la LTIGE ; et c) pour garantir une plus grande sécurité juridique dans le commerce et les investissements, notamment en ce qui concerne les droits réels des créanciers ou des tiers sur des actifs corporels ou incorporels, et meubles ou immeubles qui se trouvent dans un autre État au moment de l'ouverture de la procédure. Dans ce cas, la loi sur l'insolvabilité d'un autre État (par exemple, celui où se trouvent les actifs) peut être rendue applicable pour régir les effets de la procédure d'insolvabilité sur ces droits.

13. À la soixante et unième session du Groupe de travail, un avis a été exprimé selon lequel il faudrait aborder les questions spécifiques découlant de l'insolvabilité des particuliers dans le cadre du projet⁶⁵. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner cette question.

⁶¹ Glossaire, terme y) ; et Guide, cinquième partie, deuxième section, terme d).

⁶² A/CN.9/1133, par. 30 à 36 ; A/CN.9/1126, par. 43 ; et A/CN.9/1094, par. 74 à 76.

⁶³ A/CN.9/1133, par. 42 a) ; et A/CN.9/1126, par. 49.

⁶⁴ A/CN.9/1133, par. 37 à 41 ; A/CN.9/1126, par. 45 à 48 ; A/CN.9/1094, par. 79 ; et A/CN.9/1088, par. 65 c).

⁶⁵ A/CN.9/1126, par. 72.

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

1. Sauf si les présentes dispositions législatives en disposent autrement, la *lex fori concursus* régit tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets, notamment :

- a) L'identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet de la 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 l'application d'un arrêt des poursuites et, le cas échéant, sa portée et sa durée ainsi que sa modification et sa levée ;
- e) L'utilisation et la disposition des actifs ;
- f) La proposition, l'approbation, l'homologation et l'exécution d'un plan de redressement ;
- g) L'annulation de certaines opérations susceptibles de léser certaines parties ;
- h) Le traitement des contrats, y compris les clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme automatique (clauses *ipso facto*) ;
- i) Le traitement de la compensation (set-off) ;
- j) Le traitement des créanciers garantis ;
- k) Les droits et obligations du débiteur ;
- l) Les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité ;
- m) Les fonctions des créanciers et du comité des créanciers ;
- n) Le traitement des créances ;
- o) Le classement des créances ;
- p) Les frais et dépenses afférents 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 de la procédure d'insolvabilité ou qui y sont substantiellement associées).

[2. Le paragraphe 1 de la présente disposition législative n'empêche en rien l'État de permettre ou de demander à ses tribunaux de déterminer, au cas par cas, les effets d'une procédure d'insolvabilité nationale sur les droits et obligations des créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur, dans le cadre de cette procédure, en appliquant la loi d'un autre État lorsque cette application est nécessaire pour : a) l'administration équitable et efficace de la procédure ; b) la protection des créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur, dans le cadre de la procédure ; c) la protection et la maximisation de la valeur de la masse de

l'insolvabilité ; ou d) la reconnaissance et l'imposition à l'étranger des effets de la procédure.]

[Il peut s'avérer nécessaire d'appliquer la loi d'un autre État aux effets d'une procédure d'insolvabilité nationale sur les droits et obligations des créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur, dans le cadre de cette procédure, en particulier :

a) Quand l'autre partie à une opération susceptible d'être annulée apporte la preuve que la loi d'un État qui s'applique à cette opération n'en permet pas l'annulation en l'espèce. Cette autre loi [peut] [devrait] [doit] s'appliquer à moins qu'elle n'ait pas de lien substantiel avec les parties ou l'opération et qu'il n'y ait pas d'autre fondement raisonnable pour l'appliquer à l'opération ;

b) En ce qui concerne les opérations qui portent sur des biens immeubles se trouvant dans un autre État. La [loi sur l'insolvabilité de cet État] [*lex rei sitae*] [peut] [devrait] [doit] s'appliquer ;

c) Quand les droits réels des créanciers ou des tiers portent sur [des actifs du débiteur] [des actifs de la masse de l'insolvabilité] [des actifs du débiteur qui devraient faire partie de la masse de l'insolvabilité] situés dans un autre État au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La [loi sur l'insolvabilité de cet État] [*lex rei sitae*] [peut] [devrait] [doit] s'appliquer ;

d) En ce qui concerne un navire, un aéronef ou un autre actif soumis à inscription sur un registre. La loi de l'État sous l'autorité duquel est tenu le registre dans lequel est inscrit l'actif en question [peut] [devrait] [doit] s'appliquer ;

e) En ce qui concerne le droit qu'ont les créanciers, en vertu de la loi applicable à la créance du débiteur, d'exiger la compensation de leurs créances avec celle du débiteur. Cette loi [peut] [devrait] [doit] s'appliquer à moins qu'elle n'ait pas de lien substantiel avec la créance et qu'il n'y ait pas d'autre fondement raisonnable pour l'appliquer à la créance.]

2. Projet de commentaire

Remarques générales

1. Dans les 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 que l'on constate entre les règles de fond en matière d'insolvabilité devrait rendre moins problématique l'application 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.

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 procédurales (telles que les notifications, la convocation de réunions, l'établissement du quorum, la détermination des règles de vote ou la fixation de délais de déclaration des créances)⁶⁶ ; 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

⁶⁶ Certaines questions qui sont considérées comme étant de nature procédurale dans certains États (par exemple, la compensation (set-off) ou le délai de prescription) peuvent être jugées comme étant de nature matérielle dans d'autres. Le tribunal tranche ce point conformément à la loi de son État, par exemple la *lex fori concursus* dans la procédure d'insolvabilité.

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. Par exemple, même si la recommandation 4 du Guide prévoit qu'une sûreté réelle opposable et réalisable en vertu d'une autre loi que la loi sur l'insolvabilité devrait être reconnue comme telle dans la procédure d'insolvabilité, la réalisation de la sûreté peut être interdite ou suspendue en vertu de la *lex fori concursus* à moins que et jusqu'à ce que le tribunal prononce un aménagement de l'arrêt des poursuites (voir les recommandations 46 à 51 du Guide). De plus, la recommandation 88 du Guide prévoit qu'une sûreté opposable et réalisable en vertu d'une autre loi que la loi sur l'insolvabilité peut être soumise aux dispositions d'annulation 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, par exemple 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 de la procédure d'insolvabilité

4. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* régit les questions d'admissibilité et de compétence ainsi que les questions connexes, notamment celle de savoir quels débiteurs ont un lien suffisant avec l'État pour être soumis à sa loi sur l'insolvabilité et quel régime d'insolvabilité (général ou simplifié, par exemple) devrait s'appliquer au débiteur en fonction du secteur économique dans lequel il opère, de la taille de son entreprise, de son niveau d'endettement ou d'autres critères.

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. Dans les 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 telle ou telle procédure d'insolvabilité ; 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 procédurales et autres exigences auxquelles le demandeur devra satisfaire pour l'ouverture (par exemple, dans certains États, 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. Dans les 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 recouverts au moyen de différentes actions, notamment en annulation).

7. Dans la *lex fori concursus*, les dispositions de lois autres que celle sur l'insolvabilité, telles que le droit des biens, les obligations relatives 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 réels, 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 des éléments régis par la *lex fori concursus*, à savoir le 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 la procédure d'insolvabilité peut être soumis à un régime spécial contraignant pour l'État qui y est 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 l'application d'un arrêt des poursuites et, le cas échéant, sa portée et sa durée ainsi que sa modification et sa levée

9. Dans les 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). Ces questions concernent notamment les types de mesures pouvant être imposées, les conditions d'imposition de ces mesures, leur durée et leur portée, ainsi que les motifs et les 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'interdiction ou la suspension de la réalisation de sûretés par les créanciers sur des biens grevés ou encore de l'exécution de droits réels sur d'autres actifs se trouvant à l'étranger. Il est possible de remédier dans une certaine mesure à cette difficulté 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 revient pas à 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 à faire en sorte que cette procédure étrangère produise les conséquences prévues par la loi de l'État qui accorde la reconnaissance⁶⁷. Ainsi, la portée, la durée, la modification et la levée d'un arrêt des poursuites et d'autres mesures dans l'État de reconnaissance sont déterminées par les dispositions de la loi de cet État, et non par la *lex fori concursus*⁶⁸. 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 entre eux et coordonner leurs efforts dans les affaires d'insolvabilité internationale dans toute la mesure possible⁶⁹. Il pourrait y avoir différents moyens de parvenir à la coopération et la coordination les plus étroites possible, comme la fourniture d'une assistance à la procédure étrangère et au représentant étranger en vertu de la loi 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 reconnaissance⁷⁰. Les mesures visées aux articles 19 à 21 ou l'assistance additionnelle visée à l'article 7 de la LTI peuvent inclure l'application de la *lex fori concursus*, [comme le prévoit le chapitre III du présent texte,] 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). La possibilité de donner préséance à la *lex fori concursus* 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. Les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité prévoient des garanties supplémentaires. Par exemple, la reconnaissance et l'exécution ou une mesure particulière peuvent être refusées si elles sont susceptibles d'entraver l'administration de la procédure d'insolvabilité du débiteur, en particulier la procédure étrangère principale, notamment en se trouvant en conflit avec un arrêt des poursuites ou une autre ordonnance qui ont déjà été ou pourraient être reconnus ou exécutés dans l'État requis. Un conflit pourrait généralement survenir, par exemple si l'arrêt des poursuites en question a permis d'engager ou de poursuivre une action individuelle dans la mesure requise pour préserver un droit, mais n'a pas permis de reconnaître et d'exécuter le jugement en découlant, ou si l'arrêt n'a pas permis d'engager ou de poursuivre une telle action individuelle et que la procédure donnant lieu au jugement a été ouverte après le prononcé de l'arrêt des poursuites (dont elle peut constituer une violation)⁷¹.

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 »)⁷², envisagent qu'il soit donné préséance à la *lex fori concursus* de la procédure étrangère principale.]

e) Utilisation et disposition des actifs

14. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine: i) les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrôle de l'entreprise par le débiteur, y compris le dessaisissement total ou partiel de ce dernier ou son non-dessaisissement ; ii) les conditions et les limites auxquelles sont soumises l'utilisation et la disposition des actifs (par exemple, notifications aux créanciers, approbation du tribunal) ; iii) 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) des notions telles que le « cours normal des affaires », les « personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur », etc.

15. Dans la *lex fori concursus*, les dispositions de lois autres que celle sur l'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

⁶⁷ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 194.

⁶⁸ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 38.

⁶⁹ Voir, par exemple, le chapitre IV de la LTI et le chapitre 2 de la LTIGE.

⁷⁰ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 35.

⁷¹ Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 107.

⁷² Disponible à l'adresse www.unidroit.org/instruments/security-interests/. Voir en particulier art. XXX-4.

l'utilisation et à la disposition des actifs 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 États. Comme on l'a noté plus haut dans le contexte de la protection et de la préservation de la masse de l'insolvabilité, les États sont censés coopérer entre eux et coordonner leurs efforts dans les affaires d'insolvabilité internationale dans toute la mesure 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. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine la nature et la forme du plan ; le moment où il sera proposé ; les parties autorisées à 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 sa mise en œuvre.

18. Dans la *lex fori concursus*, les dispositions de lois autres que celle sur l'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 à la procédure d'insolvabilité ; iii) aux investissements étrangers et au contrôle des changes ; et iv) à la protection des informations confidentielles ou sensibles sur le plan commercial⁷³.

g) Annulation de certaines opérations susceptibles de léser certaines parties

19. Dans les 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 ; iii) la durée de la période suspecte et la date à partir de laquelle elle est calculée rétroactivement ; iv) les personnes en droit d'engager une action en annulation et les conditions y relatives ; v) 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 ; vi) les effets de l'annulation ; vii) la responsabilité du cocontractant à l'opération annulable et les voies de droit en cas de non-respect ; et viii) 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. En ce qui concerne l'annulation, les dispositions législatives prévoient une exception à la *lex fori concursus* 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. Si les présentes dispositions législatives prévoient une exception à la *lex fori concursus* s'agissant des contrats de travail, cette exception ne couvre pas l'annulation en relation avec des contrats ou des relations de travail, par exemple, l'annulation d'une rémunération déraisonnable négociée dans le cadre de la modification du contrat de travail avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La *lex fori concursus* resterait en l'occurrence la loi qui régit la procédure d'insolvabilité et ses effets. [Toutefois, quand les dispositions impératives du droit du travail applicables par ailleurs ne permettent pas les actions en annulation en rapport avec des contrats ou relations de travail, de manière générale ou dans le cas en

question, l'imposition à l'étranger des effets de l'annulation en vertu de la *lex fori concursus* peut s'avérer problématique.]

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

21. Dans les 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 (dénommés « contrats poursuivis » dans le Guide), 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 les dispositions de la loi sur l'insolvabilité écartent les clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme automatique (également connues sous le nom de « clauses *ipso facto* ») ou si ces clauses sont régies par le droit général des contrats et, dans le cas où les dispositions de la loi sur l'insolvabilité les écartent, 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 de ne pas avoir à appliquer ces dispositions de la loi sur l'insolvabilité ; iv) les exceptions aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité visés aux points 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. Dans la *lex fori concursus*, les dispositions de lois autres que celle sur l'insolvabilité ainsi que les traités internationaux 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 États, les questions d'arbitrage commercial international seront régies par la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)⁷⁴ (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).

23. Dans les 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*.

i) Traitement de la compensation (set-off)

24. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine si la compensation est autorisée dans la procédure d'insolvabilité et, le cas échéant, à l'égard de quelles obligations et sous quelles conditions, 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) ; iii) si l'arrêt des poursuites s'applique à l'exercice des droits de compensation ou si la compensation est automatiquement effectuée à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; et iv) comment sont traités les créanciers qui ont des droits à compensation (par exemple, en tant que créanciers garantis ou autrement). La *lex fori concursus* régit

⁷³ Le droit général des contrats et donc des règles qui sortent du champ d'application des présentes dispositions législatives peuvent s'appliquer à la mise en œuvre du plan de redressement dans les États qui prévoient la clôture de la procédure d'insolvabilité après l'approbation (ou l'homologation, le cas échéant) du plan.

⁷⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739, p. 3. Disponible à l'adresse suivante : [Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères \(New York, 1958\) \(un.org\)](https://www.un.org/dep/ilc/yrk/).

également le traitement de la compensation des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

25. Le point i) se réfère à la compensation obligatoire en cas d'insolvabilité qui s'appliquerait indépendamment de tout accord contractuel 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 la procédure d'insolvabilité indépendamment de la loi qui régit la validité et l'opposabilité des droits à compensation et des créances existant au moment de l'ouverture de la procédure.

26. Ce point est étroitement lié à d'autres points de la liste, à savoir le point d) sur la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité ; 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 l'annulation dans un système de paiement ou de règlement ou sur un marché financier réglementé. En vertu de cette exception, les effets de la procédure sur les droits et obligations de compensation dans ces systèmes et sur ces marchés sont régis par la loi applicable à ces systèmes et marchés.] [*Il faudra peut-être étoffer cette section à la lumière des conclusions des discussions du Groupe de travail concernant une exception proposée à la lex fori concursus pour la compensation (netting) avec déchéance du terme en dehors des systèmes de paiement et de règlement et des marchés financiers réglementés. Voir la section consacrée à ce sujet plus bas.*]

j) Traitement des créanciers garantis

27. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* régit le traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité⁷⁵. L'utilisation du mot « traitement » dans ce point vise à exprimer le fait que la *lex fori concursus* régit uniquement les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des créanciers garantis dans le cadre de cette procédure, et détermine par exemple si les créanciers garantis sont tenus ou non de déclarer leurs créances dans ladite procédure⁷⁶. Ce point ne doit pas être interprété comme renvoyant à la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des sûretés réelles⁷⁷ existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qui devront toujours être déterminées par les règles de droit international privé généralement applicables de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte⁷⁸. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'écarte pas ces règles⁷⁹.

28. Outre les questions susmentionnées, la *lex fori concursus* régit l'application de l'arrêt des poursuites aux actions en réalisation de la part des créanciers garantis ; la protection des créanciers garantis contre toute diminution de la valeur des actifs grevés s'ils sont soumis à l'arrêt des poursuites ; l'annulation des sûretés réelles ; le classement des créances ; et le traitement des créanciers garantis et des actifs grevés dans le contexte du financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Ce point est donc étroitement lié à d'autres points de la liste, à savoir le point c) sur la constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité ; le point d) sur la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité ; le point e) sur l'utilisation et la disposition des actifs ; le point n) sur le traitement des créances ; et le point o) sur le classement des créances.

[29. La reconnaissance et l'imposition à l'étranger des effets de la *lex fori concursus* sur les créanciers garantis peuvent poser des difficultés, notamment en raison des considérations d'ordre public qui interviennent dans l'élaboration du régime interne de prêts garantis, y compris s'agissant du traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité. Les États peuvent craindre que l'application d'une loi étrangère à ces questions n'introduise un facteur d'instabilité susceptible d'affaiblir la protection et la valeur des sûretés réelles locales et d'augmenter le coût des financements au niveau national. Les déplacements du centre des intérêts principaux, s'ils modifient de manière radicale, soudaine et imprévue la situation du créancier

garanti, peuvent exacerber ces préoccupations. Des règles garantissant dans une mesure suffisante la protection adéquate des intérêts de ces créanciers dans la procédure d'insolvabilité nationale peuvent donc jouer un rôle essentiel pour la reconnaissance et l'imposition à l'étranger des effets de la *lex fori concursus* sur les créanciers garantis. [Voir chapitre III du présent texte]]

k) Droits et obligations du débiteur

30. Comme indiqué ci-dessus, dans les 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.

31. Ce point est lié à d'autres points de la liste des éléments régis par 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.

32. Dans la *lex fori concursus*, les dispositions de lois autres que celle sur 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 humains 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 la loi sur l'insolvabilité et la loi sur la procédure civile et pénale, par exemple en ce qui concerne les mandats de divulgation, d'audition, de perquisition et de saisie. 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 et la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale peuvent s'appliquer.

l) Devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité

33. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine : les cas dans lesquels un représentant de l'insolvabilité doit être nommé ; 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

⁷⁵ Conformément aux textes de la CNUDCI traitant des sûretés (voir la recommandation 223 et le chapitre X, par. 80 à 82 du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties ainsi que le commentaire de l'article 94 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (par. 500), qui renvoie à la recommandation 223 du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et à la recommandation 31 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

⁷⁶ Les créanciers garantis peuvent être dispensés de l'obligation de déclarer leurs créances dans la procédure d'insolvabilité en vertu de lois sur l'insolvabilité qui n'incluent pas les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité et qui autorisent ces créanciers à réaliser librement leurs sûretés sur les actifs grevés. Cette exception ne peut s'appliquer que dans la mesure où la créance du créancier garanti est couverte par la valeur de la vente des actifs grevés. Quand cette valeur est inférieure au montant de leurs créances, les créanciers garantis peuvent être tenus de déclarer des créances pour les fractions non garanties en tant que créanciers chirographaires ordinaires. Quand la valeur de la vente des actifs grevés est supérieure au montant de la créance du créancier garanti, il est attendu de ce dernier qu'il verse la différence à la masse de l'insolvabilité.

⁷⁷ « Sûreté réelle » : droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations (Glossaire, terme ss)).

⁷⁸ On trouve par exemple des règles de ce type dans les articles 84 à 100 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (2016). Le commentaire y afférent figure dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (2017).

⁷⁹ Voir l'article 94 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières et la recommandation 223 du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

la surveillance du travail qu'il effectue ; et la responsabilité du représentant de l'insolvabilité. En ce qui concerne ce dernier point, les dispositions de lois autres que celle sur l'insolvabilité dans la *lex fori concursus* 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).

[34. Dans les États qui ont incorporé les dispositions pertinentes des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité bénéficie d'un accès direct et accéléré aux tribunaux étrangers et est ainsi dispensé de formalités telles que licences ou action consulaire, et ni lui ni la procédure étrangère ne sont soumis à la compétence du tribunal étranger pour d'autres fins que celles indiquées dans la demande (voir les articles 9 et 10 de la LTI)⁸⁰. Le représentant de l'insolvabilité est fondé à demander une assistance en vertu des lois de l'État adoptant⁸¹ et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si les conditions internes d'ouverture d'une telle procédure sont réunies (art. 11 de la LTI)⁸². 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). Néanmoins, 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 mesures qu'il décidera de prendre⁸³. Ces questions dépendront de la loi 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). Des mesures de différents types peuvent être accordées et elles ne sont pas limitées à celles dont dispose un représentant de l'insolvabilité local en vertu de la législation interne.

35. 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, ce qui peut limiter les pouvoirs dont ils jouissent 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 territoire de l'État de reconnaissance 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). Cela étant, dans certains États, il est considéré que la *lex fori concursus* constitue la source des pouvoirs du

⁸⁰ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 108 à 111.

⁸¹ 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.

⁸² Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 112 à 114.

⁸³ 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.

représentant étranger. Ceux-ci sont alors reconnus, mis en œuvre et imposés par l'intermédiaire des lois de l'État de reconnaissance, même si certains de ces pouvoirs ne sont pas connus dans la loi de cet État ou si cette loi ne dit rien à leur sujet, pour autant qu'ils ne soient pas interdits par la législation nationale et qu'une protection adéquate soit assurée aux créanciers et aux autres personnes intéressées. Par conséquent, dans ces États, le droit interne s'efface effectivement devant la *lex fori concursus* en ce qui concerne les devoirs et les fonctions du représentant de l'insolvabilité, sous réserve des garanties habituelles. [Voir chapitre III.]

m) Fonctions des créanciers et du comité des créanciers

36. 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.

37. 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'insolvabilité⁸⁴. Il est également lié au point suivant (traitement des créances)⁸⁵.

n) Traitement des créances

38. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine : i) les créanciers qui doivent être tenus de déclarer des créances, les types de créances qui doivent être déclarées, 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 déclaration, de vérification et d'admission des créances, y compris le délai de déclaration, la personne à qui elles doivent être déclarées et les formalités de déclaration des créances étrangères⁸⁶ ; 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 déclaration et de l'admission des créances ; vii) les recours contre les décisions relatives aux créances (par exemple, leur rejet ou traitement particulier) ; viii) le traitement des créances postérieures à l'ouverture de la procédure ; ix) le traitement des créances en cas de conversion ; x) le cours et le paiement des 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 lesquelles l'engagement est établi, les créances à l'égard desquelles il peut être pris et les procédures visant à demander l'approbation, le contrôle et l'exécution d'un tel engagement⁸⁷. 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 et règlemente les engagements pouvant être pris à leur égard.

⁸⁴ Pour la description du rôle des créanciers et des comités de créanciers, y compris dans la surveillance du débiteur non dessaisi et du représentant de l'insolvabilité, voir par exemple les recommandations 126 à 136 du Guide et le commentaire qui les accompagne.

⁸⁵ 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 déclaré 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 les accompagne.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ Voir, par exemple, art. 28 à 32 de la LTIGE et art. 36 de la refonte du Règlement (CE).

39. Dans la *lex fori concursus*, les dispositions de lois autres que celle sur l'insolvabilité peuvent aussi être applicables, comme le droit des sûretés en ce qui concerne le traitement des créances garanties. En outre, le droit pénal peut se recouper avec la loi sur 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 s'appliquer à la déclaration, 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 nationales⁸⁸.

40. Ce point est lié aux points relatifs au traitement des créanciers garantis et à la compensation (set-off) ainsi qu'à l'exécution du plan de redressement⁸⁹. En particulier, les perspectives de reconnaissance et d'imposition à l'étranger des effets d'une procédure d'insolvabilité pourraient avoir des incidences sur le traitement des créances de groupes particuliers de créanciers, tels que les salariés ou les créanciers garantis. [Il peut être difficile de faire reconnaître à l'étranger les effets de la *lex fori concursus* sur le traitement des créances, en particulier pour les créances publiques⁹⁰.]

o) Classement des créances

41. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine l'ordre dans lequel les créances seront remboursées 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 afférents à l'administration de la procédure. Elle précise les classes de créanciers qui seront concernés par la procédure d'insolvabilité et le traitement réservé à ces classes en matière de priorité et de répartition. Elle précise également les règles pour établir l'équivalence fonctionnelle entre les créances nationales et les créances étrangères ainsi que les conséquences qu'entraîne une absence d'équivalence⁹¹. 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 classement des créances étrangères afin d'éviter l'ouverture de procédures parallèles⁹², la *lex fori concursus* détermine les formalités à suivre, y compris la forme et la langue dans lesquelles l'engagement est établi, les créances à l'égard desquelles il peut être pris et les procédures visant à demander l'approbation, le contrôle et l'exécution d'un tel engagement. 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 et régit les engagements qui peuvent être pris à leur égard.

42. Dans la *lex fori concursus*, les dispositions de lois autres que celle sur 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,

⁸⁸ 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 sur la Convention de New York, disponible à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration>.

⁸⁹ Le plan aborde généralement le traitement des créances des créanciers et peut également préciser la loi applicable.

⁹⁰ Voir art. 13-2 de la LTI et commentaire correspondant. **A/CN.9/1133, par. 42 g), dernière phrase.**

⁹¹ Comme il est noté dans le Guide, il faut établir si les créances nationale et étrangère, eu égard à leur contenu essentiel et à leur fonction, correspondent l'une à l'autre au point de pouvoir être considérées comme « fonctionnellement interchangeables ». Dans l'affirmative, elles seront considérées comme équivalentes et bénéficieront du même traitement dans la procédure d'insolvabilité. Si l'équivalence ne peut être établie, la créance sera généralement traitée comme une créance ordinaire. Les critères habituellement utilisés pour établir l'équivalence fonctionnelle des créances sont notamment la source de l'obligation, la nature des créanciers et l'intérêt sous-jacent qui justifient le traitement préférentiel de la créance. **A/CN.9/1133, par. 42 f).**

⁹² Voir, par exemple, art. 28 à 32 de la LTIGE et art. 36 de la refonte du Règlement (CE).

notamment le droit du travail (qui peut comprendre les conventions internationales du travail pour les États parties à ces conventions⁹³), la loi fiscale, le droit des sûretés et le droit de la responsabilité délictuelle. Des règles spéciales peuvent s'appliquer au classement des créances publiques (étrangères). Les perspectives de reconnaissance et d'imposition à l'étranger des effets de la procédure d'insolvabilité pourraient avoir des incidences sur le classement des créances de groupes particuliers de créanciers, tels que les salariés et les créanciers garantis. [Il peut être difficile de faire reconnaître à l'étranger les effets de la *lex fori concursus* sur le classement des créances, en particulier pour les créances publiques⁹⁴.]

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

43. Dans les 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 afférents 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.

44. Ce point est lié à d'autres points de la liste des éléments régis par la *lex fori concursus*. Par exemple, les frais et dépenses afférents à la procédure d'insolvabilité comprennent les frais et dépenses liés à la participation du représentant de l'insolvabilité à diverses procédures ayant une incidence sur la masse de l'insolvabilité, telles que des procédures judiciaires ou des procédures arbitrales concernant des créances contestées ou les procédures d'annulation.

q) Répartition du produit

45. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine les règles relatives à la répartition du produit, qui peuvent différer selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement⁹⁵.

46. Ce point est étroitement lié aux autres points de la liste des éléments régis par 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 parallèles⁹⁶, les créances concernées bénéficieront du 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

47. Dans les 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 la question de savoir si la conversion peut revenir ou non à clore officiellement la procédure qui est convertie. Elle précise la partie qui peut

⁹³ 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.

⁹⁴ Voir art. 13-2 de la LTI et commentaire correspondant.

⁹⁵ 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'appliqueraient 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.

⁹⁶ Voir, par exemple, art. 28 à 32 de la LTIGE et art. 36 de la refonte du Règlement (CE).

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

48. Dans les 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 effective⁹⁷ ; et iv) les critères de refus de la décharge et d'annulation d'une décharge déjà accordée⁹⁸.

t) Actions connexes (qui découlent de la procédure d'insolvabilité ou qui y sont substantiellement associées)

49. Le point t) est une disposition fourre-tout destinée à englober les actions qui ne sont pas spécifiquement mentionnées sur la liste des éléments régis par la *lex fori concursus* mais qui découlent néanmoins de la 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) des actions engagées en vertu de la loi sur l'insolvabilité qui visent à tenir les administrateurs responsables de leurs actes qui sont à l'origine de l'insolvabilité ou qui y ont contribué.

50. Alors que les effets de la procédure d'insolvabilité sur les obligations et responsabilités des administrateurs nées pendant la procédure d'insolvabilité visées au point k) sont toujours régis par la *lex fori concursus*, les dispositions législatives ne prévoient pas que cette dernière régisse les effets de la procédure d'insolvabilité sur toutes les obligations et responsabilités des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité. Dans la plupart des cas, la *lex societatis* continuera de s'appliquer à celles-ci malgré l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Le point t) vise à prendre en compte les motifs précis⁹⁹ qui peuvent engager la responsabilité des administrateurs et les motifs sur le fondement desquels des actions 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 possibles figurent, dans de nombreux États, 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 à la loi sur l'insolvabilité et à la procédure 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*.

51. Dans certains États, 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 États, cette exigence ne s'appliquera pas nécessairement, les administrateurs étant plutôt encouragés à engager 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 trouvent : i) le centre des intérêts principaux du débiteur qui coïncide avec son lieu d'immatriculation ou de

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Le paragraphe 47 du document A/CN.9/WG.V/WP.187 a été supprimé. A/CN.9/1133, par. 42 i).

⁹⁹ A/CN.9/1133, par. 42 j).

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 celui 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*.

52. Qui plus est, si la *lex fori concursus* suit une interprétation large du terme « administrateurs », comme le recommande par exemple la quatrième partie du Guide¹⁰⁰, des considérations d'ordre public, voies de droit et mécanismes d'exécution 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.

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

1. Contrats et relations de travail

14. À la soixante-deuxième session du Groupe de travail, aucun commentaire n'a été fait sur le projet de disposition législative, dont la formulation avait été convenue par le Groupe à sa soixante et unième session¹⁰¹, ni sur le commentaire l'accompagnant. Le secrétariat a affiné certains aspects du projet de commentaire.

a) Projet de disposition législative

Loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats et relations de travail

Les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat et une relation de travail sont régis par la loi applicable au contrat ou à la relation.

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 doivent être régis par la loi applicable aux contrats ou aux relations en question, laquelle loi doit s'entendre comme englobant 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 la disposition. Ils sont soumis à 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 »). Il en va de même pour la qualification d'un contrat ou d'une relation en tant que contrat ou relation de travail et pour les actions en annulation concernant 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 dirigeants 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 se rapportant à la

¹⁰⁰ 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).

¹⁰¹ A/CN.9/1126, par. 79.

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 la règle de la *lex fori concursus* prévue ici 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 sur les autres objectifs de la procédure d'insolvabilité, tels que la maximisation de la valeur de la masse au profit de l'ensemble des créanciers. Cette priorité peut être attestée par l'accent mis sur la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité (avec transfert des obligations existantes en matière d'emploi), plutôt que sur la liquidation ou le redressement, qui sont susceptibles de modifier ces obligations ou d'y mettre fin. Les règles de droit impératives, notamment celles qui figurent dans les traités internationaux¹⁰², peuvent : protéger les employés contre les licenciements abusifs et la discrimination ; prévoir un filet de sécurité financier pour les employés ; imposer des restrictions à la possibilité de rejeter ou de modifier des contrats de travail¹⁰³ et des conditions de mise en œuvre des licenciements (y compris la notification préalable aux autorités compétentes de l'État) ; et garantir le droit des employés 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'insécurité juridique ou d'incohérence dans le traitement des contrats et des relations de travail dans la procédure d'insolvabilité. Ce risque augmente si les effets de la procédure sur ces questions sont régis par la *lex fori concursus* étrangère. Il est justifié d'accroître la sécurité juridique et la cohérence face aux attentes des employés, 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 salariés. La procédure d'insolvabilité peut être utilisée pour affaiblir la protection des employés, par exemple, lorsque dans la perspective de la cession d'une entreprise en vue de la poursuite de l'activité, la résiliation de contrats de travail onéreux pourrait permettre d'augmenter le prix de cette cession, ou lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure afin de pouvoir s'affranchir des obligations onéreuses découlant des contrats ou des relations de travail.

5. Tout en approuvant l'exception, le Groupe de travail a admis que l'approche suivie dans la présente disposition législative risquait de supprimer la souplesse pouvant être souhaitable et nécessaire à l'entreprise pour poursuivre son activité, préserver l'emploi et garantir les salaires, en particulier lors d'un redressement. En outre, si la main-d'œuvre employée par le débiteur est soumise à différents régimes de travail, l'approche suivie dans la disposition législative peut nuire à la conduite et à l'administration efficaces de la procédure d'insolvabilité, car il serait alors nécessaire d'évaluer les différents régimes en question. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque le débiteur a des employés dans différents États où 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 librement la loi applicable aux contrats ou relations de travail. Cette liberté s'accompagne

¹⁰² Voir, par exemple, la Convention de 1982 sur le licenciement (n° 158) de l'OIT.

¹⁰³ Voir la recommandation 71 du Guide et le commentaire correspondant.

généralement de garanties visant à protéger les employés 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 État 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 employés 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 (laquelle, pour de nombreux États, comprendrait les dispositions des traités internationaux relatifs au travail qui les lient ainsi que des garanties constitutionnelles) ou qui aurait un lien plus étroit avec le contrat ou la relation de travail.

6. Néanmoins, sans une telle exception, les effets de la procédure d'insolvabilité sur le traitement des contrats et des relations de travail pourraient en définitive être régis par la loi d'un État qui n'a pas de lien, ou qui n'a qu'un lien très distant, avec un contrat ou une relation de travail déterminé (par exemple la loi de l'État où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur et qui ne correspond pas à l'endroit où se trouve l'ensemble ou la majorité des employés concernés). Il faudrait alors concilier les mesures de protection accordées aux employés en vertu de la *lex fori concursus* étrangère, de la loi choisie le cas échéant, et de la loi qui aurait été obligatoirement applicable dans tous les cas. Une autre solution serait d'envisager une combinaison ou une hiérarchisation des lois applicables. Cette solution aurait l'avantage de préserver la souplesse, mais pourrait dans le même temps nuire à la conduite et à l'administration efficaces de la procédure d'insolvabilité, car le tribunal sera censé comparer les incidences de l'application de divers régimes du travail. S'il est vrai, comme cela a été noté au paragraphe précédent, que l'approche retenue dans la disposition législative comporterait elle aussi un inconvénient similaire, selon l'opinion qui a finalement prévalu au sein du Groupe de travail, cette approche, en fin de compte, était préférable.

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, parce qu'elle reviendrait à légitimer l'esclavage moderne) (voir ci-dessus). Les règles nationales détermineraient alors quelle serait la loi à appliquer en lieu et place de celle qui a été écartée.

2. Systèmes de paiement, de compensation et de règlement, marchés financiers réglementés et autres systèmes multilatéraux de négociation

15. Le projet de disposition législative et de commentaire a été modifié pour tenir compte des avis exprimés à la soixante-deuxième session du Groupe de travail¹⁰⁴, ainsi que des consultations d'experts et de l'examen des instruments pertinents. L'option consistant à restreindre la portée de l'exception a été retenue, comme cela avait été suggéré à la soixante-deuxième session du Groupe de travail. L'exception concerne les systèmes de paiement, de compensation et de règlement, les marchés financiers réglementés et les autres systèmes multilatéraux de négociation. Tous ont en commun les caractéristiques suivantes : il s'agit de plateformes multilatérales auxquelles plusieurs parties, qui ne se connaissent pas nécessairement entre elles, ont recours pour la compensation (clearing), le règlement ou l'enregistrement de paiements, de valeurs mobilières, de produits dérivés ou d'autres opérations financières. Ce processus de compensation, de règlement ou d'enregistrement peut se faire selon diverses méthodes, notamment dans le cadre d'accords bilatéraux dans lesquels, pour des transactions multilatérales, une contrepartie centrale s'interpose entre les parties en devenant vendeur à l'égard de chacun des acheteurs et acheteur à l'égard de chacun des vendeurs. Par commodité, ces systèmes sont collectivement désignés dans la présente note sous le nom d'« infrastructures de marchés financiers ».

¹⁰⁴ A/CN.9/1133, par. 43 à 46.

16. La réglementation des infrastructures de marchés financiers évolue rapidement, notamment sous l'influence des progrès numériques. Les révisions proposées visent à rendre compte de l'état de la réglementation actuelle, à rester neutre sur le plan technologique et à suivre l'approche fonctionnelle. La neutralité technologique signifie que les infrastructures de marchés financiers, quelle que soit la technologie qu'elles utilisent, seront concernées par l'exception dès lors que les critères d'application de cette exception sont réunis. L'approche fonctionnelle suppose d'interpréter et d'appliquer l'exception en se concentrant sur sa finalité, qui est de préserver l'intérêt public, de réduire le risque systémique et d'assurer la protection des participants, l'intégrité des marchés financiers et la stabilité financière.

17. L'exception est accompagnée d'un glossaire, dans lequel le secrétariat apporte des explications sur les termes employés. L'idée n'était pas de proposer un glossaire exhaustif des termes en rapport avec l'exception, mais seulement de s'intéresser aux termes qui peuvent aider à délimiter la portée de l'exception. Les explications relatives à ces termes n'ont pas été intégrées au commentaire parce que la terminologie en question est mouvante. Les toutes dernières modifications ont été introduites pour tenir compte de l'évolution rapide des pratiques dans les infrastructures de marchés financiers, telles que l'utilisation de la technologie des registres distribués. En plus des nouveaux éléments introduits dans les définitions établies de longue date, de nouveaux termes sont apparus.

18. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager un lien entre l'exception prévue pour les infrastructures de marchés financiers et une éventuelle exclusion du champ d'application des dispositions législatives (voir ci-dessus). Il pourrait être nécessaire d'étoffer le projet de commentaire en conséquence. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les questions que soulève la proposition, faite à sa soixante-deuxième session, de prévoir la même exception pour les accords de compensation (netting) avec déchéance du terme utilisés dans d'autres situations¹⁰⁵ sont examinées séparément, à la section 3 ci-après, sans préjudice de sa décision de traiter cette proposition au titre de la même exception ou d'une exception distincte.

a) Projet de disposition législative

Loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants ainsi que l'annulation dans un système de paiement, [de compensation] ou de règlement, sur un marché financier réglementé [ou dans d'autres systèmes multilatéraux de négociation]

Les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de paiement, [de compensation] ou de règlement, à un marché financier réglementé [ou à un autre système multilatéral de négociation] sont régis par la loi applicable à ce système, à ce marché [ou à ce système multilatéral de négociation]. Cette loi régit également l'annulation des paiements ou des opérations qui ont été effectués dans le système ou sur le marché [ou dans le système multilatéral de négociation] en question.

¹⁰⁵ A/CN.9/1133, par. 43 à 46.

Glossaire

Effets de la procédure d'insolvabilité	Cette formulation est tirée de la recommandation 32 du Guide. Ainsi rédigée, elle a un sens large et ne renvoie pas à une procédure d'insolvabilité concernant un groupe particulier de personnes (tel que les participants aux infrastructures de marchés financiers, ou autre).
Droits et obligations	Les droits et obligations découlent des règles, procédures et contrats directement liés au fonctionnement des infrastructures de marchés financiers (par exemple, les mécanismes de contrôle des risques et de réduction des besoins de liquidité), que la source de ces droits et obligations soit légale, réglementaire ou contractuelle. Ils incluent les droits et obligations des participants qui découlent, ou qui relèvent, de la compensation globale (netting) des règlements et des paiements, de la prise et du règlement d'engagements, du caractère définitif des transferts, de la novation, des offres ouvertes ou d'autres accords contraignants en vertu desquels une contrepartie centrale devient une contrepartie pour les opérations réalisées avec les participants au marché, de la constitution de sûretés pour couvrir l'exposition actuelle et l'exposition potentielle future et de la fourniture de divers autres types de garanties. Ils peuvent aussi inclure les droits et obligations qui découlent, ou qui relèvent, des contrats concernant directement les infrastructures de marchés financiers conclus entre les participants ou l'opérateur du système ou du marché et des tiers, en particulier pour ce qui a trait à la compensation globale, à l'exécution des accords de garantie, aux arrangements et garanties en matière de soutien au crédit et au traitement des clauses <i>ipso facto</i> . Les droits et obligations qui découlent de contrats et d'autres opérations liés aux infrastructures de marchés financiers mais qui ne se rapportent pas directement à leurs activités restent régis par la <i>lex fori concursus</i> . À titre d'exemple, pour un système de paiement, si la partie A ordonne à sa banque B de transférer des fonds sur le compte de la partie C tenu par la banque D, l'exception s'appliquera uniquement aux droits et obligations que cet ordre de transfert fait naître entre A et B, B et D et D et C, et non pas aux droits et obligations découlant de l'opération sous-jacente entre A et C qui est à l'origine de cet ordre de transfert de fonds, ceux-ci étant soumis à la <i>lex fori concursus</i> .
Participants	Les participants sont les personnes qui sont à la fois i) identifiées et reconnues comme ayant la qualité de participants par une infrastructure de marché financier et ii) autorisées de manière directe ou indirecte à effectuer des transferts par l'intermédiaire de cette infrastructure. Traditionnellement, les participants incluent les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les autorités publiques, les contreparties centrales, les agents de règlement et de compensation et les opérateurs des infrastructures de marchés financiers. Plus récemment, la notion a été élargie pour inclure d'autres personnes, par exemple les participants indirects et, dans les infrastructures de marchés financiers faisant appel à la technologie des registres distribués, les investisseurs individuels qui sont susceptibles d'interagir directement dans ces infrastructures, sans intermédiaire.
Système de paiement	Ensemble d'instruments, de procédures et de règles pour le transfert de fonds entre les participants. Il repose généralement sur un accord entre les participants et l'opérateur, le transfert de fonds étant réalisé au moyen d'une infrastructure opérationnelle convenue. Au sens étroit, le terme peut faire référence uniquement à des systèmes de transferts de fonds interbancaires dont tous les participants ou presque sont des établissements de crédit et qui facilitent la circulation d'argent dans un pays ou un espace monétaire. Dans un sens plus large, il peut désigner n'importe quel dispositif formel de transfert de fonds établi par contrat privé ou en vertu de la législation, impliquant de multiples participants ainsi que des règles communes et des modalités normalisées pour la transmission, la compensation (clearing et netting) ou le règlement d'obligations monétaires nées entre ses participants. Les systèmes de paiement peuvent faire partie des marchés financiers ou opérer séparément selon leur propre structure de gouvernance et leurs propres règles de fonctionnement.
Système de compensation	Ensemble de règles et de procédures permettant d'établir les positions définitives des participants avant qu'il ne soit procédé au règlement dans le cadre du système de règlement. Les systèmes de compensation peuvent faire partie des systèmes de

	règlement ou opérer séparément selon leur propre structure de gouvernance et leurs propres règles de fonctionnement.
Système de règlement	Ensemble d'instruments, de procédures et de règles permettant de procéder au transfert de fonds, d'actifs ou d'instruments financiers selon des règles prédéterminées. Les transferts deviennent définitifs (c'est-à-dire irrévocables et inconditionnels) dans le cadre du système de règlement. Les systèmes de règlement peuvent opérer séparément selon leur propre structure de gouvernance et leurs propres règles de fonctionnement, ou comme élément d'une contrepartie centrale, ou encore dans le cadre d'un marché financier ou d'un dépositaire central de titres.
Marché financier réglementé	Marché multilatéral fonctionnant de façon régulière, autorisé par une autorité compétente et exploité ou géré par un opérateur de marché, qui assure la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés pour des instruments financiers (par exemple des actions, des obligations, des produits dérivés, des parts de fiducie) admis à la négociation sur ce marché en vertu des règles dudit marché. Il fonctionne dans le cadre de lois ou réglementations spécifiques et fait l'objet d'un contrôle ou d'une surveillance prudentielle de la part de l'autorité compétente. Avant de leur accorder l'autorisation de fonctionner en tant que marché financier réglementé, l'autorité compétente doit s'assurer que l'opérateur de marché et le marché en question remplissent les conditions requises. Les marchés boursiers, les marchés obligataires et les marchés de produits dérivés sont des exemples de marchés financiers réglementés. À la différence des systèmes de paiement, de compensation et de règlement, qui peuvent chacun opérer séparément, faire partie l'un de l'autre ou faire partie du marché financier, un marché financier réglementé constitue l'infrastructure intégrée complexe utilisée pour la compensation (clearing), le règlement et l'enregistrement des paiements, des valeurs mobilières, des produits dérivés ou d'autres opérations financières.
Systèmes multilatéraux de négociation	Plateformes électroniques facilitant la négociation de différents types d'instruments financiers. Ces systèmes peuvent opérer dans le cadre d'un marché financier réglementé, ou en complément de celui-ci. Ils peuvent être réglementés ou non réglementés et fonctionner selon des règles discrétionnaires ou non discrétionnaires. Les systèmes qui fonctionnent sur la base de règles non discrétionnaires ne laissent aucune marge d'interprétation aux opérateurs pour l'exécution des ordres. Ils font le lien entre les ordres transmis par différents participants en se fondant sur des règles prédéfinies. Les systèmes qui fonctionnent sur la base de règles discrétionnaires laissent aux opérateurs une marge d'interprétation pour l'exécution des ordres, ce qui leur permet d'agir en tant que contreparties dans les transactions, en fournissant des liquidités et en exécutant les ordres des clients. Les systèmes multilatéraux de négociation peuvent se spécialiser dans la négociation de certains types particuliers d'instruments financiers, par exemple les instruments financiers participatifs (actions, obligations) ou non participatifs (quotas d'émission).
Loi applicable à un système de paiement, de compensation ou de règlement, à un marché financier réglementé ou à un système multilatéral de négociation	Il s'agit de la loi d'un État telle qu'elle a été choisie par l'infrastructure de marché financier ou, à défaut, par les participants. Si ce choix n'a pas été fait, c'est généralement la loi du lieu où se trouve le système ou le marché qui s'applique. Il peut être exigé que la loi choisie soit celle d'un État dans lequel au moins un des participants a son siège social. Les infrastructures de marchés financiers déterminent souvent, dans les règles qui régissent leurs activités, la loi qui doit s'appliquer à chaque aspect de leurs opérations. Dans certains cas, le droit applicable leur impose de le faire. Dans le cadre de leur stratégie d'atténuation des risques, les infrastructures de marchés financiers ont souvent l'obligation, également, de cerner et d'analyser les éventuels problèmes de conflit de lois qui pourraient découler de leurs activités, et de mettre en place des règles et des procédures pour atténuer ces risques. Le choix de la loi applicable est soumis à la vérification de l'autorité compétente. Habituellement, les États n'autorisent pas le choix contractuel d'une loi qui contournerait l'ordre public fondamental.

b) Projet de commentaire

1. Les systèmes et marchés (et leurs différentes combinaisons) qui sont visés par l'exception sont des infrastructures de marchés financiers qui permettent à de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés pour des instruments financiers d'interagir. Dans ces infrastructures, l'incapacité d'un ou de plusieurs participants à s'exécuter comme prévu empêchera d'autres participants de remplir leurs obligations à l'égard des autres participants et des tiers. Cet effet domino est souvent appelé risque systémique.

2. Toutes les infrastructures de marchés financiers sont exposées au risque que leurs activités soient perturbées. Les perturbations peuvent être provoquées par des facteurs internes aux infrastructures (par exemple des défaillances ou insuffisances opérationnelles, ou des fraudes) et par des facteurs externes, comme des procédures d'insolvabilité. Elles peuvent entraîner des pertes et des problèmes de liquidité au sein des infrastructures, rendre inefficaces les mesures que prennent ces infrastructures pour réduire les risques opérationnels et engendrer des risques systémiques. L'exception vise à limiter autant que possible les perturbations que les procédures d'insolvabilité entraînent pour les activités des infrastructures de marchés financiers. En identifiant une loi unique pour régir les effets de la procédure d'insolvabilité sur ces infrastructures (c'est-à-dire la loi du système, du marché [ou autre système multilatéral de négociation]), l'exception contribue à faire en sorte que les perturbations liées à des procédures d'insolvabilité soient plus prévisibles, et donc plus faciles à gérer. Sans cette exception, compte tenu de la multiplicité de participants et de tiers qui sont impliqués dans les infrastructures de marchés financiers et dont les procédures d'insolvabilité peuvent avoir des incidences sur ces mêmes infrastructures, de nombreuses *lex fori concursus* non définies, incertaines et imprévisibles pourraient s'appliquer ; cela rendrait difficile, voire impossible, la gestion des risques opérationnels auxquels sont exposées les infrastructures, et les risques systémiques s'en trouveraient amplifiés. L'exception s'applique aux procédures d'insolvabilité sans préciser qui est visé par ces procédures, ce qui favorise une interprétation large : sera donc concernée toute procédure d'insolvabilité ayant une incidence directe sur les opérations réalisées dans le cadre des infrastructures de marchés financiers.

3. L'exception doit être interprétée de façon restrictive pour ce qui est des droits et obligations concernés: seuls sont visés les droits et obligations des participants découlant de règles, procédures et contrats spécifiques qui régissent le fonctionnement des infrastructures de marchés financiers ou ont une incidence sur ce fonctionnement. En même temps, il convient d'interpréter et d'appliquer l'exception avec une certaine souplesse pour atteindre l'objectif visé, qui est de préserver l'intérêt public, d'endiguer le risque systémique et d'assurer la protection des investisseurs, l'intégrité des marchés financiers et la stabilité financière. Les habituels principes de neutralité technologique, d'équivalence fonctionnelle et de non-discrimination sont à prendre en compte dans l'interprétation et l'application de l'exception, l'idée étant que cette exception doit pouvoir s'appliquer à toutes les infrastructures de marchés financiers qui réunissent les conditions requises, indépendamment de la technologie que ces infrastructures utilisent pour leurs opérations.

4. 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. Le droit interne devrait en principe prévoir des règles pour déterminer quelle est la loi applicable en lieu et place de celle qui a été écartée, lorsque l'exception d'ordre public est invoquée.

3. Compensation (netting) avec déchéance du terme en dehors des systèmes de paiement et de règlement et des marchés financiers réglementés

19. Le Groupe de travail a reporté l'examen d'une proposition selon laquelle les accords de compensation (netting) avec déchéance du terme en dehors des infrastructures de marchés financiers, qu'il s'agisse d'accords bilatéraux ou multilatéraux, devraient faire l'objet d'une exception à l'application de la *lex fori concursus* similaire à l'exception envisagée pour ces infrastructures, de sorte que la loi applicable à un accord de compensation avec déchéance du terme régirait les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des parties à cet accord. Au sein du Groupe de travail, on a évoqué des exemples de situations qui rendraient nécessaire une exception identique, mais qui ne se prêteraient pas à l'application de l'exception prévue à la section 2 ci-dessus pour les infrastructures de marchés financiers ; les exemples cités concernaient notamment les contrats de gros pour l'approvisionnement en énergie, les contrats de matières premières ainsi que la négociation de gré à gré de produits dérivés non normalisés qui ne sont pas nécessairement éligibles pour une compensation (clearing) et un règlement par l'intermédiaire d'infrastructures de marchés financiers.

20. Selon l'autre point de vue exprimé au sein du Groupe, les effets de la procédure d'insolvabilité sur la compensation avec déchéance du terme dans le cadre d'une opération commerciale bilatérale où se connaissent les parties devraient être couverts par la *lex fori concursus* (point i), concernant la compensation (set-off), de la liste des éléments régis par la *lex fori concursus* car les parties seraient en mesure de cerner et d'atténuer les risques découlant de l'opération commerciale en question. Il n'était pas exclu qu'on doive appliquer la même exception dans des situations où les parties ne se connaissent pas et où un risque systémique ou d'autres risques similaires se présentaient. Toutefois, il a été suggéré d'envisager cette question séparément de l'exception restreinte prévue à la section 2 ci-dessus.

21. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant la proposition, et se demander en particulier si une exception supplémentaire à la *lex fori concursus* est nécessaire pour les situations qui sont décrites ci-dessus et qui ne sont pas couvertes par l'exception énoncée à la section 2. En se penchant sur cette question, il souhaitera peut-être noter que les accords de compensation avec déchéance du terme se distinguent à plusieurs égards des accords de compensation globale (netting) des règlements ou paiements qui sont visés par l'exception de la section 2. Il conviendra de noter en particulier que l'application de cette exception aux accords de compensation globale des règlements ou paiements se justifie par la nécessité de préserver l'intérêt public, d'endiguer le risque systémique et d'assurer la protection des investisseurs, l'intégrité des marchés financiers et la stabilité financière. Les accords de compensation avec déchéance du terme sont utilisés principalement comme un instrument de gestion du risque de crédit ou du risque commercial. Il serait possible d'y avoir recours pour toutes les relations contractuelles mutuelles portant sur une valeur dont le montant peut être exprimé dans une monnaie. Toutefois, certaines limites sont recommandées pour leur utilisation (en ce qui concerne aussi bien les parties éligibles que les obligations éligibles), étant donné que la compensation avec déchéance du terme implique un traitement particulier de la partie non défaillante par rapport aux créanciers ordinaires en cas d'insolvabilité de la partie défaillante¹⁰⁶. Ces limites se rapportent notamment au risque systémique, aux contrats impliquant une relation unique (c'est-à-dire lorsque chaque contrat a une incidence

¹⁰⁶ Voir les Principes d'UNIDROIT concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation (2013), principe 4 et commentaire correspondant.

sur les autres)¹⁰⁷ et à la volatilité de la valeur de certaines opérations, qui exposeraient les parties à des risques de marché et de crédit considérables¹⁰⁸.

22. L'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle et le principe général selon lequel la loi ne devrait pas, sans justification, traiter différemment des situations similaires peuvent inciter à appliquer la même exception aux droits et obligations des participants à des systèmes et marchés autres que ceux qui sont censés être couverts par l'exception envisagée à la section 2 ci-dessus, lorsque ces participants sont confrontés aux mêmes risques parce qu'ils ont affaire à des contreparties multiples et inconnues et que, par conséquent, des *lex fori concursus* aussi nombreuses qu'imprévisibles peuvent s'appliquer. Dans de telles situations, les stratégies d'atténuation du risque commercial qui sont habituellement mises en œuvre lorsque les contreparties se connaissent, que ce soit dans un cadre bilatéral ou multilatéral (diligence raisonnable ou clauses contractuelles, par exemple), seraient sans effet. Il peut y avoir lieu de considérer également les risques que les difficultés financières dans ces autres systèmes et marchés se propagent aux systèmes et marchés visés par l'exception évoquée à la section 2 ci-dessus. Lorsque de tels risques existent et qu'ils sont importants, les mêmes considérations relatives à la protection de l'intérêt public, des investisseurs, de l'intégrité des marchés financiers et de la stabilité financière et, partant, des mesures d'endiguement des risques systémiques peuvent s'appliquer à ces autres systèmes et marchés.

23. Étant donné que la référence spécifique à la compensation (set-off) (point i) de la liste des éléments régis par la *lex fori concursus*) a été faite au moment de l'examen de la proposition par le Groupe de travail, il est nécessaire de préciser que, tels qu'ils sont formulés, le point i) et le commentaire l'accompagnant peuvent englober différents types de compensation en fonction de la *lex fori concursus*. Il peut s'agir de compensation dans le cadre de contrats multiples (c'est-à-dire que les dettes ne sont pas nécessairement mutuelles ou liées les unes aux autres) et d'obligations échues ou non échues.

24. Si le Groupe de travail décide d'inclure une exception pour les accords de compensation avec déchéance du terme en dehors des infrastructures de marchés financiers, il voudra peut-être préciser sa portée, la loi applicable et les éventuelles conditions et garanties connexes. Étant donné que cette exception remplacerait la règle par défaut, à savoir la *lex fori concursus*, par la règle de l'autonomie des parties, qui consiste à s'en remettre à la loi choisie par celles-ci, des règles spéciales pourraient être nécessaires lorsque les parties n'ont pas précisé quelle est la loi applicable, ou si leur choix s'avère insatisfaisant. Les mêmes considérations n'ont pas forcément lieu d'être en ce qui concerne les infrastructures de marchés financiers, puisque le choix de la loi y est réglementé ou normalisé et fait l'objet, en tout état de cause, d'une surveillance, d'un contrôle ou d'une supervision de la part d'une autorité compétente. Le projet de dispositions législatives et de commentaire sera modifié pour tenir compte des résultats des délibérations du Groupe de travail sur la question.

4. Procédures arbitrales en cours

a) Projet de disposition législative

25. À sa soixante-deuxième session, le Groupe de travail a examiné l'exception à la *lex fori concursus* énoncée ci-après : « Les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures arbitrales en cours ou pendantes sont régis par la *lex arbitri* ». Il a été suggéré : a) de clarifier à quelles procédures arbitrales on faisait référence (nationales

¹⁰⁷ Cette caractéristique est inhérente aux contrats d'échange, aux mises en pension, aux prêts de titres et aux contrats de garantie avec transfert de propriété. Elle peut être établie contractuellement dans d'autres types d'accords afin de traiter une multitude d'opérations de manière collective, la raison principale étant qu'il est plus efficace pour les parties de surveiller et de gérer leur exposition de risque mutuel en se fondant sur une évaluation globale de toutes les opérations en cours entre elles.

¹⁰⁸ Les négociants en énergie, les compagnies aériennes et les entreprises similaires sont souvent confrontés à ce type de risques.

ou étrangères, ou les deux ; se déroulant en dehors de l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte ou sur le territoire même de cet État, ou les deux) ; b) de restreindre la portée de l'exception ; c) de faire référence uniquement aux procédures arbitrales qui concernent la masse de l'insolvabilité ; et d) de préciser le sens du terme « *lex arbitri* »¹⁰⁹.

26. Compte tenu de ces observations, l'exception pourrait être reformulée comme suit :

« Les effets de la procédure d'insolvabilité sur [*limites du champ d'application de la présente exception dont conviendra le Groupe de travail*] des procédures arbitrales en cours concernant la masse de l'insolvabilité qui est administrée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité en question sont régis par la *lex arbitri* ».

27. Compte tenu des questions en suspens concernant cette exception, qui sont évoquées ci-dessous, le secrétariat n'a pas été en mesure de rédiger un commentaire s'y rapportant. Il croit comprendre que l'intention n'est pas de limiter la disposition législative à un type ou lieu d'arbitrage particulier, et que les implications de différents scénarios pourraient être examinées dans un commentaire accompagnant la disposition (il note en particulier que la *lex fori concursus* et la *lex arbitri* peuvent coïncider, ce qui pourrait apaiser les nombreuses craintes exprimées au sein du Groupe de travail au sujet de la proposition d'ajouter une exception supplémentaire à la règle de la *lex fori concursus* pour les procédures arbitrales en cours). Si, toutefois, le Groupe de travail convient que l'exception ne devrait s'appliquer qu'aux procédures arbitrales étrangères se déroulant en dehors de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ce point pourrait être expliqué dans le commentaire. Ce point pourrait également être clarifié dans le projet de disposition législative lui-même avec l'ajout, au début ou à la fin de la disposition, du membre de phrase suivant : « lorsque la procédure arbitrale étrangère se déroule sur le territoire d'un État autre que l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte ».

28. Le terme « *lex arbitri* » peut être retenu dans la formulation de l'exception s'il est défini, aux fins du projet, comme la loi de l'État où a lieu l'arbitrage. Sa définition pourra être ajoutée dans la section « Définitions » ci-dessus. Il pourrait être utile de préciser dans cette définition, ou dans le commentaire correspondant, que la *lex arbitri* engloberait non seulement la loi de l'arbitrage mais aussi la loi sur l'insolvabilité de l'État où a lieu l'arbitrage, et que la référence au lieu d'arbitrage devrait être comprise comme désignant le lieu juridique de l'arbitrage, et non l'emplacement géographique physique ni un lieu en ligne où la procédure est susceptible d'être conduite¹¹⁰.

29. En examinant la question plus avant, le Groupe de travail voudra peut-être noter que les parties peuvent convenir du lieu de l'arbitrage, faute de quoi le tribunal arbitral ou l'institution administrant l'arbitrage devront généralement le déterminer dès l'ouverture de la procédure arbitrale¹¹¹. Le lieu de l'arbitrage présente une importance pratique considérable puisqu'il détermine normalement la loi arbitrale applicable qui régit notamment la nomination et la récusation des arbitres, la conduite de la procédure arbitrale et les motifs pour lesquels une partie peut exercer une voie

¹⁰⁹ A/CN.9/1133, par. 49.

¹¹⁰ La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (« LTA ») (art. 20), la note explicative qui s'y rapporte (la « Note explicative ») (par. 14) et l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (2016) (l'« Aide-mémoire ») (par. 31) expliquent que le lieu de l'arbitrage n'est pas nécessairement celui où se tiennent les audiences ou les réunions, qui peuvent se tenir dans un lieu différent ou à distance, mais ils admettent également que le fait de tenir toutes les audiences dans un lieu autre que celui de l'arbitrage peut être source de difficultés dans le cadre d'un recours contre la sentence arbitrale, ou de son annulation ou exécution.

¹¹¹ Certaines institutions d'arbitrage prévoient dans leur règlement un lieu par défaut, qui s'applique lorsque les parties n'en ont pas choisi.

de recours contre la sentence arbitrale ou demander son annulation¹¹². En outre, les tribunaux de l'État du lieu de l'arbitrage se voient confier des fonctions de contrôle et d'assistance dans le cadre de l'arbitrage¹¹³.

30. Le Groupe de travail se souviendra peut-être également de sa discussion relative aux facteurs influençant le choix du lieu de l'arbitrage. Il peut s'agir de facteurs juridiques et autres, dont l'importance relative varie selon les cas. Les principaux facteurs juridiques comprennent notamment : i) la pertinence de la loi arbitrale au lieu de l'arbitrage ; ii) la loi, la jurisprudence et les pratiques au lieu de l'arbitrage concernant l'intervention des tribunaux dans le cadre de la procédure arbitrale, la portée des voies de recours ou des motifs d'annulation d'une sentence et les exigences concernant les qualifications des arbitres et des conseils ; et iii) la question de savoir si l'État où l'arbitrage a lieu et donc où la sentence sera rendue est partie à la Convention de New York ou à tout autre traité multilatéral ou bilatéral relatif à l'exécution des sentences arbitrales. Lorsqu'il est prévu que des audiences se tiennent au lieu de l'arbitrage, d'autres facteurs peuvent entrer en jeu dans le choix de ce lieu, notamment : i) la commodité du lieu pour les parties et les arbitres, y compris du point de vue des déplacements pour s'y rendre ; ii) la disponibilité et le coût des services d'appui ; iii) l'emplacement de l'objet du litige et la proximité des éléments de preuve ; et iv) d'éventuelles restrictions applicables aux qualifications des conseils¹¹⁴.

b) Autres questions en suspens

31. Le Groupe de travail voudra peut-être décider si l'exception envisagée est nécessaire. Différents points de vue ont été exprimés à ce sujet à la soixante-deuxième session du Groupe, les positions exposées lors des sessions précédentes ayant été réaffirmées. Les questions soulevées concernaient : i) la certitude quant au sort du choix fait par les parties de recourir à l'arbitrage comme mécanisme de règlement de leurs différends lorsque l'une d'elles devient insolvable ; ii) les incidences de ce choix pour d'autres parties intéressées par la procédure d'insolvabilité qui n'étaient pas impliquées lorsque ce choix a été fait ; iii) le fait que l'on s'attende légitimement à ce que la procédure d'insolvabilité, en raison de sa nature et de la nécessité d'y assurer l'égalité de traitement de créanciers se trouvant dans la même situation, interfère avec ce choix et le fait que, dans le cadre promu par la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale pour assurer l'administration ordonnée des procédures d'insolvabilité sous le contrôle d'une procédure, on puisse s'attendre à ce que la *lex fori concursus* de l'État où se trouve le centre des intérêts principaux interfère très probablement de la sorte ; et iv) le fait que les règles du lieu d'arbitrage relatives aux effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures arbitrales en cours peuvent n'avoir aucun lien important avec les parties ou leurs opérations, puisque le lieu de l'arbitrage est souvent choisi pour des raisons de commodité et pour le caractère propice du cadre d'arbitrage (voir par. 30 ci-dessus)¹¹⁵.

32. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être convenir de la portée de l'exception, si celle-ci devait être incluse. Au sein du Groupe, la conduite de l'arbitrage a été prise comme exemple pour illustrer les questions devant être couvertes par l'exception. Jusqu'à présent, les débats relatifs à cette exception ont surtout porté sur la loi qui régirait la suspension des procédures arbitrales en cours lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, mais selon des avis exprimés, il faudrait veiller à ne pas négliger d'autres questions, comme celle de savoir quelle loi régirait les effets de la procédure d'insolvabilité sur la capacité du débiteur à recourir à l'arbitrage.

33. Par ailleurs, à la soixante-deuxième session du Groupe de travail, il a été redit que la loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures arbitrales en cours devrait être envisagée en même temps que la loi régissant les effets

¹¹² Voir par. 14 de la Note explicative et par. 28 de l'Aide-mémoire.

¹¹³ Voir art. 11, 13, 14, 16, 27 et 34 de la LTA et par. 14 de la Note explicative.

¹¹⁴ Voir par. 29 et 30 de l'Aide-mémoire.

¹¹⁵ Voir aussi par. 50 de la Note explicative.

de la procédure d'insolvabilité sur les procédures judiciaires en cours, et qu'il ne serait pas justifié de désigner des lois différentes pour régir les effets de la procédure d'insolvabilité sur ces deux aspects¹¹⁶. On a émis des doutes quant au fait de soumettre les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures judiciaires en cours, tels qu'un arrêt des poursuites, à la loi du lieu du procès. À cet égard, il a été rappelé que l'arrêt des poursuites avait déjà été inclus dans la liste des éléments régis par la *lex fori concursus*, parmi lesquels figuraient également : h) le traitement des contrats ; k) les droits et obligations du débiteur ; l) les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité ; m) les fonctions des créanciers et du comité des créanciers ; n) le traitement des créances ; et o) les frais et dépenses afférents à la procédure d'insolvabilité¹¹⁷.

34. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions restées en suspens au sujet de l'exception. Le projet de disposition législative et de commentaire sera rédigé ou revu en conséquence. Le commentaire pourrait indiquer que : i) tous les États ne prévoient pas une suspension des procédures arbitrales en cours, certains prévoyant plutôt une suspension de l'exécution des sentences arbitrales ; ii) des difficultés pratiques peuvent apparaître lorsqu'il est donné effet à la suspension d'une procédure arbitrale en cours, en raison de l'indépendance relative des procédures arbitrales étrangères par rapport au système juridique de l'État dans lequel ces procédures se déroulent¹¹⁸ ; iii) les sentences rendues dans des procédures arbitrales qui se sont déroulées au mépris de la suspension ou d'autres règles imposées par la *lex fori concursus* (par exemple, le dessaisissement du débiteur qui n'est plus autorisé à exploiter l'entreprise et n'a plus capacité pour représenter la masse de l'insolvabilité dans la procédure arbitrale) sont nulles dans certains États, alors que dans d'autres elles peuvent être reconnues et exécutées ; iv) dans la plupart des États, il existe un nombre limité de motifs pour annuler une sentence arbitrale étrangère ou en refuser la reconnaissance ou l'exécution¹¹⁹ ; et v) il peut ne pas être nécessaire de faire reconnaître et exécuter la sentence, par exemple lorsque celle-ci est exécutée volontairement, d'où le risque accru que l'exécution se fasse au profit de la mauvaise personne (le débiteur dessaisi, par exemple), ce qui obligera ensuite à localiser et recouvrer les actifs, tout cela allant à l'encontre des objectifs d'une procédure d'insolvabilité efficace et effective.

Chapitre III. Loi applicable dans les procédures de reconnaissance et d'exécution internationales

35. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a approuvé l'approche proposée au paragraphe 2 du document [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), approche qui consiste en particulier à se concentrer d'abord sur la *lex fori concursus* et les exceptions à son application dans le contexte d'un scénario simple, à savoir une procédure d'insolvabilité concernant un débiteur unique, et d'aborder à un stade ultérieur toutes les autres questions relatives à la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité (par exemple, celles que soulèvent la reconnaissance et l'exécution internationales de procédures étrangères et la coordination de procédures d'insolvabilité concurrentes visant un même débiteur ou différents membres d'un même groupe d'entreprises)¹²⁰.

36. À la soixantième session du Groupe de travail, afin de pouvoir tenir un débat cohérent et approfondi, il a été jugé opportun d'aborder les questions liées à l'insolvabilité internationale¹²¹.

37. À la soixante et unième session du Groupe de travail, à propos de la reconnaissance, à l'étranger, des effets de la *lex fori concursus*, l'avis a été exprimé

¹¹⁶ Voir l'article 18 de la refonte du Règlement (CE), qui couvre les deux.

¹¹⁷ [A/CN.9/1133](#), par. 47 à 53.

¹¹⁸ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 180.

¹¹⁹ Voir article V de la Convention de New York et articles 34 et 36 de la LTA.

¹²⁰ [A/CN.9/1088](#), par. 56.

¹²¹ [A/CN.9/1094](#), par. 99.

qu'il serait inapproprié d'imposer ces effets de manière extraterritoriale à l'échelle mondiale, notamment s'agissant de l'arrêt des poursuites. Il a été suggéré d'inclure une exception à la règle de la *lex fori concursus* qui permettrait de s'en remettre à la loi de l'État de reconnaissance en ce qui concerne l'octroi de mesures dans le cadre d'une procédure étrangère. En réponse, il a été rappelé que plusieurs dispositions des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité donnaient la prééminence à la *lex fori concursus* de la procédure principale par rapport aux procédures non principales. Il a été estimé que le projet à l'étude devait viser à préciser, compléter et développer ce cadre, plutôt qu'à s'en écarter, par exemple en donnant au tribunal octroyant la reconnaissance le pouvoir discrétionnaire de s'en remettre à la *lex fori concursus* de la procédure principale, comme certains tribunaux l'avaient déjà fait. Il a été remarqué que la refonte du Règlement (CE) envisageait les effets extraterritoriaux de la *lex fori concursus* de la procédure principale, sauf pour certaines questions. On a noté l'avis selon lequel les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité tentaient d'atteindre des résultats similaires mais de manière différente, et jugé nécessaire de trouver une solution qui prenne en compte les différents régimes de reconnaissance¹²².

38. À sa soixante-deuxième session, le Groupe de travail a entendu des propositions selon lesquelles il convenait de modifier le projet de texte sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.187 pour qu'il traite de manière exhaustive de la loi régissant la procédure et ses effets également dans le contexte de la reconnaissance internationale en vertu des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité¹²³. On a noté qu'il faudrait modifier en conséquence l'ensemble du projet de texte. Il a été suggéré, en particulier, d'examiner la nécessité d'ajouter une exception d'ordre public dans le contexte de la reconnaissance internationale et d'y inclure, comme dans la LTJI, une référence aux principes fondamentaux d'équité procédurale¹²⁴.

39. Le Groupe de travail voudra peut-être convenir de la manière dont les dispositions législatives et le commentaire qui les accompagne devraient être rédigés, et donner à ce sujet des instructions au secrétariat. Par exemple, les dispositions législatives et le commentaire devraient-ils prévoir la reconnaissance des effets extraterritoriaux de la *lex fori concursus* de l'État requérant, notamment en ce qui concerne la portée et la modification ou la levée de l'arrêt des poursuites (en vertu, par exemple, de l'article 20, paragraphe 2, de la LTI), d'autres mesures, l'annulation et les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité, ou devraient-ils autoriser le tribunal requis à reconnaître les effets extraterritoriaux de la *lex fori concursus* de l'État requérant sur ces questions au cas par cas et sous certaines conditions (en vertu, par exemple, des articles 19 et 21 de la LTI), ou faudrait-il envisager les deux possibilités ? Des mesures similaires devraient-elles être envisagées dans d'autres contextes (en vertu, par exemple, des articles 7 et 27 de la LTI) ? Outre l'exception d'ordre public proposée à la soixante-deuxième session du Groupe de travail (voir le paragraphe précédent), quelles autres garanties s'appliqueraient (protection adéquate des créanciers, par exemple) ?

40. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner en détail les différentes approches possibles ainsi que les conditions et garanties auxquelles elles devraient être soumises, en se demandant par exemple si la reconnaissance serait envisagée uniquement pour les procédures étrangères principales¹²⁵ ou, selon qu'il convient et peut-être sous certaines conditions supplémentaires, également pour d'autres procédures (c'est-à-dire les procédures étrangères non principales ou les procédures

¹²² A/CN.9/1126, par. 69 à 71.

¹²³ A/CN.9/1133, par. 27.

¹²⁴ Ibid., par. 29 j).

¹²⁵ Voir, à cet égard, l'approche adoptée dans le Protocole aéronautique, évoquée au paragraphe 7 ci-dessus ainsi qu'au paragraphe 13 du projet de commentaire relatif à la *lex fori concursus*, à propos du point d).

locales portant sur des actifs)¹²⁶. À la lumière des discussions tenues à sa soixante-deuxième session¹²⁷, le Groupe de travail voudra peut-être aussi chercher à déterminer si des garanties supplémentaires seraient nécessaires en particulier pour les créanciers garantis et, dans l'affirmative, si ces garanties pourraient inclure l'obligation pour le tribunal requis de s'assurer que la *lex fori concursus* : a) reconnaît une sûreté réelle opposable et réalisable en vertu d'une autre loi que la loi sur l'insolvabilité comme étant opposable et réalisable également dans la procédure d'insolvabilité ; b) applique uniquement un arrêt des poursuites de courte durée aux créanciers garantis dans la procédure de liquidation ; c) accorde à un créancier garanti, sur demande faite au tribunal, le droit à la protection des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle (une protection appropriée pourrait être assurée, notamment, moyennant des versements en espèces effectués par la masse de l'insolvabilité et la constitution de sûretés supplémentaires) ; et d) envisage l'aménagement de l'arrêt des poursuites lorsqu'un créancier garanti en fait la demande auprès du tribunal, au motif par exemple que l'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice, ou que la valeur de l'actif grevé diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et que le créancier garanti n'est pas protégé contre cette dépréciation, ou qu'aucun plan de redressement n'a été approuvé dans tout délai applicable¹²⁸.

41. Les engagements tels que ceux qui sont envisagés dans la LTIGE et examinés à propos de plusieurs points de la liste relative à la *lex fori concursus* ci-dessus peuvent aussi être jugés pertinents. En vertu de la LTIGE, lorsqu'un tel engagement est pris et approuvé par le tribunal requérant, les créances concernées sont traitées de la même manière qu'elles le seraient dans le cadre d'une procédure parallèle non ouverte. Le fait de prendre ce type d'engagement, par exemple concernant le traitement et le classement des créances étrangères dans la procédure d'insolvabilité nationale, peut donner à l'État requis l'assurance que ses créanciers locaux bénéficieront d'un traitement identique ou similaire à celui qu'ils recevraient dans la procédure locale, ce qui permet d'atténuer les difficultés pouvant découler de la reconnaissance et de l'imposition des effets de la *lex fori concursus* de l'État requérant et d'éviter que des procédures parallèles soient ouvertes dans l'État requis pour protéger les intérêts locaux.

42. Lorsqu'il reconnaît les effets extraterritoriaux de la *lex fori concursus*, un État peut reconnaître l'application d'une loi autre que la loi de l'État requérant, lorsqu'une telle loi est appliquée par le tribunal requérant. Comme le prévoient les nouvelles dispositions proposées pour le chapitre II du projet de texte, cette autre loi pourrait être la *lex rei sitae*, la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu ou toute autre loi ayant un lien plus étroit avec la question traitée que la loi de l'État requérant. Il peut arriver que cette autre loi soit la loi de l'État requis.

¹²⁶ Par exemple, la LTJI ne donne pas préséance aux procédures étrangères principales, ni aux jugements rendus dans le cadre de ces procédures. Ainsi, son article 14 e) 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 le cadre de la LTJI. Il pourrait aussi arriver, dans certains cas, que la procédure étrangère principale ne soit jamais ouverte. Pour un exemple de ce cas de figure, voir le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 2064.

¹²⁷ A/CN.9/1133, par. 37 à 41.

¹²⁸ Voir les recommandations 4, 49 à 51, 317 et 318 du Guide.

Chapitre IV. Loi applicable dans les procédures concurrentes visant un même débiteur ou différents débiteurs appartenant à un même groupe d'entreprises

43. Le Groupe de travail n'a pas encore débattu des approches à suivre pour déterminer la loi régissant la procédure et ses effets, ou pour coordonner l'application de plusieurs lois, dans des procédures concurrentes visant un débiteur unique ou les membres d'un groupe d'entreprises. Il voudra peut-être entrer en matière en tenant compte des avis exprimés à ses précédentes sessions, où il a été dit notamment que : a) le projet ne devrait pas aborder ces questions dans le contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises¹²⁹ ; b) il conviendrait de ne pas établir de hiérarchie rigide entre les procédures concurrentes, afin de ne pas empêcher les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité de coopérer en exerçant leur pouvoir discrétionnaire en vertu des dispositions pertinentes sur la coopération et la coordination, ainsi que pour d'autres raisons (par exemple, il se peut qu'aucune procédure principale étrangère ne soit ouverte)¹³⁰ ; c) la LTI, dans ses dispositions portant sur l'octroi de mesures¹³¹, les effets de la reconnaissance¹³² et la portée limitée de la procédure locale après la reconnaissance d'une procédure principale étrangère¹³³, accorde une certaine prééminence à la procédure étrangère principale¹³⁴ ; et d) dans le contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises, la LTIGE envisage le renvoi à la procédure de planification, sous réserve d'exceptions et de garanties, comme un engagement concernant le traitement des créances étrangères¹³⁵. D'autres questions susceptibles d'être examinées ont été recensées, parmi lesquelles le traitement des jugements incompatibles émanant de procédures concurrentes et les questions liées aux actifs mélangés et au contrôle dans le contexte des groupes d'entreprises. On a considéré également que les articles 29 et 30 de la LTI soulevaient des questions intéressantes pour ce qui était de déterminer la loi régissant la procédure d'insolvabilité et ses effets, ou de coordonner l'application de plusieurs lois, dans des procédures concurrentes.

¹²⁹ A/CN.9/1133, par. 28.

¹³⁰ A/CN.9/1126, par. 56.

¹³¹ Voir, par exemple, les articles 19-4, 21-3, 23-2, 29 c) et 30 de la LTI.

¹³² Article 20 de la LTI.

¹³³ Article 28 de la LTI.

¹³⁴ Voir, par exemple, les paragraphes 1, 21, 31, 44, 132, 133, 144, 175, 193 et 202 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI.

¹³⁵ A/CN.9/1094, par. 97.