Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.179

Assemblée générale

Distr. limitée
7 février 2022
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Soixantième session
New York, 18-21 avril 2022

Loi applicable dans les procédures d'insolvabilité

Note du Secrétariat

Table des matières

Page

I. Introduction . . . 2
II. Aperçu des questions soumises à l'examen du Groupe de travail . . . 3
A. Finalité et objectifs . . . 3
B. Champ d'application des dispositions législatives . . . 3
C. Règle par défaut pour la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité : la *lex fori concursus* . . . 5
D. Exceptions à l'application de la *lex fori concursus* . . . 14
E. Exception d'ordre public et autres dispositions . . . 16

V.22-00526 (F)

Merci de recycler

I. Introduction

1. Les informations générales concernant le projet relatif à la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, dont le Groupe de travail a été saisi par la Commission à sa cinquante-quatrième session, en 2021[1], figurent dans l'ordre du jour provisoire de la soixantième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.177, par. 12 à 14). Comme il y est indiqué, le Groupe a commencé à travailler sur ce projet à sa cinquante-neuvième session (Vienne, 13-18 décembre 2021). La présente note a été établie par le secrétariat, le Groupe de travail s'attendant à ce que des documents reflétant les débats qu'il a tenus sur le sujet à sa cinquante-neuvième session lui soient présentés pour examen à sa session suivante. Compte tenu des questions non résolues concernant la forme d'un futur instrument sur le sujet et son contenu, le Groupe de travail a laissé au secrétariat une certaine latitude dans le choix de la manière dont ces documents devraient lui être présentés[2].

2. La présente note expose les questions soulevées par le Groupe de travail en ce qui concerne la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité relatives à un débiteur unique. Il est entendu que les délibérations de la soixantième session du Groupe de travail porteront sur les questions découlant des recommandations 31 à 34 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le « Guide »). Par conséquent, la présente note ne traite pas des questions découlant de la loi applicable à la validité et à l'efficacité des droits et des créances avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, abordées dans la recommandation 30 du Guide, à lire conjointement avec les recommandations 3 et 4, ni des questions découlant de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité concurrentes, y compris dans le contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises. Elle ne couvre pas non plus des aspects du droit international privé d'application générale tels que les limites à l'application du droit étranger[3] et les règles de localisation des actifs.

3. La note renvoie aux textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité, au rapport de la cinquante-neuvième session du Groupe de travail (A/CN.9/1088) et à une note du Secrétariat dont le Groupe de travail était saisi à sa cinquante-neuvième session (A/CN.9/WG.V/WP.176). Lorsque le contexte l'exigeait, le secrétariat a développé certains points soulevés à la cinquante-neuvième session du Groupe de travail en rapport avec les recommandations 31 à 34 du Guide. D'autres textes de la CNUDCI ainsi que d'autres textes internationaux et régionaux pertinents ont été consultés à cet égard, en particulier les textes de la CNUDCI relatifs aux opérations garanties, le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) (la « refonte du Règlement (CE) »)[4] et les Règles mondiales sur les questions de conflit de lois dans les cas d'insolvabilité internationale élaborées par l'American Law Institute et l'International Insolvency Institute, y compris les commentaires et les notes des rapporteurs (les « Règles mondiales »).

4. Dans l'attente de la décision du Groupe de travail quant à la forme d'un futur instrument sur le sujet, le secrétariat utilise, tout au long de la présente note, une référence générique aux « dispositions législatives ». Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les questions soulevées dans la présente note, y compris celle de

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément nº 17* (A/76/17), par. 215 à 217.

[2] A/CN.9/1088, par. 94 et 95.

[3] Voir dans ce contexte, par exemple, A/CN.9/WG.V/WP.176, par. 18, qui fait référence à la règle universellement acceptée du choix de la loi applicable selon laquelle les tribunaux appliquent leur propre droit procédural.

[4] Contraignant et directement applicable dans les États membres de l'Union européenne (UE). Son champ d'application se limite aux procédures qui visent un débiteur dont le centre des intérêts principaux est situé dans l'Union européenne (voir le considérant 25). Il a remplacé et annulé le Règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui se fondait lui-même sur la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité (signée à Bruxelles le 23 novembre 1995, mais pas entrée en vigueur).

savoir si elles doivent être traitées dans les dispositions législatives ou dans tout commentaire d'accompagnement futur et les éléments à inclure dans l'un ou l'autre.

II. Aperçu des questions soumises à l'examen du Groupe de travail

A. Finalité et objectifs

5. Le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer que, conformément au mandat de la CNUDCI, le but du projet devrait être de parvenir à harmoniser les approches législatives divergentes qui existent en matière de loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. Cela répondrait à une demande d'« une stabilité bien nécessaire dans le processus, par ailleurs volatile et incertain, d'évaluation des conséquences possibles de l'insolvabilité sur les relations commerciales internationales »[5]. L'existence d'approches législatives divergentes, fragmentées et incomplètes de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, qui peuvent conduire à des incohérences et à un manque de prévisibilité dans les affaires d'insolvabilité internationale, a sous-tendu la décision prise par la Commission d'entreprendre ce projet[6].

6. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si, conformément à ce but, la finalité des dispositions législatives serait d'offrir aux États des règles simplifiées et actualisées sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, en réponse aux besoins apparus dans la pratique de l'insolvabilité depuis 2004, date à laquelle la partie correspondante du Guide a été adoptée. Ces dispositions législatives : a) renforceraient l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) à tous les aspects de la procédure d'insolvabilité, y compris les effets de la procédure d'insolvabilité sur les personnes, les droits, les créances et les procédures, sous réserve d'exceptions limitées et clairement spécifiées ; et b) clarifieraient le sens et la portée de cette loi et de ses exceptions.

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être confirmer[7] s'il faudrait que les dispositions législatives promeuvent, entre autres, les objectifs suivants : a) renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité (c'est-à-dire le fait que les parties concernées par une procédure d'insolvabilité seront mieux à même de prévoir les effets et l'issue de cette procédure sur leurs droits et leurs créances) ; b) améliorer l'efficacité et l'efficience des procédures d'insolvabilité ayant des effets internationaux (par exemple, en réduisant la complexité et le coût des procédures d'insolvabilité et en améliorant la coordination des procédures de liquidation et de redressement entre les pays) ; et c) prévenir le « tourisme judiciaire » et d'autres irrégularités qui mettent en péril les attentes légitimes des créanciers et des autres parties intéressées[8]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également considérer qu'en abordant chacun de ces objectifs, les dispositions législatives devront atteindre un équilibre approprié entre des considérations concurrentes.

B. Champ d'application des dispositions législatives

8. Le champ d'application des dispositions législatives est lié à celui des « procédures d'insolvabilité » censées être couvertes, qui a été examiné à la cinquante-neuvième session du Groupe de travail[9]. Les textes de la CNUDCI relatifs

---

[5] Voir la Déclaration des rapporteurs des Règles mondiales.

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément nº 17* (A/76/17), par. 216 et 217.

[7] A/CN.9/1088, par. 57.

[8] Pour l'explication du terme « parties intéressées », voir le glossaire du Guide, terme dd).

[9] A/CN.9/1088, par. 62, 64, 65 f) et 68.

à l'insolvabilité reconnaissent que différents pays peuvent avoir des notions différentes de ce que recouvre le terme « procédure d'insolvabilité »[10]. Ils énoncent une liste cumulative de conditions qu'une procédure doit remplir pour être considérée comme une « procédure d'insolvabilité » aux fins des textes y relatifs de la CNUDCI : a) collective (judiciaire ou administrative) ; b) régie par une loi relative à l'insolvabilité ; c) soumise au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal ; d) ouverte à l'égard d'un débiteur (personne physique ou morale) en grande difficulté financière ou insolvable ; et e) dans le but de liquider ou de restructurer les actifs de ce débiteur en tant qu'entité commerciale[11]. Une procédure judiciaire ou administrative de liquidation d'une entité solvable et d'autres procédures ne remplissant pas ces conditions ne sont pas des procédures d'insolvabilité au sens des textes y relatifs de la CNUDCI[12]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si les mêmes considérations s'appliqueraient à la définition de la « procédure d'insolvabilité » dans les dispositions législatives. Dans ce contexte, il souhaitera peut-être se rappeler que, par exemple, la recommandation 294 nouvellement ajoutée autorise les débiteurs qui satisfont aux critères à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité simplifiée au tout début de leurs difficultés financières, sans avoir à prouver leur insolvabilité.

9. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, il a été estimé qu'il faudrait que la référence aux « procédures d'insolvabilité » dans le chapeau de la recommandation 31 englobe les « procédures provisoires » et « toute autre procédure préalable à l'insolvabilité ayant un lien suffisant avec l'insolvabilité »[13]. À cet égard, il a été suggéré d'ajouter une référence à la « restructuration » ou au « droit de la restructuration » en tant que point distinct dans la liste de la recommandation 31, ou bien d'expliquer dans un commentaire que les termes « procédure d'insolvabilité » et « droit de l'insolvabilité » qui figurent dans le chapeau de la recommandation 31 couvrent ces aspects[14]. (Voir les paragraphes 13 à 15 ci-dessous pour un examen du terme « droit de l'insolvabilité ».)

10. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, bien qu'aucune référence à la « procédure provisoire » ne figure dans le terme « procédure d'insolvabilité » du Guide [glossaire, terme nn)], elle est incluse dans les définitions de « procédure d'insolvabilité » et de « procédure étrangère » dans les lois types de la CNUDCI relatives à l'insolvabilité. Le commentaire correspondant explique que les « procédures provisoires » ne devraient pas être distinguées des autres procédures d'insolvabilité simplement parce qu'elles sont qualifiées de provisoires et de nature provisoire[15]. Si des procédures provisoires répondent à la liste cumulative des exigences énoncées au paragraphe 8 ci-dessus, elles seront considérées comme des « procédures d'insolvabilité » au sens des textes y relatifs de la CNUDCI.

11. Le même critère devrait s'appliquer à la « restructuration » ou à « toute autre procédure préalable à l'insolvabilité ayant un lien suffisant avec l'insolvabilité ». Ces références, il pourrait être bénéfique de les clarifier davantage. Elles pourraient, par exemple, renvoyer aux négociations volontaires de restructuration mentionnées dans la première partie du Guide parmi les mécanismes de résolution des difficultés financières d'un débiteur et dans la deuxième partie du Guide dans le cadre d'une procédure de redressement accélérée (voir les recommandations 160 à 168). Le Guide

---

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

[11] Voir le Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 49 ; et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 65 à 78.

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

[13] A/CN.9/1088, par. 68.

[14] A/CN.9/1088, par. 65 f).

[15] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 79.

explique que les négociations de restructuration volontaire portent généralement sur la restructuration de la dette due aux prêteurs et autres créanciers institutionnels et aux principaux créanciers non institutionnels lorsque leur participation est essentielle à la restructuration, mais qu'elles ne concernent pas toutes les catégories de créanciers. Les références proposées à la « restructuration » ou à « toute autre procédure préalable à l'insolvabilité ayant un lien suffisant avec l'insolvabilité » pourraient également englober les négociations informelles de restructuration de la dette abordées dans les recommandations 374 à 376 nouvellement ajoutées parmi les mécanismes permettant d'éviter l'insolvabilité de micro- et petites entreprises. Le Guide note qu'elles se tiennent aussi généralement avec un nombre limité de créanciers. Tout en reconnaissant que le succès des différents types de négociations de restructuration extrajudiciaire de la dette dépend souvent de l'existence d'une loi sur l'insolvabilité efficace et efficiente, le Guide souligne qu'elles se déroulent généralement en dehors de cette loi. Les accords ou dispositions qui résultent de ces négociations sont généralement régis par le droit des contrats, le droit des sociétés ou le droit commercial, le droit de la procédure civile ou, dans certains cas, la réglementation bancaire.

12. La « procédure d'insolvabilité » au sens des textes de la CNUDCI y relatifs englobe à la fois le redressement et la liquidation. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail s'est demandé s'il serait justifié d'élaborer des ensembles distincts de règles sur la loi applicable pour la liquidation et le redressement compte tenu des questions distinctes que ces deux types de procédure d'insolvabilité soulèvent, notamment en ce qui concerne la nécessité d'utiliser des actifs grevés et donc de faire intervenir des créanciers garantis. Il a été jugé suffisant de développer ces questions dans un commentaire d'un texte futur[16].

C. Règle par défaut pour la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité : la *lex fori concursus*

1. La signification de la *lex fori concursus*

13. Le Guide explique le terme *lex fori concursus* comme étant la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité est ouverte [glossaire, terme bb)]. La phrase d'introduction de la recommandation 31 du Guide restreint la *lex fori concursus* à « la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité est ouverte (*lex fori concursus*) ». À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail est convenu d'interpréter le terme « loi sur l'insolvabilité » qui figure dans le chapeau de la recommandation 31 de manière large, comme englobant d'autres lois ayant un lien suffisant avec l'insolvabilité. Il a été jugé suffisant de préciser cette interprétation dans tout commentaire modifié qui pourrait être établi en temps utile en rapport avec cette disposition. Dans ce contexte, une référence spécifique a été faite aux dispositions du droit des sociétés qui traitent des obligations et responsabilités des administrateurs et à l'approche adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (LTJI)[17].

14. Deux éléments peuvent être pertinents à cet égard : a) l'expression « découle d'une procédure d'insolvabilité ou y est matériellement associé » incluse dans la définition de « jugement relatif à l'insolvabilité » (article 2 d) i) a) de la LTJI) ; et b) l'expression « une loi relative à l'insolvabilité » qui figure dans la définition de « procédure d'insolvabilité » (article 2 a) de la LTJI). L'historique de la rédaction de la définition de « jugement lié à l'insolvabilité » dans la LTJI[18] fait apparaître que l'expression qui figure dans a) a été incluse de préférence à la phrase « découle directement de la procédure d'insolvabilité et y est étroitement liée » comme compromis aux fins spécifiques de la Loi type[19]. En comparaison, l'expression « une

[16] A/CN.9/1088, par. 89.
[17] A/CN.9/1088, par. 63 et 68.
[18] Voir, par exemple, A/CN.9/903, par. 68 à 73 et 77 ; et A/CN.9/931, par. 17 b).
[19] Voir le Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 21.

loi relative à l'insolvabilité » est également utilisée dans d'autres textes y relatifs de la CNUDCI[20]. Le choix de cette formulation s'explique, dans les lois types de la CNUDCI relatives à l'insolvabilité, par le fait que la liquidation et le redressement pourraient s'effectuer en vertu d'une loi qui n'est pas qualifiée de loi sur l'insolvabilité (par exemple, une loi relevant du droit des sociétés), mais qui traite néanmoins d'insolvabilité ou de graves difficultés financières. Le but était de trouver une dénomination suffisamment large pour englober une série de dispositions concernant l'insolvabilité quel que soit le type de texte où elles étaient énoncées et indépendamment du fait de savoir si les textes où elles figuraient portaient ou non exclusivement sur l'insolvabilité[21]. Le choix de cette formulation dans le Guide dans le contexte des obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité (notamment dans les groupes d'entreprises) s'explique par le fait que les obligations et responsabilités de ces administrateurs pourraient être précisées dans différentes lois, y compris des lois relatives aux sociétés et à l'insolvabilité, et qu'il faut concilier un chevauchement et des conflits potentiels entre ces lois dans la période précédant l'insolvabilité du débiteur[22].

15. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si, à la lumière des considérations ci-dessus, il faudrait, dans les dispositions législatives, résoudre l'incohérence relevée dans l'explication du terme *lex fori concursus* dans le glossaire et la recommandation 31. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi préciser les éléments à inclure dans un commentaire, notant les questions soulevées aux paragraphes 14 à 16 du document A/CN.9/WG.V/WP.176, en particulier celle de savoir si les règles de droit international privé de l'État d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont censées être prises en compte.

2. Renforcer l'application de la *lex fori concursus* et clarifier son champ d'application

16. Le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer que, conformément à la recommandation 31 du Guide, la *lex fori concursus* s'appliquerait à tous les aspects de la procédure d'insolvabilité et à ses effets, sauf indication contraire explicite. Dans ce contexte, il souhaitera peut-être se rappeler qu'à sa cinquante-neuvième session, il a été estimé que la convergence observée des règles de fond en matière d'insolvabilité devrait rendre moins problématique l'application de la *lex fori concursus* aux procédures d'insolvabilité[23].

17. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a examiné, pour ce qui était de clarifier le champ d'application de la *lex fori concursus*, les propositions suivantes : a) élargir la liste illustrative d'éléments figurant dans la recommandation 31 ; b) développer le contenu de certains éléments déjà énumérés, ce qui permettrait de lever toute ambiguïté quant à l'application de la *lex fori concursus* aux aspects développés ; c) soumettre l'application de la *lex fori concursus* à certaines conditions pour certains éléments de la liste [annulation et compensation (points g) et i)] ; d) remplacer la *lex fori concursus* par d'autres lois, notamment pour les droits réels [cela a été débattu en rapport avec le traitement des créanciers garantis (point j) de la liste)] ; et e) clarifier l'interaction de la *lex fori concursus* avec le droit de l'État de reconnaissance. Ces propositions sont présentées ci-dessous en regard des points correspondants de la recommandation 31 (les références croisées entre parenthèses renvoient aux recommandations du Guide qui traitent des points énumérés).

18. Aucun commentaire n'a été formulé concernant les autres points énumérés, à savoir : a) l'identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité (voir les recommandations 8 à 13 et 292 du Guide) ; b) la

---

[20] Voir, par exemple, l'article 2 a) de la LTI ; l'article 2 h) de la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises ; et le Guide (recommandations et note de bas de page 6 dans la quatrième partie ; et la recommandation 372 dans la cinquième partie).

[21] Voir, par exemple, le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 73.

[22] Voir quatrième partie, première section, Contexte, par. 11.

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

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 (voir les recommandations 14 à 29, 293 à 297 et 304 du Guide) ; e) l'utilisation ou la disposition des actifs (voir les recommandations 52 à 62 du Guide) ; f) la proposition, l'approbation, l'homologation et l'exécution d'un plan de redressement (voir les recommandations 139 à 159 et 338 à 353 du Guide) ; m) les fonctions des créanciers et du comité des créanciers (voir les recommandations 126 à 136 du Guide) ; p) les frais et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité (voir les recommandations 26, 125 et 280 du Guide) ; q) la répartition du produit (voir les recommandations 191 à 193 et 334 du Guide) ; r) la conclusion de la procédure (voir les recommandations 197, 198 et 362 du Guide) ; et s) la décharge (voir les recommandations 194 à 196 et 354 à 361 du Guide). On peut donc considérer qu'il n'y a pas de controverse à énumérer ces éléments dans les dispositions législatives comme exemples d'aspects des procédures d'insolvabilité couverts par la *lex fori concursus*.

Point c). La constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité (voir les recommandations 35 à 38 et 313 à 315 du Guide)

19. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, il a été jugé utile de renforcer l'application de la *lex fori concursus* au traitement des actifs numériques, des droits de propriété intellectuelle et des licences dans les procédures d'insolvabilité en tant que partie de la masse de l'insolvabilité du débiteur[24]. Les spécificités de ces actifs (en particulier, les difficultés liées à leur localisation et à l'établissement de la juridiction) ont été rappelées dans ce contexte. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que si le Guide ne contient aucune référence aux « actifs numériques » ou aux « licences », il fait explicitement référence aux droits de propriété intellectuelle lorsqu'il décrit les « actifs incorporels » qui constituent la masse de l'insolvabilité[25]. Il pourrait considérer que les actifs numériques et les licences relèvent de la même catégorie et devraient recevoir le même traitement.

Point d). La protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité (voir les recommandations 39 à 51, 317 et 318 du Guide)

20. Ce point englobe les mesures provisoires, l'arrêt des poursuites, les exceptions à l'arrêt des poursuites, la protection contre toute diminution de la valeur des actifs grevés et l'aménagement des mesures provisoires et de l'arrêt des poursuites. « Arrêt des poursuites » s'appliquerait aux procédures judiciaires, administratives, arbitrales et autres actions individuelles visant les actifs, les droits, les obligations ou les dettes du débiteur, y compris les actions visant à rendre une sûreté réelle opposable ou à la réaliser. Cela s'appliquerait également aux mesures d'exécution prises contre les actifs de la masse de l'insolvabilité, à la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur [y compris les clauses de résiliation automatique et d'accélération (*ipso facto*) (voir point h) ci-dessous)], ainsi qu'au transfert des actifs ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, à la constitution de sûretés sur ces actifs ou droits ou à d'autres actes de disposition les concernant[26].

21. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a noté les difficultés pratiques qu'il y avait à faire appliquer un arrêt des poursuites à l'échelle internationale, notamment en ce qui concernait la réalisation, par des créanciers garantis, de sûretés portant sur des biens grevés situées ni dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ni dans l'État de reconnaissance[27]. Ces difficultés pratiques ne pouvaient être résolues par un arrêt des poursuites et d'autres

[24] A/CN.9/1088, par. 91.

[25] Voir les recommandations 35 à 38 et le commentaire correspondant.

[26] Voir le glossaire du Guide, terme e), ainsi que la recommandation 46 et les notes de bas de page qui l'accompagnent.

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

aménagements prévus par les lois types de la CNUDCI relatives à l'insolvabilité que dans une certaine mesure puisque la portée, la durée, la modification, la suspension ou la levée d'un arrêt des poursuites et des autres mesures dans l'État de reconnaissance étaient déterminées par les dispositions des lois de cet État, et non par la *lex fori concursus*. La portée d'un arrêt et d'autres mesures pourrait donc être différente dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et dans l'État de reconnaissance. Des différences apparaissent souvent, notamment en ce qui concerne les exceptions applicables aux créances garanties, aux paiements effectués par le débiteur dans le cours normal des affaires, à la compensation et à l'exécution de droits réels. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a été invité à examiner ces questions en temps voulu[28].

22. Les textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité reconnaissent ces difficultés pratiques, en particulier dans le contexte de l'arbitrage international, compte tenu de son indépendance relative par rapport au système juridique de l'État où se déroule la procédure arbitrale[29]. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, on s'est dit favorable à ce qu'on étudie plus avant les effets de la *lex fori concursus* sur les procédures arbitrales en s'appuyant sur le commentaire existant de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (LTI). Ce commentaire note que l'article 20-1 a) de la LTI, en ne faisant pas de distinction entre les différents types d'actions individuelles, couvre également celles engagées devant un tribunal arbitral. Ainsi, l'article 20 établit une limite impérative à l'efficacité d'une convention d'arbitrage. Celle-ci s'ajoute aux autres restrictions de la liberté de recours à l'arbitrage qui peuvent être prévues dans le droit interne (par exemple, quant à l'arbitrabilité ou à la capacité de conclure une convention d'arbitrage).

23. Examinant plus avant ces questions, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si les effets de la *lex fori concursus* sur les procédures arbitrales vont au-delà de l'application de l'arrêt des poursuites et si des effets similaires s'étendraient également aux procès en cours. Dans ce contexte, le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que l'un des textes étudiés prévoit que les effets de la procédure d'insolvabilité sur une action en justice pendante ou une procédure arbitrale pendante concernant un actif ou un droit qui fait partie de la masse de l'insolvabilité d'un débiteur sont régis uniquement par la loi de l'État dans lequel cette action en justice est pendante ou dans lequel le tribunal arbitral a son siège[30]. Il convient de noter, à cet égard, que : a) selon les recommandations 47 (dernière phrase) et 318 a) du Guide ainsi que l'article 20-3 de la LTI, les actions ou procédures individuelles engagées dans la mesure où elles sont nécessaires pour préserver une créance contre le débiteur sont exclues de l'application de l'arrêt des poursuites ; et b) les intérêts des parties peuvent être un motif pour autoriser la poursuite d'une procédure arbitrale, possibilité envisagée dans les dispositions qui autorisent un aménagement de l'arrêt (article 20-2 de la LTI et commentaire d'accompagnement et recommandations 49 et 317 du Guide).

Point g). L'annulation de certaines opérations susceptibles de léser certaines parties (voir les recommandations 87 à 99 et 316 du Guide)

24. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a entendu différents avis sur l'opportunité de protéger une opération de l'annulation en vertu de la *lex fori concursus* si l'opération est soumise à la loi autre que la *lex fori concursus* et si cette autre loi ne permet pas de contester cette opération en l'espèce[31]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cet aspect plus avant, se rappelant les questions soulevées au paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.V/WP.176, les paragraphes 26 et 27 du rapport du Colloque (A/CN.9/1060) et une mesure de sauvegarde qui,

[28] Ibid.

[29] Voir, par exemple, la note de bas de page 20 de la recommandation 46 du Guide, qui renvoie à l'article 20 de la LTI, et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 180.

[30] Voir l'article 18 de la refonte du Règlement (CE).

[31] A/CN.9/1088, par. 83 et sa note de bas de page, qui fait référence à l'article 16 de la refonte du Règlement (CE).

figurant dans un texte étudié, vise à empêcher le choix abusif de la loi applicable lorsque la protection contre l'annulation en vertu de la *lex fori concursus* peut être invoquée[32].

25. Tout écart par rapport à l'approche de l'annulation adoptée lors de l'élaboration du projet de guide devrait être justifié, par exemple en se référant à de nouveaux besoins ou pratiques. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se rappeler, dans ce contexte, un avis exprimé à sa cinquante-neuvième session selon lequel, bien qu'ils mentionnent différentes approches pour ce qui est de déterminer la loi régissant l'annulation des opérations et les politiques qui sous-tendent ces approches, les paragraphes 89 et 90 du commentaire des recommandations 30 à 34 du Guide n'expliquent pas clairement pourquoi les exceptions à la *lex fori concursus* n'englobent pas l'annulation[33].

Point h). Le traitement des contrats (voir les recommandations 69 à 86 du Guide)

26. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, on s'est dit favorable à l'ajout d'une référence aux clauses *ipso facto* au point h) ou sous un point distinct[34]. Le Guide aborde les clauses *ipso facto* dans les recommandations 70 et 71, les désignant comme des clauses de résiliation automatique et d'accélération et les décrivant comme toute clause contractuelle qui résilie automatiquement ou accélère un contrat lors de la survenance de l'un des événements suivants : a) une demande d'ouverture ou l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ; b) la nomination d'un représentant de l'insolvabilité. Comme expliqué dans le contexte du point d) ci-dessus, un arrêt des poursuites s'appliquerait à de telles clauses en vertu du Guide. Le Guide prévoit également l'inopposabilité de ces clauses au représentant de l'insolvabilité et au débiteur sous réserve de certaines exceptions (par exemple, contrats financiers, contrats de services irremplaçables et personnels) ou de règles spéciales (contrats de travail).

27. En outre, en ce qui concernait ce point, il a été fait référence à l'article 11 de la refonte du Règlement (CE), qui prévoit un traitement spécial des contrats relatifs aux biens immobiliers, disposant en particulier que les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat conférant le droit d'acquérir ou de faire usage d'un bien immobilier sont régis uniquement par la loi de l'État sur le territoire duquel ce bien est situé[35].

Point i). [Le traitement de] La compensation (set-off) (voir la recommandation 100 du Guide)

28. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, on a appuyé l'idée d'ouvrir le point i) par les mots « le traitement de » afin de mieux faire comprendre que le point porte sur la disponibilité et les conditions d'une compensation en vertu du droit de l'insolvabilité, plutôt que sur les aspects de la compensation en vertu d'autres lois (relevant, par exemple, du droit des contrats ou des biens)[36].

29. En outre, le Groupe de travail a entendu des avis différents sur la loi qui devrait prévaloir en ce qui concerne le droit qu'ont les créanciers d'exiger la compensation

---

[32] Voir la Règle mondiale 23 [à lire avec la Règle mondiale 22, qui est similaire à l'article 16 de la refonte du Règlement (CE)]. La mesure de sauvegarde prévoit qu'une exemption de l'effet qu'a la règle d'annulation de la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne s'applique pas s'il est apporté la preuve que l'État à la loi duquel l'opération est soumise n'a pas de relation substantielle avec les parties ou l'opération, et s'il n'existe pas d'autre fondement raisonnable pour le choix de la loi de cet État comme loi devant régir l'opération en question. C'est à la partie qui prétend que ces conditions sont remplies, dans le cadre d'une opération particulière, qu'il incombe de prouver que ces conditions le sont effectivement en l'espèce.

[33] A/CN.9/1088, par. 78.

[34] A/CN.9/1088, par. 65 a).

[35] A/CN.9/1088, par. 83 et sa note de bas de page, qui fait référence à l'article 11 de la refonte du Règlement (CE).

[36] A/CN.9/1088, par. 65 b).

de leurs créances avec celles d'un débiteur[37]. Il souhaitera peut-être examiner cet aspect plus avant, se rappelant les questions soulevées au paragraphe 24 du document A/CN.9/WG.V/WP.176 et une mesure de sauvegarde figurant dans un texte étudié[38]. En outre, il souhaitera peut-être noter que la recommandation 100 du Guide prévoit que la loi sur l'insolvabilité devrait protéger un droit général de compensation existant en vertu d'une loi autre que la loi sur l'insolvabilité et né avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sous réserve de l'application de dispositions d'annulation.

Point j). Le traitement des créanciers garantis[39]

30. Ce point englobe les dispositions du Guide relatives : a) à l'application de l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis (voir, par exemple, les recommandations 46 b) et 49) ; b) à la protection des créanciers garantis contre toute diminution de la valeur des actifs grevés (voir, par exemple, les recommandations 50 à 67) ; c) à la possibilité d'annulation de sûretés (recommandation 88) ; d) à la question de savoir si les créanciers garantis sont tenus de produire des créances dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (recommandation 172) ; et e) à la priorité des créances garanties, y compris les créances qui peuvent être supérieures en priorité aux créances garanties (recommandation 188). À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, ce point a été examiné dans le contexte plus large du traitement des droits réels dans les procédures d'insolvabilité[40].

31. Les textes de la CNUDCI ne définissent pas les droits réels. Dans certains cas, ils identifient certains droits comme des droits de propriété (*in rem*) opposables ou comme un droit sur un bien (droit *in rem*) par opposition à un droit personnel (droit *ad personam*)[41]. Le commentaire de l'article 32 de la LTI note que les mots « créances garanties » sont utilisés pour désigner de manière générale des créances garanties par des biens particuliers, tandis que les mots « droits réels » sont destinés à indiquer des droits relatifs à un bien particulier qui sont également opposables. Le commentaire reconnaît qu'un droit donné peut relever des deux expressions, selon la classification et la terminologie du droit applicable, et invite les États adoptants à utiliser un ou plusieurs autres termes pour exprimer ces notions[42].

32. Tout en laissant au droit national le soin de qualifier un droit de droit réel, certains textes prévoient une liste illustrative de droits réels qui renvoient notamment : a) au droit de disposer ou de faire disposer de biens et d'obtenir satisfaction sur le produit ou les revenus de ces biens, notamment en vertu d'un privilège ou d'une hypothèque ; b) au droit exclusif de faire valoir une créance, notamment un droit garanti par un privilège sur la créance ou par la cession de la créance à titre de garantie ; c) au droit d'exiger des biens de toute personne qui en a la possession ou l'usage contrairement à la volonté de l'ayant droit, ou d'en exiger la restitution ; d) à un droit réel à l'utilisation bénéfique d'actifs ; et e) au droit, inscrit

---

[37] A/CN.9/1088, par. 83 et sa note de bas de page, qui fait référence à l'article 9 de la refonte du Règlement (CE).

[38] Voir la Règle mondiale 18 [à lire avec la Règle mondiale 17, qui est similaire à l'article 9 de la refonte du Règlement (CE)]. La mesure de sauvegarde prévoit que la règle donnant la priorité à la loi applicable à la créance du débiteur insolvable ne s'applique pas si la loi de l'État choisi par les parties n'a pas de relation substantielle avec les parties ou l'opération et s'il n'existe pas d'autre base raisonnable pour le choix des parties ; en l'absence de choix exprès fait par ces dernières, la loi applicable à la créance du débiteur insolvable serait celle de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale.

[39] On trouvera des recommandations correspondantes et d'autres dispositions tout au long du Guide. L'annexe I du Guide y renvoie. Le chapitre XII du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties pourrait également être utilisé comme référence.

[40] A/CN.9/1088, par. 65 c).

[41] Voir, par exemple, le paragraphe 470 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières ou le paragraphe 17 de l'Introduction au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

[42] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 241.

dans un registre public et opposable, sur lequel un droit réel de créanciers ou de tiers peut être obtenu[43].

33. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a entendu différents avis concernant les approches du traitement des droits réels dans les procédures d'insolvabilité, l'une d'elles consistant à soumettre ces droits à la *lex fori concursus*, tandis qu'une autre consistait à les isoler des effets de toute procédure d'insolvabilité, à l'exception des actions en annulation. Dans l'un des textes étudiés, cette dernière approche s'accompagne d'une garantie destinée à empêcher une exploitation abusive des « paradis fiscaux »[44]. En raison des avantages et des inconvénients observés de ces approches, on a dit appuyer la recherche d'un juste milieu avec, par exemple, une soumission des droits réels aux effets de la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel l'actif est situé [*lex rei situs* ; voir Glossaire, terme cc)][45].

34. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ces aspects plus avant, se rappelant les questions soulevées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.176, en particulier le fait qu'une proposition visant à inclure une exception à la *lex fori concursus* pour les droits réels n'avait pas reçu un appui suffisant lors de l'élaboration du Guide[46]. Tout écart par rapport à l'approche du traitement des droits réels adoptée lors de l'élaboration du projet de guide devrait être justifié, par exemple en se référant à de nouveaux besoins ou pratiques. En outre, on s'attendrait à ce que les approches à adopter soient compatibles avec d'autres textes de la CNUDCI, notamment avec le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, qui a été élaboré parallèlement au Guide et réaffirme l'application de la *lex fori concursus* aux sûretés[47].

35. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, il a été proposé que les dispositions législatives prévoient explicitement qu'il ne fallait pas que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité évince les règles de conflit de lois générales, antérieures à l'insolvabilité, applicables à la constitution et à l'opposabilité d'une sûreté[48]. Le secrétariat note que l'on trouve des dispositions à cet effet à l'article 94 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières et dans la recommandation 223 du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

Points k) et l). Les droits et obligations du débiteur (voir les recommandations 108 à 114, 284 à 287, 289 et 290 du Guide) ; et **Les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité** [ou d'un autre professionnel indépendant] (voir les recommandations 115 à 125 et 278 du Guide)

36. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, il a été noté que des difficultés pratiques naissaient de l'application de l'article 24 de la LTI qui autorise le représentant étranger, après reconnaissance de la procédure étrangère qu'il représente et sous réserve des exigences de la loi de l'État de reconnaissance, à intervenir dans toute procédure engagée dans ce dernier à laquelle le débiteur est partie. Il a été jugé nécessaire de préciser si c'était la *lex fori concursus* ou la loi de l'État de reconnaissance qui prévaudrait en ce qui concerne les procurations et

---

[43] Voir, par exemple, l'article 8 de la refonte du Règlement (CE) et la Règle mondiale 15.

[44] Voir la Règle mondiale 16 [à lire avec la Règle mondiale 15, qui est similaire à l'article 8 de la refonte du Règlement (CE)]. Avec cette garantie, les droits réels ne sont plus exemptés des effets de la procédure d'insolvabilité s'il est apporté la preuve que l'État où les biens sont situés, au moment de l'ouverture de la procédure, n'a pas de relation substantielle avec les parties ou l'opération en rapport avec laquelle la sûreté a été constituée, et s'il n'existe pas d'autre fondement raisonnable au fait que les biens sont ainsi situés. C'est à la partie qui prétend que ces conditions sont remplies, en rapport avec une sûreté particulière, qu'il incombe de prouver que ces conditions le sont effectivement en l'espèce.

[45] A/CN.9/1088, par. 65 c).

[46] Voir, à cet égard, les paragraphes 9, 10, 22 et 23 du document A/CN.9/WG.V/WP.176.

[47] Voir la recommandation 223 et le chapitre X, par. 80 à 82. Le commentaire de l'article 94 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (par. 500) renvoie à cette recommandation et à la recommandation 31 du Guide.

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

d'autres questions pertinentes[49]. Comme cela a été expliqué à la session, des problèmes surgissent parce que les pays traitent différemment le débiteur lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou de la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère. Dans certains pays, le débiteur peut conserver la qualité pour agir dans la procédure à laquelle il est partie, ce qui pourrait entrer en conflit avec la *lex fori concursus* si cette dernière ne donnait cette qualité qu'au représentant de l'insolvabilité.

37. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ces questions, notant que le commentaire de l'article 24 de la LTI explique que l'objectif de cet article est d'éviter que le représentant étranger ne se voie refuser la qualité pour intervenir dans une procédure simplement parce que la législation procédurale de l'État de reconnaissance n'a peut-être pas envisagé le représentant étranger parmi les personnes ayant cette qualité[50]. À tous autres égards, c'est la loi locale qui s'appliquerait.

Point n). Le traitement des créances (voir les recommandations 169 à 184, 305 et 319 à 325 du Guide)

38. Ce point englobe l'identification des créances qui peuvent ou doivent être présentées, le traitement à accorder à ces créances, les mécanismes de présentation, de vérification et d'admission des créances, l'examen des créances contestées et l'égalité de traitement des créanciers de même rang. Il couvre également le traitement des créances postérieures à l'ouverture de la procédure dont il est question tout au long du Guide (par exemple, dans le contexte du financement postérieur à l'ouverture de la procédure).

39. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, on a dit appuyer l'idée d'énumérer explicitement ces aspects dans le point et de faire également référence aux droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité[51]. Cette dernière proposition pourrait appeler des éclaircissements supplémentaires en raison de sa pertinence potentielle pour d'autres éléments de la liste (par exemple, les points f) exécution d'un plan de redressement et s) décharge).

Point o). Le classement des créances (voir les recommandations 185 à 189 du Guide)

40. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, il a été soulevé des questions relatives au classement des créances locales et étrangères[52]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter, à cet égard, que le paragraphe 84 du commentaire des recommandations 30 à 34 du Guide recommande de traiter la créance comme une créance ordinaire lorsque l'équivalence ne peut être établie. Lorsque les créances, de par leur teneur et leur fonction essentielles, correspondent les unes aux autres au point de pouvoir être considérées comme étant « fonctionnellement interchangeables », il faut les considérer comme équivalentes et leur accorder le même traitement dans la procédure d'insolvabilité. Le Groupe de travail pourra souhaiter se demander si cette question relève du champ d'application du projet et, dans l'affirmative, s'il convient de fournir des indications supplémentaires sur ce point.

---

[49] A/CN.9/1088, par. 82.

[50] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 204.

[51] A/CN.9/1088, par. 65 d). On trouve des éléments similaires dans la refonte du Règlement (CE), à l'article 7 g), h) et k), respectivement.

[52] A/CN.9/1088, par. 66 b).

[Point (s *bis*). La responsabilité des administrateurs du débiteur pour des actes réalisés lorsque le débiteur était insolvable ou pendant la période précédant l'insolvabilité, et la cause d'action relative à cette responsabilité de nature à pouvoir être invoquée par la masse de l'insolvabilité du débiteur ou en son nom] (voir la quatrième partie et la recommandation 372 du Guide)

41. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, on s'est dit favorable à l'ajout, dans la liste d'éléments, d'une référence aux obligations et responsabilités des administrateurs[53]. Il a toutefois été souligné qu'une telle inclusion ne serait appropriée que si elle était conforme à la quatrième partie. Cette dernière indique qu'elle se concentre sur les obligations des administrateurs qui peuvent être incluses dans la loi relative à l'insolvabilité et qui deviennent exécutoires une fois la procédure d'insolvabilité ouverte (c'est-à-dire que la responsabilité des administrateurs en vertu du droit pénal, du droit de la responsabilité délictuelle ou du droit général des sociétés sans rapport avec l'insolvabilité est exclue)[54]. Compte tenu de l'accord intervenu quant à l'interprétation large du terme « loi sur l'insolvabilité » dans le chapeau de la recommandation 31, il a toutefois également été considéré qu'il ne devrait pas être nécessaire de modifier davantage la liste[55].

42. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant cette proposition à la lumière des questions soulevées aux paragraphes 8 à 15 ci-dessus, notamment pour déterminer s'il conviendrait d'inclure un point distinct sur cette question et, dans l'affirmative, si la formulation du point (s *bis*) proposée ci-dessus serait acceptable.

[Point (s *ter*). [Redressement] [Législation relative au redressement]]

43. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, on s'est dit favorable à l'ajout d'une référence au redressement ou à la législation relative au redressement. Il a aussi été avancé qu'un commentaire pourrait expliquer que les mots « loi sur l'insolvabilité » ou « procédure d'insolvabilité » qui figurent dans le chapeau englobent les aspects liés au redressement[56]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ces propositions à la lumière des questions soulevées aux paragraphes 8 à 15 ci-dessus.

[Point (s *quater*). Dommages causés à l'environnement et responsabilités environnementales]

44. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, il a été proposé de faire entrer explicitement les aspects environnementaux dans le champ d'application de la *lex fori concursus* compte tenu de l'évolution récente de la jurisprudence[57]. Les questions liées aux dommages causés à l'environnement et aux responsabilités environnementales en cas d'insolvabilité sont multiples et recoupent plusieurs éléments existants de la liste (notamment la constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité, l'arrêt des poursuites, l'utilisation ou la disposition des actifs, le traitement des créances, le traitement des contrats, les droits et obligations du débiteur, les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité (ou d'un autre professionnel indépendant) et la décharge). En outre, elles peuvent toucher des aspects du droit public, y compris le droit international, et donc l'application de dispositions légales impératives.

45. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si ces aspects devraient être ajoutés spécifiquement et, dans l'affirmative, séparément ou conjointement avec tout autre élément figurant déjà sur la liste de la recommandation 31.

---

[53] A/CN.9/1088, par. 65 e).
[54] Voir Contexte, par. 15.
[55] A/CN.9/1088, par. 68.
[56] A/CN.9/1088, par. 65 f).
[57] A/CN.9/1088, par. 66 a).

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

1. Généralités

46. Conformément à la recommandation 34 du Guide et aux délibérations de la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, ce dernier souhaitera peut-être envisager que les dispositions législatives ne prévoient qu'un nombre limité d'exceptions à la *lex fori concursus* et que celles-ci soient clairement énoncées ou notées dans la loi relative à l'insolvabilité.

47. Dans ce contexte, le Groupe de travail souhaitera peut-être se rappeler qu'à sa cinquante-neuvième session, en référence à la recommandation 34 du Guide, il a été proposé d'indiquer dans les dispositions législatives que les exceptions à la *lex fori concursus* se retrouveraient également dans d'autres lois[58]. Il souhaitera peut-être également examiner cette proposition, notant que les textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité recommandent généralement d'énoncer ou de noter clairement, dans la loi y relative, toutes les dispositions d'autres lois qui ont des incidences sur la procédure d'insolvabilité[59].

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

48. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a estimé que, compte tenu de l'évolution des marchés financiers et de la numérisation des systèmes financiers, il faudrait actualiser l'exception à la *lex fori concursus* pour les systèmes de paiement ou de règlement et les marchés financiers réglementés qui figure dans la recommandation 32 du Guide[60]. Examinant cet aspect plus avant, le Groupe de travail voudra peut-être noter que, comme il est mentionné au paragraphe 27 du document A/CN.9/WG.V/WP.176, la règle de la loi applicable énoncée dans la recommandation 32 est complémentaire des règles matérielles énoncées dans les recommandations 101 à 107 qui prévoient un traitement spécial des contrats financiers et de la compensation globale en cas d'insolvabilité, les exemptant de tout arrêt des poursuites, des clauses *ipso facto* et de toute annulation. Comme l'a noté le Groupe de travail, la plupart des textes récents qui traitent des contrats financiers et de la compensation globale se sont, dans une certaine mesure, écartés de l'approche adoptée dans les recommandations 101 à 107[61]. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être se rappeler qu'il était convenu qu'il était nécessaire d'actualiser cette partie du Guide[62].

49. Lors de l'examen de la recommandation 32, des questions ont été soulevées au sujet des termes qui y sont utilisés, en particulier de la référence qui y est faite aux marchés financiers réglementés. Examinant cette exception plus avant, le Groupe de travail voudra peut-être noter que les textes de la CNUDCI ne définissent pas ces termes, bien que l'utilisation du mot « réglementé » ne soit pas rare[63].

50. La compréhension des termes utilisés dans la recommandation 32 peut être facilitée par les recommandations 101 à 107 et le commentaire qui les accompagne dans le Guide, selon lequel les systèmes et marchés destinés à être couverts sont des systèmes et marchés multilatéraux étroitement intégrés où l'insolvabilité d'un participant pourrait entraîner une série de défaillances dans des opérations adossées, ce qui pourrait causer des difficultés financières à d'autres participants du système ou du marché et, dans le pire des cas, l'effondrement financier d'autres contreparties, y

---

[58] A/CN.9/1088, par. 87 b).

[59] Voir par exemple, à cet égard, la recommandation 66 et la note de bas de page qui l'accompagne.

[60] A/CN.9/1088, par. 71.

[61] Ibid.

[62] Voir A/CN.9/WG.V/WP.176, par. 27, qui renvoie au rapport de la quarante-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/798, par. 26 et 30).

[63] Voir, par exemple, l'article 2 b) de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux et le commentaire y afférent ; et l'article 4-2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.

compris des institutions financières réglementées. L'inclusion du mot « réglementé » dans la recommandation 32 peut indiquer que l'exception ne s'applique, outre aux systèmes de paiement et de règlement, qu'aux marchés financiers réglementés, c'est-à-dire à ceux qui seraient soumis à la surveillance ou au contrôle des autorités réglementaires de l'État dont la loi régit le marché. La fonction première de ces autorités réglementaires est de protéger l'intérêt public. Les marchés financiers réglementés diffèrent donc des marchés financiers non réglementés qui ne sont pas aussi surveillés ou contrôlés, même si certains aspects de leur fonctionnement peuvent être réglementés[64]. D'aucuns estiment que ce dernier type de marché pourrait rapidement proliférer, notamment dans l'environnement numérique.

51. Comme il a été noté au paragraphe 28 du document A/CN.9/WG.V/WP.176, l'article 12 de la refonte du Règlement (CE) contient la même exception, qui est rendue applicable également à l'annulation de paiements ou de transactions qui ont eu lieu dans de tels systèmes ou marchés. Dans ce contexte, la refonte du Règlement (CE) renvoie aux systèmes de paiement ou de règlement et aux marchés financiers en omettant le qualificatif « réglementé ». Le considérant 71 relatif à ces dispositions relève la nécessité d'offrir une protection particulière dans le cas des systèmes de paiement et des marchés financiers ainsi que de la vente de titres et des garanties prévues pour ces opérations, indiquant que, pour ces opérations, la seule loi pertinente devrait être celle qui s'applique au système ou au marché concerné. Il relève en outre que cette loi vise à empêcher que les mécanismes de paiement et de règlement des opérations ne soient modifiés en cas d'insolvabilité d'un partenaire commercial. Il note, dans ce contexte, que les dispositions particulières de la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres priment. La directive visée définit ces systèmes comme un arrangement formel qui, conclu entre trois participants ou plus, comprend des règles communes et des mécanismes harmonisés pour la compensation ou l'exécution d'un ordre de virement entre les participants, soulignant les risques systémiques inhérents à ces systèmes. Selon certains commentaires, le champ d'application de l'article 12 est plus large que celui de la directive, englobant non seulement les systèmes formels, mais aussi tous les systèmes qui sont soumis aux mêmes risques systémiques et qui nécessitent un traitement uniforme en vertu d'une seule loi[65].

52. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cette exception à la lumière de ces considérations et de l'objectif cité de protéger la confiance générale et la sécurité juridique dans le système ou le marché destiné à être couvert et de réduire le risque systémique auquel ces systèmes et marchés sont confrontés. Il pourra falloir évaluer, dans ce contexte, l'incidence de l'application d'une loi différente avant et après l'insolvabilité de tout participant à ces systèmes ou marchés sur les mécanismes de paiement et de règlement qui y sont utilisés. Tout écart par rapport à l'approche adoptée lors de l'élaboration de la recommandation 32 devrait être justifié, par exemple en se référant à de nouveaux besoins ou pratiques. Lorsque l'exception doit être maintenue, le Groupe de travail pourra souhaiter se demander si le mot « réglementé » devrait être supprimé ou conservé et, s'il fallait le conserver, s'il devrait qualifier uniquement les « marchés financiers » ou également les « systèmes de paiement et de règlement ».

3. Contrats de travail

53. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a entendu différents avis sur la question de savoir s'il faudrait rendre l'application de l'exception à la *lex fori concursus* inconditionnelle pour les contrats de travail[66], suivant l'approche adoptée à l'article 13-1 de la refonte du Règlement (CE). On notera que la refonte du

---

[64] Voir, par exemple, Unregulated Financial Markets and Products - Conseil de stabilité financière (fsb.org).

[65] Brinkmann, p. 149.

[66] A/CN.9/1088, par. 73 à 77.

Règlement (CE) renvoie, dans ce contexte, aux effets des procédures d'insolvabilité sur les contrats et les relations de travail, le considérant 72 précisant que ce renvoi concerne la poursuite ou la cessation de l'emploi, les droits et obligations de toutes les parties à cet emploi et la nécessité de demander l'approbation de la cessation des contrats de travail, lorsqu'il y a lieu. La refonte du Règlement (CE) fait relever d'autres effets des procédures d'insolvabilité sur les contrats et relations de travail tels que la soumission, la vérification, l'admission et le classement des créances de la *lex fori concursus* [à l'exception des cas où des engagements sont pris d'éviter l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire (aspects que le Groupe de travail devrait examiner à un stade ultérieur[67])]. La Règle mondiale 20 est similaire à l'article 13-1 du Règlement (CE), mais la Règle mondiale 21 indique clairement que l'annulation des contrats de travail relèverait également de la *lex fori concursus*[68].

54. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cette exception à la lumière de l'historique de sa rédaction (A/CN.9/WG.V/WP.176, par. 29 et 30), en particulier de l'objectif consistant à préserver la souplesse nécessaire pour tenir compte de différentes circonstances. Il a été avancé que certaines circonstances pourraient nécessiter d'appliquer les règles du droit du travail d'un pays particulier, qui ne seraient pas nécessairement celles de l'État où la procédure d'insolvabilité est ouverte ou celles du droit du travail choisi par les parties. Il n'est pas exclu qu'il faille appliquer plusieurs lois à différents aspects du contrat de travail (dépeçage). Les garanties supplémentaires qu'une exception d'ordre public examinée à la section E ci-dessous pourrait offrir sont également pertinentes dans ce contexte. Tout écart par rapport à l'approche adoptée lors de l'élaboration de la recommandation 33 devrait être justifié, par exemple en se référant à de nouveaux besoins ou pratiques.

E. Exception d'ordre public et autres dispositions

55. Conformément à l'approche adoptée dans d'autres textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité[69], les dispositions législatives pourraient inclure une exception d'ordre public qui viserait à permettre aux tribunaux de l'État adoptant de ne pas appliquer une loi étrangère si l'application de cette loi était manifestement contraire à l'ordre public de cet État. Comme cela a été noté à la cinquante-neuvième session du Groupe de travail, la nécessité d'inclure une telle disposition dépendrait de la forme des dispositions législatives ; le Groupe de travail l'examinerait donc à un stade ultérieur[70]. Dans les cas où une telle disposition serait incluse, le Groupe de travail voudra peut-être considérer qu'il serait conforme à la pratique de la CNUDCI de recommander aux États d'interpréter l'exception de manière étroite et restrictive et de ne l'invoquer que dans des circonstances exceptionnelles concernant des questions d'importance fondamentale pour l'État adoptant[71].

56. En fonction de la forme finale des dispositions législatives, il pourrait falloir envisager, en temps voulu, d'inclure certaines autres dispositions telles que des dispositions relatives à la primauté des obligations internationales et à l'interprétation des dispositions législatives à la lumière de leur origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité dans leur application et le respect de la bonne foi[72].

---

[67] A/CN.9/1088, par. 80.

[68] Voir les notes des rapporteurs sur les Règles mondiales 20 et 21.

[69] Voir par exemple l'article 6 de la LTI, l'article 7 de la LTJI et l'article 6 de la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises.

[70] A/CN.9/1088, par. 90.

[71] Voir, par exemple, le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 104.

[72] Voir, par exemple, les articles 3 et 8 de la LTI.