Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.176

Assemblée générale

Distr. limitée
4 octobre 2021
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Cinquante-neuvième session
Vienne, 13-17 décembre 2021

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

Note du Secrétariat

Table des matières

Page

I. Introduction 2
II. Résumé des travaux déjà menés sur le sujet par le Groupe de travail 3
III. Questions soulevées par les recommandations 30 à 34 et le commentaire qui les accompagne . 5
A. Généralités 5
B. Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances 6
C. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité : *lex fori concursus* 7
D. Exceptions à l'application de la *lex fori concursus* 12
IV. Questions soumises à l'examen du Groupe de travail 16

V.21-07402 (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[1], figurent dans l'ordre du jour provisoire de la cinquante-neuvième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.173). Dans ce document, la Commission a noté que le sujet était complexe et que, de ce fait, il nécessitait un haut niveau de compétence sur différents aspects du droit international privé, ainsi que sur le choix de la loi dans des domaines tels que le droit des contrats, le droit des biens, le droit des sociétés, les valeurs mobilières et les opérations bancaires, et dans d'autres domaines sur lesquels elle n'avait pas travaillé récemment. Compte tenu du large éventail de questions que le sujet touche, la Commission a estimé qu'il était essentiel de délimiter soigneusement la portée des travaux à mener à son propos[2].

2. La présente note a été établie pour faciliter un premier examen du sujet par le Groupe de travail. Elle a été établie en partant de l'hypothèse que le Groupe de travail souhaiterait : a) utiliser les recommandations 30 à 34 et le commentaire qui les accompagne du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (« le Guide ») comme point de départ de ses délibérations sur le sujet ; et b) se concentrer d'abord sur la *lex fori concursus* et les exceptions à son application dans le contexte d'un scénario simple, à savoir une procédure d'insolvabilité concernant un débiteur unique, abordant toute autre question relative à la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité (par exemple, celles qui découlent de procédures d'insolvabilité concurrentes et de l'insolvabilité des groupes d'entreprises) à un stade ultérieur. Par conséquent, elle ne traite pas des règles de localisation des actifs, de la loi applicable aux droits et créances qui existent au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (sauf brièvement dans le contexte de la recommandation 30) ou d'autres règles de droit international privé[3]. En fonction de la décision que le Groupe de travail prendra quant à la portée du projet, ces questions pourront faire l'objet d'une étude distincte qu'il faudrait entreprendre en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé (« la HCCH »).

3. La présente note doit se lire conjointement avec le rapport du Colloque sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité (Vienne, 11 décembre 2020) (A/CN.9/1060) (« le rapport du Colloque »). Le chapitre II de la note rappelle les travaux que le Groupe de travail a menés sur le sujet à ses précédentes sessions. Le chapitre III reproduit le contenu des recommandations 30 à 34 et le commentaire qui les accompagne dans le Guide afin que le Groupe de travail puisse s'y référer facilement, et met en évidence les questions que soulèvent ces recommandations. Le chapitre IV énumère les questions que le Groupe de travail pourra souhaiter examiner en ce qui concerne la portée du projet.

4. Il est fait référence, tout au long de la note, à des textes internationaux et régionaux étudiés qui présentent un intérêt pour le projet, en particulier au Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif

---

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

[2] Ibid., *soixante-quatorzième session, Supplément nº 17* (A/74/17), par. 206 ; et ibid., *soixante-seizième session, Supplément nº 17* (A/76/17), par. 217.

[3] Elles sont nombreuses et se trouvent dans diverses sources de droit, y compris des textes internationaux. Voir, par exemple, la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ; ou la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (chap. VIII).

aux procédures d'insolvabilité (refonte) (« la refonte du Règlement (CE) »)[4] et aux 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 »). Les lois nationales sur l'insolvabilité étudiées par le secrétariat ne contenaient pas de dispositions similaires à celles qui figurent dans les recommandations 30 à 34 du Guide.

II. Résumé des travaux déjà menés sur le sujet par le Groupe de travail

5. Les recommandations 30 à 34 et le commentaire qui les accompagne dans le Guide traitent de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. Ils résultent des délibérations que le Groupe de travail a menées à sa vingt-neuvième session (Vienne, 1er-5 septembre 2003) sur la base d'une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17)[5] et à sa trentième session (New York, 29 mars-2 avril 2004) sur la base d'une note du Secrétariat [A/CN.9/WG.V/WP.72, dont le contenu a remplacé la section D à la suite du paragraphe 652 du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (partie II)][6]. L'avis qui avait prévalu à la vingt-neuvième session était que les questions de loi applicable revêtaient une importance capitale pour les procédures d'insolvabilité et qu'il faudrait inclure dans le Guide des informations sur les questions en jeu pour aider et guider les législateurs et autres utilisateurs. En ce qui concernait l'étendue des informations à inclure, certains avaient exprimé le souci que l'examen et la finalisation des dispositions relatives à la loi applicable ne retardent pas l'élaboration du Guide[7]. Le Groupe de travail avait demandé au secrétariat de la CNUDCI de produire les informations correspondantes en consultation avec la HCCH[8] (voir également, dans ce contexte, les paragraphes 7 et 41 du rapport du Colloque). À sa trentième session, le Groupe de travail avait approuvé les projets de recommandations et le commentaire qui figurent dans le document A/CN.9/WG.V/WP.72 avec quelques modifications[9]. Comme cela avait été proposé à cette session[10], ils avaient été inclus dans le chapitre I de la deuxième partie du Guide. Les questions qui avaient été soulevées au sujet de ces recommandations et du projet de commentaire au sein du Groupe de travail à l'époque sont rappelées ci-dessous dans les contextes correspondants.

6. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission a adopté les projets de recommandations et le commentaire qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.V/WP.72 sans modification, à l'exception des points suivants : a) le déplacement d'une recommandation vers la première partie du Guide et sa modification (qui est devenue la recommandation 3 actuelle du Guide, libellée comme suit : « La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître les droits et créances nés en vertu d'autres lois, tant internes qu'étrangères, sous réserve des restrictions qu'elle énonce expressément. ») ; et b) l'ajout de la phrase suivante à la fin du commentaire de la recommandation 33 sur les contrats de travail : « Dans certains États, ces protections s'appliqueront

---

[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 sur les procédures d'insolvabilité (signée à Bruxelles le 23 novembre 1995, mais pas entrée en vigueur) (« la Convention européenne »).

[5] A/CN.9/542, par. 28 à 43.

[6] A/CN.9/551, par. 24 à 32. Au paragraphe 24 de ce rapport, il est noté que le document A/CN.9/WG.V/WP.72 a également été soumis à l'examen du Groupe de travail VI (Sûretés) de la CNUDCI, qui a estimé que les principes qui y étaient énoncés étaient généralement acceptables.

[7] A/CN.9/542, par. 28.

[8] Ibid., par. 43.

[9] A/CN.9/551, par. 24 à 32.

[10] Ibid., par. 32.

uniquement aux contrats de travail individuels, alors que dans d'autres, elles s'appliqueront aussi aux conventions collectives. »[11]

7. Depuis l'inclusion de ces recommandations et du commentaire dans le Guide, le Groupe de travail a examiné à quelques reprises la question de la loi applicable dans le droit de l'insolvabilité, à la fois dans le cadre d'une éventuelle convention globale sur le droit de l'insolvabilité[12] et en tant que sujet autonome[13]. À ces occasions, le Groupe de travail a dit appuyer l'idée d'entreprendre des travaux sur ce sujet à titre de priorité, soulignant que ledit sujet soulevait des questions qui étaient essentielles pour de nombreux autres examinés ou proposés à l'examen par le Groupe de travail et que ces travaux devraient être entrepris en coordination avec d'autres organisations internationales ayant une compétence dans le domaine du choix de la loi applicable, comme la HCCH[14].

8. Il a alors été retenu, pour être examinées au titre de ce thème, les questions clefs suivantes : a) la loi applicable à la hiérarchie des créances non garanties ; b) le choix de la loi applicable aux droits de propriété intellectuelle ou à d'autres droits de propriété incorporels ; c) la distinction à opérer entre les règles d'insolvabilité « procédurales » et celles qui affectent les droits fondamentaux (les principes ordinaires du droit international privé pourraient continuer de régir des questions de droit non liées à l'insolvabilité telles que la validité ou la non-validité de créances) ; d) la détermination de questions particulières où des intérêts locaux dominent ; e) l'étude des cas où la loi du for déterminerait de manière concluante les principes d'insolvabilité applicables (qu'il s'agisse d'une procédure principale ou non principale) ; f) la détermination des cas où le tribunal du for dans une procédure non principale devrait appliquer le droit de l'insolvabilité de la procédure principale ; g) la détermination d'autres circonstances dans lesquelles un tribunal du for pourrait s'en remettre au droit de l'insolvabilité d'un autre pays (qu'une procédure soit ou non en cours dans cet autre pays) ; et h) le droit applicable dans le contexte des groupes d'entreprises[15].

---

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément nº 17* (A/59/17), par. 18 et 50 (et suiv.).

[12] Voir le rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 9-13 novembre 2009) (A/CN.9/686), par. 127 et 128, en particulier par. 128 b). À cette session, le Groupe de travail a reçu de l'Union internationale des avocats (UIA) une proposition sur l'éventualité d'une convention internationale dans le domaine du droit international de l'insolvabilité. Il a été proposé qu'une convention puisse traiter, entre autres questions, de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, ou que les questions de loi applicable puissent être incluses dans un protocole distinct à une telle convention. Le Groupe de travail a reporté l'examen de cette proposition, ainsi que d'autres propositions de travaux futurs éventuels, à une session ultérieure. Cette proposition a ensuite été appuyée par l'Association internationale du barreau [voir A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6, par. 3 à 11, dont le Groupe de travail était saisi à sa trente-huitième session (New York, 19-23 avril 2010)]. Voir également une note ultérieure du Secrétariat donnant des informations générales sur les sujets relevant du mandat d'alors du Groupe de travail V et sur les thèmes de travaux futurs possibles (A/CN.9/WG.V/WP.117, en particulier les paragraphes 7 à 11). Il ressort de documents ultérieurs que la possibilité d'élaborer une convention sur les questions d'insolvabilité internationale a été examinée par un groupe informel à composition non limitée créé par les délégations intéressées (voir A/CN.9/803, par. 39 a), A/CN.9/864, par. 88 et A/CN.9/870, par. 88). La Commission a pris note des travaux de ce groupe informel à ses sessions de 2014 et 2016 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément nº 17* (A/69/17), par. 152, 158 et 159 ; et ibid., *soixante et onzième session, Supplément nº 17* (A/71/17), par. 247).

[13] Voir une proposition de l'International Insolvency Institute (III) sur le choix de la loi applicable dans les cas d'insolvabilité internationale dont le Groupe de travail était saisi à sa quarante-quatrième session (Vienne, 16-20 décembre 2013) (A/CN.9/WG.V/WP.117, par. 12 à 16).

[14] A/CN.9/798, par. 18, 19, 24 et 30.

[15] A/CN.9/WG.V/WP.117, par. 13 à 16.

III. Questions soulevées par les recommandations 30 à 34 et le commentaire qui les accompagne

A. Généralités

9. Les recommandations 30 à 34 et leur commentaire font partie intégrante des dispositions du Guide qui sont essentielles à la mise en place, en matière d'insolvabilité, d'un régime national efficace recommandé par la CNUDCI. Ils doivent se lire avec les autres parties du Guide, y compris le glossaire qui figure dans l'introduction. Les sections qui traitent de la protection des créanciers et les dispositions qui visent à garantir que les droits et créances découlant d'autres lois sont généralement reconnus en cas d'insolvabilité sont particulièrement pertinentes pour le projet (voir, par exemple, le paragraphe 6 ci-dessus ainsi que les recommandations 4 (complétée par la recommandation 88) et 100). Elles peuvent expliquer les choix politiques qui ont été faits lors de l'établissement de la section du Guide relative à la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, en particulier le champ d'application proposé de la *lex fori concursus* et un nombre limité d'exceptions recommandées à cette application.

10. Certaines parties du Guide relatives au traitement des créanciers garantis[16] ont notamment fait l'objet de délibérations approfondies, y compris en ce qui concernait la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation de sûretés réelles mobilières en cas d'insolvabilité (voir, plus loin, le paragraphe 23). Elles ont été établies conjointement avec le Groupe de travail VI (Sûretés) de la CNUDCI afin de garantir la cohérence des textes de la Commission dans les domaines du droit de l'insolvabilité et des sûretés en ce qui concernait le traitement des créanciers garantis en cas d'insolvabilité[17].

11. Depuis que les recommandations 30 à 34 et leur commentaire ont été inclus dans le Guide, la CNUDCI a adopté, dans le domaine du droit de l'insolvabilité, plusieurs autres textes, notamment les troisième et quatrième parties du Guide, qui traitent, respectivement, de l'insolvabilité des groupes d'entreprises et des obligations des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité[18]. Le Groupe de travail a également examiné d'autres évolutions récentes du droit de l'insolvabilité, notamment en ce qui concernait les systèmes de paiement et de règlement et les marchés financiers réglementés (voir le paragraphe 27 ci-dessous), activités qui l'ont aidé à élaborer son programme de travaux futurs éventuels[19].

---

[16] Voir, par exemple, les recommandations 4, 49 à 53, 58 et 59, 65 à 67, 88 et 187 et 188 avec le commentaire qui les accompagne, ainsi que la section E du chapitre III de la deuxième partie du Guide. L'annexe I du Guide énumère la plupart de ses dispositions qui abordent le traitement des créanciers garantis.

[17] Voir, par exemple, A/CN.9/535 – Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur première session conjointe (Vienne, 16 et 17 décembre 2002) et A/CN.9/550 – Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur deuxième session conjointe (New York, 26 et 29 mars 2004). Dans le rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa cinquième session (New York, 22-25 mars 2004) (A/CN.9/549, par. 34), il est noté que le Groupe de travail a jugé que les principes applicables à la réalisation des sûretés en cas d'insolvabilité finalement inclus dans le Guide étaient généralement acceptables. Voir également, à cet égard, la note de bas de page 6 ci-dessus.

[18] Alors que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (LTI) est annexée au Guide et que sa promulgation est spécifiquement recommandée dans la recommandation 5, les deux récentes ne le sont pas. En outre, le Guide pour l'incorporation de la LTI annexé au Guide a été remplacé, en 2013, par le Guide pour l'incorporation et l'interprétation.

[19] Voir A/CN.9/798, par. 30.

B. Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances

Recommandation 30

Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances

La loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure.

Commentaire

80. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne des parties ou des actifs situés dans des États différents, se posera alors la question complexe de savoir quelle loi appliquer à la validité et à l'opposabilité des droits sur ces actifs ou d'autres créances, et quel traitement accorder à ces actifs ainsi qu'aux droits et créances de ces parties étrangères dans une telle procédure. En l'espèce, l'État du for appliquera généralement ses règles de droit international privé (ou règles de conflit de lois) pour déterminer quelle loi est applicable à la validité et à l'opposabilité d'un droit ou d'une créance et à leur traitement dans la procédure.

81. Dans un contexte strictement interne, la loi sur l'insolvabilité ne « crée » pas de droits (personnels ou réels) ni de créances, mais devrait respecter les droits et créances qui ont été acquis contre le débiteur en vertu d'autres dispositions juridiques applicables, à savoir celles du droit civil, commercial ou public. Elle s'emploie à déterminer le rang relatif de chacun de ces droits et créances lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte et, s'il y a lieu, à établir les restrictions et modifications auxquelles ils seront soumis pour que soient atteints les objectifs collectifs de cette procédure. Ces limites et restrictions sont des « effets de l'insolvabilité », car elles résultent de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité contre un débiteur.

82. Dans le contexte de l'insolvabilité internationale, il est essentiel de distinguer entre la création de droits et de créances en vertu de la loi désignée comme étant applicable (qu'il s'agisse du droit matériel interne ou étranger) par les règles de conflit de lois du for et les effets de l'insolvabilité sur ces droits et créances. Étant donné, comme il vient d'être indiqué, que la loi sur l'insolvabilité ne crée pas de droits ni de créances, la question de savoir si un droit ou une créance donnés ont été créés, et le contenu de ce droit ou de cette créance, relèvent des règles générales de conflit de lois. Souvent, ces règles prévoient, par exemple, que la loi régissant le contrat déterminera l'existence d'une créance contractuelle contre le débiteur insolvable et son montant ; que la *lex rei sitae* déterminera si une sûreté réelle sur des immeubles a été créée en faveur d'un créancier particulier, etc. Dans ce domaine, chaque État appliquera ses propres règles de conflit de lois, y compris toutes conventions internationales en vigueur. Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité, l'État du for appliquera généralement ses règles de conflit pour déterminer quelle loi régit la validité et l'opposabilité d'un droit ou d'une créance avant d'examiner leur traitement dans ladite procédure. Il importe de souligner que la détermination de la validité et de l'opposabilité ne relève pas de la loi sur l'insolvabilité mais d'une autre loi applicable.

12. Comme indiqué dans le commentaire de la recommandation 30, celle-ci établit la règle à utiliser pour déterminer la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits

et créances antérieurs à l'ouverture de la procédure[20]. Elle devrait donc s'appliquer également lorsque ces droits et créances deviennent la base des actions d'un représentant de l'insolvabilité ou d'autres parties après l'ouverture de la procédure[21]. En revanche, la validité et l'opposabilité des droits et créances postérieurs à l'ouverture de la procédure ne relèveront pas de son champ d'application. Les textes étudiés interprètent l'expression « la loi applicable » comme excluant le renvoi[22].

C. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité : *lex fori concursus*

Recommandation 31

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité : *lex fori concursus*

La loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la conclusion de cette procédure et à ses effets, à savoir, notamment :

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

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

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

d) La protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité ;

e) L'utilisation ou 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 ;

i) La compensation (*set-off*) ;

j) Le traitement des créanciers garantis ;

k) Les droits et obligations du débiteur ;

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

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

n) Le traitement des créances ;

o) Le classement des créances ;

---

[20] On retrouve la même règle, par exemple, à l'article 8 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (conclue le 5 juillet 2006) et à l'article 94 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières.

[21] Cette interprétation est étayée, par exemple, par la Cour de justice européenne, *NK* c. *BNP Paribas Fortis NV*, C-535/17, arrêt du 6 février 2019, par. 28 et la jurisprudence qui y est citée et qui réaffirme que ce qui distinguerait les questions d'insolvabilité et les questions autres ne serait pas le contexte procédural dans lequel une action en question s'inscrit ni le moment où elle est engagée, mais son fondement juridique.

[22] Voir, par exemple, l'article 92 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières ; la Règle mondiale 5 ; et le paragraphe 87 du Rapport sur la Convention européenne.

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

q) La répartition du produit ;

r) La conclusion de la procédure ; et

s) La décharge.

Commentaire

83. Une fois la validité et l'opposabilité d'un droit ou d'une créance établies en vertu de la loi désignée comme étant applicable par les règles de conflit du for, se pose une deuxième question concernant les effets de la procédure d'insolvabilité sur ce droit ou cette créance, à savoir s'ils seront reconnus et admis dans la procédure et, dans l'affirmative, quel sera leur rang relatif. Cette question relève de la loi sur l'insolvabilité. Du point de vue du conflit de lois, il s'agit, dans cette deuxième phase, de déterminer quelle loi s'applique à ces effets. Le plus souvent, c'est la loi de l'État d'ouverture (*lex fori concursus*) qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la conclusion de la procédure et, partant, détermine généralement, par exemple, les débiteurs pouvant être soumis à la loi sur l'insolvabilité ; les parties pouvant demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et les conditions d'admissibilité à remplir ; les effets de l'ouverture, y compris la portée de l'arrêt des poursuites ; l'organisation de l'administration de la masse ; les pouvoirs et fonctions des participants ; les règles relatives à l'admissibilité des créances ; la priorité et le rang des créances ; et les règles relatives à la répartition. Par conséquent, elle régira en général les effets de l'insolvabilité sur les droits et créances valablement acquis en vertu d'une loi étrangère, par exemple la question de savoir si le droit ou la créance, compte tenu de leur nature et de leurs conditions, sont admissibles dans l'insolvabilité du débiteur, et comment ils seront classés.

84. Des problèmes peuvent se poser lorsque la loi qui régit le classement d'une créance et la loi applicable autre que la loi sur l'insolvabilité régissant cette créance sont différentes. C'est toujours la *lex fori concursus* qui établit les catégories de privilèges et de priorités existantes ainsi que le classement des créances. Normalement, elle tient compte, ce faisant, des créances qui existent en vertu du droit interne. Mais des créances peuvent avoir été acquises par les créanciers en vertu d'une loi étrangère, auquel cas il faut déterminer lesquelles peuvent être considérées comme équivalentes aux créances nées en vertu du droit interne qui confèrent certains privilèges ou priorités. En d'autres termes, il faut examiner si le type de créance né en vertu du droit étranger est « équivalent » au type de créance auquel la *lex fori concursus* accorde un statut particulier dans la procédure d'insolvabilité. À cette fin, il faut établir si les deux créances, 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 devraient être considérées comme équivalentes et bénéficier du même traitement dans la procédure d'insolvabilité. Si l'équivalence ne peut être établie, la créance sera généralement traitée comme une créance ordinaire.

1. Début du chapeau

13. Le début du chapeau de la recommandation énonce que « la loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer... ». Dans le même contexte, les textes étudiés énoncent que « la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets détermine les conditions d'ouverture de cette procédure,

son déroulement et sa clôture », ou contiennent des références similaires plus larges[23]. Certains d'entre eux précisent que cette loi détermine les effets de la procédure d'insolvabilité, au niveau tant de la procédure que du fond, sur la personne et les relations juridiques concernées[24].

14. Il existe différents avis sur le sens du mot « loi » dans ce contexte. Certains considèrent qu'il ne faudrait pas que la référence se limite au droit de l'insolvabilité[25]. D'autres considèrent qu'il faut se référer au droit de l'insolvabilité, tant procédural que matériel, en tant que « l'ensemble des règles prévoyant les effets spécifiques que la procédure d'insolvabilité doit produire pour remplir les tâches et atteindre les objectifs définis par la *lex concursus* »[26].

15. Le Guide fait référence à une loi autre que la loi sur l'insolvabilité dans plusieurs contextes pertinents pour la recommandation 31. Par exemple, la recommandation 66, qui traite de la garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, commence par les mots « la loi », accompagnés d'une note de bas de page qui explique que la règle contenue dans cette recommandation peut figurer dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, auquel cas cette dernière devrait en mentionner l'existence. Les recommandations de la quatrième partie du Guide qui traitent des obligations des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité renvoient à la loi relative à l'insolvabilité, le commentaire expliquant les raisons de l'utilisation de cette expression[27]. On trouve également des références à une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, par exemple, dans le commentaire relatif aux actifs communs[28], aux créances prioritaires ou privilégiées[29] et à la vente d'actifs libres de tout droit réel[30].

16. Les avis divergent également sur la question de savoir si la référence à la « loi » inclut les règles de droit international privé. Dans leurs notes sur la Règle mondiale 12, les rapporteurs énoncent que le terme « loi » désigne en principe le droit matériel et procédural d'un certain État, y compris son droit souple, mais à l'exclusion de ses règles de droit international privé. On trouve un énoncé similaire dans d'autres commentaires[31]. Selon un autre avis, la *lex fori concursus* n'exclut pas les règles de choix de la loi applicable de l'État où s'ouvre la procédure d'insolvabilité[32]. Lorsque ces règles renvoient à la loi d'un autre État, on considère généralement qu'elles renvoient à son droit matériel, et non à ses règles de droit international privé (c'est-à-dire que le renvoi est exclu)[33]. (Sur ce point, voir également le paragraphe 19 ci-dessous.)

---

[23] Voir, par exemple, l'article 7 de la refonte du Règlement (CE) et la Règle mondiale 12. L'article premier de la Convention nordique renvoie, dans ce contexte, à la loi du pays dans lequel la faillite a lieu.

[24] Voir le paragraphe 90 du Rapport sur la Convention européenne et le considérant 66 de la refonte du Règlement (CE).

[25] Voir les notes des rapporteurs sur la Règle mondiale 12.

[26] Voir Brinkmann, « European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary », p. 87.

[27] Voir chapitre I. Généralités, par. 11 et note de bas de page 6.

[28] Voir les paragraphes 20 et 21 du chapitre II de la deuxième partie du Guide.

[29] Voir les paragraphes 67 à 74 du chapitre V du Guide.

[30] Voir les paragraphes 85 et 86 du chapitre II de la deuxième partie du Guide.

[31] Voir, par exemple, le paragraphe 87 du Rapport sur la Convention européenne.

[32] Voir Brinkmann, « European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary », p. 88 à 90.

[33] Voir la Règle mondiale 5.

2. Fin du chapeau : introduction d'une liste illustrative d'éléments pour la *lex fori concursus*

17. La recommandation 31 contient une liste illustrative d'éléments qui relèvent de la *lex fori concursus*, comme l'indiquent les mots à la fin du chapeau « à savoir, notamment ». Certains textes étudiés comprennent la liste minimale obligatoire[34], tandis que d'autres ne comprennent aucune liste d'éléments[35].

18. On peut considérer que certains éléments énumérés dans la recommandation 31, comme les points a), b), k), l), m), p) et r), relèvent du droit procédural de l'insolvabilité et doivent donc relever de la *lex fori concursus* conformément à « la règle universellement acceptée du choix de la loi applicable selon laquelle les tribunaux appliquent leur propre droit procédural dans le cadre de la *lex fori*. En particulier, il est généralement admis que les procédures d'exécution sont régies par la *lex fori executionis*. Ce qui vaut pour l'exécution individuelle doit également s'appliquer à la procédure d'insolvabilité en tant que moyen collectif d'exécution privée. »[36]

19. D'autres éléments peuvent relever du droit matériel. Certains soutiennent qu'à ce titre, ils peuvent être déterminés selon des règles spécifiques de choix de la loi applicable qui se réfèrent à des facteurs de rattachement externes[37]. Selon un autre avis, les effets matériels renvoyés à la compétence de la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité sont ceux typiques du droit de l'insolvabilité, c'est-à-dire ceux nécessaires pour que la procédure d'insolvabilité atteigne ses objectifs. Dans cette mesure, la loi de l'État d'ouverture peut supplanter la loi qui, en vertu des règles communes de pré-insolvabilité relatives aux conflits de lois, s'appliquerait normalement à l'acte concerné. C'est le cas, par exemple, de la prévention des actes préjudiciables à la masse des créanciers, même si cet acte est régi, en vertu des règles générales de conflit de lois, par la loi d'un autre État[38].

3. Questions soulevées par les éléments énumérés

20. Les listes d'éléments relevant de la *lex fori concursus* trouvées dans les textes étudiés diffèrent de la liste qui figure dans la recommandation 31. Certaines différences ne sont pas significatives. Elles peuvent être dues, par exemple, à un groupement différent des éléments ou à une terminologie différente.

21. La liste de la recommandation 31 doit se lire avec d'autres dispositions du Guide. Par exemple, le point d), qui renvoie à la protection et à la préservation de la masse de l'insolvabilité, englobe, en vertu du chapitre II du Guide, l'arrêt des poursuites à l'ouverture de la procédure. L'arrêt des poursuites est défini, dans le glossaire, comme une « 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 ». À ce titre, le point d) englobe plusieurs aspects qui peuvent être énumérés séparément sous la *lex fori concursus* dans d'autres textes. Il en va de même pour certains autres éléments de la liste dont le champ d'application est expliqué par d'autres dispositions du Guide (par

---

[34] Voir, par exemple, l'article 7.2 de la refonte du Règlement (CE), qui énonce : « Elle détermine notamment les éléments suivants : ». Pour une jurisprudence expliquant comment la liste devrait être lue, voir, par exemple, Cour de justice européenne, arrêt du 9 novembre 2016, *ENEFI*, C-212/15.

[35] Voir, par exemple, la Règle mondiale 12.

[36] Voir Brinkmann, « European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary », p. 88.

[37] Ibid.

[38] Voir le paragraphe 90 du Rapport sur la Convention européenne.

exemple, l'utilisation et la réalisation des actifs[39], le traitement des contrats[40] et le traitement des créances[41]).

22. D'autres différences, pour ce qui est de l'énumération des éléments dans les textes étudiés par rapport à la recommandation 31, sont plus substantielles, comme l'omission du point f) (proposition, approbation, homologation et exécution[42] d'un plan de redressement) ou j) (traitement des créanciers garantis). L'omission de ce dernier point peut s'expliquer par le fait que dans certains textes étudiés, les droits réels préexistants[43] sont exclus des effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité[44] autres que l'annulation[45]. Dans certains textes, cette exclusion est assortie d'une garantie destinée à empêcher une exploitation abusive des « paradis fiscaux »[46].

23. Cette pratique, s'agissant des droits réels, est reconnue au paragraphe 88 du commentaire des recommandations 30 à 34. Lors de l'élaboration du Guide, cependant, une proposition faite d'y inclure une exception à la *lex fori concursus* pour les droits réels n'a pas reçu un soutien suffisant[47]. Il a été convenu, à l'époque, 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. Il a également été convenu qu'il ne fallait pas que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité évince la loi applicable à la priorité des sûretés, sauf dans la mesure où la loi sur l'insolvabilité le prévoyait explicitement. Enfin, il a été convenu que l'ouverture d'une procédure pourrait évincer les règles applicables à la réalisation de sûretés réelles puisque cette réalisation devrait être soumise à la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel la procédure a été ouverte[48].

24. Le paragraphe 88 du commentaire reconnaît également que les droits à compensation peuvent être soumis à une loi autre que la loi du for, pour des raisons liées aux attentes des parties, en particulier si elles ont des relations d'affaire régulières entre elles. En même temps, le paragraphe 91 du commentaire énonce que les règles de compensation (*set-off*) du for devraient s'appliquer aux créances puisque, dans l'insolvabilité, les droits à compensation sont étroitement liés à la preuve et à la quantification des créances ainsi qu'aux principes régissant l'égalité de traitement des créanciers. Comme il s'agit de questions régies par la loi du for, les droits à compensation devraient être régis de la même manière. Certains textes étudiés prévoient que la loi applicable à la créance du débiteur au moment où le droit à compensation a été créé prévaut si elle permet la compensation alors que la *lex fori concursus* ne le permet pas[49]. Cette règle n'est applicable qu'au droit à compensation relatif à des créances réciproques nées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[50] et, dans certains textes étudiés, est assortie d'une garantie selon

---

[39] Voir la section C du chapitre II de la deuxième partie du Guide.

[40] Voir la section E du chapitre II de la deuxième partie du Guide.

[41] Voir la section A du chapitre V de la deuxième partie du Guide.

[42] L'expression « exécution d'un plan de redressement » qui figure dans ce point peut, si elle est interprétée de manière plus large que signifiant le « contenu du plan », soulever des questions car cette exécution pourrait, dans certains cas, se voir appliquer le droit des contrats et donc l'autonomie des parties pour ce qui est de choisir la loi applicable.

[43] La qualification d'un droit en tant que droit réel relève, dans ces textes, du droit national qui régit ces droits réels et qui sera, en général, la *lex rei sitae* ; cependant, les droits inscrits dans un registre public et opposables sont généralement considérés comme des droits réels. Pour des exemples de droits réels, voir l'article 8 de la refonte du Règlement (CE) et le commentaire de la Règle mondiale 15.

[44] Voir, par exemple, les considérants 68 et 69 et l'article 8 de la refonte du Règlement (CE) ; l'article 50 du Traité de Montevideo (1940) ; l'article 420 du Code Bustamante ; les articles 5 et 7 de la Convention nordique ; et la Règle mondiale 15.

[45] Voir, par exemple, l'article 8.4 de la refonte du Règlement (CE).

[46] Voir, par exemple, la Règle mondiale 16.

[47] A/CN.9/551, par. 31. Voir également les recommandations 3 et 4 du Guide relatives à cette question.

[48] Voir A/CN.9/549, par. 34.

[49] Voir, par exemple, l'article 9 de la refonte du Règlement (CE) ; et la Règle mondiale 17 à lire conjointement avec la Règle mondiale 21.

[50] Voir, par exemple, le commentaire et les notes des rapporteurs sur les Règles mondiales 17 et 18.

laquelle elle peut être écartée si le choix, par les parties, de la loi applicable à la créance du débiteur est déraisonnable[51].

25. En ce qui concerne l'annulation (point g) de la liste), les paragraphes 89 et 90 du commentaire examinent différentes approches applicables pour déterminer la loi qui régira l'annulation d'opérations et les politiques qui sous-tendent ces approches. Ces questions ont également été examinées lors du Colloque (voir les paragraphes 26 et 27 du rapport du Colloque). L'une des approches décrites à ces occasions se trouve dans les textes étudiés qui prévoient la protection d'un acte contre l'annulation s'il est soumis à la loi autre que la *lex fori concursus* et que cette autre loi ne permet aucun moyen de contester cet acte dans le cas concerné[52]. Une garantie visant à empêcher le choix abusif de la loi applicable dans de tels cas est également prévue[53].

26. La reconnaissance internationale des effets de la *lex fori concursus* en ce qui concerne certains éléments énumérés dans la recommandation 31, comme le traitement et le classement des créances et la décharge des dettes, soulève des questions supplémentaires dans certaines circonstances[54].

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

1. Système de paiement ou de règlement ou marché financier réglementé

Recommandation 32

Nonobstant la recommandation 31, les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de paiement ou de règlement ou à un marché financier réglementé devraient être régis uniquement par la loi applicable à ce système ou marché.

Commentaire

86. Les exceptions à l'application de la *lex fori concursus* répondent, en général, à certaines considérations de politique sociale. Par exemple, certaines lois s'attachent à accroître la sécurité commerciale et à réduire les risques pour les parties engagées dans des opérations commerciales. Ces parties établissent leur relation en fonction d'un environnement juridique particulier, en examinant en particulier la mesure dans laquelle leurs droits seront protégés en cas d'insolvabilité du débiteur – risque le plus courant pour tout créancier. L'application de la loi en vertu de laquelle le droit ou la créance en question ont été créés peut, en général, être moins coûteuse à apprendre pour le créancier, plus prévisible quant aux effets de l'insolvabilité et plus difficile à manipuler a posteriori par le débiteur que l'application de la loi du centre des intérêts principaux ou du domicile du débiteur. Partant de là, on peut avancer qu'il serait raisonnable, dans certaines circonstances, d'autoriser et de protéger le recours par les parties à la loi en vertu de laquelle le droit ou la créance ont été créés. Les systèmes de paiement ou de règlement et les marchés financiers réglementés, pour lesquels de nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent qu'ils exigent une exception à l'application de la *lex fori concursus*, constituent à cet égard, un exemple typique. L'application de

[51] Voir, par exemple, la Règle mondiale 18.

[52] Voir, par exemple, les articles 7.2 m) et 16 de la refonte du Règlement (CE) (et, également, les articles 8.4, 9.2, 10.3 et 12.2).

[53] Voir, par exemple, la Règle mondiale 23.

[54] Voir, par exemple, l'article 20 de la refonte du Règlement (CE) ; la règle présente dans certains pays de *common law* selon laquelle une dette ne peut être l'objet d'un concordat qu'en vertu de la loi applicable à cette dette, à moins que le créancier ne se soumette à la juridiction étrangère ; et les documents de la session 2 du quatrième Colloque international de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, tenu à Vienne du 16 au 18 décembre 2013 (https://uncitral.un.org/en/colloquia/insolvency/fourth_uncitral_international_insolvency_law_colloquium), qui mettent en évidence les questions soulevées par la reconnaissance internationale de la décharge.

la loi qui les régit peut éviter de modifier les mécanismes de paiement et de règlement en cas d'insolvabilité d'un participant, et par conséquent préserver la certitude et la confiance générales dans le système ou le marché et éviter un risque systémique.

27. À la différence d'autres recommandations du Guide, la recommandation 32 contient un langage fortement instructif (« devraient » et « uniquement »). Elle doit se lire conjointement avec les recommandations 101 à 107 du Guide et le commentaire y afférent, qui traitent des contrats financiers et de la compensation globale. Entre autres choses, ils : a) prévoient la non-prise en compte des contrats financiers en cas d'arrêt des poursuites, y compris en ce qui concerne l'application des clauses de résiliation des contrats et la réalisation des sûretés ; b) exemptent de toute annulation les transferts de routine effectués avant l'ouverture de la procédure ; et c) recommandent de reconnaître et de protéger le caractère définitif des opérations du système de paiement et de règlement en cas d'insolvabilité d'un participant au système. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être se rappeler qu'à sa quarante-quatrième session, en 2013, il a été convenu qu'il était nécessaire de mettre à jour cette partie du Guide[55]. Le rapport du Colloque [voir les paragraphes 24, 25 et 47 d)] a souligné la nécessité d'examiner, dans le cadre de ce projet, les questions découlant de la numérisation des marchés financiers et de leurs opérations.

28. Dans l'un des textes étudiés, la même exception à la *lex fori concursus* est étendue aux actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité des paiements ou transactions effectués dans ces systèmes ou sur ces marchés[56].

2. Contrats de travail

Recommandation 33

Nonobstant la recommandation 31, les effets de la procédure d'insolvabilité sur le rejet, la continuation et la modification de contrats de travail peuvent être régis par la loi applicable au contrat.

Commentaire

87. Certaines lois prévoient des exceptions pour préserver des droits ou intérêts spécifiquement protégés par le droit d'un État contre les incertitudes ou les incohérences qui peuvent résulter de l'application des effets de l'insolvabilité d'une *lex fori concursus* étrangère. Pour des contrats de travail, par exemple, des protections particulières (souvent obligatoires) peuvent être accordées sous la forme d'un filet de sécurité financier pour les employés, ou de restrictions à la possibilité de rejeter ou de modifier ces contrats dans l'insolvabilité. Ces dispositions se justifient par le souci de protéger les attentes raisonnables des employés quant à leur contrat de travail, du fait qu'ils peuvent avoir une position de négociation relativement plus faible que leurs employeurs, et de veiller à la non-discrimination entre employés qui travaillent dans un même pays, que ce soit pour un employeur local ou pour un employeur étranger. Dans certains États, ces protections s'appliqueront uniquement aux contrats de travail individuels, alors que dans d'autres, elles s'appliqueront aussi aux conventions collectives.

[55] Voir A/CN.9/798, par. 26 et 30. Il a été fait référence, à cet égard, aux Principes d'UNIDROIT concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation. Voir également le Principe C10.4 des Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et les relations entre créanciers et débiteurs, qui s'écarte des recommandations 101 à 107 du Guide.

[56] Voir, par exemple, l'article 12 de la refonte du Règlement (CE).

29. À la différence de la recommandation 32, la recommandation 33 est permissive (le mot « peuvent » est utilisé). L'historique de la rédaction de cette recommandation indique que son inclusion dans le Guide, même avec une formulation aussi permissive, avait suscité des inquiétudes. L'une des préoccupations était qu'il fallait, en tant que principe général, que les employés du débiteur travaillant dans l'État du for soient traités conformément à la loi de cet État et que les mots situés après « contrats de travail » soient modifiés comme suit : « peuvent être limités aux employés de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité est ouverte ». Une autre préoccupation était qu'il fallait réviser la recommandation pour prévoir que seuls certains contrats pourraient être soumis à une autre loi ou que la recommandation ne devrait concerner que les contrats de travail régis par une loi autre que la loi du for. Une autre préoccupation encore tenait au fait que dans sa rédaction actuelle, la recommandation pouvait donner l'impression que le Groupe de travail était favorable à l'inclusion d'une telle exception dans une loi sur l'insolvabilité et qu'il fallait donc la retirer pour la placer dans le commentaire. Selon un autre avis, étant donné que la disposition n'était que permissive et que, dans certaines régions du monde, il était très courant, pour les entreprises, d'avoir des employés travaillant dans différents pays selon différents contrats de travail, il fallait maintenir la recommandation. Il a été noté que l'absence d'une telle exclusion de la loi du for pourrait avoir des incidences d'ordre public susceptibles de provoquer des incertitudes et d'entraver la conduite de procédures d'insolvabilité[57].

30. On trouve, dans certains textes étudiés, une exception inconditionnelle à la *lex fori concursus* pour les contrats de travail (« sont régis uniquement »)[58]. Leur commentaire précise que la référence à la loi de l'État applicable au contrat de travail inclut la loi sur l'insolvabilité de cet État[59]. Dans le même temps, il est souligné que la *lex fori concursus* resterait applicable à la soumission, à la vérification, à l'admission, au classement et à l'annulation des créances d'employés[60]. Il y aurait exception à cette règle lorsqu'un engagement à empêcher l'ouverture d'une procédure concurrente a été pris[61].

3. Autres exceptions possibles à la *lex fori concursus*

Recommandation 34

Toutes exceptions en sus de celles prévues dans les recommandations 32 et 33 devraient être limitées en nombre et clairement énoncées ou notées dans la loi sur l'insolvabilité.

Commentaire

80. ... Bien que la procédure d'insolvabilité puisse en règle générale être gouvernée par la loi de l'État d'ouverture de la procédure (*lex fori concursus*), de nombreux États ont adopté des exceptions, plus ou moins nombreuses et étendues, à l'application de cette loi. Cette diversité peut être une source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité pour les parties concernées par une procédure d'insolvabilité internationale. En traitant spécifiquement, de manière transparente et prévisible, les questions de loi applicable, une loi sur l'insolvabilité peut contribuer à la sécurité juridique pour ce qui est des effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et créances des parties concernées.

...

[57] A/CN.9/551, par. 30.
[58] Voir, par exemple, l'article 13 de la refonte du Règlement (CE) et la Règle mondiale 20.
[59] Voir le paragraphe 128 du Rapport sur la Convention européenne.
[60] Ibid. Voir également le considérant 72 de la refonte du Règlement (CE) ainsi que le commentaire et les notes des rapporteurs sur les Règles mondiales 19 à 21.
[61] Voir le considérant 72 et l'article 36 de la refonte du Règlement (CE).

> 85. Pour déterminer les effets de l'insolvabilité sur les droits et créances valables et opposables, certaines lois prévoient des exceptions à l'application de la *lex fori concursus*. Ces exceptions ont pour objet de modifier non pas la loi applicable à la question de la validité et de l'opposabilité (qui continue d'être régie par les règles générales de conflit du for) mais celle qui est applicable aux effets de l'insolvabilité. Ceux-ci, au lieu d'être régis par la *lex fori concursus*, peuvent l'être, par exemple, par la loi applicable à la question de la validité et de l'opposabilité. Ainsi, les effets sur un droit à compensation (*set-off*) pourront être déterminés, non par la *lex fori concursus*, mais par la loi applicable au droit à compensation. D'autres exceptions à l'application de la loi du for, prévues dans diverses lois sur l'insolvabilité, renvoient par exemple à la loi applicable aux systèmes de paiement, aux contrats de travail, aux dispositions d'annulation et aux droits réels.
>
> ...
>
> 91. Il est essentiel de mettre en balance les considérations de principe qui motivent les exceptions à l'application de la *lex fori concursus* et d'autres considérations fondamentales pour la procédure d'insolvabilité, en particulier l'objectif de la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de tous les créanciers, et non de certains seulement, et l'objectif de l'égalité de traitement de tous les créanciers se trouvant dans la même situation. La loi du for sera conçue pour contribuer à la réalisation des objectifs particuliers de la procédure dans l'État en question et apportera la sécurité juridique au représentant de l'insolvabilité pour l'exercice de nombre de ses fonctions dans le cadre de la procédure, notamment l'annulation des opérations, le traitement des contrats, le traitement des créances, etc. Son application dans la procédure d'insolvabilité peut éviter un procès potentiellement coûteux et long visant à déterminer la loi applicable aux effets de l'insolvabilité, ainsi que la validité et l'opposabilité des droits ou créances compte tenu de ces effets en vertu de la loi du for. En conséquence, dans de nombreux cas, l'application de la *lex fori concursus* aux effets de l'insolvabilité peut réduire les coûts et les délais et donc maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de tous les créanciers. Par ailleurs, une exception à cette application peut entraîner des effets différents sur des créanciers se trouvant dans la même situation, au seul motif que leurs droits et créances sont régis par des lois différentes. ...

31. Certains textes étudiés prévoient des exceptions supplémentaires à la *lex fori concursus*[62], notamment en ce qui concerne les actes conclus après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[63]. L'historique de la rédaction des recommandations 30 à 34 indique qu'il y a eu une certaine hésitation à inclure dans le Guide des exceptions à la *lex fori concursus* en plus de celles énumérées dans les recommandations 32 et 33 (on craignait à l'époque que « le Guide ne soit perçu comme encourageant la prolifération d'exceptions »[64]).

---

[62] Par exemple, les contrats relatifs aux biens immobiliers [art. 11 de la refonte du Règlement (CE)], les effets sur les droits soumis à enregistrement [art. 14 de la refonte du Règlement (CE)] et les procès et procédures arbitrales en cours [art. 18 de la refonte du Règlement (CE)].

[63] Voir l'article 17 de la refonte du Règlement (CE) sur la protection du tiers acquéreur.

[64] A/CN.9/551, par. 31.

IV. Questions soumises à l'examen du Groupe de travail

32. Le Groupe de travail est invité à examiner la direction que devraient prendre les travaux menés sur le sujet et leur portée, en particulier, la question de savoir s'il faudrait que les travaux se limitent à actualiser la section pertinente du Guide ou conduisent à l'élaboration d'un instrument distinct qui remplacerait ou compléterait le Guide à cet égard, comme cela a été fait pour l'insolvabilité des groupes d'entreprises. L'ampleur des modifications apportées aux dispositions existantes du Guide dépendrait du choix fait en ce qui concerne cet aspect. Indépendamment de ce choix, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'adopter l'approche progressive recommandée (voir le paragraphe 2 ci-dessus).

33. Dans l'éventualité où c'est cette approche qui serait adoptée, le Groupe de travail pourrait souhaiter donner en premier lieu des instructions au secrétariat en ce qui concerne les questions soulevées au chapitre III de la présente note et d'autres points qui en découlent, par exemple :

a) La question de savoir s'il faudrait approfondir les questions abordées dans la recommandation 30 ;

b) La question de savoir s'il faudrait énumérer, au titre de la *lex fori concursus*, d'autres éléments comme la poursuite d'actions contre les administrateurs, à la lumière de l'ajout ultérieur de la quatrième partie du Guide ;

c) La question de savoir s'il faudrait modifier autrement la liste de la recommandation 31 ;

d) La question de savoir si l'approche adoptée pour la rédaction des recommandations 32 et 33 lors de l'élaboration du Guide reste valable ;

e) La question de savoir si des exceptions supplémentaires à la *lex fori concursus* seraient nécessaires ;

f) La question de savoir si les règles de droit applicables peuvent soulever, dans le contexte d'un redressement, des questions distinctes par opposition à une liquidation[65] ;

g) La question de savoir s'il faudrait aborder une exception d'ordre public qui empêcherait l'application d'une loi étrangère, actuellement absente du Guide dans le contexte des recommandations 30 à 34[66] ;

h) La question de savoir s'il faudrait accorder un traitement spécial aux actifs numériques (voir le paragraphe 47 d) du rapport du Colloque)[67].

34. Aux stades ultérieurs du projet, il faudra peut-être examiner l'interaction de la *lex fori concursus* des procédures concurrentes en se référant aux dispositions pertinentes des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité (voir, à cet égard, les

---

[65] Lors des consultations de groupes d'experts tenues par le secrétariat, ce dernier a été informé de la proposition faite, dans un État, de prévoir dans la législation un ensemble de règles de droit applicable distinct pour le redressement. En particulier, il a été souligné, dans ce contexte, l'impact négatif qu'aurait une exception à la *lex fori concursus* pour les contrats de travail sur un redressement dont le but est l'universalité.

[66] Cette exception se retrouve dans d'autres textes de la CNUDCI, y compris dans le domaine de l'insolvabilité internationale, mais il est recommandé de l'interpréter de manière restrictive et de ne l'invoquer que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d'importance fondamentale pour l'État. Voir, par exemple, le paragraphe 104 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type sur l'insolvabilité internationale.

[67] Dans ce contexte, le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre note des travaux sur les actifs numériques menés dans d'autres instances, comme UNIDROIT (www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law). Toutefois, les consultations menées par le secrétariat sur la question ne font pas apparaître la nécessité d'une exception à la *lex fori concursus* conçue spécifiquement pour les actifs numériques.

paragraphes 10 à 14 du rapport du Colloque et le paragraphe 8 ci-dessus)[68]. Lors du Colloque, les difficultés d'application de la *lex fori concursus* dans le contexte des groupes d'entreprises ont été particulièrement soulignées (voir le paragraphe 38 du rapport du Colloque)[69].

---

[68] Plusieurs dispositions de la LTI contiennent des références au droit applicable, soit le droit étranger applicable, soit le droit de l'État adoptant (voir, par exemple, les articles 5, 13.2, 14.3.c, 21.3, 23.2, 24 et 28) et établissent la prééminence de la procédure principale étrangère sur la procédure non principale étrangère (voir, par exemple, l'article 19.4 de la LTI) et de la procédure d'insolvabilité locale sur la procédure d'insolvabilité étrangère (voir, par exemple, l'article 29 de la LTI).

[69] Comme cela a été noté au Colloque (voir le paragraphe 14 du rapport du Colloque), certaines dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises impliquent la déférence à la *lex fori concursus* du pays de la procédure principale où la procédure de planification a commencé. En outre, la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises fait référence au droit applicable lorsqu'elle traite des engagements relatifs au traitement des créances étrangères (art. 28 et 30), bien qu'elle ne fasse pas référence, dans ce contexte, par exemple, au droit applicable à la forme de l'engagement, au droit applicable à l'approbation de l'engagement (règles relatives à la majorité requise, au vote, etc.) et au droit applicable à la répartition du produit de la réalisation des actifs locaux, aux droits des créanciers par rapport à ces actifs et au classement des créances des créanciers. En comparaison, voir l'article 36 de la refonte du Règlement (CE).