



Assemblée générale

Distr. limitée
19 février 2024
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Soixante-quatrième session
New York, 13-17 mai 2024

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	3
Chapitre premier. Dispositions générales	3
A. Objet et objectifs	3
B. Champ d'application des dispositions législatives	4
C. Définitions	9
D. Primauté des obligations internationales	12
E. Interprétation	12
Chapitre II. Loi qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets	13
A. La loi principale : la <i>lex fori concursus</i>	13
B. Exceptions à la <i>lex fori concursus</i>	28
1. Contrats et relations de travail	28
2. Systèmes de paiement, de compensation (<i>clearing</i>) et de règlement, marchés financiers réglementés et autres systèmes multilatéraux de négociation	31
3. Compensation (<i>netting</i>) avec déchéance du terme en dehors des systèmes de paiement, de compensation et de règlement, des marchés financiers réglementés ou d'autres systèmes multilatéraux de négociation	35
4. Procédures arbitrales en cours	37
C. Exception d'ordre public	37
Chapitre III. Reconnaissance des effets de la <i>lex fori concursus</i> et des autres lois appliquées par le tribunal étranger	39



I. Introduction

1. L'ordre du jour provisoire de la soixante-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.191) 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. Il précise qu'à sa soixante-troisième session (Vienne, 11-15 décembre 2023), le Groupe de travail a examiné le projet de dispositions législatives et le commentaire l'accompagnant qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.V/WP.190 et qu'il est convenu de révisions à apporter à certaines parties de ce texte ainsi que de la nécessité d'examiner d'autres parties de plus près. Il précise également que le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger une exception à la *lex fori concursus* pour les accords de compensation avec déchéance du terme en dehors des systèmes de paiement, de compensation et de règlement et des marchés financiers réglementés ainsi que des dispositions pour le chapitre III sur les aspects touchant à la reconnaissance au niveau international².
2. On trouvera ci-après, au chapitre II, le projet de dispositions législatives et de commentaire tel que révisé par le secrétariat. Avant chaque projet de disposition, il est fait mention de l'état d'avancement de l'examen dudit projet par le Groupe de travail ainsi que de toute question supplémentaire que le secrétariat lui propose d'aborder dans le cadre de cet examen. Les notes de bas de page en gras qui accompagnent le projet de dispositions législatives et de commentaire 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.
3. Outre les modifications expressément mentionnées dans les notes de bas de page, le secrétariat, conformément à ce dont le Groupe de travail est convenu à sa soixante-troisième session³, a apporté une autre modification, en remplaçant dans l'ensemble du texte l'expression « lois autres que celle sur l'insolvabilité » par « lois autres que la loi sur l'insolvabilité qui pourraient s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* ». Étant donné que le Groupe de travail est convenu d'accorder la priorité aux questions soulevées dans les chapitres I à III du projet de texte et de traiter les questions liées à l'insolvabilité des groupes d'entreprises et aux procédures concurrentes à mesure qu'elles se présenteraient⁴, le projet actuel ne contient pas de chapitre séparé sur ces questions.
4. À la soixante-troisième session, il a été rappelé que le Groupe de travail ne s'était pas encore mis d'accord sur la forme finale que revêtirait le texte⁵. Il a également été rappelé que, à une session antérieure, le Groupe de travail était parti du principe que ce texte prendrait la forme d'une loi type⁶. Le secrétariat a donc conservé à titre provisoire le terme de dispositions législatives, étant entendu que celui-ci 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.

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

² A/CN.9/1163, chapitre V.

³ Ibid., par. 61 a).

⁴ Ibid., par. 81.

⁵ Ibid., par. 41.

⁶ A/CN.9/1126, par. 80.

II. Projet de dispositions législatives et commentaire l'accompagnant

Chapitre premier. Dispositions générales

A. Objet et objectifs

5. Le projet de préambule, tel que le Groupe de travail l'a modifié à sa soixante-troisième session⁷, est reproduit ci-après. Le commentaire l'accompagnant a été révisé en conséquence et a fait l'objet d'autres modifications, ainsi que l'a proposé le Groupe de travail⁸.

1. Projet de disposition législative

Préambule

Les présentes dispositions législatives ont pour objet d'établir des règles d'orientation claires pour déterminer la loi régissant l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets, y compris dans les procédures de demande de reconnaissance et de mesures et dans les procédures visant des groupes d'entreprises, afin d'atteindre les principaux objectifs d'une procédure d'insolvabilité efficace, notamment la sécurité juridique et la prévisibilité.

2. Projet de commentaire

1. Les dispositions législatives contiennent des règles d'orientation claires et simples, que les États peuvent incorporer dans leur droit interne, pour déterminer la loi qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets, aux niveaux tant national qu'international (par exemple, dans une procédure de demande de reconnaissance ou de mesures), que la procédure vise un débiteur unique⁹ ou plusieurs débiteurs membres d'un groupe d'entreprises¹⁰. La loi de certains États peut être muette sur ces questions, tandis que la loi d'autres États ne les traitera peut-être que partiellement, de sorte qu'il revient aux tribunaux de déterminer la loi qui régit ces questions au cas par cas.

2. Les États dont la loi traite les questions abordées dans les présentes dispositions législatives admettent généralement que c'est la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (la *lex fori concursus*) qui régit les aspects procéduraux de la procédure d'insolvabilité, tels que l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture. Toutefois, ils prévoient des exceptions à l'application de la *lex fori concursus* s'agissant de la loi qui régit les effets de la procédure d'insolvabilité sur certains types d'actifs (par exemple, les biens immeubles), de droits (par exemple, les droits réels) ou de créances [par exemple, dans le cas de la compensation (*set-off*)], et ils utilisent différents facteurs de rattachement pour déterminer d'autres lois applicables.

3. S'agissant de donner effet à la *lex fori concursus* à l'étranger, le droit et la pratique ne sont pas uniformes non plus. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité

⁷ A/CN.9/1163, par. 42.

⁸ Ibid., par. 44 à 47.

⁹ « Débiteur » : personne à l'égard de laquelle une procédure d'insolvabilité a été ouverte ou engagée [cette définition est inspirée du Glossaire figurant dans la cinquième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le « Guide »), terme f)].

¹⁰ « Groupe d'entreprises » : deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante. « Entreprise » : toute entité, quelle que soit sa forme juridique, qui exerce des activités économiques et à laquelle la loi sur l'insolvabilité peut s'appliquer. Voir le Guide, troisième partie, termes a) et b) du Glossaire ; et article 2, alinéas a) et b), de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (LTIGE).

internationale de 1997¹¹ (LTI), la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité de 2018 (LTJI)¹² et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises de 2019¹³ (LTIGE) ne traitent pas expressément ces questions ou ne le font que partiellement.

4. Les dispositions législatives visent principalement à combler ces lacunes de 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, avec quelques exceptions ; 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 ; e) en envisageant la possibilité d'octroyer des mesures en faveur d'une procédure étrangère sous la forme d'une reconnaissance des effets de la *lex fori concursus* et des autres lois appliquées par le tribunal étranger dans cette procédure ; et f) en renforçant les mesures destinées à limiter l'ouverture de procédures concurrentes et, lorsque de telles procédures ont été ouvertes, en coordonnant les mesures octroyées en leur faveur dans le cadre des présentes dispositions législatives.

5. Ainsi, les dispositions législatives complètent, précisent et développent les textes antérieurs de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité s'agissant de renforcer la sécurité et la prévisibilité pour les parties concernées par la procédure d'insolvabilité et d'améliorer l'efficacité de cette procédure. Ce faisant, elles concilient également des considérations concurrentes, telles que, d'une part, les avantages qu'il y a à appliquer la *lex fori concursus* à toutes les questions soulevées dans la procédure d'insolvabilité et, d'autre part, par exemple, le besoin de prévisibilité dans la protection des salariés eu égard aux contrats et relations de travail ou la nécessité d'assurer la stabilité financière et de protéger les infrastructures de marchés financiers contre les risques systémiques.

6. Les dispositions législatives 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 avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Cette loi devra être 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. Les dispositions législatives n'écartent pas ces règles.

B. Champ d'application des dispositions législatives

6. Le projet de disposition législative et de commentaire l'accompagnant a été modifié compte tenu des observations formulées par le Groupe de travail à sa soixante-troisième session¹⁴. À cette session, ce dernier n'a pas examiné une proposition visant à ajouter une disposition législative distincte fondée sur le paragraphe 2 du projet de commentaire¹⁵ et souhaitera peut-être le faire à sa soixante-quatrième session.

¹¹ Publication des Nations Unies, 2014. Disponible à l'adresse suivante : https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency.

¹² Publication des Nations Unies, 2019. Disponible à l'adresse suivante : <https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/mlj>.

¹³ Publication des Nations Unies, 2020. Disponible à l'adresse suivante : <https://uncitral.un.org/fr/mlegi>.

¹⁴ A/CN.9/1163, par. 48 et 49.

¹⁵ Ibid., par. 49.

1. Projet de disposition législative

Champ d'application

1. Les dispositions législatives prévoient des règles d'orientation pour déterminer la loi qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets, y compris dans les procédures de demande de reconnaissance et de mesures et dans les procédures visant des groupes d'entreprises.

2. Les dispositions législatives n'écartent pas les règles générales de droit international privé de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité qui déterminent la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances existant avant l'ouverture de la procédure¹⁶.

[3. Les dispositions législatives ne s'appliquent pas à *[spécifier tout cas exclu du champ d'application des dispositions législatives, par exemple les procédures d'insolvabilité concernant des entités financières et autres qui sont soumises à un régime spécial en matière d'insolvabilité]*.]¹⁷

2. Projet de commentaire

Remarques générales

1. Le champ d'application des présentes dispositions législatives est lié aux notions de « procédure d'insolvabilité »¹⁸ et d'« ouverture de la procédure d'insolvabilité »¹⁹. 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)²⁰ ; b) régie par une loi relative à l'insolvabilité (y compris une loi sur les sociétés)²¹ ; c) soumise au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal (y compris dans le cas d'un débiteur non dessaisi)²² ; d) ouverte à l'égard d'un débiteur (personne physique ou morale) en grande difficulté financière ou insolvable²³ ; et e) dans le but de liquider ou de redresser ce débiteur en tant qu'entité commerciale²⁴.

2. La « procédure d'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

¹⁶ *Ibid.*, par. 48.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Voir le Glossaire dans l'introduction du Guide, termes aa) et nn), à lire conjointement ainsi qu'avec l'explication fournie dans la première partie du Guide, par. 2 ; Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 22, 48 et 49 ; et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 48 à 51 et 65 à 80.

¹⁹ 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 dans l'introduction du Guide, terme gg)].

²⁰ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 69 à 72.

²¹ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 73.

²² Recommandations 112 et 113 du Guide, et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 71, 74 à 76 et 86.

²³ 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.

²⁴ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 77 et 78.

créanciers conformément à la loi sur l'insolvabilité²⁵ ; 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'activité²⁶ ; 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 tribunal²⁷ ; d) la procédure d'insolvabilité simplifiée²⁸ ; et e) la procédure provisoire, la procédure de restructuration, la procédure de cession d'entreprise préparée pendant la phase amiable puis homologuée par le tribunal pendant la phase de redressement ou de liquidation²⁹, et toute autre procédure dont le tribunal estime, au cas par cas, qu'elle satisfait à la liste cumulative des conditions énoncées ci-dessus³⁰.

3. Toute autre procédure qui ne remplit pas les conditions énoncées ci-dessus est exclue du champ d'application des dispositions législatives. Par exemple, sont exclues une procédure de recouvrement de dettes ou de règlement judiciaire engagée 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 créanciers³¹. 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 exclue³². 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 législatives³³. 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 créanciers³⁴.

Paragraphe 1

4. Les dispositions législatives prévoient des règles pour déterminer la loi qui régit : a) les aspects de la procédure d'insolvabilité qui ont trait à la compétence, à l'admissibilité et aux questions procédurales ; 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

²⁵ Glossaire dans l'introduction du Guide, terme dd).

²⁶ Glossaire dans l'introduction du Guide, terme qq).

²⁷ 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.

²⁸ Guide, cinquième partie.

²⁹ [A/CN.9/1163](#), par. 49.

³⁰ 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 Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 11 relatif à l'article 2.

³¹ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 69.

³² Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 22 ; et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 48 et 73.

³³ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 78.

³⁴ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 77.

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 poursuites³⁵ 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, 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 créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure.

Paragraphe 2

8. Comme indiqué au paragraphe 2 de la disposition législative, les dispositions législatives n'écartent pas les règles de droit international privé de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité qui déterminent la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances existant avant l'ouverture de la procédure. Pour déterminer cette loi, le tribunal qui contrôle ou surveille la procédure d'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'insolvabilité³⁶ (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 la mise en œuvre de ces règles. Toutefois, une procédure d'insolvabilité produit des effets sur les droits et créances antérieurs à son ouverture (on en trouvera des exemples au paragraphe 6 ci-dessus)³⁷. Ces effets sont régis par la loi déterminée conformément aux présentes dispositions législatives, en conséquence de quoi les

³⁵ « 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 [Glossaire dans l'introduction du Guide, terme e)]. Cela comprend le droit d'ouvrir une procédure arbitrale et de faire exécuter une sentence arbitrale.

³⁶ Disponible à l'adresse suivante : https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law.

³⁷ 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.

règles de droit international privé généralement applicables ne s'appliquent pas à ces questions.

9. Les dispositions législatives ne prévoient pas de règles pour la localisation des actifs, lesquelles font partie des règles de droit international privé généralement applicables et se trouvent dans d'autres instruments internationaux³⁸.

10. Les dispositions législatives ne prévoient pas non plus de règles de compétence. Bien qu'elles présentent un intérêt pour les questions traitées dans les présentes dispositions législatives, en particulier s'agissant des aspects internationaux, les règles de compétence sont abordées dans d'autres textes³⁹. 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 principaux⁴⁰, soit un établissement⁴¹ dans cet État⁴².

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

*Paragraphe 3*⁴³

12. Les dispositions législatives ont vocation à s'appliquer à toute procédure d'insolvabilité répondant aux conditions énumérées au paragraphe 1 du commentaire ci-dessus. Néanmoins, le paragraphe 3 de la disposition législative permet de prévoir des cas d'exclusion du champ d'application, en partant du principe que les États souhaiteront très probablement exclure les procédures d'insolvabilité concernant les entités financières et autres qui sont soumises à un régime spécial en matière d'insolvabilité (par exemple, les entités de droit public). Du fait de l'application d'un tel régime, des règles spéciales peuvent également s'appliquer pour déterminer la loi qui régit une procédure d'insolvabilité ouverte à l'égard de ce type d'entité et les effets de cette procédure, y compris au niveau international et dans le cas d'une procédure visant un groupe d'entreprises⁴⁴.

13. Toutefois, cela ne sera pas nécessairement le cas, en particulier compte tenu des exceptions envisagées à l'application de la *lex fori concursus*. Comme les États voudront peut-être préserver la possibilité d'appliquer les mêmes règles dans toutes les procédures d'insolvabilité, quels que soient les secteurs dans lesquels ces procédures interviennent et quelles que soient les entités à l'égard desquelles elles sont ouvertes, le paragraphe 3 figure entre crochets. Cette présentation vise également à signaler qu'il est déconseillé de prévoir un nombre excessif d'exclusions en raison des conséquences involontaires et indésirables qui peuvent en découler. Dans un souci de transparence, il est vivement recommandé aux États qui souhaitent exclure certains cas du champ d'application des dispositions législatives de spécifier clairement ces cas dans la disposition législative.

³⁸ Par exemple, art. 90 et 91 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières.

³⁹ Par exemple, art. 14 g) de la LTJI et par. 110 à 115 du Guide pour l'incorporation de la LTJI.

⁴⁰ Pour l'explication de ce terme, voir par. 144 à 149 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI.

⁴¹ Défini comme tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services (voir, par exemple, art. 2 f) de la LTI).

⁴² 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.

⁴³ **À sa soixante-troisième session, le Groupe de travail est convenu d'aligner le paragraphe 3 du projet de disposition législative sur le paragraphe 2 de l'article premier de la LTI. Le projet de commentaire a été rédigé en conséquence [A/CN.9/1163, par. 48 c)].**

⁴⁴ **Le secrétariat de la CNUDCI suit les travaux du Groupe de travail d'UNIDROIT sur l'insolvabilité bancaire, qui n'a pas encore abordé ces questions. Si le texte final émanant de ce projet les aborde, un renvoi à ce texte pourrait être inséré ici.**

C. Définitions

7. À la soixante-troisième session du Groupe de travail, il a été proposé : a) de supprimer la définition du terme *lex fori concursus*⁴⁵ ; b) de définir les droits réels ainsi que, si nécessaire, la *lex loci arbitri* (loi du lieu (ou du siège) de l'arbitrage) et la *lex arbitri* (loi de l'arbitrage), ainsi que d'autres termes revenant à plusieurs reprises dans le texte⁴⁶ ; et c) de s'appuyer sur le projet de commentaire pour rédiger des définitions plus longues. Le secrétariat a apporté des modifications, ajoutant de nouvelles définitions et conservant tous les projets de définitions entre crochets pour examen ultérieur par le Groupe de travail, comme ce dernier en est convenu à sa soixante-troisième session⁴⁷.

8. Le secrétariat n'a pas rédigé de commentaire sur certaines définitions ajoutées dans l'attente que le Groupe de travail parvienne à un accord final sur les dispositions de fond relatives à ces termes, par exemple sur la nécessité d'une exception à la *lex fori concursus* pour les procédures arbitrales en cours et, si une telle exception devait être incluse, sur son champ d'application. En ce qui concerne les droits réels, la définition de ce terme et le commentaire qui l'accompagne s'appuient sur le document dont le Groupe de travail était saisi lors de ses précédentes sessions⁴⁸.

9. Le secrétariat n'a pas inclus dans la section « Définitions » d'autres termes techniques utilisés dans le texte, par exemple les « accords de compensation (*netting*) avec déchéance du terme » ou les termes relatifs aux infrastructures de marchés financiers, étant entendu que leur définition ou explication trouverait davantage sa place dans les parties du texte où ces termes sont utilisés (voir les sections correspondantes ci-dessous). Il en va peut-être de même pour les termes utilisés dans d'autres contextes spécifiques comme l'annulation, la compensation (*set-off*) et l'insolvabilité internationale.

1. Projet de disposition législative

[Définitions

Aux fins des présentes dispositions législatives :

- a) Le terme « *lex arbitri* » désigne la loi de l'État qui régit la convention d'arbitrage ;
- b) Le terme « *lex fori concursus* » désigne la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ;
- c) Le terme « *lex loci arbitri* » désigne la loi qui régit les questions d'arbitrage dans l'État où a lieu l'arbitrage ;
- d) Le terme « *lex rei sitae* » désigne la loi de l'État où se trouve l'actif ;
- e) Le terme « *lex societatis* » désigne la loi de l'État qui régit la constitution, le fonctionnement et la dissolution des entités commerciales et les questions liées à leur gouvernance interne ;
- f) Le terme « droits réels » désigne généralement les droits sur un bien particulier qui sont opposables également aux tiers.]

⁴⁵ A/CN.9/1163, par. 50.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid., par. 53.

⁴⁸ Voir A/CN.9/WG.V/WP.179, par. 31 et 32.

2. Projet de commentaire

[*Lex arbitri et lex loci arbitri*

[*Commentaire à rédiger en fonction de la décision du Groupe de travail concernant une exception à la lex fori concursus pour les procédures arbitrales en cours.*]

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 devrait être interprété au sens large comme englobant la loi sur l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure ainsi que ses autres lois pertinentes pour l'insolvabilité qui pourraient s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* à une procédure d'insolvabilité particulière. La pertinence des lois autres que la loi sur l'insolvabilité serait appréciée au cas par cas. Sont énumérés toutefois ci-après les exemples courants de lois ayant un lien 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 de mécanismes préalables à la procédure d'insolvabilité ; c) la loi sur les sûretés mobilières qui, entre autres questions pertinentes pour l'insolvabilité, peut prévoir des dispositions sur le traitement du financement antérieur à l'ouverture de la procédure dans le cadre d'une insolvabilité ultérieure ; d) la loi sur la famille qui peut prévoir des dispositions sur le traitement des actifs détenus conjointement dans une procédure d'insolvabilité visant des entrepreneurs individuels ; e) une autre loi qui peut prévoir un traitement spécial pour certains actifs, comme les objets du patrimoine culturel⁴⁹, en cas d'insolvabilité ; f) la loi sur le travail qui prévoit des dispositions sur les droits des salariés, le traitement et le classement des créances salariales et le traitement des licenciements en cas d'insolvabilité ; g) la législation fiscale et la législation sur la sécurité sociale qui prévoient des dispositions sur le traitement et le classement des dettes publiques ; et h) 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 faudrait 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 internationaux⁵⁰. Cette approche a pour but de promouvoir la sécurité juridique 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 prévoir des dispositions sur le traitement et le classement des créances publiques étrangères (par exemple, les créances fiscales et de sécurité sociale)⁵¹. 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.

⁴⁹ A/CN.9/1163, par. 54.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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.

3. Il est fait référence à la *lex fori concursus* tout au long des dispositions législatives car, selon ces mêmes dispositions législatives, il s'agit là de la loi principale qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets (voir [un renvoi à la disposition pertinente sera inséré ultérieurement] ci-dessous). Les exceptions à la *lex fori concursus* sont limitées en nombre et clairement énoncées dans les dispositions législatives, comme le recommande le Guide (recommandation 34). La *lex fori concursus* peut également être applicable par défaut si la loi d'un autre État à laquelle il est renvoyé en vertu des dispositions législatives (par exemple, la *lex rei sitae*, la *lex societatis*) n'est pas rendue applicable dans un cas donné (par exemple, du fait de l'application de l'exception d'ordre public)⁵².

Lex rei sitae

4. Le terme « *lex rei sitae* » est défini comme la loi de l'État où se trouve l'actif. [Pour les actifs soumis à inscription, tels que les navires ou les aéronefs, la *lex rei sitae* devrait être comprise comme désignant la loi de l'État sous l'autorité ou la supervision duquel est tenu le registre dans lequel l'actif a été inscrit, en d'autres termes la réglementation de l'État à laquelle l'entité qui tient le registre soumet ses activités, et si l'entité qui tient le registre n'est pas sous supervision, l'État dans lequel le registre a son siège (*lex libri siti*).]⁵³

5. Des références à la « *lex rei sitae* » apparaissent tout au long des dispositions législatives et du commentaire qui les accompagne en rapport avec une [possible] 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. (Pour la définition du terme « droits réels » et le commentaire qui l'accompagne, voir le terme [f] et le commentaire qui le suit.)

Lex societatis

6. La « *lex societatis* » est la loi de l'État 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). On trouvera généralement la *lex societatis*, par exemple, dans le droit des sociétés commerciales ou le droit des sociétés de personnes.

7. 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 » (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*)⁵⁴, les différents critères de rattachement qui servent à déterminer la

⁵² À la soixante-troisième session du Groupe de travail, un avis a été exprimé selon lequel la *lex fori concursus*, et non la *lex causae*, s'appliquerait en cas d'inapplicabilité de la *lex rei sitae* et de la *lex societatis* (A/CN.9/1163, par. 53).

⁵³ La partie entre crochets a été ajoutée dans l'attente de l'examen de la question par le Groupe de travail. Ce dernier n'a pas examiné cette question à sa soixante-troisième session. Voir A/CN.9/WG.V/WP.190, par. 6.

⁵⁴ Voir, par exemple, Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 145 à 147.

lex societatis ne sont pas directement pertinents pour les présentes dispositions législatives. Le terme n'est employé dans les dispositions législatives que pour traduire le principe selon lequel l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'aurait aucune incidence sur l'application de la *lex societatis* aux questions liées à la gouvernance interne du débiteur, sauf pour ce qui est des aspects très limités concernant les obligations des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité qui découlent de la loi sur l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure.

Droits réels

8. Le terme « droits réels » est utilisé pour désigner des droits qui sont opposables au monde entier, par opposition aux « droits personnels », qui sont des droits opposables uniquement à des personnes déterminées. Les droits réels sont étroitement liés à la notion de « créances garanties », qui se réfère généralement à des créances garanties par des actifs particuliers. Tel ou tel droit peut correspondre aux deux expressions, selon la classification et la terminologie de la loi applicable. Les États peuvent employer un ou plusieurs autres termes pour exprimer ces notions.

9. Tout en laissant au droit national le soin de déterminer ce qui appartient à la catégorie des droits réels, certains textes fournissent une liste illustrative de droits réels qui visent notamment : a) le droit de réaliser ou de faire réaliser un actif et d'être désintéressé par le produit ou les revenus de cet actif, en particulier en vertu d'un gage ou d'une hypothèque ; b) le droit exclusif de recouvrer une créance, notamment en vertu de la mise en gage ou de la cession de cette créance à titre de garantie ; c) le droit de revendiquer un actif ou d'en réclamer la restitution entre les mains de quiconque le détient ou en jouit contre la volonté de l'ayant droit ; d) le droit réel de percevoir les fruits d'un actif ; et e) le droit, inscrit dans un registre public et opposable aux tiers, sur le fondement duquel un droit réel de créancier ou de tiers peut être obtenu⁵⁵.]

D. Primauté des obligations internationales

10. À la soixante-troisième session du Groupe de travail, l'approche suggérée par le secrétariat pour la rédaction de la disposition concernée⁵⁶ n'a suscité aucun commentaire. Le secrétariat rédigera la disposition en conséquence une fois que la forme de l'instrument final sur le sujet et, partant, la nécessité d'insérer une telle disposition seront confirmées.

E. Interprétation

11. À la soixante-troisième session du Groupe de travail, l'approche suggérée par le secrétariat pour la rédaction de la disposition concernée⁵⁷ n'a suscité aucun commentaire. Le secrétariat rédigera la disposition en conséquence une fois que la forme de l'instrument final sur le sujet et, partant, la nécessité d'insérer une telle disposition seront confirmées. À ce stade, le secrétariat pourrait également inclure les règles d'interprétation usuelles qui figurent dans les textes de la CNUDCI, à savoir : « ou » n'est pas exclusif ; le singulier inclut le pluriel ; les mots « inclure », « comprendre », « tel que », « par exemple », « notamment » et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives ; le verbe « peut » exprime la permission et le verbe « devrait » une instruction ; le terme « personnes » devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales.

⁵⁵ Voir l'article 8 du Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte).

⁵⁶ Voir [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), par. 7.

⁵⁷ Voir [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), par. 7.

Chapitre II. Loi qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets⁵⁸

12. En réponse aux questions soulevées lors de la soixante-troisième session du Groupe de travail concernant le champ d'application du chapitre II⁵⁹, le secrétariat a modifié le titre du chapitre. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la note introductive suivante, qui figurerait au début dudit chapitre :

[Le chapitre II contient des règles d'orientation pour déterminer la loi qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets. Il a vocation à s'appliquer à tout type de procédure d'insolvabilité comportant un facteur d'extranéité. Peut constituer un facteur d'extranéité le fait qu'un ou plusieurs actifs du débiteur, des créanciers ou d'autres parties intéressées⁶⁰ se trouvent dans différents États. La procédure visée pourrait être : la procédure principale, c'est-à-dire la procédure ouverte dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux ; une procédure non principale, c'est-à-dire une procédure d'insolvabilité, autre que la procédure principale, qui est ouverte dans un État où le débiteur a un établissement ; ou une autre procédure, par exemple, une procédure ouverte dans un État où le débiteur a des actifs. La présence d'un facteur d'extranéité dans ces procédures peut être source d'insécurité juridique lorsqu'il s'agit de déterminer la loi qui devrait régir la procédure d'insolvabilité et ses effets. Les dispositions du chapitre II visent à éliminer cette insécurité ou du moins à la réduire.

Le chapitre III complète le chapitre II en proposant des mécanismes pour donner effet au niveau international à la loi qui, dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, a été désignée comme étant la loi qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de cette procédure et ses effets. Cette loi pourrait être la *lex fori concursus* ou l'autre loi établie conformément aux exceptions à la *lex fori concursus* figurant dans le présent chapitre.]

A. La loi principale : la *lex fori concursus*

13. Le projet de disposition législative et le commentaire l'accompagnant ont été révisés compte tenu des vues exprimées à la soixante-troisième session du Groupe de travail⁶¹. En particulier, le paragraphe 2 du projet de disposition a été reformulé pour en faire ressortir le caractère exceptionnel et l'étroitesse du champ d'application, les articles 28 à 32 de la LTIGE ayant servi de référence à cette fin⁶². Conformément à l'accord intervenu au sein du Groupe de travail⁶³, après avoir supprimé, comme convenu par ce dernier⁶⁴, la liste illustrative qui suivait le paragraphe 2 du projet de disposition législative correspondant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.190, le secrétariat a conservé de cette liste, pour examen ultérieur par le Groupe de travail : le point a) (qui envisageait une exception pour les cas d'annulation) ; et le point e) [qui prévoyait une exception pour le traitement des droits à compensation (*set-off*)].

⁵⁸ A/CN.9/1163, par. 59.

⁵⁹ Ibid., par. 59 et 60.

⁶⁰ « Partie intéressée » : toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité ou des aspects particuliers d'une procédure d'insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d'insolvabilité aurait des incidences [Glossaire dans l'introduction du Guide, terme ii)].

⁶¹ A/CN.9/1163, par. 61 à 69.

⁶² Ibid., par. 68.

⁶³ Ibid., par. 74.

⁶⁴ Ibid., par. 69.

Le secrétariat n'a pas rédigé de commentaire pour ces paragraphes supplémentaires, dans l'attente que le Groupe de travail décide de leur maintien ou non dans le texte et, dans l'affirmative, de leur emplacement et formulation. Le Groupe de travail se rappellera peut-être qu'à sa soixante-troisième session, il a noté qu'une proposition d'exception supplémentaire à la *lex fori concursus* pour les accords de compensation (*netting*) avec déchéance du terme (voir la section correspondante ci-dessous) était liée au point i) de la liste des éléments régis par la *lex fori concursus*⁶⁵. Par conséquent, l'exception proposée pour les accords de compensation avec déchéance du terme sera également liée à une exception pour le traitement des droits à compensation envisagée au point e) de la liste illustrative supprimée, si celle-ci devait être maintenue dans le texte.

14. Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'il est convenu d'examiner les autres points de la liste illustrative supprimée (à savoir les points b), c) et d) ayant trait respectivement aux biens immeubles, aux droits réels et aux actifs soumis à inscription) lors de ses consultations informelles intersessions. Ces points devaient y être étudiés en même temps qu'une proposition faite lors de la session selon laquelle les créanciers garantis, lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur, devraient être soumis à la loi sur l'insolvabilité de la *lex rei sitae*⁶⁶. Il devrait être rendu compte oralement des conclusions de ces consultations à la soixante-quatrième session du Groupe de travail.

15. Les parties du projet de commentaire dans lesquelles il est question de la difficulté à faire reconnaître et à imposer les effets de la *lex fori concursus* à l'étranger ont été supprimées de la présente section car elles ont davantage traité aux questions soulevées dans le chapitre III⁶⁷. Leur contenu pourra être consigné dans le commentaire accompagnant ce chapitre, selon qu'il convient. Le Groupe de travail a reporté l'examen d'autres propositions en rapport avec le projet de commentaire, notant qu'elles concernaient d'autres parties du texte⁶⁸. Les questions soulevées par ces propositions sont mises en avant dans les parties correspondantes du texte. À sa soixante-troisième session, le Groupe de travail n'a pas examiné une proposition, faite à sa session précédente⁶⁹, d'aborder les questions spécifiques découlant de l'insolvabilité des particuliers dans le cadre du projet.

1. Projet de disposition législative

La *lex fori concursus* en tant que loi principale 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 ;

⁶⁵ Ibid., par. 72.

⁶⁶ Ibid., par. 66, 67 et 74.

⁶⁷ Ibid., par. 63 et section 10.

⁶⁸ Ibid., par. 61.

⁶⁹ A/CN.9/1126, par. 72.

- 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 ;]⁷⁰
- 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. Afin de limiter l'ouverture de procédures d'insolvabilité étrangères à l'encontre du même débiteur ou du même groupe d'entreprises, ou de faciliter le traitement, dans la procédure d'insolvabilité nationale, des créances qui autrement pourraient être produites par un créancier dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité étrangère, le tribunal peut choisir d'appliquer la loi d'un autre État pour accorder à ces créances le traitement qu'elles auraient reçu dans une procédure étrangère si celle-ci devait être ouverte.]⁷¹

[3. Nonobstant le paragraphe 1 g) de la présente disposition législative, 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.]⁷²

[4. Nonobstant le paragraphe 1 i) de la présente disposition législative, lorsque la loi applicable à la créance du débiteur prévoit que les créanciers ont le droit d'exiger la compensation de leurs créances avec celle du débiteur, cette loi [peut] [devrait]

⁷⁰ Le secrétariat a placé ce sous-point et le commentaire qui l'accompagne entre crochets, notant que la question n'a pas encore été résolue par le Groupe de travail. Voir [A/CN.9/1163](#), par. 65 à 67 et par. 14 ci-dessus des notes du secrétariat.

⁷¹ À sa soixante-troisième session, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait reformuler le paragraphe, en se référant notamment aux articles 28 à 32 de la LTIGE, pour en faire ressortir le caractère exceptionnel et l'étroitesse du champ d'application ([A/CN.9/1163](#), par. 68).

⁷² Voir le paragraphe 13 ci-dessus des notes du secrétariat.

[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.]⁷³

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.

2. Les présentes dispositions législatives rendent la *lex fori concursus* applicable 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)⁷⁴ ; et b) tous les droits, obligations et créances postérieurs à l'ouverture de la procédure, c'est-à-dire ceux qui découlent de la procédure d'insolvabilité, comme les créances à l'encontre du représentant de l'insolvabilité ou en rapport avec le financement postérieur à l'ouverture, la réalisation de la masse de l'insolvabilité ou la répartition du produit.

3. Les présentes dispositions législatives étendent l'application de la *lex fori concursus* également aux effets de 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

⁷³ Ibid.

⁷⁴ 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.

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 débiteur⁷⁵ qui doivent être inclus dans la masse de l'insolvabilité⁷⁶ 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. Les lois autres que la loi sur l'insolvabilité qui pourraient s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* au titre du présent point pourraient être 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, 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, en cas de procédures concurrentes, dans quelle procédure d'insolvabilité il devrait être administré.

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-dessaisissement⁷⁷ 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.

e) Utilisation et disposition des actifs

10. 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 traitement du financement antérieur et postérieur à l'ouverture de la procédure, des opérations non autorisées ou des opérations 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.

11. Les dispositions de lois autres que la loi sur l'insolvabilité qui pourraient s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* au titre du présent point sont par exemple : i) le droit de la famille, qui peut s'appliquer à l'utilisation et à la disposition des actifs qui appartiennent conjointement au débiteur (un entrepreneur individuel) et à des membres de sa famille ; ii) les lois interdisant ou limitant la propriété étrangère dans certains secteurs de l'économie, qui détermineront si la cession d'actifs à des étrangers est autorisée et, dans l'affirmative, sous quelles conditions ; iii) le droit des sûretés, qui peut s'appliquer à l'utilisation et à la disposition des actifs grevés et aux méthodes de vente de ceux-ci ; et iv) le droit de l'environnement et d'autres lois, qui 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 ; et v) le droit du patrimoine culturel, qui peut exiger qu'un traitement spécial soit accordé aux actifs bénéficiant d'une protection particulière dans le cadre de ce droit⁷⁸.

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

12. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine la nature et la forme d'un plan de redressement ; le moment où il doit être proposé ; les parties autorisées à établir un tel plan ; 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 son exécution.

13. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus*, 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 ;

⁷⁵ Définis au sens large comme étant les biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers [voir Glossaire dans l'introduction du Guide, terme c)].

⁷⁶ Le Guide définit la masse de l'insolvabilité comme désignant les actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité [voir Glossaire dans l'introduction du Guide, terme ee)].

⁷⁷ Défini dans le Guide comme le débiteur qui, dans une procédure de redressement, garde les rênes de son entreprise, en conséquence de quoi le tribunal ne nomme pas de représentant de l'insolvabilité [voir Glossaire dans l'introduction du Guide, terme v)].

⁷⁸ [A/CN.9/1163](#), par. 54.

iii) aux investissements étrangers et au contrôle des changes ; et iv) à la protection des informations confidentielles ou sensibles sur le plan commercial⁷⁹.

g) Annulation de certaines opérations susceptibles de léser certaines parties

14. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine : i) les types d'opérations pouvant être annulées et les types d'opérations 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 habilitées à engager une action en annulation et les conditions dans lesquelles elles peuvent le faire ; 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 manquement ; et viii) le point de savoir s'il est permis de recourir à l'annulation en cas de conversion de la procédure et, dans l'affirmative, la portée de cette annulation et les opérations qui sont susceptibles d'être annulées ainsi que les opérations qui échappent à l'application des dispositions d'annulation dans ces cas. Dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, l'« annulation » désigne les mesures prises conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui permettent d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant la procédure d'insolvabilité et de recouvrer l'un quelconque des actifs transférés ou sa valeur dans l'intérêt collectif des créanciers [voir le Glossaire, terme y) ; ainsi que le Guide, cinquième partie, deuxième section, terme d)].

15. Dans les présentes dispositions législatives, l'annulation dans certaines situations relève d'une exception à la *lex fori concursus*. En particulier, les dispositions législatives prévoient une exception à la *lex fori concursus* en ce qui concerne l'annulation des paiements ou opérations qui ont été effectués dans un système de paiement, de compensation [*clearing*] ou de règlement ou sur un marché financier réglementé ou encore dans d'autres systèmes multilatéraux de négociation. Dans ces cas, l'annulation est régie par la loi applicable à ces systèmes ou à ces marchés. [Une exception similaire est envisagée pour les accords de compensation (*netting*) avec déchéance du terme : l'annulation dans ces cas est régie par la loi applicable à l'accord.] En revanche, aucune exception similaire n'est envisagée pour l'annulation concernant les contrats ou relations de travail, bien que la plupart des autres aspects liés aux contrats ou relations de travail (par exemple, leur rejet ou leur poursuite) relèvent de la loi applicable au contrat ou à la relation. La *lex fori concursus* reste la loi qui régit l'annulation en rapport 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.

[Il faudra peut-être développer cette partie en fonction de la décision du Groupe de travail concernant le paragraphe 3 du projet de disposition législative.]

En outre, le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'il a reporté l'examen d'une proposition visant à ajouter dans le paragraphe ci-dessus une référence aux actifs numériques et aux titres électroniques⁸⁰.]

⁷⁹ Le droit général des contrats et donc des règles qui sortent du champ d'application des présentes dispositions législatives peuvent s'appliquer à l'exécution 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.

⁸⁰ A/CN.9/1163, par. 61.

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

16. 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, 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 d'éviter l'application de 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]⁸¹.

17. Les lois autres que la loi sur l'insolvabilité qui pourraient s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus*, y compris les traités internationaux liant l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, peuvent être pertinentes, par exemple, pour : la qualification des contrats ; le calcul des dommages-intérêts ; le traitement des marchés publics ; et le traitement 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)⁸² (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)⁸³.

18. Dans les présentes dispositions législatives, certains types de contrats (par exemple, dans un système de paiement, de compensation et de règlement ou sur un marché financier) et la plupart des 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*)

19. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine si la compensation⁸⁴ est autorisée dans la procédure d'insolvabilité et, dans l'affirmative, à l'égard de quelles obligations et sous quelles conditions, en particulier : i) si elle est autorisée uniquement à l'égard des obligations monétaires nées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité qui viennent à échéance avant l'ouverture de la procédure 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 ou d'obligations connexes⁸⁵ (c'est-à-dire qu'elles ne sont pas nécessairement réciproques ou liées entre elles) ; iii) si l'arrêt des poursuites s'applique à l'exercice des droits à compensation ou si la compensation s'effectue automatiquement 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 également le traitement de la compensation des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

20. Le point i) se réfère à la compensation d'application impérative en cas d'insolvabilité qui interviendrait 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 avant l'ouverture de la procédure]⁸⁶.

21. 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 aux systèmes de paiement, de compensation et de règlement, aux marchés financiers réglementés et à d'autres systèmes multilatéraux de négociation et sur l'annulation dans ces systèmes et sur ces marchés. En vertu de cette exception, les effets de la procédure d'insolvabilité 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 modifier cette partie à la lumière des conclusions des discussions du Groupe de travail concernant le paragraphe 4 du projet de disposition législative et une exception pour les accords de compensation (netting) avec déchéance de terme en dehors des systèmes de paiement, de compensation et de règlement, des marchés financiers réglementés et des systèmes multilatéraux de négociation. Ces accords peuvent englober la compensation (set-off) visée par le présent point sur la liste des éléments régis par la *lex fori concursus*. Voir la section consacrée à ce sujet plus bas.]

[j) Traitement des créanciers garantis

22. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* régit le traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité⁸⁷. Dans le contexte de la procédure d'insolvabilité, un « créancier garanti » est un créancier détenant une créance garantie, autrement dit une créance assortie d'une sûreté réelle (droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations) constituée en garantie d'une dette et réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur [Glossaire, termes o), u) et ss)]. 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, par exemple la question de savoir si les créanciers garantis sont tenus ou non de déclarer leurs créances dans ladite

⁸¹ Ce sous-point n'a suscité aucun commentaire au sein du Groupe de travail. Toutefois, certains experts s'interrogent sur les références aux conventions d'arbitrage sous ce point de la liste des éléments régis par la *lex fori concursus* et sur la manière dont ces références interagiraient avec l'exception proposée pour les procédures arbitrales en cours. Le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer s'il faudrait conserver ce sous-point dans la présente liste illustrative. Dans l'attente de cette confirmation, le secrétariat a mis entre crochets le sous-point et les parties qui s'y rapportent dans le paragraphe suivant.

⁸² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739, p. 3. Disponible également à l'adresse suivante : https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards.

⁸³ Voir note 81.

⁸⁴ La compensation (*set-off*) est définie dans le Guide comme l'« opération dans laquelle une créance monétaire d'une partie est annulée partiellement ou totalement par une créance monétaire de l'autre partie sur la première » [voir Glossaire dans l'introduction du Guide, terme i)].

⁸⁵ A/CN.9/1163, par. 62.

⁸⁶ Il faudra peut-être modifier la partie placée entre crochets en fonction des conclusions auxquelles parviendra le Groupe de travail lors de ses discussions sur le paragraphe 4 du projet de disposition législative. Voir A/CN.9/1163, par. 74.

⁸⁷ 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).

procédure⁸⁸. Ce point ne doit pas être interprété comme renvoyant à la loi en vertu de laquelle seraient déterminées la validité et l'opposabilité des sûretés réelles⁸⁹ constituées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, lesquelles devront toujours être déterminées par les règles de droit international privé généralement applicables de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte⁹⁰. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'écarte pas ces règles⁹¹.

23. 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 garanties ; 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.]⁹²

k) Droits et obligations du débiteur

24. 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.

25. 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.

26. Dans ce contexte, des lois autres que la loi sur l'insolvabilité pourraient s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus*, en particulier, si le débiteur est une personne physique. Dans ce cas, les instruments relatifs aux droits humains qui lient l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent traiter, dans le cadre de la *lex fori concursus*, de l'étendue des limitations qui pourraient être imposées 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. En outre, la loi sur l'insolvabilité peut étroitement interagir avec la loi sur la procédure civile et pénale, par exemple eu égard aux mandats de divulgation, d'audition, de perquisition et de saisie concernant le débiteur. Des traités internationaux, notamment sur l'entraide

⁸⁸ 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 de l'actif grevé. Quand cette valeur est inférieure au montant de sa créance, le créancier garanti peut être tenu de déclarer une créance pour la fraction non garantie en tant que créancier chirographaire ordinaire. Quand la valeur de la vente de l'actif grevé 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.

⁸⁹ « Sûreté réelle » : droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations [voir Glossaire dans l'introduction du Guide, terme ss)].

⁹⁰ 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).

⁹¹ 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.

⁹² Comme indiqué au paragraphe 14 ci-dessus des notes du secrétariat, le secrétariat maintient le point j) et le commentaire qui l'accompagne entre crochets, notant que la question n'a pas encore été résolue par le Groupe de travail. Voir A/CN.9/1163, par. 65 à 67.

judiciaire, la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (la « Convention Notification ») et la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (la « Convention Preuves »), ainsi que d'autres instruments internationaux qui lient l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* pour tout acte accompli à l'égard du débiteur ou par le débiteur à l'étranger.

l) Devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité

27. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine : les cas dans lesquels un représentant de l'insolvabilité⁹³ 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 la surveillance du travail qu'il effectue ; et la responsabilité du représentant de l'insolvabilité.

28. Outre les devoirs, fonctions et pouvoirs généraux du représentant de l'insolvabilité, la *lex fori concursus* détermine les pouvoirs qui lui sont conférés dans des cas particuliers, 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 qui autrement pourraient être produites par les créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État (voir art. 28 à 32 de la LTIGE).

29. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus*, par exemple si le représentant de l'insolvabilité est soumis à certaines normes et réglementations professionnelles (par exemple, comptables, avocats, etc.). En outre, des traités internationaux, notamment sur l'entraide judiciaire, la Convention Notification ou la Convention Preuves, ainsi que d'autres instruments internationaux qui lient l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs du représentant de l'insolvabilité à l'étranger.

m) Fonctions des créanciers et du comité des créanciers

30. 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, dans l'affirmative, 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. Dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, le « créancier » est une personne physique ou morale qui a contre le débiteur une créance née au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou avant [Glossaire, terme s)] et le « comité des créanciers » est l'organe représentatif des créanciers dont les membres sont désignés conformément à la loi sur l'insolvabilité et qui est doté de

⁹³ Le glossaire dans l'introduction du Guide définit le « représentant de l'insolvabilité » comme la personne ou l'organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l'insolvabilité [voir le terme rr)]. Suivant le contexte, ce terme peut aussi désigner un « professionnel indépendant » : particulier ou entité possédant les qualifications requises, indépendant du débiteur, des créanciers et des autres parties intéressées, nommé par l'autorité compétente pour accomplir une ou plusieurs tâches liées à une procédure d'insolvabilité simplifiée, sous réserve de l'obtention des autorisations voulues concernant les exigences déontologiques, professionnelles et autres, ainsi que de l'absence de conflits d'intérêts [voir Guide, cinquième partie, deuxième section, par. 25 j)].

pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans ladite loi [Glossaire, terme h)]. En règle générale, le terme « créanciers » désigne à la fois les créanciers de l'État du for et les créanciers étrangers (Glossaire, par. 10).

31. 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'insolvabilité⁹⁴. Il est également lié au point suivant (traitement des créances)⁹⁵.

n) Traitement des créances

32. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine : i) les créanciers qui devraient être tenus de déclarer leurs créances (par exemple, la question de savoir si les créanciers garantis sont tenus de le faire), les types de créances qui devraient 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 devraient être déclarées et les formalités de déclaration des créances étrangères⁹⁶ ; 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 qui autrement pourraient être déclarées par les créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État, y compris la question de savoir si le représentant de l'insolvabilité est autorisé à prendre de tels engagements et, dans l'affirmative, à l'égard de quelles créances et sous quelles conditions, et la question de savoir à quelles exigences formelles est soumis l'engagement, notamment la forme et la langue dans lesquelles il doit être établi, et quelles procédures s'appliquent pour en demander l'approbation, le contrôle et l'exécution. 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 régleme les engagements pouvant être pris à leur égard.

33. Dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, la « créance » est le droit à paiement sur la masse du débiteur, qu'il naisse d'une dette, d'un contrat ou d'un autre type d'obligation juridique, qu'il soit d'un montant déterminé ou indéterminé, échu ou non échu, contesté ou non contesté, garanti ou non garanti, certain ou conditionnel. Certains pays considèrent la possibilité ou le droit, lorsque la loi applicable le permet, de recouvrer des actifs auprès du débiteur comme une créance [voir Glossaire, terme n)].

34. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité pourraient s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus*, comme le droit des sûretés en ce qui concerne le traitement des créances détenues par les créanciers garantis. 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),

⁹⁴ 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.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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.

ainsi que d'autres instruments internationaux qui lient l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* 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)⁹⁷ 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 nationales⁹⁸.

35. Ce point est lié aux points de la liste des éléments régis par la *lex fori concursus* relatifs à l'annulation g), [au traitement des créanciers garantis j)] et au traitement de la compensation (*set-off*) i), [y compris les exceptions à la *lex fori concursus* prévues à leur égard dans les présentes dispositions législatives, dont certaines s'appliquent de manière générale tandis que d'autres s'appliquent au cas par cas]. Il est également lié au point relatif à l'exécution d'un plan de redressement, puisque ce dernier porte généralement sur le traitement des créances des créanciers et peut stipuler la loi applicable à ce traitement. Une loi autre que la *lex fori concursus* peut être appliquée par le tribunal au cas par cas dans d'autres situations. Par exemple, le tribunal peut prendre en considération et appliquer les lois de police de l'État où il sera probablement nécessaire de demander la reconnaissance et l'imposition des effets de la procédure d'insolvabilité nationale pour faire en sorte que ces effets soient reconnus et imposés à l'étranger. En outre, si la *lex fori concursus* autorise la prise d'un engagement concernant le traitement de créances qui, autrement, pourraient être produites par un créancier dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État, les créances concernées pourraient être traitées de la même manière qu'elles le seraient dans le cadre d'une procédure non ouverte, y compris conformément à la loi applicable par ailleurs.

o) Classement des créances

36. 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 créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure (pour la signification de cette expression, voir le point qui suit). 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'équivalence⁹⁹. Lorsque le déclassement est envisagé, la *lex fori concursus* en régit les conditions et les limites. Dans les cas où il est permis de prendre un engagement concernant le classement de créances qui, autrement, pourraient être produites par des créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État, la *lex fori concursus* détermine les règles à suivre pour prendre 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*

⁹⁷ Voir art. 13-2 de la LTI et note de bas de page s'y rapportant, ainsi que commentaire au paragraphe 120 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI.

⁹⁸ 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>.

⁹⁹ 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 déterminer l'équivalence fonctionnelle des créances sont notamment la source de l'obligation, la nature des créanciers et l'intérêt sous-jacent qui justifie le traitement préférentiel de la créance.
<http://undocs.org/fr/A/CN.9/1133>

concursum détermine le classement des créances salariales et régleme les engagements qui peuvent être pris à leur égard.

37. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* à la priorité des créances dans les procédures d'insolvabilité en général et dans toute procédure d'insolvabilité en particulier, notamment le droit du travail (qui peut comprendre les conventions internationales du travail pour les États parties à ces conventions¹⁰⁰), 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.

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

38. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine les critères relatifs à l'admission des créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure. Dans le contexte de la procédure d'insolvabilité, les « créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure » désignent les frais et dépenses engendrés par la procédure, tels que la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels qu'il emploie, les dépenses pour la poursuite de l'activité du débiteur, les dettes découlant de l'exercice des fonctions et des attributions du représentant de l'insolvabilité, les frais découlant de la continuation des obligations contractuelles et légales et les frais de procédure¹⁰¹. La *lex fori concursus* régit l'évaluation des dépenses, le rôle du tribunal dans l'approbation des dépenses et la répartition des frais et dépenses, 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 en outre les règles relatives au financement par des tiers.

39. 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 comprendraient 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

40. 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 redressement¹⁰².

41. 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 de créances qui, autrement, pourraient être

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ Voir Glossaire dans l'introduction du Guide, terme r).

¹⁰² Le droit général des contrats et, partant, des règles 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, lorsque celle-ci est requise) du plan de redressement et si la répartition a lieu conformément aux règles en la matière contenues dans le plan de redressement.

produites par des créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État, les créances concernées pourraient bénéficier du traitement qu'elles recevraient dans une procédure non ouverte, y compris en ce qui concerne la répartition du produit.

r) Clôture de la procédure

42. 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 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

43. Dans les présentes dispositions législatives, la *lex fori concursus* détermine : i) les conditions générales auxquelles est soumise la décharge, y compris les dettes non susceptibles de remise ; ii) la marche à suivre et les conditions préalables à remplir pour obtenir une 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 effective¹⁰³ ; et iv) les critères de refus de la décharge et d'annulation d'une décharge déjà accordée¹⁰⁴. Dans le contexte de la procédure d'insolvabilité, la « décharge » désigne le fait de libérer un débiteur des dettes visées par la procédure d'insolvabilité [Glossaire, terme w)].

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

44. Le point t) est une disposition générale 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 d'une procédure d'insolvabilité ou qui y sont substantiellement associées. Il peut s'agir par exemple : i) d'ajustements liés à l'insolvabilité qui débouchent sur l'application d'un traitement spécial aux créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ou à celles détenues contre ces personnes ; et ii) des actions engagées en vertu de la loi sur l'insolvabilité pour tenir les administrateurs responsables de leurs actes qui sont à l'origine de l'insolvabilité ou qui y ont contribué.

45. 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 doive régir les effets de la procédure d'insolvabilité sur toutes les obligations et responsabilités des administrateurs pendant 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 précis¹⁰⁵ 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 de ces 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

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Le paragraphe 47 du document A/CN.9/WG.V/WP.187 a été supprimé. A/CN.9/1133, par. 42 i).

¹⁰⁵ A/CN.9/1133, par. 42 j).

responsabilité des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité à l'effet rétroactif de la *lex fori concursus*.

46. 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, il est possible que cette exigence ne s'applique pas et que les administrateurs soient plutôt encouragés à engager des négociations extrajudiciaires de restructuration de la dette. L'interprétation restrictive du point t) quant à son application aux administrateurs permet de faire en sorte que les administrateurs du second groupe soient exonérés de toutes responsabilités et obligations imprévues qui s'appliqueraient aux administrateurs du premier groupe et auxquelles ces derniers s'attendraient. Le risque de se voir exposé à ces responsabilités et obligations imprévues peut varier selon que la procédure d'insolvabilité a été ouverte au lieu de situation : i) du centre des intérêts principaux du débiteur qui coïncide avec son lieu d'immatriculation ou de constitution en société ou son « siège réel » ; ii) du centre des intérêts principaux du débiteur qui diffère de son lieu d'immatriculation ou de constitution en société ou de son « siège réel » ; iii) de l'établissement du débiteur ; ou iv) des actifs du débiteur. Le risque est plus élevé 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, l'évaluation réalisée à propos de la *lex societatis* peut être similaire à celle concernant le centre des intérêts principaux, de sorte que la *lex societatis* sera très probablement la même que la *lex fori concursus*.

47. Dans ce contexte, les dispositions de lois autres que la loi sur l'insolvabilité pourraient s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus*, surtout si cette dernière adopte une interprétation large du terme « administrateurs », comme le recommande par exemple la quatrième partie du Guide¹⁰⁶. En fonction des personnes qui s'avèrent exercer un contrôle effectif sur l'entreprise du débiteur dans la période précédant l'insolvabilité (par exemple, un prêteur institutionnel réglementé, un auditeur ou un conseiller juridique), des lois différentes (par exemple, lois régissant certaines professions) peuvent s'appliquer, y compris concernant l'interdiction d'exercer et d'autres voies de droit et mécanismes d'exécution pouvant être utilisés à l'encontre de ces personnes.

B. Exceptions à la *lex fori concursus*

1. Contrats et relations de travail

16. À sa soixante-troisième session, en réponse à une suggestion visant à supprimer l'exception, le Groupe de travail a rappelé ses délibérations antérieures et la décision qu'il avait prise à ce sujet¹⁰⁷. Il a été noté que l'exception d'ordre public et d'autres dispositions du projet de texte suffisaient à répondre à la préoccupation exprimée au cours de la session. La disposition législative, dont la formulation a été convenue par le Groupe de travail à sa soixante et unième session¹⁰⁸, et le commentaire l'accompagnant, sont restés pratiquement inchangés dans la présente note.

¹⁰⁶ Le terme « 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).

¹⁰⁷ A/CN.9/1163, par. 70.

¹⁰⁸ A/CN.9/1126, par. 79.

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 ou 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 et 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 présente disposition. Ils restent 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 qui autrement pourraient être produites par des salariés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État (voir le commentaire sur les points n), o) et q) de la liste des éléments régis par la *lex fori concursus* ci-dessus), les créances salariales concernées pourraient être traitées de la même manière qu'elles le seraient dans le cadre d'une procédure non ouverte.

3. L'exception à l'application 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 internationaux¹⁰⁹, peuvent : a) protéger les employés contre les licenciements abusifs et la discrimination ; b) prévoir un filet de sécurité financier pour les employés ; c) imposer des restrictions à la possibilité de rejeter ou de modifier des contrats de travail¹¹⁰ et des conditions de mise en œuvre des licenciements (y compris la notification préalable aux autorités compétentes de l'État) ; et d) 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.

¹⁰⁹ Voir, par exemple, la Convention de 1982 sur le licenciement (n° 158) de l'OIT.

¹¹⁰ Voir la recommandation 71 du Guide et le commentaire correspondant.

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, la CNUDCI 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 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 les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par convention en vertu de la loi qui, en l'absence de ce choix, aurait été applicable (lesquelles, pour de nombreux États, comprendraient 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 serait 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 de la CNUDCI, cette approche, en fin de compte, était préférable.

7. L'exception d'ordre public (voir ci-après) permettrait au tribunal de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité d'écarter l'application d'une loi étrangère

dans l'hypothèse où les effets d'une telle application seraient manifestement contraires à l'ordre public de cet État (par exemple, parce qu'elle reviendrait à légitimer l'esclavage moderne, etc.). Dans ce cas, le droit du travail ou toute autre loi pertinente de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peut s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus*. Selon les règles de droit international privé de la *lex fori concursus* applicable aux contrats et relations de travail, la loi d'un autre État ayant un lien plus étroit avec le contrat ou la relation de travail que la *lex fori concursus* peut s'appliquer en lieu et place de cette dernière.

[Le projet de commentaire n'aborde pas l'impact de cette exception sur le traitement des clauses ipso facto. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient d'inclure des précisions à ce sujet dans le commentaire.]

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

17. À sa soixante-troisième session, le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets du projet de disposition législative ci-dessous et a noté la nécessité de préciser davantage le champ d'application de cette disposition¹¹¹. Un avis a été exprimé selon lequel les systèmes multilatéraux de négociation non réglementés ne devraient pas être couverts par l'exception. Le Groupe de travail n'a pas envisagé de lien entre le projet de disposition législative et la possibilité d'exclure du champ d'application des dispositions législatives les institutions financières qui sont les participants habituels à un système de paiement, de compensation ou de règlement, à un marché financier réglementé ou à d'autres systèmes multilatéraux de négociation couverts par l'exception.

18. Le secrétariat a inclus dans le projet de commentaire le contenu du glossaire dont le Groupe de travail était saisi à sa soixante-troisième session, en y précisant que les systèmes multilatéraux de négociation sont généralement des plateformes de transactions financières autorégulées.

a) Projet de disposition législative

Loi régissant 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 d'autres systèmes multilatéraux de négociation ainsi que l'annulation dans ces systèmes ou sur ces marchés

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 ou marché. Cette loi régit également l'annulation des paiements ou des opérations dans le système ou sur le marché en question.

b) Projet de commentaire

1. Aux fins de la présente exception :

a) Un système de paiement est un ensemble d'instruments, de procédures et de règles pour le transfert de fonds entre les participants (voir f) ci-dessous pour une explication du terme « 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

¹¹¹ A/CN.9/1163, par. 71. Le secrétariat a tenu d'autres consultations sur ces questions avec les experts qui avaient participé à la réunion du groupe d'experts de juin 2023. Les conclusions de ces consultations sont prises en compte dans le projet de commentaire.

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 (voir d) ci-dessous pour une explication du terme « marché financier réglementé ») ou opérer séparément selon leur propre structure de gouvernance et leurs propres règles de fonctionnement ;

b) Un système de compensation (*clearing*) est un 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 (voir c) ci-dessous pour une explication du terme « 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 ;

c) Un système de règlement est un 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 ;

d) Un marché financier réglementé est un 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.

e) Un système multilatéral de négociation est une plateforme électronique facilitant la négociation de différents types d'instruments financiers. Ce système peut opérer dans le cadre d'un marché financier réglementé, ou en complément de celui-ci. Il s'agit habituellement d'une plateforme de négociation financière autorégulée, qui peut 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)] ;

f) Les participants à un système ou marché couvert par l'exception sont les personnes qui sont à la fois i) identifiées et reconnues comme ayant la qualité de participants par le système ou marché en question et ii) autorisées de manière directe ou indirecte à effectuer des transferts par l'intermédiaire de ce système ou marché. 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 du système ou marché. Plus récemment, la notion a été élargie pour inclure d'autres personnes, par exemple les participants indirects et, dans les systèmes ou marchés faisant appel à la technologie des registres distribués, comme la blockchain, les investisseurs individuels qui sont susceptibles d'interagir directement entre eux, sans intermédiaire.

2. Les systèmes et marchés (et leurs différentes combinaisons) qui sont couverts par l'exception permettent à de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés pour des instruments financiers d'interagir. Dans ces systèmes ou sur ces marchés, l'incapacité d'un ou de plusieurs participants à s'exécuter empêche d'autres participants de remplir leurs propres obligations à l'égard des autres participants et des tiers quand celles-ci viennent à échéance. Cet effet « domino » est souvent appelé risque systémique.

3. Le fonctionnement des systèmes et marchés couverts par l'exception peut être perturbé non seulement par des facteurs internes (par exemple des défaillances ou insuffisances opérationnelles, ou des fraudes) mais aussi par des facteurs externes, comme des procédures d'insolvabilité, ce qui peut entraîner des pertes et des problèmes de liquidité, rendre inefficaces les mesures que prennent ces systèmes et marchés pour réduire leurs 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 de ces systèmes et marchés. En identifiant une loi unique pour régir les effets de la procédure d'insolvabilité sur le fonctionnement du système ou du marché concerné (c'est-à-dire la loi du système ou du marché en question), l'exception contribue à faire en sorte que les perturbations liées à une procédure d'insolvabilité soient plus prévisibles, et donc plus faciles à gérer. Sans cette exception, compte tenu de la multiplicité des participants à ces systèmes et marchés et de la multiplicité des tiers dont les procédures d'insolvabilité peuvent avoir des incidences sur le fonctionnement de ces mêmes systèmes et marchés, de nombreuses *lex fori concursus* non définies, incertaines et imprévisibles pourraient s'appliquer, ce qui rendrait difficile, voire impossible, la gestion des risques opérationnels, les risques systémiques s'en trouvant ainsi amplifiés.

4. L'exception ne précise pas si elle se réfère à une procédure d'insolvabilité qui vise les participants à un système ou marché ou d'autres personnes. Entrera donc dans son champ d'application toute procédure d'insolvabilité ayant une incidence sur le fonctionnement du marché ou système couvert par l'exception.

5. L'exception se réfère aux effets de la procédure d'insolvabilité uniquement sur les droits et obligations des participants au système ou marché qu'elle vise. Ces droits et obligations peuvent découler des dispositions légales ou réglementaires, ou encore des procédures ou des contrats, qui régissent le fonctionnement du système ou marché, ont une incidence sur celui-ci ou se rapportent de toute autre manière directement à lui (par exemple, les mécanismes de contrôle des risques et de réduction des besoins de liquidité). Ils incluent les droits et obligations des participants qui découlent ou qui relèvent : a) de la compensation globale (*netting*) des règlements et des paiements ; b) de la prise et du règlement d'engagements ; c) du caractère définitif des transferts ; d) de la novation ; e) des offres ouvertes ou d'autres accords contraignants en vertu desquels une contrepartie centrale devient une contrepartie pour les opérations réalisées avec les participants ; f) de la constitution de sûretés pour couvrir l'exposition actuelle et l'exposition potentielle future ; et g) de la fourniture de divers types de garanties. Ils peuvent aussi inclure les droits et obligations qui découlent, ou qui relèvent, des contrats concernant directement le fonctionnement de ces systèmes et marchés qui sont conclus entre les participants ou entre l'opérateur du système ou du marché et des tiers. Ces contrats peuvent concerner la compensation globale,

l'exécution d'accords de garantie, les arrangements et garanties en matière de soutien au crédit et le traitement des clauses *ipso facto*.

6. L'exception n'a pas vocation à interférer avec la loi applicable à la procédure d'insolvabilité qui peut être ouverte à l'égard d'un participant quelconque à un système de paiement, de compensation ou de règlement, à un marché financier réglementé ou à un système multilatéral de négociation. Ce point peut être illustré comme suit : la partie A, située dans l'État A, est un participant à un marché financier réglementé régi par la loi de l'État B et, en cette qualité, a conclu des opérations avec de multiples parties (B, C, D, etc.) sur ce marché. Dans les présentes dispositions législatives, si une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'égard de la partie A dans l'État A, la *lex fori concursus* de cet État A s'appliquera à tous les aspects de cette procédure d'insolvabilité (par exemple, au fait de savoir si la partie A remplit les critères d'admissibilité à la qualité de débiteur en vertu de la loi sur l'insolvabilité de l'État A, aux critères d'ouverture, etc.), à l'exception de ceux identifiés dans les dispositions législatives. En vertu de cette exception, notamment, la loi de l'État B déterminera les effets de la procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État A sur les opérations entre la partie A et les multiples parties B, C, D, etc. sur le marché.

7. En outre, les droits et obligations découlant de contrats et d'autres opérations qui sont liés aux systèmes et marchés couverts par l'exception mais qui ne se rapportent pas directement à leur fonctionnement restent régis par la *lex fori concursus*. À titre d'exemple, pour un système de paiement, si la partie A a ordonné 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 *lex fori concursus*.

8. La loi applicable aux systèmes et marchés couverts par l'exception est la loi de l'État telle qu'elle a été choisie par le système ou marché lui-même ou, à défaut, par les participants. Il peut être exigé que la loi choisie soit celle de l'État dans lequel au moins un des participants a son siège social. Le choix de la loi opéré par le système ou marché ou par les participants est soumis à la vérification de l'autorité compétente, qui n'autorise pas un choix qui reviendrait à contourner l'ordre public fondamental de son État. En l'absence de choix ou en cas de choix non valide, c'est généralement la loi du lieu où se trouve le système ou le marché qui s'applique.

9. Les systèmes et marchés couverts par l'exception déterminent souvent, dans les règles qui régissent leurs activités, la loi qui s'appliquera 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, ces systèmes et marchés 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.

10. Il conviendrait d'interpréter et d'appliquer l'exception avec 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 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 aux systèmes et marchés concernés qui réunissent les conditions requises pour son application, indépendamment de la technologie qu'ils utilisent pour leurs opérations.

11. Le tribunal de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité pourra invoquer l'exception d'ordre public (voir ci-après) si l'application d'une loi étrangère désignée comme étant applicable en vertu de cette exception produirait des effets manifestement contraires à l'ordre public de cet État. La *lex fori concursus* devrait en

principe prévoir des règles pour déterminer quelle autre loi, si elle-même n'entre pas en jeu, s'appliquera dans ce cas.

3. Compensation (*netting*) avec déchéance du terme en dehors des systèmes de paiement, de compensation et de règlement, des marchés financiers réglementés ou d'autres systèmes multilatéraux de négociation¹¹²

19. À sa soixante-troisième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger une exception à la *lex fori concursus* pour les accords de compensation (*netting*) avec déchéance du terme qui n'étaient pas couverts par l'exception ci-dessus concernant les infrastructures de marchés financiers, mais qui pouvaient être exposés à des risques de marché. Il a été expliqué que les accords de ce type n'existaient pas seulement sur les marchés financiers¹¹³. Les paragraphes 22 et 23 du document [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), ainsi que les dispositions des Principes d'UNIDROIT concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation et des Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, ont été jugés pertinents.

20. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que ni les Principes de la Banque mondiale¹¹⁴ ni les Principes d'UNIDROIT¹¹⁵ ne proposent de règles pour déterminer la loi qui régirait les effets des procédures d'insolvabilité sur les accords de compensation avec déchéance du terme. Compte tenu des opinions divergentes exprimées en son sein concernant le champ d'application des Principes d'UNIDROIT, le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, dans les Principes d'UNIDROIT 3 et 4, la protection de la compensation avec déchéance du terme ne s'applique qu'aux opérations financières auxquelles au moins une autorité publique (telle qu'une banque centrale) ou un participant qualifié à un marché financier est partie. Néanmoins, ces principes prévoient que les États adoptants peuvent étendre la portée de cette protection à d'autres situations, par exemple aux parties contractantes qui ne sont pas une autorité publique ou un participant qualifié à un marché financier¹¹⁶, ainsi qu'à d'autres opérations (par exemple, la vente, l'achat ou la livraison de produits fongibles)¹¹⁷.

21. Ainsi qu'il est noté au paragraphe 21 du document [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), les accords de compensation avec déchéance du terme servent dans différentes situations. Par exemple, ils sont utilisés dans les groupes d'entreprises pour la mutualisation de trésorerie, dans les contrats de gros pour la fourniture d'énergie, dans les contrats de matières premières ainsi que dans la négociation de gré à gré de produits dérivés non normalisés qui pourraient ne pas être éligibles à la compensation (*clearing*) et au règlement par l'intermédiaire d'infrastructures de marchés financiers. Ils sont également utilisés par les compagnies aériennes et des entreprises similaires lorsque les prix fluctuent rapidement ou dans d'autres circonstances justifiées (par exemple, les défaillances entre parties peuvent entraîner le même risque systémique que pour

¹¹² Le secrétariat a tenu d'autres consultations sur les questions abordées dans la présente section avec les experts qui avaient participé à la réunion du groupe d'experts de juin 2023 (voir par. 15 du document [A/CN.9/WG.V/WP.190](#)). Les conclusions de ces consultations sont reflétées dans le projet de disposition législative et dans les notes du secrétariat qui le précèdent.

¹¹³ [A/CN.9/1163](#), par. 72.

¹¹⁴ Voir Principe C10.4 et note 9.

¹¹⁵ Voir par. 12 : « [I]a protection de la mise en œuvre des clauses de résiliation-compensation donnée par les Principes pourrait s'appliquer même dans des procédures menées en vertu de la loi d'un État autre qu'un État adoptant. Cela peut être le cas, par exemple, lorsqu'une règle de droit international privé ou la loi de l'insolvabilité internationale du for conduit à l'application de la loi d'un État adoptant, ou lorsque les parties ont choisi la loi d'un État adoptant et que le choix de la loi est confirmé par le tribunal compétent. Toutefois, les Principes n'essaient pas de proposer de telles règles pour déterminer la loi applicable. »

¹¹⁶ Voir le commentaire qui suit le Principe 4, par. 82 à 85.

¹¹⁷ *Ibid.*, par. 86 et 87.

les systèmes et marchés couverts par l'exception en faveur des infrastructures de marchés financiers)¹¹⁸.

22. Les accords de compensation avec déchéance du terme sont conclus par les parties à des opérations bilatérales ou multilatérales dans le seul et unique but d'assurer à toutes ces parties sécurité et protection en cas de défaillance de l'une d'elles. Les parties à ces accords peuvent être situées dans le même État ou dans des États différents. Elles sont libres de choisir la loi de l'État qui régit les accords de compensation avec déchéance du terme, et elles choisissent évidemment la loi d'un État qui protège ce type d'accords, ce que ne font pas les lois de tous les États.

23. Compte tenu de ce qui précède et à la demande du Groupe de travail, le secrétariat a rédigé un projet de disposition législative pour examen par ce dernier, sans l'accompagner d'un commentaire à ce stade. Ce faisant, il est parti du principe que l'État dans lequel seraient incorporées les dispositions législatives serait le mieux placé pour délimiter le champ d'application de cette exception, en ce qui concerne les parties et les opérations éligibles.

24. Le projet de disposition législative prévoit une garantie selon laquelle le tribunal de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peut écarter la loi choisie si celle-ci ne présente pas de lien substantiel avec les parties ou l'accord et s'il n'y a pas d'autre fondement raisonnable pour l'appliquer. Une exception d'ordre public peut également s'appliquer dans des circonstances appropriées. En fonction des facteurs de rattachement, la *lex fori concursus* elle-même ou une autre loi ayant un lien plus étroit avec la question peut être appliquée à la place de la loi écartée (par exemple, la *lex rei sitae* si les accords de compensation avec déchéance du terme sont liés à un bien affecté en garantie ou à un droit réel situé dans un autre État).

25. Compte tenu des implications de cette exception pour le traitement équitable, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, des créanciers se trouvant dans la même situation, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si d'autres garanties ou des garanties supplémentaires sont nécessaires. En outre, il pourrait examiner si les dispositions devraient préserver l'application d'une brève suspension ou d'une autre mesure provisoire¹¹⁹ si elle s'applique en vertu de la *lex fori concursus* ou d'un autre régime de résolution applicable à une banque ou à une institution similaire mais qu'elle ne s'applique pas en vertu de la loi choisie par les parties pour régir l'accord. Dans ce contexte, il convient de rappeler que, comme le prévoit le présent projet de dispositions législatives, les banques et les institutions financières similaires peuvent ou non être exclues du champ d'application des dispositions législatives.

26. Comme cela a été noté à la soixante-troisième session du Groupe de travail et au paragraphe 13 des notes du secrétariat concernant la disposition relative à la *lex fori concursus* ci-dessus, la possibilité de maintenir la distinction entre la compensation (*set-off*) et les accords de compensation (*netting*) avec déchéance du terme dans l'ensemble du projet de texte devrait être évaluée à la lumière des pratiques et des législations actuelles¹²⁰. En tout état de cause, il faudrait résoudre tout conflit éventuel entre l'exception proposée et le point i) de la liste des éléments régis par la *lex fori concursus* relatif au traitement de la compensation (*set-off*), toute exception possible à ce point et le commentaire l'accompagnant¹²¹.

¹¹⁸ Voir Principe 4, « Considérations essentielles concernant cette définition ».

¹¹⁹ Voir Principe d'UNIDROIT 8 et commentaire l'accompagnant.

¹²⁰ Ainsi qu'il est indiqué dans le commentaire des Principes d'UNIDROIT, « la résiliation-compensation [compensation avec déchéance du terme dans les présentes dispositions législatives] est souvent associée au concept classique de compensation (*set-off*) appliquée en cas de défaut ou d'insolvabilité de l'une des parties ». Selon les Principes d'UNIDROIT, « la compensation (*set-off*) relève du champ d'application des Principes lorsque les parties à une clause de résiliation-compensation ont convenu dans cette clause que leurs obligations mutuelles devraient faire l'objet d'une compensation ou lorsque les principes de droit applicables prévoient une compensation en ce qui concerne l'élément de cumul d'une clause de résiliation-compensation. »

¹²¹ Voir A/CN.9/WG.V/WP.190, par. 23.

Projet de disposition législative

Loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur les accords de compensation avec déchéance du terme en dehors des systèmes de paiement, de compensation et de règlement, des marchés financiers réglementés ou d'autres systèmes multilatéraux de négociation

Les effets de la procédure d'insolvabilité sur le fonctionnement d'un accord de compensation avec déchéance du terme conclu entre un débiteur [qui est [l'État inclut les exigences concernant un débiteur éligible]] et [l'État inclut les exigences concernant les contreparties éligibles] en ce qui concerne [l'État inclut les exigences concernant les opérations éligibles] sont régis par la loi choisie par les parties à cet accord, à moins que cette loi n'ait pas de lien substantiel avec les parties ou l'accord et qu'il n'y ait pas d'autre fondement raisonnable pour appliquer cette loi.

4. Procédures arbitrales en cours

27. On trouvera un résumé des délibérations que le Groupe de travail a tenues sur ce point à sa soixante-troisième session dans le rapport de cette session (A/CN.9/1163, par. 73). Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas été en mesure d'examiner en détail toutes les questions soulevées aux paragraphes 25 à 34 du document A/CN.9/WG.V/WP.190 et de se mettre d'accord sur les approches à adopter pour les traiter. Il souhaitera peut-être poursuivre ces délibérations, en particulier sur la question de savoir s'il est souhaitable d'inclure une exception à la *lex fori concursus* pour les procédures arbitrales en cours, en examinant cette question de manière globale avec la loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures judiciaires en cours. Les discussions devront peut-être porter sur la suspension de la procédure arbitrale et sur d'autres questions qu'il avait été proposé d'examiner lors des précédentes sessions du Groupe de travail, telles que le maintien de la capacité du débiteur à recourir à l'arbitrage après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

28. Si le Groupe de travail décide d'inclure une telle exception, il devrait également convenir de son champ d'application et de la loi correspondante qui devrait régir les effets de la procédure d'insolvabilité sur une procédure arbitrale en cours. Dans ce dernier contexte, il souhaitera peut-être examiner s'il convient d'utiliser le terme *lex arbitri* ou le terme *lex loci arbitri* (ce dernier a été suggéré lors de la session¹²²), en notant que ces termes peuvent se référer à la même loi ou à des lois différentes¹²³, mais qu'en tout état de cause, ils sont tous deux généralement compris comme se référant à la loi qui traite des questions purement arbitrales. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer si l'exception, dans l'hypothèse où elle serait incluse, couvrirait uniquement l'arbitrage international au sens de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (art. 1) ou si elle couvrirait également l'arbitrage national, et si elle s'appliquerait à toutes les procédures d'arbitrage couvertes, quel que soit le lieu où elles se déroulent. Enfin, comme indiqué dans le contexte du point h) sur la *lex fori concursus* et du commentaire correspondant qui fait référence aux conventions d'arbitrage, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les implications que cette éventuelle exception aurait pour ce point et les éventuelles modifications qu'il conviendrait d'apporter en conséquence au commentaire qui l'accompagne.

C. Exception d'ordre public

29. Le projet de disposition législative ci-dessous se fonde sur les projets qui ont été présentés au Groupe de travail lors de ses précédentes sessions. Compte tenu des

¹²² A/CN.9/1163, par. 50.

¹²³ Le Guide du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention de New York reconnaît que cette situation n'est pas fréquente : « [Les juridictions] ont jugé [que l'expression "d'après la loi duquel"] renvoyait plutôt au droit procédural régissant l'arbitrage, dans les rares cas où les parties avaient choisi, pour régir l'arbitrage, une loi différente de celle du lieu de l'arbitrage. » [(voir par. 23 après l'article V-1 e)].

avis divergents exprimés quant à son contenu, il est placé entre crochets pour un examen ultérieur¹²⁴.

1. Projet de disposition législative

Exception d'ordre public

[Le tribunal [ne] peut écarter l'application de la loi étrangère [que] si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public de son État.]

2. Projet de commentaire

1. L'exception d'ordre public permet aux tribunaux de ne pas appliquer la loi étrangère considérée comme étant applicable en vertu des dispositions du présent chapitre (par exemple, la loi applicable au contrat ou à la relation de travail ou la loi du système ou du marché). Cette exception [ne] peut être invoquée [que] si le tribunal a établi que l'application de cette loi aurait des effets manifestement contraires à l'ordre public de son État.

2. La notion d'ordre public étant ancrée dans la législation nationale et pouvant différer d'un État à l'autre, aucune tentative d'en donner une définition uniforme n'a été entreprise. Toutefois, étant donné que les dispositions législatives traitent des questions de coopération internationale, la notion d'ordre public devrait s'entendre dans un sens plus restreint que celle d'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 d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Cette interprétation étroite et restrictive de l'exception devrait être suivie indépendamment du type de procédure (liquidation ou redressement).

3. Les incidences sur l'ordre public de l'application de la loi étrangère désignée par les dispositions législatives du présent chapitre 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 loi étrangère en question, telle qu'appliquée aux faits de l'espèce, porterait atteinte à la sécurité ou à la souveraineté de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité 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 étrangère désignée par les dispositions législatives du présent chapitre 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 décision d'écarter, pour des motifs d'ordre public, l'application de la loi étrangère applicable par ailleurs seraient traitées dans la *lex fori concursus*. En fonction des facteurs de rattachement, la *lex fori concursus* elle-même ou une autre loi ayant un lien plus étroit avec la question peut s'appliquer en lieu et place de la loi étrangère écartée.

¹²⁴ A/CN.9/1163, par. 58.

Chapitre III. Reconnaissance des effets de la *lex fori concursus* et des autres lois appliquées par le tribunal étranger¹²⁵

30. Les dispositions législatives ont été rédigées à partir des dispositions pertinentes des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité et compte tenu des observations formulées à la soixante-troisième session du Groupe de travail¹²⁶. En fonction de la forme du texte final, il pourrait être nécessaire de transposer plusieurs définitions des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité dans la section « Définitions » du présent texte. Il pourrait s'agir notamment des définitions des termes « procédure étrangère », « procédure étrangère principale », « procédure étrangère non principale », « procédure de planification étrangère » (ainsi que les termes qui y sont liés) et « tribunal étranger ». Cependant, si le texte final prend la forme d'un supplément à une loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité, il ne sera peut-être pas nécessaire de reproduire ces définitions et d'autres dispositions, telles que l'exception d'ordre public, dans le présent texte.

31. Le secrétariat n'a pas rédigé de commentaire sur le projet de dispositions législatives en attendant que le Groupe de travail examine ces dispositions et plusieurs questions qui en découlent. De même, il n'a pas rédigé de disposition pour les procédures qui ne sont ni des procédures étrangères principales ni des procédures étrangères non principales, en partant du principe qu'elles ne seraient pas traitées dans le présent texte. Il n'a pas rédigé non plus de dispositions distinctes pour chaque type de procédure étrangère visée (principale, non principale et de planification), en partant du principe qu'une disposition unique relative aux mesures prises s'appliquerait à toutes ces procédures et que les mesures envisagées dans le présent chapitre seraient toujours discrétionnaires. En outre, le secrétariat a supposé que le tribunal accordant la reconnaissance n'aurait pas de liberté de « sélectionner ce qui lui convient », et que la mesure ne peut pas être appliquée en tant que mesure provisoire. Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer si ces hypothèses sont correctes.

Projet de dispositions législatives

Donner effet à la *lex fori concursus* et aux autres lois appliquées par le tribunal étranger

Une fois la procédure (de planification) étrangère reconnue, le tribunal peut accorder des mesures en faveur de cette procédure en donnant effet à la *lex fori concursus* et aux autres lois appliquées par le tribunal étranger.

Exception d'ordre public

Rien dans la précédente disposition n'interdit au tribunal de refuser d'accorder des mesures lorsque leur octroi serait manifestement contraire à l'ordre public de son État.

Autres motifs de refus d'accorder des mesures

Le tribunal [peut refuser] [refuse] d'accorder des mesures si le tribunal étranger a appliqué une loi différente de celle envisagée au chapitre II du présent texte pour les mêmes questions [sauf si le tribunal étranger avait un motif raisonnable d'appliquer une loi différente à ces questions en l'espèce].

Protection des créanciers et des autres personnes intéressées

Lorsqu'il accorde ou refuse une mesure, ou lorsqu'il modifie ou fait cesser une mesure, le tribunal doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont protégés de manière adéquate. En ce qui concerne les créanciers garantis, il doit en outre s'assurer que la loi qui a été

¹²⁵ Ibid., par. 75.

¹²⁶ Ibid., par. 75 à 80.

appliquée aux effets de la procédure d'insolvabilité sur le traitement de ces créanciers :

a) Reconnaît une sûreté réelle qui est opposable et réalisable en vertu d'une loi autre que la loi sur l'insolvabilité comme étant opposable et réalisable dans la procédure d'insolvabilité¹²⁷ ;

b) N'applique l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis dans une procédure de liquidation que pendant une courte période¹²⁸ ;

c) Octroie au créancier garanti, sur demande faite au tribunal, le droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle¹²⁹ ; et

d) Envisage l'aménagement de l'arrêt des poursuites, sur demande faite au tribunal par un créancier garanti, au motif notamment 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 le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution ou encore que, dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable¹³⁰.

Coordination des mesures dans des procédures concurrentes

1. Le tribunal peut refuser d'accorder des mesures si leur octroi risque d'entraver l'administration de la procédure étrangère principale.

2. Des mesures ne sauraient être accordées en faveur d'une procédure étrangère non principale si leur octroi risque de produire des effets sur des actifs qui, en vertu du droit interne, ne devraient pas être administrés dans cette procédure étrangère non principale ou sur des informations qui ne sont pas requises dans cette procédure.

3. Des mesures ne sauraient être accordées en faveur de la procédure de planification étrangère si leur octroi risque de produire des effets sur les actifs et les activités d'un membre d'un groupe d'entreprises qui ne fait l'objet d'aucune procédure d'insolvabilité, à moins que la volonté de limiter l'ouverture de procédures d'insolvabilité explique qu'aucune procédure n'ait été ouverte.

4. Les mesures accordées en faveur d'une procédure étrangère non principale doivent être conformes à la procédure étrangère principale. Le tribunal réexamine, modifie ou lève toute mesure prise qui n'est pas conforme à la procédure étrangère principale.

5. Le tribunal accorde, réexamine, modifie ou fait cesser les mesures accordées en faveur de procédures étrangères non principales dans le but de faciliter la coordination des procédures.

¹²⁷ Voir recommandation 4 du Guide.

¹²⁸ Ibid., recommandation 49 c) et commentaire l'accompagnant.

¹²⁹ Parmi les mesures de protection appropriées figurent les versements en espèces effectués par la masse et la constitution de sûretés réelles supplémentaires. Voir *ibid.*, recommandation 50 et commentaire l'accompagnant.

¹³⁰ Ibid., recommandation 51 et commentaire l'accompagnant.