



# Assemblée générale

Distr. limitée  
22 septembre 2025  
Français  
Original : anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)  
Soixante-septième session  
Vienne, 8-10 décembre 2025

## Loi applicable dans les procédures d'insolvabilité

### Projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité

#### Note du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	3
II. Projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. . . . .	3
Chapitre I. Objet et origine de la Loi type . . . . .	3
A. Objet de la Loi type (préambule) . . . . .	3
B. La loi type, instrument d'harmonisation législative . . . . .	4
C. Origine de la Loi type – travaux préparatoires et adoption . . . . .	5
Chapitre II. Objet du Guide pour l'incorporation . . . . .	5
Chapitre III. Commentaires article par article . . . . .	6
Dispositions générales . . . . .	6
Article premier. Champ d'application . . . . .	6
Article 2. Définitions . . . . .	10
Article 3. Obligations internationales du présent État . . . . .	12
Article 4. Interprétation . . . . .	13
Loi régissant l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité nationale et ses effets . . . . .	14
Article 5. <i>Lex fori concursus</i> . . . . .	15
Article 6. Règles particulières relatives à l'annulation . . . . .	26
Article 7. Règles particulières relatives à la compensation (set-off) . . . . .	27



---

Article 8. Règles particulières relatives [au traitement des créanciers garantis, sous réserve d'une protection adéquate] [au traitement des droits réels à l'égard des actifs du débiteur, sous réserve d'une protection adéquate] . . . . .	27
Article 9. Règles particulières relatives aux procédures judiciaires et arbitrales étrangères . . . . .	27
Article 10. Exceptions à la <i>lex fori concursus</i> . . . . .	27
Article 11. Coordination de procédures concurrentes . . . . .	33
Article 12. Exception d'ordre public dans le cadre du chapitre II de la présente Loi . . . . .	34
Reconnaissance des effets de la <i>lex fori concursus</i> et des autres lois appliquées par le tribunal étranger . . . . .	35
Article 13. Mesures consistant à donner effet à la loi ou aux lois appliquées par le tribunal étranger . . . . .	36
Chapitre IV. Assistance du secrétariat de la CNUDCI . . . . .	38
A. Aide à l'élaboration d'une législation . . . . .	38
B. Informations sur l'interprétation de la législation fondée sur la Loi type . . . . .	38

## I. Introduction

L'ordre du jour provisoire de la soixante-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.203) fournit des informations générales sur le projet relatif à la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, que la Commission lui a confié à sa cinquante-quatrième session, en 2021<sup>1</sup>. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa soixante-sixième session<sup>2</sup>, le chapitre II de cette note présente un projet de guide pour l'incorporation de la future Loi type de la CNUDCI sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. Les notes de bas de page en gras indiquent la source des modifications apportées et les questions en suspens en relation avec ce projet de guide. Les autres notes de bas de page sont destinées à rester dans le texte final du guide.

## II. Projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité

### Chapitre I. Objet et origine de la Loi type

#### A. Objet de la Loi type (préambule)

1. La Loi type de la CNUDCI sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité (la Loi type), adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en [année à compléter en temps utile], propose aux États une législation moderne sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. Elle complète la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997 (LTI)<sup>3</sup>, la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité de 2018 (LTJI)<sup>4</sup> et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises de 2019 (LTIGE)<sup>5</sup> (qui sont collectivement désignées par l'expression « lois types antérieures de la CNUDCI sur l'insolvabilité »). Par ailleurs, elle met à jour<sup>6</sup> les recommandations 31 à 34 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide législatif). Le Guide législatif, avec les lois types antérieures de la CNUDCI sur l'insolvabilité, la boîte à outils et la note d'information sur la localisation et le recouvrement d'actifs dans les procédures d'insolvabilité de 2025 et d'autres textes explicatifs sur l'insolvabilité rédigés par la CNUDCI ou par son secrétariat, sont désignés collectivement, dans le présent Guide, par l'expression les « autres textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité » et tous ces textes, avec la Loi type, sont désignés par l'expression les « textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité » ou le « cadre de la CNUDCI en matière d'insolvabilité ». Tout en complétant, renforçant et promouvant les autres textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, la Loi type devrait être utile à tous les États, qu'ils aient ou non adopté ces textes<sup>7</sup>.

2. Comme l'indique le préambule de la Loi type, celle-ci contient des règles claires, faciles à incorporer dans le droit interne, pour déterminer la loi qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure

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

<sup>2</sup> A/CN.9/1203, par. 80.

<sup>3</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.14.V.2. Disponible à l'adresse suivante : [https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/cross-border\\_insolvency](https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency).

<sup>4</sup> Publication des Nations Unies (2019). Disponible à l'adresse suivante : <https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/mlj>.

<sup>5</sup> Publication des Nations Unies (2020). Disponible à l'adresse suivante : <https://uncitral.un.org/fr/mlegi>.

<sup>6</sup> A/CN.9/1203, par. 76.

<sup>7</sup> Ibid.

d'insolvabilité et ses effets, aux niveaux tant national qu'international (par exemple, dans une procédure de demande de reconnaissance ou de mesures), que la procédure vise un débiteur unique ou un groupe d'entreprises. Dans certains États, le droit interne ne traite pas, ou que partiellement, ces questions, laissant aux tribunaux le soin de les trancher au cas par cas.

3. Les États qui abordent ces questions reconnaissent généralement que la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (la *lex fori concursus*) régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité, c'est-à-dire les questions de procédure. Ils prévoient souvent des exceptions à la *lex fori concursus* pour déterminer la loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité, en particulier sur certains droits et obligations (par exemple les droits réels) et certaines procédures (par exemple les procédures arbitrales en cours), c'est-à-dire des questions de fond, et ils utilisent différents facteurs de rattachement pour déterminer d'autres lois applicables.

4. Le droit et la pratique qui donnent effet à la *lex fori concursus* à l'étranger ne sont pas uniformes non plus. Les lois types antérieures de la CNUDCI sur l'insolvabilité n'abordent ces questions que partiellement et pas expressément.

5. La présente Loi type comble ces lacunes en : a) établissant la règle générale selon laquelle la *lex fori concursus* régit tous les aspects de la procédure d'insolvabilité, sous réserve d'exceptions limitées ; b) expliquant le sens et le champ d'application de la *lex fori concursus* ainsi que la portée et l'application de chaque exception à cette loi ; c) permettant la reconnaissance des effets de la *lex fori concursus* et des autres lois appliquées par un tribunal étranger ; et d) renforçant les mesures prévues dans les lois types antérieures de la CNUDCI sur l'insolvabilité, afin de réduire au minimum les procédures concurrentes, ou de les coordonner.

6. Ce faisant, la Loi type complète et étoffe les autres textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, renforçant ainsi la sécurité, la prévisibilité et l'efficacité de la procédure d'insolvabilité. Par ailleurs, elle concilie des considérations concurrentes, telles que, d'une part, les avantages qu'il y a à appliquer la *lex fori concursus* à toutes les questions soulevées dans une procédure d'insolvabilité et, d'autre part, la nécessité de protéger certaines relations et certains intérêts légitimes contre toute interférence induite de cette loi.

7. La Loi type ne détermine pas la loi régissant la validité et l'opposabilité des droits ou des créances existant avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Cette loi devra être déterminée par les règles de droit international privé (conflit de lois) généralement applicables de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte. Les dispositions de la Loi type n'écartent pas ces règles.

## **B. La loi type, instrument d'harmonisation législative**

8. Une loi type est un texte qu'il est recommandé aux États d'incorporer dans leur droit national par l'adoption d'une législation. Contrairement à une convention internationale, une loi type ne contraint pas l'État qui l'adopte à en aviser l'Organisation des Nations Unies ou d'autres États qui peuvent l'avoir également adoptée. Toutefois, la résolution de l'Assemblée générale approuvant une loi type de la CNUDCI invite habituellement les États qui utilisent celle-ci à en informer la Commission.

9. Une loi type est souple par nature, ce qui permet aux États d'apporter diverses modifications au texte lorsqu'ils l'incorporent dans leur droit interne. Certaines modifications sont parfois prévisibles, en particulier lorsque le texte d'une loi type est étroitement lié aux systèmes judiciaire et procédural nationaux, comme c'est le cas de la présente Loi type. Du fait des éventuelles modifications, une loi type offrira peut-être un degré d'harmonisation et une sécurité juridique moindres qu'une convention.

10. La Loi type est conçue de manière à faire partie intégrante de la législation existante de l'État adoptant. Lorsqu'il incorpore le texte d'une loi type dans son système juridique, l'État peut modifier certaines dispositions de cette loi ou choisir de ne pas les inclure. En usant de cette souplesse, l'État adoptant tiendra toutefois dûment compte de la nécessité de promouvoir l'uniformité de l'interprétation de la Loi type et de l'avantage qu'il y aurait à adopter des pratiques internationales modernes et généralement acceptables en ce qui concerne la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité.

11. Ainsi, afin d'obtenir un degré satisfaisant d'harmonisation et de sécurité juridique, les États s'efforceront peut-être d'apporter aussi peu de changements que possible au texte lorsqu'ils transposeront la Loi type dans leur système juridique. Une telle approche ne permettrait pas seulement de rendre la législation nationale aussi transparente et prévisible que possible pour les utilisateurs étrangers. Elle contribuerait également à renforcer la coopération entre les procédures d'insolvabilité, car les lois des différents États concernés seraient identiques ou très similaires, à réduire le coût de la procédure en la rendant plus efficace, et à promouvoir la cohérence et l'équité du traitement dans ce genre de procédures.

### C. Origine de la Loi type – travaux préparatoires et adoption

12. Après avoir présenté par oral une proposition concernant les travaux que la CNUDCI pourrait mener au sujet de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité à la Commission, à sa cinquante et unième session<sup>8</sup>, en 2018, l'Union européenne a soumis, au nom de ses États membres, une proposition formelle (A/CN.9/995) à la Commission à sa cinquante-deuxième session, en 2019, qui visait à harmoniser la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. La proposition soulignait que les lois types antérieures de la CNUDCI sur l'insolvabilité n'abordaient pas ce sujet et que les approches divergentes adoptées dans les pays nuisaient à la cohérence et à la prévisibilité dans les affaires d'insolvabilité internationale, ce qui se répercutait sur le commerce et les échanges. La Commission a reconnu l'importance du sujet et l'a renvoyé à un colloque, chargé d'élaborer des propositions concrètes<sup>9</sup>. À sa cinquante-quatrième session, en 2021, après avoir examiné le rapport du colloque<sup>10</sup>, la Commission est convenue de confier le sujet à son Groupe de travail V et d'arrêter ultérieurement la forme que prendraient ces travaux<sup>11</sup>.

13. Le Groupe de travail a examiné ce sujet de sa cinquante-neuvième à sa [...] session. Outre des États de toutes les régions et de systèmes économiques et juridiques différents, l'Union européenne et de nombreuses organisations intergouvernementales et non gouvernementales ont participé activement aux délibérations, soulignant ainsi l'importance mondiale du sujet.

14. Les négociations finales relatives à la Loi type ont eu lieu pendant la [...] session de la Commission, qui s'est tenue à [...] du [...] au [...]. [Commentaire à compléter en temps utile]

## Chapitre II. Objet du Guide pour l'incorporation

15. Le Guide pour l'incorporation a pour objet de fournir des informations générales et des explications sur la Loi type. Celles-ci sont destinées essentiellement à l'exécutif et aux législateurs préparant les révisions législatives nécessaires pour incorporer la Loi type, mais elles sont également utiles à ceux qui, comme les juges, sont chargés

<sup>8</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 17 (A/73/17), par. 251 et 253.

<sup>9</sup> Ibid., soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17), par. 204 à 206.

<sup>10</sup> A/CN.9/1060.

<sup>11</sup> Ibid., soixante-seizième session, Supplément n° 17 (A/76/17), par. 215 à 217.

d'interpréter et d'appliquer la législation incorporant la Loi type, et à d'autres utilisateurs du texte tels que les praticiens et les universitaires.

16. Le Guide se fonde sur les délibérations tenues et les décisions prises par le Groupe de travail sur les projets de dispositions législatives et, par la suite, sur le projet de loi type élaboré sur le sujet. Le projet de guide a été examiné par le Groupe de travail V de sa [...] à sa [...] session. La Commission a adopté le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité à sa [...] session [, de même que la Loi type].

*[L'interaction entre la Loi type et le présent Guide, d'une part, et le Guide législatif et les lois types antérieures de la CNUDCI sur l'insolvabilité (LTI, LTJI et LTIGE), d'autre part, sera expliquée plus en détail dans cette section une fois que le Groupe de travail aura réglé les questions en suspens y relatives (voir dans ce contexte les documents A/CN.9/1203, par. 48 et 76 à 80, A/CN.9/WG.V/WP.202, par. 17 et 18 et les projets d'articles pertinents contenus dans le document A/CN.9/WG.V/WP.204.)]*

## Chapitre III. Commentaires article par article

### Dispositions générales

#### Article premier. Champ d'application

##### *Généralités*

17. Le champ d'application de la Loi type est lié aux notions de « procédure d'insolvabilité » et d'« ouverture ». Selon les textes de la CNUDCI, une procédure est qualifiée de procédure d'insolvabilité si, tout à la fois : a) c'est une procédure collective (judiciaire ou administrative) ; b) elle est conduite conformément à une loi relative à l'insolvabilité (y compris une loi sur les sociétés) ; c) elle est soumise au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal (y compris dans le cas d'un débiteur non dessaisi) ; d) elle est engagée à l'égard d'un débiteur (personne physique ou morale) en difficulté financière ou insolvable ; et e) elle vise à liquider ou à redresser l'entreprise débitrice en tant qu'entité commerciale<sup>12</sup>.

18. Les « procédures d'insolvabilité » englobent : a) la « liquidation », à savoir la procédure visant à vendre des actifs et à en disposer afin d'en répartir le produit entre les créanciers conformément à la loi sur l'insolvabilité<sup>13</sup> ; b) le « redressement », à savoir le processus par lequel la viabilité et la prospérité financières de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies et l'entreprise peut continuer de fonctionner grâce au recours à différents moyens pouvant comprendre la remise ou le rééchelonnement des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité<sup>14</sup> ; c) la « procédure de redressement accélérée » – qui combine des négociations volontaires extrajudiciaires de restructuration et l'acceptation d'un plan, suivies d'une procédure accélérée menée conformément à la loi sur l'insolvabilité en vue de l'homologation de ce plan par le tribunal<sup>15</sup> ; d) la procédure d'insolvabilité simplifiée<sup>16</sup> ; et e) d'autres procédures, y compris les procédures provisoires, de restructuration, de cession d'entreprise préparées pendant la phase amiable puis homologuées par le tribunal pendant la phase de redressement ou de liquidation, et toute autre procédure dont le tribunal estime, au

<sup>12</sup> Voir le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 69 à 78 et 86, et les recommandations 15, 16, 112, 113, 284 à 286 et 294 du Guide législatif.

<sup>13</sup> Glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif, terme dd).

<sup>14</sup> Glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif, terme qq).

<sup>15</sup> Voir le texte sur l'objet des dispositions législatives précédant la recommandation 160 du Guide législatif ; et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 75.

<sup>16</sup> Guide législatif, cinquième partie.

cas par cas, qu'elle satisfait aux exigences cumulatives énoncées au paragraphe [17] ci-dessus<sup>17</sup>.

19. Les procédures qui ne répondent pas à ces exigences n'entrent pas dans le champ d'application de la Loi type. Par exemple, sont exclues une procédure de recouvrement de dettes ou de règlement judiciaire engagée par un créancier particulier ou un groupe particulier de créanciers, ou une procédure visant uniquement à réunir les actifs dans le cadre d'une procédure de liquidation ou de sauvegarde, sans prévoir de traiter les créances de tous les créanciers<sup>18</sup>. La procédure judiciaire ou administrative visant une entité solvable qui ne cherche pas à restructurer ses affaires financières mais plutôt à dissoudre son statut juridique est également exclue<sup>19</sup>. Les mesures ou accords d'arrangement financier pris par voie contractuelle par le débiteur et certains de ses créanciers concernant certaines dettes, si les négociations ne débouchent pas sur l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité menée en vertu de la loi sur l'insolvabilité, sortent aussi du champ d'application de la Loi type<sup>20</sup>. Sont en outre exclues les procédures qui visent uniquement à empêcher la dispersion et le gaspillage des actifs, plutôt qu'à liquider ou à redresser la masse de l'insolvabilité, ainsi que celles qui visent principalement à protéger les investisseurs, plutôt que l'ensemble des créanciers<sup>21</sup>.

#### *Paragraphe 1*

20. La Loi type prévoit des règles pour déterminer la loi qui régit : a) les aspects de la procédure d'insolvabilité qui ont trait à la compétence, à l'admissibilité et aux questions procédurales ; b) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et les créances antérieurs à l'ouverture de la procédure (c'est-à-dire la manière dont ces droits et créances seront traités dans le cadre de la procédure) ; et c) les droits, créances, actions et litiges postérieurs à l'ouverture de la procédure.

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

22. Parmi les questions couvertes par le point b) au paragraphe [20] ci-dessus figurent : la position relative des créances les unes par rapport aux autres (c'est-à-dire leur classement et leur priorité) ; l'annulation ; et les restrictions et modifications auxquelles les droits et créances antérieurs à l'ouverture de la procédure peuvent être soumis pour que soient atteints les objectifs collectifs de la procédure d'insolvabilité (par exemple, arrêt des poursuites<sup>22</sup> ou déclassement).

<sup>17</sup> En ce qui concerne les procédures provisoires, voir le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 79 et 80. En ce qui concerne les procédures de restructuration, voir le Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 11 relatif à l'article 2.

<sup>18</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 69.

<sup>19</sup> Guide pour l'incorporation de la LTJI, par. 22 ; et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 48 et 73.

<sup>20</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 78.

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

<sup>22</sup> « Arrêt des poursuites » : mesure qui empêche l'introduction, ou suspend la continuation, des actions individuelles, judiciaires, administratives ou autres, visant les actifs, les droits, les obligations ou les dettes du débiteur, y compris les actions visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers ou à la réaliser ; et qui empêche les mesures d'exécution contre les actifs de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, ainsi que le transfert des actifs ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces

23. Parmi les questions couvertes par le point c) au paragraphe [20] ci-dessus figurent : les droits et les créances découlant de l'utilisation et de la disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure et les mesures prises par le représentant de l'insolvabilité<sup>23</sup> ; la contestation d'un programme de liquidation, d'un plan de redressement ou d'une remise de dette ; et la détermination et l'autorisation des créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure.

#### *Paragraphe 2*

24. Comme indiqué au paragraphe 2 de l'article, la Loi type n'écarte pas les règles de droit international privé de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité qui déterminent la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances existant avant l'ouverture de la procédure. Pour déterminer cette loi, le tribunal qui contrôle ou surveille la procédure d'insolvabilité appliquera les règles de droit international privé généralement applicables de son État, y compris les conventions internationales ou autres accords en vigueur pour cet État. Cette approche se retrouve dans la recommandation 30 du Guide législatif. Par exemple, en règle générale, la loi régissant le contrat déterminera l'existence d'une créance contractuelle contre le débiteur et le montant de cette créance, tandis que la loi de l'État où sont situés les biens immeubles déterminera si, par exemple, une sûreté sur ces biens a été constituée. Toutefois, une procédure d'insolvabilité produit des effets sur les droits et créances antérieurs à son ouverture (voir les exemples au par. [22] ci-dessus)<sup>24</sup>. Ces effets sont régis par la loi déterminée conformément aux dispositions de la Loi type, en conséquence de quoi les règles de droit international privé généralement applicables ne s'appliquent pas à ces questions.

25. La Loi type ne prévoit pas de règles pour déterminer l'emplacement des actifs, des personnes ou des actes juridiques. Ces règles font partie des règles de droit international privé généralement applicables et se trouvent dans d'autres instruments<sup>25</sup>.

26. La Loi type ne prévoit pas non plus de règles de compétence. Si la compétence est pertinente pour les questions couvertes par la Loi type, en particulier s'agissant des dispositions à caractère international, elle est traitée dans d'autres textes<sup>26</sup>. Ainsi, le Guide législatif recommande que la loi sur l'insolvabilité spécifie quels débiteurs ont un lien suffisant avec l'État pour être soumis à ses dispositions, et il recommande

---

actifs ou droits ou d'autres actes de disposition de ces actifs ou droits (glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif, terme e)). L'arrêt des poursuites s'applique également au droit d'ouvrir ou de poursuivre une procédure arbitrale et de faire exécuter une sentence arbitrale.

<sup>23</sup> Le glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif définit le « représentant de l'insolvabilité » comme la personne ou l'organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l'insolvabilité (voir le terme rr)). Suivant le contexte, ce terme peut aussi désigner un « professionnel indépendant » : particulier ou entité possédant les qualifications requises, indépendant du débiteur, des créanciers et des autres parties intéressées, nommé par l'autorité compétente pour accomplir une ou plusieurs tâches liées à une procédure d'insolvabilité simplifiée, sous réserve de l'obtention des autorisations voulues concernant les exigences déontologiques, professionnelles et autres, ainsi que de l'absence de conflits d'intérêts (voir le glossaire figurant dans la cinquième partie du Guide législatif, terme j)).

<sup>24</sup> Pour des exemples d'instruments de la CNUDCI et d'autres instruments internationaux qui reconnaissent les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et créances antérieurs à l'ouverture de la procédure, voir par exemple les recommandations 3 et 88 du Guide législatif ; la recommandation 223 du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et le commentaire afférent à l'article 94 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières, dans le Guide pour l'incorporation de cette loi type (par. 500) ; ainsi que l'article 14.2 de la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires.

<sup>25</sup> Par exemple, les articles 90 et 91 de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières.

<sup>26</sup> Par exemple, l'article 14 g) de la LTJI et les paragraphes 110 à 115 du Guide pour l'incorporation de la LTJI.

en particulier de prévoir, parmi les motifs invoqués, le fait que le débiteur a soit le centre de ses intérêts principaux<sup>27</sup>, soit un établissement<sup>28</sup> dans cet État<sup>29</sup>.

27. De même, la Loi type ne prévoit pas de règles de répartition des actifs entre des procédures concurrentes. D'autres instruments peuvent aborder ces aspects.

### *Paragraphe 3*

28. La Loi type a vocation à s'appliquer à toute procédure d'insolvabilité répondant aux conditions énumérées au paragraphe [19] ci-dessus, quel que soit le secteur dans lequel la procédure d'insolvabilité intervient et quelles que soient les entités à l'égard desquelles elle est ouverte. De manière générale, les exceptions à l'application de la Loi type sont déconseillées. Néanmoins, le paragraphe 3 de l'article a été ajouté pour tenir compte du fait que certains États peuvent choisir d'exclure certaines procédures d'insolvabilité du champ d'application de la Loi type. Ces exclusions peuvent, par exemple, viser des entités soumises à un régime particulier en matière d'insolvabilité (par exemple, les institutions financières ou les entités de droit public), lequel peut prévoir des règles différentes pour déterminer la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. On a inclus ce paragraphe pour souligner que, pour des raisons de transparence, il convient de préciser clairement toute exclusion de ce type dans la législation. Le texte de ce paragraphe est placé entre crochets pour souligner que les exclusions de ce type ne s'imposent pas, surtout si l'on considère les règles particulières et les exceptions à l'application de la *lex fori concursus* envisagées par la Loi type. Ces exclusions ne sont pas nécessairement souhaitables, car elles peuvent avoir des conséquences négatives involontaires.

### *Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[Des références aux rapports de la CNUDCI et du Groupe de travail seront incluses en temps utile]

[A/CN.9/WG.V/WP.176](#), III. B

[A/CN.9/1088](#), par. 61 à 64 ; 68

[A/CN.9/WG.V/WP.179](#), II. B

[A/CN.9/1094](#), par. 68

[A/CN.9/WG.V/WP.183](#), II. B

[A/CN.9/1126](#), par. 60 à 62

[A/CN.9/WG.V/WP.187](#), II. B

[A/CN.9/1133](#), par. 22 à 26 ; 29 c) à f)

[A/CN.9/WG.V/WP.190](#), II, chap. II B

[A/CN.9/1163](#), par. 48 et 49

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. I B

[A/CN.9/1169](#), par. 85 à 87

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. I B

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. I B

<sup>27</sup> Pour l'explication de ce terme, voir les paragraphes 144 à 149 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI.

<sup>28</sup> Défini comme tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services (voir, par exemple, l'article 2 f) de la LTI).

<sup>29</sup> Voir la recommandation 10 et le commentaire correspondant. Une note de bas de page afférente à cette recommandation indique que d'autres motifs, tels que la présence d'actifs, sont utilisés dans certains États, mais ne sont pas recommandés dans le Guide législatif.

## Article 2. Définitions

29. De nombreux termes utilisés dans la Loi type ont été utilisés dans d'autres textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité. La Loi type introduit toutefois de nouvelles définitions, qui sont expliquées ci-dessous.

### *Lex fori concursus*

30. Le terme « *lex fori concursus* » désigne la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Aux fins de la Loi type, il devrait être interprété au sens large comme englobant non seulement la loi sur l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure, mais aussi d'autres lois de cet État pertinentes pour l'insolvabilité qui pourraient s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* à un cas particulier. La pertinence des lois autres que la loi sur l'insolvabilité sera appréciée au cas par cas. Parmi les exemples courants de telles lois, on peut citer : a) la loi qui traite des obligations et des responsabilités des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité en cas de procédure d'insolvabilité ; b) la loi qui traite des procédures de restructuration de la dette dans le cadre de mécanismes préalables à la procédure d'insolvabilité ; c) la loi sur les sûretés mobilières qui, entre autres questions pertinentes pour l'insolvabilité, prévoit le traitement d'un financement garanti antérieur à l'ouverture de la procédure dans le cadre d'une insolvabilité ultérieure ; d) le droit de la famille qui prévoit le traitement des actifs détenus conjointement dans une procédure d'insolvabilité visant des entrepreneurs individuels ; e) toute loi qui prévoit un traitement particulier pour certains actifs, comme les objets du patrimoine culturel, en cas d'insolvabilité ; f) le droit du travail qui prévoit le traitement et le classement des créances salariales en cas d'insolvabilité ; g) la législation fiscale et la législation sur la sécurité sociale qui prévoient le traitement et le classement des créances publiques ; et h) la loi sur les investissements étrangers qui impose des restrictions à la propriété étrangère de certains actifs ou aux activités dans certains secteurs de l'économie, ce qui peut être pertinent, par exemple, en cas de conversion de créances en prises de participation ou de cession totale (ou partielle) de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité.

31. Il est fait référence à la *lex fori concursus* tout au long de la Loi type, car il s'agit là de la loi principale qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets (voir le commentaire accompagnant l'article [5] ci-dessous). Les exceptions à la *lex fori concursus* sont limitées en nombre et clairement énoncées dans la Loi type, comme le recommande le Guide législatif (recommandation 34). La *lex fori concursus* peut également s'appliquer lorsque la loi d'un autre État qui, autrement, s'appliquerait ou pourrait s'appliquer selon la Loi type (par exemple, la *lex rei sitae* ou la loi applicable à un contrat de travail ou à un marché réglementé) n'est pas rendue applicable dans un cas donné (par exemple, en vertu d'une exception d'ordre public).

### *Lex rei sitae*

32. Le terme « *lex rei sitae* » désigne la loi sur l'insolvabilité de l'État où se trouve un actif. Pour les actifs soumis à inscription, tels que les navires ou les aéronefs, la *lex rei sitae* devrait être comprise comme étant la loi sur l'insolvabilité de l'État sous l'autorité ou la supervision duquel est tenu le registre dans lequel l'actif a été inscrit, en d'autres termes l'État à la réglementation duquel l'entité qui tient le registre soumet ses activités. Si l'entité qui tient le registre n'est pas sous supervision, la loi pertinente sera celle de l'État dans lequel le registre a son siège (*lex libri sitae*). [L'emplacement de l'actif ou du registre sera déterminé en fonction de la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité]<sup>30</sup>.

33. Des références à la *lex rei sitae* apparaissent tout au long de la Loi type et du présent Guide dans le contexte de [règles particulières visant à lutter contre toute

<sup>30</sup> Voir A/CN.9/1203, par. 47.

interférence injustifiée de la *lex fori concursus* avec les droits réels, tels que les sûretés]. (Pour la définition du terme « droits réels », voir le terme [d] de cet article.)

#### *Lex societatis*

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

35. Il n'existe pas d'approche uniforme quant à la manière de déterminer la *lex societatis*. Certains États appliquent le critère de la « constitution en société », selon lequel la loi de l'État dans lequel l'entité commerciale est constituée régit tous les aspects de la gouvernance de cette entité. D'autres appliquent le critère du « siège réel », selon lequel c'est la loi de l'État dans lequel l'entité commerciale a son siège « réel » (c'est-à-dire son centre de gestion et de contrôle) qui les régit. Le concept de « siège réel » n'est pas interprété de manière uniforme. Si les facteurs de rattachement utilisés pour déterminer la *lex societatis* peuvent se recouper avec ceux qui sont pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux (voir le commentaire relatif à l'article [5 t]) ci-dessous<sup>31</sup>, ils ne sont pas directement pertinents pour la Loi type. Ce terme n'est employé que pour traduire le principe selon lequel l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'aurait aucune incidence sur l'application de la *lex societatis* aux questions liées à la gouvernance interne du débiteur, sauf pour ce qui est des aspects très limités concernant les obligations des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité qui découlent de la loi sur l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure.

#### *Droits réels*

36. [Le résultat des discussions tenues par le Groupe de travail au sujet des articles 5 j) et 8 déterminera l'opportunité de définir les « droits réels » et, le cas échéant, la teneur de la définition et du commentaire l'accompagnant].

#### *Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[A/CN.9/WG.V/WP.179](#), II C1

[A/CN.9/1094](#), par. 69 et 70

[A/CN.9/WG.V/WP.183](#), II C

[A/CN.9/1126](#), par. 63 à 65

[A/CN.9/WG.V/WP.187](#), II C

[A/CN.9/1133](#), par. 29 g) et h)

[A/CN.9/WG.V/WP.190](#), II, chap. I C

[A/CN.9/1163](#), par. 50 à 54

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. I C

[A/CN.9/1169](#), par. [69] ; 88

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. I C

<sup>31</sup> Voir, par exemple, Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 145 à 147.

[A/CN.9/1198](#), par. 55 et 56

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. I C

[A/CN.9/1203](#), par. 32 ; 47

### Article 3. Obligations internationales du présent État

37. L'article 3, qui énonce le principe de la primauté des obligations internationales de l'État adoptant sur son droit interne, est inspiré de dispositions analogues contenues dans d'autres lois types élaborées par la CNUDCI (par exemple, l'article 3 de la LTI, de la LTJI et de la LTIGE). Dans la mesure où la législation interne transposant la Loi type entre en conflit avec les obligations qui lient un État adoptant du fait d'un traité ou d'un accord, ce sont généralement les dispositions dudit traité ou accord qui prévalent.

38. Les obligations juridiques contraignantes prescrites par des organisations régionales d'intégration économique pour leurs États membres peuvent être considérées au même titre que les obligations découlant d'un traité ou d'un accord international. Par ailleurs, cette disposition peut être adaptée dans la législation interne pour faire référence aux instruments internationaux contraignants conclus avec des entités non étatiques, lorsque ceux-ci s'appliquent à des questions relevant de la Loi type.

39. Lors de l'adoption de cet article, le législateur voudra peut-être envisager de prendre des mesures pour éviter une interprétation inutilement large des traités internationaux. Ainsi, on risque de donner la préséance à des traités qui traitent certes de questions qui se recoupent avec celles abordées dans la Loi type, mais ont vocation à résoudre des problèmes qui diffèrent de ceux auxquels la Loi type cherche à remédier. Certains de ces traités, du simple fait de l'imprécision ou du caractère général de leur libellé, peuvent être interprétés à tort comme traitant également de questions régies par la Loi type. Cela aurait pour conséquence de compromettre l'objectif de la Loi type, qui est d'assurer l'uniformité et de faciliter la coopération internationale pour les questions d'insolvabilité, et de réduire la sécurité juridique et la prévisibilité dans son application. Pour atténuer ce risque, l'État adoptant voudra peut-être disposer que, pour que l'article 3 prévale sur une disposition du droit interne, il doit exister un lien suffisant entre le traité concerné et la question régie par la disposition pertinente du droit interne. Une telle disposition éviterait de restreindre excessivement et involontairement les effets de la législation incorporant la Loi type. Toutefois, il ne convient pas de la formuler de manière tellement restrictive qu'elle exige que le traité en question porte spécifiquement ou exclusivement sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité<sup>32</sup>.

40. Dans certains États, les traités ou accords internationaux juridiquement contraignants sont directement applicables en droit interne. Dans les États où ce n'est pas le cas, il pourrait être inapproprié ou inutile d'adopter l'article 3, ou alors plus approprié de l'inclure, mais sous une forme modifiée.

#### *Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[A/CN.9/1094](#), par. 94

[A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#), IV A

[A/CN.9/1126](#), par. 54

<sup>32</sup> Voir par exemple la Convention du Cap et ses protocoles ainsi que la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739, p. 3). **À sa soixante et unième session, le Groupe de travail a demandé au secrétariat de rédiger un projet de commentaire accompagnant cette disposition qui mentionnerait notamment les traités pertinents, tels que la Convention du Cap et ses protocoles ainsi que la Convention de New York (A/CN.9/1126, par. 54).**

[A/CN.9/WG.V/WP.187](#), II D

[A/CN.9/1133](#), par. 29 i)

[A/CN.9/WG.V/WP.190](#), II, chap. I D

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. I D

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. I D

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. I D

[A/CN.9/1203](#), par. 53

#### Article 4. Interprétation

41. On trouve une disposition analogue à celle qui figure à l'article 4 dans un certain nombre de traités de droit privé (par exemple, à l'article 7-1 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)<sup>33</sup>. Il a été reconnu qu'une telle disposition était également utile dans les textes n'ayant pas caractère de traité, tels que les lois types, dans la mesure où il est dans l'intérêt d'un État incorporant une loi type que celle-ci fasse l'objet d'une interprétation harmonisée.

42. L'article 4 se fonde sur l'article 8 de la LTI, l'article 8 de la LTJI et l'article 7 de la LTIGE. On a jugé qu'il était essentiel d'inclure une telle disposition dans la Loi type dans la mesure où l'application de cette dernière peut exiger l'application d'une loi étrangère, avec la nécessité qui en découle de déterminer et de vérifier celle-ci et de prendre en compte des cultures, systèmes et concepts juridiques étrangers. Dans de telles situations, on peut avoir tendance à s'appuyer indûment sur les concepts et règles locaux. Il convient d'éviter ce genre de tendances si l'on souhaite parvenir à une interprétation et une application uniformes de la Loi type. Lorsqu'une question concernant une matière régie par la Loi type n'y est pas expressément tranchée, il convient de la trancher conformément aux principes généraux dont s'inspire le texte. Le cas échéant, on peut appliquer des règles juridiques analogues pour produire les effets recherchés par la Loi type.

43. L'interprétation harmonisée de la Loi type est facilitée par le système d'information connu sous l'acronyme CLOUT (Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI), dans le cadre duquel le secrétariat de la CNUDCI publie des sommaires de décisions judiciaires (et, le cas échéant, de sentences arbitrales) qui interprètent les conventions et les lois types élaborées par la CNUDCI. (Pour de plus amples informations sur ce système, voir le chapitre IV du présent Guide.)

44. Dans la Loi type et le Guide : la conjonction « ou » ne prétend pas être exclusive ; le singulier inclut le pluriel ; les mots « inclure », « comprendre », « tel que », « par exemple », « notamment » et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives ; l'auxiliaire « peut » ou « peuvent » laisse aux tribunaux la possibilité d'appliquer une loi particulière dans les cas appropriés, l'auxiliaire « devrait » ou « devraient » exprime une présomption en faveur de l'application d'une loi particulière mais permet de s'en écarter, et l'auxiliaire « doit » ou « doivent » impose une règle impérative ; et le terme « personnes » devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales.

45. En outre, il convient d'interpréter les références faites à la loi d'un autre État dans la Loi type comme renvoyant uniquement au droit matériel interne de cet État, et non à ses règles de droit international privé, ce qui signifie que le renvoi n'est pas envisagé. Cette approche, qui est conforme aux approches adoptées dans d'autres textes internationaux<sup>34</sup>, promeut la sécurité juridique. Ces références n'englobent pas

<sup>33</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

<sup>34</sup> Voir, par exemple, les références à la « loi interne » dans les articles 5, 6 et 11 de la Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

non plus le droit public de l'État étranger, c'est-à-dire le droit régissant l'exercice des pouvoirs souverains. Le tribunal peut toutefois s'occuper du traitement et du classement des créances publiques étrangères (par exemple, les créances fiscales et de sécurité sociale)<sup>35</sup>. Par ailleurs, ces références ne s'étendent pas non plus au droit procédural étranger, puisque les tribunaux appliquent leur propre droit procédural et ignorent les règles qu'ils qualifient de procédurales. Certaines questions (par exemple la compensation (set-off) ou le délai de prescription) peuvent être qualifiées différemment d'un système juridique à l'autre. Le tribunal fait la distinction entre les questions matérielles et les questions procédurales conformément à la loi de son État, par exemple la *lex fori concursus* dans la procédure d'insolvabilité.

*Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#), IV B

[A/CN.9/1126](#), par. 55

[A/CN.9/WG.V/WP.187](#), II. F

[A/CN.9/WG.V/WP.190](#), II, chap. I F

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. I E

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. I E

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. I E

## **Loi régissant l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité nationale et ses effets**

46. Le chapitre II de la Loi type propose aux États des règles de droit international privé pour déterminer la loi régissant l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité nationale et ses effets. Ces règles font souvent défaut, ce qui est source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité, en particulier lorsque la procédure d'insolvabilité comporte un facteur d'extranéité. Ces facteurs peuvent notamment être les suivants : a) des actifs de la masse de l'insolvabilité situés à l'étranger ; b) des créanciers ou d'autres parties intéressées se trouvant dans un État étranger ; c) un déplacement du centre des intérêts principaux d'un État à un autre ; ou d) des procédures locales et étrangères concurrentes visant le même débiteur ou un groupe d'entreprises.

47. Le chapitre II cherche à remédier à ces problèmes : a) en précisant la règle supplétive (*lex fori concursus*) et les exceptions à cette règle ; b) en permettant aux tribunaux de s'en remettre à la loi étrangère lorsque cela est nécessaire, par exemple pour obtenir des mesures à l'appui d'une procédure nationale – telles que la remise d'actifs situés à l'étranger à la masse de l'insolvabilité administrée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité nationale ou le pouvoir accordé au représentant de l'insolvabilité d'engager une action en annulation à l'étranger ; et c) en promouvant la coordination des procédures parallèles ou en les empêchant.

48. Le chapitre II ne traite pas de la reconnaissance d'une procédure étrangère dans l'État requis. Ces questions sont couvertes au chapitre III de la Loi type. Néanmoins, le chapitre II est pertinent dans ce contexte, car il facilite la reconnaissance et l'imposition des effets de la *lex fori concursus* et des autres lois appliquées dans l'État d'origine. En outre, il fournit des règles relatives aux lois applicables dans les procédures d'insolvabilité sur lesquelles les tribunaux de l'État requis peuvent s'appuyer au moment d'examiner des demandes de mesures émanant de tribunaux étrangers.

<sup>35</sup> Voir, par exemple, l'article 13-2 de la LTI et sa note de bas de page b, ainsi que le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 119 et 120.

49. [Les dispositions du chapitre II s'appliquent indépendamment du fait que la procédure nationale soit : a) une procédure principale (ouverte au centre des intérêts principaux), b) une procédure non principale (ouverte au lieu où se trouve un établissement), ou c) un autre type de procédure (ouverte à l'endroit où se trouvent les actifs, en l'absence de centre des intérêts principaux ou d'établissement)]<sup>36</sup>. Souvent, les tribunaux n'ont pas besoin de qualifier la procédure à l'ouverture, même si certains États l'exigent. Cette qualification devient généralement nécessaire lorsqu'il s'agit d'obtenir une reconnaissance à l'étranger ou de coordonner la procédure avec des procédures étrangères concurrentes.

#### **Article 5. *Lex fori concursus***

50. L'article 5 applique la *lex fori concursus* à tous les aspects ayant trait à l'ouverture, au déroulement, à l'administration et à la clôture de la procédure d'insolvabilité. Il s'agit notamment : a) des questions procédurales (par exemple, notifications, réunions, quorum, règles de vote, délais pour la déclaration des créances) ; et b) des droits, obligations et créances postérieurs à l'ouverture de la procédure (par exemple actions à l'encontre du représentant de l'insolvabilité, financement postérieur à l'ouverture de la procédure, réalisation des actifs, répartition du produit). Certaines questions – telles que la compensation (set-off) ou le délai de prescription – peuvent être qualifiées de procédurales dans certains États et de matérielles dans d'autres. Le tribunal détermine leur qualification conformément à la loi de son État, par exemple la *lex fori concursus*.

51. Sous réserve des règles particulières contenues aux articles 6 à 9, des exceptions de l'article 10 et des dispositions relatives à la coopération internationale de l'article 11 de la Loi type, l'article 5 étend également l'application de la *lex fori concursus* aux effets de la procédure d'insolvabilité. Parmi ces effets, on mentionnera un arrêt des poursuites, l'annulation ou le déclassement des créances, l'invalidation ou la suspension de l'exécution de certaines clauses contractuelles (par exemple, les clauses *ipso facto* (voir la recommandation 70 du Guide législatif), la compensation (set-off), un régime d'insolvabilité pour le traitement des contrats, y compris leur cession, nonobstant les restrictions contractuelles (voir la recommandation 83 du Guide législatif), et la vente d'actifs libres de toutes charges (voir les recommandations 52 à 62 du Guide législatif).

52. L'article 5 fournit une liste indicative des aspects régis par la *lex fori concursus*. Certains, comme la compétence et les critères d'ouverture (al. a) et b)), relèvent toujours de cette loi. D'autres, comme l'annulation, la compensation (set-off) et les [créanciers garantis] [droits réels] (al. g), i) et j) respectivement), font l'objet de règles particulières aux articles 6 à 9 de la Loi type, ou peuvent être soumis à une loi étrangère en vertu de l'article 11 de la Loi type, de manière à faciliter la coopération internationale. Chaque élément énuméré à l'article 5 est expliqué ci-dessous, avec des renvois aux dispositions correspondantes.

#### **a) Identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet de la procédure d'insolvabilité**

53. Ce point a trait aux questions d'admissibilité et de compétence ainsi qu'aux questions connexes, notamment celle de savoir quels débiteurs ont un lien suffisant avec l'État pour être soumis à sa loi sur l'insolvabilité et quel régime d'insolvabilité (général ou simplifié, par exemple) s'applique au débiteur en fonction de facteurs tels que le secteur, l'entreprise, l'endettement ou d'autres critères.

<sup>36</sup> Les avis ont divergé quant à la portée que l'on envisageait de donner au chapitre II du projet (voir A/CN.9/1203, par. 43).

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

54. Ce point traite des critères d'ouverture – critères du bilan, des flux de trésorerie ou autres. Il couvre aussi : i) les circonstances dans lesquelles il est possible d'ouvrir telle ou telle procédure d'insolvabilité ; ii) qui peut demander l'ouverture (le débiteur, les créanciers ou d'autres parties) ; iii) les exigences procédurales applicables aux demandeurs (par exemple, nombre ou valeur des créances des créanciers) ; iv) les motifs de rejet de la demande ou d'abandon de la procédure ; et v) les règles relatives à la notification de la demande et de l'ouverture. Ce point peut également être pertinent dans le cas de figure où les actifs du débiteur sont insuffisants pour couvrir les coûts d'administration de la procédure d'insolvabilité, y compris le point de savoir si la demande sera rejetée ou si d'autres mécanismes de financement seront utilisés.

**c) Constitution et étendue de la masse de l'insolvabilité**

55. Ce point couvre les actifs du débiteur inclus dans la masse de l'insolvabilité, la date de constitution de la masse de l'insolvabilité et le traitement des actifs postérieurs à l'ouverture de la procédure (par exemple, nouvellement acquis ou recouvrés grâce à une action en annulation). Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* au titre du présent point, notamment le droit des biens, le droit des sûretés, le droit de la famille, le droit de la procédure civile, le droit de la responsabilité délictuelle et le droit des droits humains. Elles peuvent porter sur la caractérisation des actifs (corporels ou incorporels, meubles ou immeubles), les droits de propriété et autres droits réels, ainsi que sur le traitement des actifs grevés<sup>37</sup>, des actifs appartenant à des tiers, des actifs détenus conjointement et des actifs étrangers.

56. Ce point est étroitement lié au point j), car les actifs grevés peuvent ou non faire partie de la masse de l'insolvabilité, et à l'article 3 sur la primauté des obligations internationales, car les régimes conventionnels peuvent déterminer si un actif est inclus dans la masse de l'insolvabilité et, en cas de procédures concurrentes, dans quelle procédure d'insolvabilité cet actif devrait être administré.

**d) Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité, y compris application d'un arrêt des poursuites, ainsi que portée, durée, modification et levée de l'arrêt des poursuites lorsque celui-ci s'applique**

57. Ce point couvre les mesures de protection et de préservation de la masse de l'insolvabilité, y compris les mesures provisoires et celles prises à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (par exemple, arrêt des poursuites, régime de dessaisissement total ou partiel ou de non-dessaisissement du débiteur). Il s'agit notamment des types de mesures pouvant être imposées, des conditions d'imposition de ces mesures, de leur durée et leur portée, ainsi que des motifs et des procédures pour demander et accorder un aménagement de ces mesures et d'autres protections.

58. Ce point mentionne expressément l'arrêt des poursuites, qui est défini dans le Guide législatif comme étant 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

<sup>37</sup> Dans le Guide législatif, un « actif grevé » est défini comme un actif sur lequel un créancier a une sûreté réelle (voir le glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif, terme a)). Une « sûreté réelle » est définie comme un droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations (ibid., terme ss)).

droits ou d'autres actes de disposition de ces actifs ou droits. Les types d'actions individuelles mentionnées dans cette définition englobent aussi bien les actions engagées devant une juridiction étatique que celles engagées devant un tribunal arbitral. Les incidences de telles actions sur la masse de l'insolvabilité – en termes de créances, d'éléments de passif, d'éléments d'actif et de coûts – et le fait que ces incidences seraient évaluées et gérées par le représentant de l'insolvabilité et le tribunal en charge de la procédure d'insolvabilité, justifient que la *lex fori concursus* soit la loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur ces actions. Ce raisonnement concorde avec les autres points de cet article et avec l'objectif de la Loi type, qui consiste à empêcher que d'autres lois n'interfèrent inutilement avec l'administration de la procédure d'insolvabilité<sup>38</sup>.

59. En même temps, compte tenu des particularités de l'arbitrage, il ne sera peut-être pas toujours possible d'étendre les effets de la *lex fori concursus* aux procédures arbitrales (par exemple, la suspension d'une procédure arbitrale menée dans un État autre que l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité). Toutefois, dans certains États, une sentence arbitrale issue d'une procédure ouverte ou poursuivie en dépit des effets obligatoires de la *lex fori concursus*, tels qu'un arrêt des poursuites, peut être considérée comme nulle. Dans d'autres États, une telle sentence peut être annulée par une juridiction étatique, notamment si celle-ci constate que la sentence est contraire à l'ordre public de son État. Dans d'autres États encore, il est possible de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une telle sentence. Les motifs susceptibles de justifier un refus de reconnaissance et d'exécution sont prévus dans la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (« New York, 1958 »)<sup>39</sup> (la « Convention de New York »)<sup>40</sup>.

#### e) Utilisation et disposition des actifs

60. Ce point couvre : a) les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrôle de l'entreprise par le débiteur, y compris le dessaisissement total ou partiel ou le non-dessaisissement du débiteur ; ii) les conditions et les limites auxquelles sont soumises l'utilisation et la disposition des actifs (par exemple, notifications aux créanciers, approbation du tribunal) ; iii) le traitement du financement antérieur et postérieur à l'ouverture de la procédure, des opérations non autorisées et des opérations réalisées avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur après l'ouverture de la procédure, ainsi que le fondement de l'action en justice contre une contrepartie à une opération non autorisée ; et iv) des notions telles que le « cours normal des affaires », les « personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ».

61. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* au titre du présent point, notamment : i) le droit de la famille, qui peut s'appliquer à l'utilisation et à la disposition des actifs qui appartiennent conjointement au débiteur (entrepreneur individuel) et à des membres de sa famille ; ii) les lois interdisant ou limitant la propriété étrangère dans certains secteurs de l'économie, qui déterminent si la cession d'actifs à des étrangers est autorisée et, dans l'affirmative, sous quelles conditions ; iii) le droit des sûretés, qui peut s'appliquer à l'utilisation et à la disposition des actifs grevés et aux méthodes de vente de ceux-ci ;

<sup>38</sup> À la soixante-sixième session du Groupe de travail, il a été suggéré d'étoffer ce commentaire pour y mentionner les aspects relatifs aux procédures judiciaires et à la médiation et pour expliquer que l'instrument accordait le même traitement à tous les mécanismes de règlement des différends (A/CN.9/1203, par. 56). Le secrétariat note que, tel qu'il est rédigé, le texte couvre déjà les procédures judiciaires. Pour ce qui est de la médiation, le Groupe de travail n'a pas encore examiné ce mécanisme de règlement des différends et souhaitera peut-être le faire à sa soixante-septième session. Les résultats de cette discussion se répercuteront sur le contenu de ce paragraphe et d'autres paragraphes du projet de guide.

<sup>39</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739, p. 3. Disponible également à l'adresse suivante : [https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards](https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards).

<sup>40</sup> À la soixante-sixième session du Groupe de travail, il a été proposé de recommander expressément aux États, dans le commentaire, d'imposer une suspension des procédures en cours, à titre de question de fond en matière de droit de l'insolvabilité (A/CN.9/1203, par. 63). Le Groupe de travail n'a pas accepté cette proposition à ce jour.

iv) le droit de l'environnement et d'autres lois, qui peuvent traiter des conditions de renonciation aux actifs (par exemple, ceux qui représentent un danger pour l'environnement ou pour la santé et la sécurité publiques) et mentionner les personnes fondées à revendiquer les actifs en question ; et v) le droit du patrimoine culturel, qui peut exiger qu'un traitement particulier soit accordé aux actifs protégés par ce droit.

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

62. Ce point couvre des questions telles que la nature et la forme du plan de redressement ; le moment où il doit être proposé ; les parties autorisées à établir un tel plan ; son contenu ; son approbation par les créanciers ; le traitement des créanciers opposants ; le point de savoir si le plan doit être homologué par le tribunal ; les effets du plan ; et son exécution.

63. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* au titre du présent point, par exemple : i) à la conversion de créances en prises de participation ; ii) à la participation des salariés et des syndicats à l'élaboration d'un plan de redressement ; iii) aux investissements étrangers et au contrôle des changes ; et iv) à la protection des informations confidentielles ou sensibles sur le plan commercial<sup>41</sup>.

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

64. Ce point couvre i) les types d'opérations qui peuvent être annulés et ceux qui échappent à l'application des dispositions d'annulation ; ii) les critères d'annulation, y compris les éléments à prouver et les moyens de défense ; iii) la durée de la période suspecte et la date à partir de laquelle elle est calculée rétroactivement ; iv) les personnes habilitées à engager une action en annulation et les conditions dans lesquelles elles peuvent le faire ; v) le financement des actions en annulation, y compris l'admissibilité d'un financement par des tiers et les conditions et garanties relatives à l'obtention d'un tel financement ; vi) les effets de l'annulation ; vii) la responsabilité de la contrepartie à l'opération annulable et les voies de droit en cas de manquement ; et viii) le point de savoir s'il est permis de recourir à l'annulation en cas de conversion de la procédure et, dans l'affirmative, la portée de cette annulation et les opérations qui sont susceptibles d'être annulées ainsi que les opérations qui échappent à l'application des dispositions d'annulation dans ces cas. Dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, l'« annulation » désigne les mesures prises conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui permettent d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant une procédure d'insolvabilité et de recouvrer l'un quelconque des actifs transférés ou sa valeur dans l'intérêt collectif des créanciers<sup>42</sup>.

65. La Loi type prévoit une exception à la *lex fori concursus* en ce qui concerne l'annulation des paiements ou opérations qui ont été effectués dans un système ou sur un marché réglementé (voir l'article [10-2]). Dans ces cas, l'annulation est régie par la loi applicable à ces systèmes ou à ces marchés, comme les autres questions concernant ces systèmes et marchés qui relèvent de la même exception à la *lex fori concursus*.

66. En revanche, bien que la plupart des autres aspects liés aux contrats ou relations de travail (par exemple, leur rejet ou leur poursuite) relèvent de la loi applicable au contrat ou à la relation en tant qu'exception à la *lex fori concursus* (voir l'article [10-1]), cette dernière reste la loi qui régit l'annulation en rapport avec les contrats ou les relations de travail, par exemple l'annulation d'une rémunération

<sup>41</sup> Le droit général des contrats et donc des règles qui n'entrent pas dans le champ d'application de la Loi type peuvent s'appliquer à l'exécution du plan de redressement dans les États qui prévoient la clôture de la procédure d'insolvabilité après l'approbation (ou l'homologation, le cas échéant) du plan.

<sup>42</sup> Voir le glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif, terme y) ; et le glossaire figurant dans la cinquième partie du Guide législatif, terme d).

déraisonnable négociée dans le cadre de la modification d'un contrat de travail avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

67. [De la même manière, aucune exception à la *lex fori concursus* n'est prévue pour l'annulation concernant les accords de compensation (netting) avec déchéance du terme (voir l'article [10-3]), bien que d'autres aspects relatifs à ce type d'accords relèvent de la loi applicable à ces accords en tant qu'exception à la *lex fori concursus*.]

68. L'article [6] de la Loi type énonce des règles particulières relatives à la loi applicable à l'annulation. Il prévoit que le tribunal [peut] [devrait] [doit] appliquer, au lieu de la *lex fori concursus*, la loi sur l'insolvabilité de l'État où se situait le centre des intérêts principaux du débiteur au moment de la conclusion de l'opération donnant lieu à l'action en annulation, à condition qu'il soit nécessaire de s'en remettre à cette loi pour protéger les intérêts légitimes des parties à l'opération.

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

69. Ce point couvre : i) la qualification des contrats ; ii) le traitement à accorder aux contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont encore entièrement acquittés de leurs obligations respectives, en particulier le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de décider de poursuivre l'exécution de ces contrats, de les rejeter ou de les céder, le moment où ces décisions devraient être prises et le moment à partir duquel le rejet prendra effet rétroactivement ; iii) la question de savoir si les dispositions de la loi sur l'insolvabilité écartent les clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme automatique (également connues sous le nom de « clauses *ipso facto* »), y compris dans les contrats de travail, ou si ces clauses continuent d'être régies par le droit général des contrats ou par le droit du travail et, dans le cas où les dispositions de la loi sur l'insolvabilité les écartent, le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de rétablir des contrats qui ont résiliés juste avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans le but de les soustraire à l'application de ces dispositions de la loi sur l'insolvabilité ; iv) les exceptions aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité visés aux points ii) et iii) ci-dessus ; v) le traitement des contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure[ ; et vi) le traitement des conventions d'arbitrage]<sup>43</sup>.

70. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* au titre de ce point, y compris les traités liant l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Elles peuvent être pertinentes, par exemple, pour : la qualification des contrats ; le calcul des dommages-intérêts ; le traitement des marchés publics [ ; et le traitement des conventions d'arbitrage]<sup>44</sup>.

71. Selon la Loi type, la *lex fori concursus* ne détermine pas le traitement de certains types de contrats dans la procédure d'insolvabilité (par exemple, les contrats établis dans les systèmes ou marchés visés par l'exception prévue à l'article 10-2), ni le traitement de la plupart des aspects liés aux contrats de travail (par exemple, le rejet ou la continuation de ces contrats, mais pas nécessairement les clauses *ipso facto* et l'annulation) et aux accords de compensation (netting) avec déchéance du terme [(à l'exception de l'annulation)] dans la procédure d'insolvabilité. (Pour les aspects relatifs à l'annulation, voir le point précédent.)

<sup>43</sup> Aux soixante-cinquième et soixante-sixième sessions du Groupe de travail, les avis ont divergé quant à savoir s'il fallait conserver ce sous-point dans cette liste indicative. Le Groupe de travail est convenu d'examiner cette question plus avant à sa session suivante (A/CN.9/1198, par. 54 et A/CN.9/1203, par. 67). Il a été noté que l'examen de ces références soulevait des considérations différentes de celles qui avaient trait à une suspension de la procédure arbitrale (A/CN.9/1203, par. 67).

<sup>44</sup> Ibid.

**i) Traitement de la compensation (set-off)**

72. Ce point couvre uniquement la manière dont les créanciers qui ont des droits à compensation sont traités dans une procédure d'insolvabilité (par exemple, en tant que créanciers garantis ou autrement). Il ne couvre pas, par exemple, la constitution, la validité et l'opposabilité des droits à compensation, ni la loi applicable dans ce contexte<sup>45</sup>.

73. Le régime de compensation découlant de ce point est d'application impérative et prévaut sur tout accord de compensation dont les parties seraient convenues par voie contractuelle. Le terme « traitement » employé dans ce point vise à exprimer cette interprétation. Dans la Loi type, la *lex fori concursus* détermine si la compensation<sup>46</sup> est autorisée dans la procédure d'insolvabilité et, dans l'affirmative, à l'égard de quelles obligations et sous quelles conditions, en particulier : i) si elle est autorisée uniquement à l'égard des obligations monétaires nées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et échues avant l'ouverture de la procédure ou également à l'égard de celles qui viendraient à échéance après ; ii) si les obligations soumises à compensation doivent naître d'un contrat unique ou peuvent naître de contrats multiples ou d'obligations connexes (c'est-à-dire qu'elles ne sont pas nécessairement réciproques ou liées entre elles) ; et iii) si l'arrêt des poursuites s'applique à l'exercice des droits à compensation ou si la compensation s'effectue automatiquement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Ce point couvre également le traitement de la compensation des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

74. Ce point est étroitement lié à d'autres points énumérés dans cet article, à savoir : le point d) sur la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité ; le point g) sur l'annulation ; le point h) sur le traitement des contrats ; et le point n) sur le traitement des créances. Il est également lié aux exceptions à la *lex fori concursus* énoncées à l'article [10, paragraphes 2 et 3]. En vertu de ces exceptions, les effets d'une procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations de compensation dans les systèmes et sur les marchés couverts sont régis par la loi applicable à ces systèmes et marchés, et les effets d'une procédure d'insolvabilité sur les accords de compensation (netting) avec déchéance du terme se rapportant aux contrats financiers éligibles en dehors des systèmes et marchés couverts sont régis par la loi applicable à ces accords.

75. Le tribunal de l'État adoptant [peut] [devrait] [doit] se prévaloir des règles particulières énoncées à l'article [7] de la présente Loi type. [*À compléter une fois que le Groupe de travail se sera entendu au sujet de la teneur de l'article 7.*]

**j) [Traitement des créanciers garantis, sous réserve d'une protection adéquate]  
[Traitement des droits réels à l'égard des actifs du débiteur, sous réserve d'une protection adéquate]**

[*À compléter une fois que le Groupe de travail se sera entendu au sujet de la teneur de ce point et de l'article 8.*]

**k) Droits et obligations du débiteur**

76. Ce point couvre des questions telles que : i) le point de savoir si un régime de non-dessaisissement ou de dessaisissement total ou partiel du débiteur sera mis en place dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ; ii) les droits et obligations du débiteur, y compris de ses administrateurs, dans chacun de ces régimes et dans un cas particulier ; et iii) les conditions de conversion d'un régime à l'autre. Ce point est lié au point e), qui traite de l'utilisation et de la disposition des actifs, et dans ce contexte

<sup>45</sup> A/CN.9/1203, par. 51.

<sup>46</sup> La compensation (set-off) est définie dans le Guide législatif comme l'« opération dans laquelle une créance monétaire d'une partie est annulée partiellement ou totalement par une créance monétaire de l'autre partie sur la première » (voir le glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif, terme i)).

à la définition de l'expression « cours normal des affaires » et au traitement des opérations non autorisées.

77. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* au titre du présent point, en particulier si le débiteur est une personne physique. Il peut s'agir d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qui lient l'État adoptant (par exemple, en ce qui concerne la liberté de circulation et le droit à la vie privée), de règles de protection des données et du droit de la procédure civile et pénale (par exemple en ce qui concerne les ordonnances de divulgation, d'audition, de perquisition et de saisie concernant le débiteur et ses actifs). Des traités, notamment sur l'entraide judiciaire, la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (la « Convention Notification ») et la Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (la « Convention Preuves »), ainsi que d'autres instruments internationaux qui lient l'État adoptant, peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* pour tout acte accompli à l'égard du débiteur, de ses actifs ou de ses documents commerciaux situés à l'étranger.

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

78. Ce point couvre, outre les devoirs et les fonctions du représentant de l'insolvabilité en général et dans des cas particuliers : i) les conditions et mécanismes de sélection, de nomination, de révocation et de remplacement du représentant de l'insolvabilité, y compris lorsqu'il est nommé à titre provisoire ; ii) la rémunération des services fournis par le représentant de l'insolvabilité ; iii) la surveillance exercée par le tribunal et les créanciers ; et iv) la responsabilité du représentant de l'insolvabilité.

79. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer au titre du présent point, par exemple certaines normes et réglementations professionnelles. La Convention Notification ou la Convention Preuves, les cadres d'entraide judiciaire et autres cadres internationaux qui lient l'État adoptant peuvent s'appliquer à l'exercice des pouvoirs du représentant de l'insolvabilité à l'étranger (par exemple, celui de représenter la procédure à l'étranger ou d'agir dans un autre État en ce qui concerne un jugement lié à l'insolvabilité).

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

80. Ce point couvre les mécanismes et le degré de participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité, en particulier: i) la question de savoir si et, dans l'affirmative, à quel moment il convient de convoquer des assemblées de créanciers ou de créer un comité des créanciers ; ii) le rôle de ces instances dans la surveillance de la procédure d'insolvabilité ; iii) la qualité pour participer à ces instances ; iv) les questions qui nécessiteraient l'approbation des créanciers ; v) la fixation de seuils pour l'approbation ; et vi) les mécanismes pour obtenir l'approbation et s'assurer qu'elle a bien été obtenue. Dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, les « créanciers » sont les personnes physiques ou morales qui ont contre le débiteur une créance née au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou avant<sup>47</sup>, et le « comité des créanciers » est l'organe représentatif des créanciers dont les membres sont désignés conformément à la loi sur l'insolvabilité et qui est doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans ladite loi<sup>48</sup>. En règle générale, le terme « créanciers » désigne à la fois les créanciers de l'État du for et les créanciers étrangers<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Ibid., terme s).

<sup>48</sup> Ibid., terme h).

<sup>49</sup> Ibid., par. 10.

81. Ce point est étroitement lié aux deux points précédents, qui traitent des droits et obligations du débiteur et des devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité<sup>50</sup>. Il est également lié au point suivant, qui porte sur le traitement des créances<sup>51</sup>.

**n) Traitement des créances**

82. Ce point couvre : i) les créanciers qui doivent déclarer leurs créances (par exemple, le point de savoir si les créanciers garantis sont tenus de le faire), les types de créances à déclarer, et les créances exclues ou faisant l'objet d'un traitement particulier (par exemple, les créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur) ; ii) la procédure de déclaration, de vérification et d'admission des créances, y compris les délais correspondants, l'autorité compétente pour recevoir les créances et les formalités de déclaration des créances étrangères<sup>52</sup> ; iii) les conséquences du défaut de déclaration ; iv) l'évaluation des créances ; v) le traitement des créances contestées ; vi) les effets de la déclaration et de l'admission ; vii) les recours contre les décisions (par exemple, de rejet ou de traitement particulier) ; viii) les créances postérieures à l'ouverture de la procédure ; ix) le traitement des créances en cas de conversion ; x) le cours et le paiement des intérêts ; et xi) la prise d'engagements concernant des créances qui pourraient autrement être déclarées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État, y compris la question de savoir si le représentant de l'insolvabilité est autorisé à prendre de tels engagements et, dans l'affirmative, à l'égard de quelles créances, sous quelles conditions et selon quelles exigences (par exemple, la forme, la langue, l'approbation, le contrôle et l'exécution). Nonobstant l'exception à la *lex fori concursus* qui s'applique aux contrats et aux relations de travail dans la Loi type, la *lex fori concursus* détermine le statut et le traitement des créances salariales et régleme les engagements pouvant être pris à leur égard.

83. Dans une procédure d'insolvabilité, la « créance » désigne un droit à paiement sur la masse du débiteur, qu'il naisse d'une dette, d'un contrat ou d'un autre type d'obligation juridique, qu'il soit d'un montant déterminé ou indéterminé, échu ou non échu, contesté ou non contesté, garanti ou non garanti, certain ou conditionnel. Certains pays considèrent la possibilité ou le droit, lorsque la loi applicable le permet, de recouvrer des actifs auprès du débiteur comme une créance<sup>53</sup>.

84. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* au titre de ce point, comme le droit des sûretés en ce qui concerne le traitement des créances garanties ou le droit pénal en ce qui concerne le traitement des fausses créances. Des conventions internationales (par exemple, la Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers), ainsi que d'autres instruments qui lient l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent aussi s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* à la déclaration, à la vérification et à l'admission des créances étrangères. Des règles particulières peuvent s'appliquer au traitement des créances publiques (étrangères)<sup>54</sup> et des créances résultant de sentences arbitrales<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Pour la description du rôle des créanciers et des comités de créanciers, y compris dans la surveillance du débiteur non dessaisi et du représentant de l'insolvabilité, voir par exemple les recommandations 126 à 136 du Guide législatif et le commentaire qui les accompagne.

<sup>51</sup> Les créanciers peuvent être en mesure d'exercer certaines fonctions dans la procédure d'insolvabilité (par exemple, la participation aux assemblées de créanciers) après avoir déclaré leurs créances, tandis que l'exercice d'autres fonctions (par exemple, l'approbation d'un plan de redressement) peut être subordonné à la vérification et à l'admission des créances. Voir, par exemple, les recommandations 169 à 184 du Guide législatif et le commentaire qui les accompagne.

<sup>52</sup> Voir les articles 13 et 14 de la LTI et le commentaire correspondant aux paragraphes 118 à 126 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI.

<sup>53</sup> Voir le glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif, terme n).

<sup>54</sup> Voir l'article 13-2 de la LTI et la note de bas de page correspondante et le commentaire figurant au par. 120 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI.

<sup>55</sup> Dans la plupart des États, c'est la Convention de New York qui s'appliquera dans ce contexte.

85. Ce point est lié au point g) sur l'annulation, au point i) sur la compensation (set-off), au point j) sur les [créanciers garantis] [droits réels] et aux articles 6 à 8 de la Loi type. Il est également lié au point f) relatif au plan de redressement, qui traite généralement les créances des créanciers, et peut stipuler la loi applicable à leur traitement.

**o) Classement des créances**

86. Ce point couvre : i) l'ordre dans lequel les créances seront remboursées sur la masse de l'insolvabilité, y compris les créances du représentant de l'insolvabilité, les créances postérieures à l'ouverture de la procédure et les créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure (pour la signification de cette expression, voir le point p)) ; ii) les catégories de créanciers qui seront concernés par la procédure d'insolvabilité et le traitement qui leur est réservé en matière de priorité et de répartition ; iii) les règles pour établir l'équivalence fonctionnelle entre les créances nationales et les créances étrangères ainsi que les conséquences qu'entraîne une absence d'équivalence<sup>56</sup> ; iv) le déclassement de créances ; et v) la prise d'engagements concernant le classement de créances qui pourraient, autrement, être déclarées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État. Nonobstant l'exception à la *lex fori concursus* qui s'applique aux contrats et aux relations de travail (voir l'article 10-1 de la Loi type), ce point couvre le classement des créances salariales et les engagements susceptibles d'être pris à leur égard.

87. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* au titre de ce point, y compris les conventions internationales du travail qui lient l'État adoptant<sup>57</sup>, ainsi que le droit fiscal, le droit des sûretés et le droit de la responsabilité délictuelle. Des règles particulières peuvent également s'appliquer au classement des créances publiques.

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

88. Ce point couvre les critères relatifs à l'admission des créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure. Dans la procédure d'insolvabilité, les « créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure » désignent les frais et dépenses engendrés par la procédure, tels que la rémunération du représentant de l'insolvabilité et des professionnels employés, les dépenses pour la poursuite de l'activité du débiteur, les dettes découlant de l'exercice des fonctions et des attributions du représentant de l'insolvabilité, les frais liés à la continuation des obligations contractuelles et légales et les frais des procédures en cours<sup>58</sup>. Ce point couvre l'évaluation des créances et des dépenses, le rôle du tribunal dans l'approbation et la répartition des frais et des dépenses et les règles relatives à la répartition (par exemple, les frais et dépenses à la charge de la masse de l'insolvabilité, ceux qui sont à la charge des créanciers ou d'autres parties intéressées, et ceux qui peuvent engager la responsabilité personnelle du représentant de l'insolvabilité). Des règles relatives au financement par des tiers peuvent également s'appliquer.

89. Ce point est lié à tous les autres points de la liste des éléments régis par la *lex fori concursus*. Par exemple, des frais et dépenses peuvent résulter de la participation du représentant de l'insolvabilité à des procédures ayant une incidence sur la masse

<sup>56</sup> Comme il est noté dans le Guide législatif, il faut établir si les deux créances (nationale et étrangère), eu égard à leur contenu essentiel et à leur fonction, correspondent l'une à l'autre au point de pouvoir être considérées comme « fonctionnellement interchangeables ». Dans l'affirmative, elles seront considérées comme équivalentes et bénéficieront du même traitement dans la procédure d'insolvabilité. Si l'équivalence ne peut être établie, la créance sera généralement traitée comme une créance ordinaire. Les critères habituellement utilisés pour déterminer l'équivalence fonctionnelle des créances sont notamment la source de l'obligation, la nature des créanciers et l'intérêt sous-jacent qui justifie le traitement préférentiel de la créance.

<sup>57</sup> Par exemple, la Convention de 1992 sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur (n° 173) de l'OIT.

<sup>58</sup> Voir le glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif, terme r).

de l'insolvabilité, telles que des procédures judiciaires ou arbitrales concernant des créances contestées ou des actions en annulation.

**q) Répartition du produit**

90. Ce point, qui couvre les règles relatives à la répartition du produit en cas de liquidation et de redressement, est étroitement lié au point n) sur le traitement des créances et au point o) sur le classement des créances. En cas de redressement, le droit général des contrats peut s'appliquer lorsque la procédure est close après l'approbation (ou l'homologation, lorsque celle-ci est requise) du plan et que la répartition a lieu conformément aux règles contenues dans ce plan.

**r) Clôture de la procédure**

91. Ce point couvre les règles relatives à la conclusion et à la clôture de la procédure d'insolvabilité, tant en général que dans des cas particuliers, y compris les procédures préalables applicables (par exemple, la partie qui peut demander la clôture, le point de savoir si la demande et la décision doivent être publiées, et si les créanciers peuvent être entendus). Il peut également porter sur les effets de la conversion, en particulier sur la question de savoir si la procédure convertie est réputée close.

**s) Décharge**

92. Ce point couvre : i) les conditions générales auxquelles est soumise la décharge, y compris les dettes non susceptibles de remise ; ii) la marche à suivre et les conditions préalables à remplir pour obtenir une décharge, selon le type de procédure (liquidation, redressement, procédure normale ou simplifiée) ; iii) la date effective de la décharge ; et iv) les critères pour refuser ou annuler une décharge. Dans une procédure d'insolvabilité, la « décharge » désigne le fait de libérer un débiteur des dettes visées par la procédure d'insolvabilité<sup>59</sup>. La mention « ses effets » figurant dans le chapeau de l'article 5 de la Loi type vise à tenir compte des deux situations, lorsque la décharge est accordée pendant la procédure et après la clôture de la procédure.

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

93. Ce point est une disposition générale destinée à englober les actions qui ne sont pas spécifiquement mentionnées à l'article 5 mais qui découlent néanmoins d'une procédure d'insolvabilité ou qui y sont substantiellement associées. Les effets de la procédure devraient donc être régis par la *lex fori concursus*. Il peut s'agir par exemple : i) d'ajustements liés à l'insolvabilité qui débouchent sur l'application d'un traitement spécial aux créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ou à celles détenues contre ces personnes ; et ii) d'actions engagées en vertu de la loi sur l'insolvabilité pour tenir les administrateurs responsables d'être à l'origine de l'insolvabilité ou d'y avoir contribué.

94. Au titre du point k), les obligations et les responsabilités des administrateurs nées pendant la procédure d'insolvabilité sont régies par la *lex fori concursus*. En revanche, au titre de ce point, celle-ci ne s'applique pas nécessairement à l'ensemble des obligations et responsabilités des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité. Dans la plupart des cas, la *lex societatis* continue de s'appliquer, malgré l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Le point t) vise à prendre en compte les motifs précis prévus par la loi sur l'insolvabilité pour engager la responsabilité des administrateurs et le fondement des actions en justice à leur encontre, comme une faute de gestion ou un manquement à l'obligation légale de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Ces motifs sont déclenchés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Sauf dans des cas limités étroitement liés à la loi sur l'insolvabilité, il serait inapproprié de soumettre les obligations et les

<sup>59</sup> Voir le glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif, terme w).

responsabilités des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité aux effets rétroactifs de la *lex fori concursus*.

95. Par exemple, dans certains États, un administrateur qui ne demande pas l'ouverture d'une procédure dans le délai prévu après la survenance de certains événements voit sa responsabilité pénale engagée. Dans d'autres, cette obligation ne s'applique pas et les administrateurs peuvent plutôt être encouragés à rechercher une restructuration extrajudiciaire. En donnant une interprétation restrictive du point t), on garantit que les administrateurs du second groupe ne seront pas exposés à des responsabilités et obligations imprévues qui s'appliquent aux administrateurs du premier groupe. Le risque de se voir ainsi exposé peut varier selon que la procédure d'insolvabilité est ouverte dans l'État : i) où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur qui coïncide avec son lieu d'immatriculation ou son « siège réel » ; ii) où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur qui diffère de son lieu d'immatriculation ou de son « siège réel » ; iii) où se situe l'établissement du débiteur ; ou iv) où se trouvent les actifs du débiteur. Ces risques sont plus élevés lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte par des créanciers dans un pays autre que celui du centre des intérêts principaux. Dans d'autres cas, l'évaluation réalisée à propos de la *lex societatis* peut s'aligner sur celle concernant le centre des intérêts principaux, de sorte que la *lex societatis* coïncidera très probablement avec la *lex fori concursus*.

96. Des lois autres que la loi sur l'insolvabilité peuvent s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus* au titre de ce point, en particulier lorsqu'une interprétation large du terme « administrateurs » est adoptée (comme recommandé dans la quatrième partie du Guide législatif)<sup>60</sup>. En fonction des personnes qui s'avèrent exercer un contrôle effectif sur le débiteur dans la période précédant l'insolvabilité (par exemple, un prêteur institutionnel réglementé, un auditeur ou un conseiller juridique), d'autres lois applicables (par exemple, lois et réglementations applicables à certaines professions) peuvent régir l'interdiction d'exercer, d'autres voies de droit et les mécanismes d'exécution pouvant être utilisés à l'encontre de ces personnes.

*Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[A/CN.9/WG.V/WP.176](#), III C et IV

[A/CN.9/1088](#), par. 65 à 67 ; 69

[A/CN.9/WG.V/WP.179](#), II C2

[A/CN.9/1094](#), par. 71 à 86

[A/CN.9/WG.V/WP.183](#), II E

[A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#), III A et B

[A/CN.9/1126](#), par. 38 à 52 ; 67 à 74

[A/CN.9/WG.V/WP.187](#), II G

[A/CN.9/1133](#), par. 29 à 42

[A/CN.9/WG.V/WP.190](#), II, chap. II A

[A/CN.9/1163](#), par. 61 à 67

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. II A

[A/CN.9/1169](#), par. 43 à 55 ; 82 à 84

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. II A

[A/CN.9/1198](#), par. 34 à 48

<sup>60</sup> Le terme « administrateurs » englobe toute personne exerçant un contrôle effectif sur le débiteur (par exemple, administrateurs de fait ou occultes, actionnaires, prêteurs, etc.) (voir la recommandation 258 et le commentaire correspondant).

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. II A

### Article 6. Règles particulières relatives à l'annulation

97. L'article 6 établit une règle particulière relative à l'application de l'article 5 g).

98. En règle générale, les questions d'annulation sont régies par la *lex fori concursus*. L'article 6 reconnaît que les opérations susceptibles d'annulation peuvent impliquer des parties et des actifs situés dans d'autres pays, et que l'on risque indûment de compromettre les attentes légitimes des parties en s'en remettant exclusivement à la *lex fori concursus*. Pour remédier à ce problème et renforcer la prévisibilité et l'équité, l'article [permet] [impose] au tribunal de s'en remettre aux règles en matière d'annulation de l'État où se situait le centre des intérêts principaux du débiteur au moment de la conclusion de l'opération. Cette approche part du principe que la contrepartie s'appuie généralement sur la loi du centre des intérêts principaux du débiteur lorsqu'elle conclut une opération, et s'aligne sur les principes largement reconnus de droit international privé qui mettent l'accent sur les attentes des parties et la loi la plus étroitement liée à l'opération.

99. L'article 6 ne s'applique que lorsque cela est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes des parties à l'opération, ceci pour éviter que la *lex fori concursus* ne soit écartée de manière abusive.

100. Tout en promouvant la coopération internationale et en réduisant le risque de résultats contradictoires en matière d'annulation, l'article présuppose que le tribunal peut : a) déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur au moment de l'opération et les règles en matière d'annulation qui étaient en vigueur à ce moment-là ; et b) comparer ces règles avec la *lex fori concursus* afin de déterminer lesquelles des deux protègent au mieux les intérêts légitimes des parties à l'opération. Les États devront peut-être fournir des orientations supplémentaires aux tribunaux sur l'équilibre à trouver, dans l'application de cet article, entre d'un côté la prévisibilité, l'équité et la protection des intérêts des parties, et de l'autre l'efficacité de la procédure d'insolvabilité.

*Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[A/CN.9/1088](#), par. 78 ; 83

[A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#), III B 3 a) et b)

[A/CN.9/1126](#), par. 43

[A/CN.9/WG.V/WP.187](#), II G

[A/CN.9/1133](#), par. 30 à 36

[A/CN.9/1163](#), par. 74

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. II A

[A/CN.9/1169](#), par. 58 à 61

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. II A

[A/CN.9/1198](#), par. 39 à 44

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. II A

[A/CN.9/1203](#), par. 49 et 50

**Article 7. Règles particulières relatives à la compensation (set-off)**

[À compléter une fois que le Groupe de travail se sera entendu au sujet de la teneur de cet article.]

**Article 8. Règles particulières relatives [au traitement des créanciers garantis, sous réserve d'une protection adéquate] [au traitement des droits réels à l'égard des actifs du débiteur, sous réserve d'une protection adéquate]**

[À compléter une fois que le Groupe de travail se sera entendu au sujet de la teneur de cet article.]

**Article 9. Règles particulières relatives aux procédures judiciaires et arbitrales étrangères**

[À compléter une fois que le Groupe de travail se sera entendu au sujet de la teneur de cet article.]

**Article 10. Exceptions à la *lex fori concursus****Paragraphe 1 – contrats et relations de travail*

101. Selon l'article [10-1], les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats et les relations de travail sont régis par la loi applicable aux contrats et relations en question. Cette loi englobe le droit du travail, la loi sur l'insolvabilité et toute autre loi qui peut être pertinente pour ces contrats ou relations.

102. Le traitement et le classement des créances salariales dans la procédure d'insolvabilité ne sont pas couverts par cette exception. Ils restent soumis à la *lex fori concursus* (si elle diffère de la loi applicable au contrat ou à la relation de travail, ci-après dénommée « *lex fori concursus* étrangère »). Il en va de même pour la qualification d'un contrat ou d'une relation en tant que contrat ou relation de travail et pour les actions en annulation concernant un contrat de travail (par exemple, rémunération déraisonnable dans la période précédant l'insolvabilité). Toutefois, si la *lex fori concursus* autorise la prise d'un engagement concernant des créances salariales qui autrement pourraient être produites dans un autre État (voir le commentaire relatif à l'article 11), ces créances peuvent être traitées de la même manière qu'elles le seraient dans le cadre d'une procédure non ouverte.

103. Cette exception se justifie par le fait que les contrats et les relations de travail soulèvent des considérations de politique socioéconomique importantes. Les États établissent souvent des régimes particuliers pour les questions liées au travail en cas d'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité privilégient la préservation de l'emploi par rapport à d'autres objectifs de la procédure d'insolvabilité, tels que la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité, en mettant l'accent sur la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité assortie du transfert des obligations existantes en matière d'emploi à l'acquéreur, plutôt que sur d'autres formes de redressement ou de liquidation, qui modifient ces obligations ou y mettent fin. Des dispositions impératives, figurant notamment dans des traités internationaux<sup>61</sup>, peuvent : a) protéger les employés contre les licenciements abusifs et la discrimination ; b) prévoir un filet de sécurité financier pour les employés ; c) imposer des restrictions à la possibilité de rejeter ou de modifier des contrats de travail<sup>62</sup> et régler les licenciements (y compris la notification préalable aux autorités compétentes de l'État) ; et d) garantir que les employés sont informés des questions qui ont des incidences sur leur emploi et leurs droits. Des règles différentes peuvent s'appliquer à la liquidation et au redressement. Ainsi, dans certains États, les salariés suivent l'entreprise lorsque celle-ci est cédée en vue de la poursuite de l'activité dans le cadre tant d'une liquidation que d'un redressement, tandis que, dans d'autres États, ils la suivent uniquement dans l'hypothèse d'un redressement.

<sup>61</sup> Voir, par exemple, la Convention de 1982 sur le licenciement (n° 158) de l'OIT.

<sup>62</sup> Voir la recommandation 71 du Guide législatif et le commentaire correspondant.

104. L'exception vise à réduire le risque d'insécurité juridique ou d'incohérence dans le traitement des contrats et des relations de travail en cas d'insolvabilité. Il est justifié d'accroître la sécurité juridique et la cohérence car les employés ont généralement un pouvoir de négociation plus faible que leur employeur, surtout en l'absence de conventions collectives. Il se peut qu'ils ne connaissent pas bien la procédure d'insolvabilité et les mesures de protection dont ils bénéficient en cas de difficultés financières de leur employeur et qu'ils ne soient pas informés ni conscients des plans envisagés quant à leur futur en tant que salarié. La procédure d'insolvabilité peut être utilisée pour affaiblir la protection des employés, par exemple avec la résiliation des contrats de travail onéreux afin d'augmenter le prix de cession de l'entreprise en activité, ou pour libérer le débiteur de ses obligations en matière d'emploi.

105. L'approche adoptée dans la Loi type peut réduire la marge de manœuvre nécessaire pour maintenir les activités de l'entreprise, préserver l'emploi et garantir les salaires, en particulier lors d'un redressement. En outre, si la main-d'œuvre employée par le débiteur est soumise à différents régimes de droit du travail, cela peut compliquer l'administration de la procédure d'insolvabilité, car les tribunaux devront évaluer plusieurs régimes. Il en serait ainsi, par exemple, lorsque le débiteur a des employés dans différents États et que le droit national du travail s'applique obligatoirement aux contrats ou relations de travail dans ces États. Il en serait aussi ainsi lorsque les parties à un contrat ou à une relation de travail sont libres de choisir la loi applicable, sous réserve des garanties protégeant les employés contre les conséquences négatives d'un choix contraint ou non éclairé. Si ces garanties ne sont pas uniformes d'un État à l'autre (par exemple, en ce qui concerne les clauses de non-concurrence), elles permettent souvent d'empêcher que les employés ne soient privés de protections auxquelles il ne pourrait être dérogé en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable, soit parce qu'elle a un lien plus étroit avec le contrat ou la relation de travail, soit pour d'autres raisons. Dans de nombreux États, les traités internationaux relatifs au travail et les garanties constitutionnelles s'appliquent.

106. Sans cette exception, les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats et les relations de travail pourraient être régis par la loi d'un État qui n'a pas de lien, ou alors seulement un lien très distant, avec lesdits contrats ou relations de travail (par exemple, la loi de l'État du centre des intérêts principaux qui ne correspond pas à l'endroit où se trouve la majorité des employés du débiteur), ce qui accroît les risques d'insécurité juridique ou d'incohérence pour les employés. En outre, la conciliation des mesures de protection accordées aux employés en vertu de la *lex fori concursus* étrangère, de toute loi choisie et de la loi obligatoirement applicable pourrait considérablement compliquer la procédure d'insolvabilité. S'il se peut que la combinaison ou la hiérarchisation des lois applicables soit gage de souplesse, celle-ci pourrait nuire à l'administration efficace de la procédure d'insolvabilité, car le tribunal devrait comparer divers régimes. Si certaines de ces difficultés pourraient également survenir lors de l'application de l'article 10-1, l'approche retenue dans cet article est globalement préférable.

107. L'exception d'ordre public (voir l'article 12 de la Loi type) permet au tribunal de ne pas appliquer une loi étrangère dès lors qu'une telle application serait manifestement contraire à l'ordre public de cet État (par exemple, parce qu'elle reviendrait à légitimer l'esclavage moderne). Dans ce cas, la *lex fori concursus* ou le droit du travail d'un autre État ayant un lien plus étroit avec le contrat ou la relation de travail peut s'appliquer.

*Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[A/CN.9/WG.V/WP.176](#), III D 2 ; IV 33 d)

[A/CN.9/1088](#), par. 73 à 77

[A/CN.9/WG.V/WP.179](#), II D 3

[A/CN.9/1094](#), par. 88 à 93

- A/CN.9/WG.V/WP.183, II F  
 A/CN.9/1126, par. 75 à 79  
 A/CN.9/WG.V/WP.187, II H 1  
 A/CN.9/1133, par. 31  
 A/CN.9/WG.V/WP.190, II, chap. II B 1  
 A/CN.9/1163, par. 70  
 A/CN.9/WG.V/WP.194, II, chap. II B 1  
 A/CN.9/1169, par. 77 et 78  
 A/CN.9/WG.V/WP.198, II, chap. II B 1  
 A/CN.9/WG.V/WP.202, II, chap. II B 1  
 A/CN.9/1203, par. 81

*Paragraphe 2 – systèmes de paiement, de compensation et de règlement, marchés financiers réglementés et autres systèmes multilatéraux de négociation*

108. L'article 10-2 prévoit une exception à la *lex fori concursus* en ce qui concerne les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de paiement, de compensation ou de règlement, à un marché financier réglementé ou à un autre système multilatéral de négociation (collectivement désignés par le terme « système(s) et/ou marché(s) couvert(s) » dans le présent Guide). Cette exception couvre également le caractère définitif des paiements ou des opérations effectués dans le système ou sur le marché couvert (par exemple, l'annulation). Ces questions sont régies par la loi applicable au système ou au marché, et non par la *lex fori concursus*, à moins qu'il ne s'agisse de la même loi que celle qui s'applique au système ou au marché.

109. Aux fins de cette exception :

a) Un « système de paiement » est un ensemble d'instruments, de procédures et de règles permettant le transfert de fonds entre les participants (voir f) ci-dessous pour une explication du terme « participants »). Au sens étroit, il fait référence à des systèmes interbancaires qui facilitent la circulation de l'argent ; dans un sens plus large, il désigne des dispositifs multipartites formels établis par contrat privé ou en vertu de la législation pour le transfert de fonds, la compensation (clearing et netting) ou le règlement ;

b) Un « système de compensation (clearing) » est un ensemble de règles et de procédures qui établissent les positions définitives des participants avant qu'il ne soit procédé au règlement ;

c) Un « système de règlement » est un ensemble d'instruments, de procédures et de règles permettant de procéder au transfert de fonds, d'actifs ou d'instruments financiers, le transfert devenant définitif (irrévocable et inconditionnel) ;

d) Un « marché financier réglementé » est un marché multilatéral autorisé (par exemple une bourse) où de multiples acheteurs et vendeurs négocient des instruments financiers dans le cadre des lois et règlements applicables, qui fait l'objet d'une surveillance. Contrairement aux systèmes de paiement, de compensation et de règlement, qui peuvent être distincts ou intégrés, le marché financier réglementé constitue une infrastructure de négociation, de compensation (clearing) et de règlement ;

e) Un « système multilatéral de négociation » est une plateforme de négociation électronique, souvent autorégulée, qui peut fonctionner avec ou sans marge d'interprétation pour l'exécution des ordres. Il peut se spécialiser dans des

instruments particuliers et opérer dans le cadre d'un marché financier réglementé, ou en complément de celui-ci ;

f) Les « participants » à un système ou marché couvert sont des personnes reconnues par le système ou marché concerné et autorisées à y effectuer des transferts. Il s'agit de banques, d'entreprises d'investissement, de contreparties centrales, d'agents de compensation (clearing) et d'opérateurs.

110. L'insolvabilité d'un participant à un tel système ou marché peut produire un « effet domino », ce qui crée un risque systémique. Ces risques sont exacerbés lorsque différentes *lex fori concursus* s'appliquent, ce qui rend l'issue imprévisible. L'exception atténuée ce risque en identifiant une loi applicable unique.

111. Cette exception n'interfère pas avec la loi générale sur l'insolvabilité de l'État du débiteur. Elle n'écarte pas la loi régissant l'ouverture, le déroulement, l'administration ou la clôture de la procédure d'insolvabilité, que cette dernière soit ouverte pour les participants, leurs clients ou toute autre personne dont les opérations ont été traitées par l'intermédiaire de tels systèmes ou marchés. Par exemple, si un participant à un marché régi par la loi de l'État B devient insolvable dans l'État A, la loi de l'État A régit l'ouverture et le déroulement de la procédure, mais la loi de l'État B régit les effets de cette procédure sur les opérations effectuées sur le marché.

112. Cette exception n'écarte pas non plus la loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur des aspects autres que ceux visés par l'exception. Par exemple, les effets de l'insolvabilité sur un contrat de vente sous-jacent sont régis par la loi sur l'insolvabilité du débiteur, et non par la loi du système de paiement par lequel le paiement associé au contrat est transféré.

113. L'exception couvre les effets de toutes les procédures d'insolvabilité, pas seulement celles ouvertes pour les participants, dès lors qu'elles affectent les droits et obligations des participants. Par exemple, si des mesures d'insolvabilité (par exemple, un arrêt des poursuites) sont imposées à un non-participant, leur impact sur les paiements effectués par ce non-participant qui ont été traités par un système couvert est régi par la loi de ce système, et non par la *lex fori concursus*.

114. Les droits et obligations des participants peuvent découler de dispositions légales ou réglementaires (par exemple, contrôle des risques) ou de contrats essentiels au fonctionnement du système ou du marché (par exemple, compensation (netting), novation, sûretés, soutien au crédit). Les contrats liés, mais non essentiels, au fonctionnement d'un système ou d'un marché couvert restent soumis à la *lex fori concursus*.

115. La loi applicable au système ou au marché couvert régit également le caractère définitif des paiements, instructions, transferts et autres actes traités dans ce système ou sur ce marché. Le « caractère définitif » signifie que ces actes sont exécutés de manière irrévocable et inconditionnelle et qu'il n'est pas possible de les dénouer, même en cas d'insolvabilité. Les règles du système, qui sont conformes à la loi qui le régit, déterminent le moment où l'acte concerné devient définitif. Comme le reste de cette exception, la seconde phrase ne s'étend pas aux opérations sous-jacentes qui génèrent des actes traités dans les systèmes et sur les marchés couverts. Ces opérations restent soumises à la *lex fori concursus* applicable à la partie insolvable.

116. La loi applicable aux systèmes et aux marchés couverts peut être : a) la loi de l'État dans lequel se situe le système ou le marché en question ; b) la loi choisie par le système ou le marché lui-même ; ou c) à défaut, la loi choisie par les participants. Toutefois, certains États n'autorisent pas le choix de la loi applicable et imposent l'application de la loi du lieu où se situe le système ou marché couvert. D'autres autorisent ce choix par le système ou le marché ou par ses participants, tout en le soumettant souvent à certaines restrictions. Par exemple, le choix peut être limité à la loi d'un État dans lequel au moins un des participants a son siège social, ou il peut nécessiter l'approbation d'une autorité compétente, laquelle peut rejeter un choix qui reviendrait à contourner l'ordre public fondamental de cet État. En l'absence de choix,

lorsque celui-ci est autorisé, ou si le choix effectué n'est pas valide, c'est généralement la loi du lieu où se trouve le système ou le marché qui s'applique.

117. Les systèmes et marchés couverts précisent généralement la loi applicable dans leurs règles. Dans certains cas, la loi leur impose de le faire. Dans le cadre d'une stratégie d'atténuation des risques, il leur est également souvent demandé de recenser et d'atténuer les éventuels problèmes de conflit de lois.

118. Il conviendrait d'appliquer l'exception avec souplesse pour atteindre son objectif, qui est de préserver l'intérêt public et les investisseurs, d'endiguer le risque systémique et d'assurer l'intégrité du marché et la stabilité financière. L'exception s'applique indépendamment de la technologie utilisée dans le fonctionnement du système ou marché couvert.

119. Les tribunaux peuvent invoquer l'exception d'ordre public (voir l'article 12 de la Loi type) si l'application d'une loi étrangère en vertu de cette disposition serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for. La *lex fori concursus* déterminera quelle autre loi s'appliquera dans de tels cas.

*Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[A/CN.9/WG.V/WP.176](#), III D 1; IV 33 d)

[A/CN.9/1088](#), par. 70 à 72

[A/CN.9/WG.V/WP.179](#), II D 2

[A/CN.9/1094](#), par. 87

[A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#), III C

[A/CN.9/1126](#), par. 53

[A/CN.9/WG.V/WP.187](#), II H 2

[A/CN.9/1133](#), par. 43 à 46

[A/CN.9/WG.V/WP.190](#), II, chap. II B 2

[A/CN.9/1163](#), par. 71

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. II B 2

[A/CN.9/1169](#), par. 79 à 81

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. II B 2

[A/CN.9/1198](#), par. 32 et 33

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. II B 2

[A/CN.9/1203](#), par. 74

*Paragraphe 3 – compensation (netting) avec déchéance du terme au titre de contrats financiers éligibles en dehors des systèmes et marchés couverts*

120. L'article 10-3 établit une exception à la *lex fori concursus* pour les accords de compensation (netting) avec déchéance du terme au titre de contrats financiers éligibles, en l'assortissant de certaines garanties. Cette exception prévoit que les effets de la procédure d'insolvabilité sur la mise en œuvre de ce type d'accords sont régis, en règle générale, par la loi applicable à ces accords. Cette loi peut être choisie par les parties (par exemple, au moyen d'une clause contractuelle relative au choix de la loi applicable) ou déterminée par le tribunal conformément aux règles de droit international privé applicables.

121. Les accords couverts par cette exception permettent la résiliation des contrats sous-jacents en cas de survenance d'un événement prédéfini (par exemple, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard de l'une des parties à l'accord), soit de manière automatique, soit à l'initiative de l'une des parties à l'accord. Cette résiliation

(close-out) est suivie d'une évaluation des obligations réciproques découlant des contrats résiliés et du calcul d'un montant net unique à payer (netting ou compensation globale)<sup>63</sup>. Bien qu'elle soit similaire à certains égards à la compensation globale des paiements ou des règlements dans le cadre des systèmes ou marchés couverts, la compensation avec déchéance du terme s'en distingue à plusieurs égards, notamment en raison de sa nature contractuelle et de sa souplesse en vertu de la liberté contractuelle. Elle se distingue aussi de la compensation de type set-off visée à l'article 5 i) de la Loi type. Si les deux impliquent un élément de cumul, la compensation avec déchéance du terme accélère également l'exécution des obligations, les rendant immédiatement exigibles en cas de survenance d'un événement prédéfini, tel que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard d'une partie à l'accord de compensation avec déchéance du terme. Les obligations dont l'exécution est exigée de manière anticipée et auxquelles il est mis fin dans le cadre de ces accords ne sont pas nécessairement liées entre elles ou réciproques comme c'est généralement le cas dans la compensation de type set-off.

122. Les accords de compensation avec déchéance du terme sont de plus en plus utilisés aux niveaux bilatéral et multilatéral et à l'échelle nationale et internationale, par exemple pour la mutualisation de trésorerie dans les groupes d'entreprises ; dans les contrats de gros pour la fourniture d'énergie ; dans les contrats de matières premières ; dans le secteur de l'exploitation minière ; dans la négociation de gré à gré de produits dérivés non normalisés qui ne sont pas éligibles à la compensation (clearing) et au règlement par l'intermédiaire des systèmes ou marchés couverts ; et dans les secteurs comme le transport aérien, qui sont confrontés à une fluctuation rapide des prix et des taux de change. L'existence d'accords effectifs de compensation avec déchéance du terme réduit considérablement les risques de crédit et les risques commerciaux (par exemple, la couverture contre la volatilité des prix<sup>64</sup>), atténue les risques systémiques en empêchant les défaillances en cascade et améliore l'offre de crédit en permettant de consentir un prêt sur la base de l'exposition nette plutôt que de l'exposition brute<sup>65</sup>.

123. Le traitement de la compensation avec déchéance du terme diffère d'un pays à l'autre. Dans certains États, en particulier ceux qui disposent d'un cadre juridique favorable ou dans lesquels la liberté contractuelle prévaut, l'applicabilité des accords de compensation avec déchéance du terme en cas d'insolvabilité est reconnue. Dans d'autres, ce n'est pas le cas. Les parties contractantes évaluent généralement l'applicabilité de ces accords dans les États concernés avant de conclure un accord et adaptent en conséquence les clauses relatives au choix de la loi applicable. Les contrats-cadres standard recommandés par les institutions internationales comprennent également des dispositions avantageuses en matière de choix de la loi applicable. Il existe néanmoins des incertitudes en ce qui concerne l'applicabilité des accords de compensation avec déchéance du terme en cas d'insolvabilité.

124. L'exception vise à répondre à ces incertitudes et à préserver les avantages de la compensation avec déchéance du terme, qui risquent d'être perdus si plusieurs lois différentes – dont certaines ne reconnaissent pas la compensation avec déchéance du terme – s'appliquent. Dans le même temps, des garanties sont incluses pour atténuer les préoccupations relatives à une éventuelle atteinte aux objectifs de la loi sur l'insolvabilité, comme le traitement équitable des créanciers, les restrictions aux clauses *ipso facto* et le pouvoir accordé au représentant de l'insolvabilité de poursuivre ou de rejeter les contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant

<sup>63</sup> Voir le glossaire figurant dans l'introduction du Guide législatif, termes j) et l) (« compensation globale » et « convention de compensation globale », respectivement) ; le paragraphe 210 dans la section « Contrats financiers et compensation globale (netting) » de la deuxième partie du Guide (chap. II, sect. H) ; et, dans les Principes d'UNIDROIT concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation, le principe 2 et le paragraphe 19 des explications et commentaires l'accompagnant.

<sup>64</sup> Voir, par exemple, le paragraphe 211 dans la section « Contrats financiers et compensation globale (netting) » de la deuxième partie du Guide (chap. II, sect. H).

<sup>65</sup> Voir, par exemple, *ibid.*, par. 209.

ne se sont encore entièrement acquittés de leurs obligations respectives (voir le commentaire relatif à l'article 5 h)). Une autre préoccupation concerne les éventuelles incidences négatives de l'application des accords de compensation avec déchéance du terme sur les perspectives de sauvetage et de redressement.

125. L'une des garanties consiste à limiter l'exception aux accords de compensation avec déchéance du terme qui se rapportent à des contrats financiers éligibles. On mentionnera notamment les contrats sur valeurs mobilières, sur matières premières ou sur produits dérivés, les contrats à terme, les contrats d'option, les contrats d'échange, les accords de prise en pension et les conventions-cadres de compensation globale. Étant donné que la notion de « contrats financiers éligibles » évolue et diffère d'un pays à l'autre, les États peuvent étoffer la liste indicative, à condition que les contrats supplémentaires aient un véritable objectif financier ou de gestion des risques. Un simple contrat de fourniture établi au prix du marché, par exemple, ne devrait pas être considéré comme un contrat financier éligible. Les États qui étoffent la liste devraient également veiller à assurer la cohérence avec les articles 1-3, 5 i) et 10-2 de la Loi type.

126. Une autre garantie autorise le tribunal de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité à écarter la loi choisie si elle n'a pas de lien substantiel avec les parties ou l'accord en question. Dans ce cas, la *lex fori concursus* ou une autre loi ayant un lien plus étroit (par exemple la *lex rei sitae* si elle a un lien avec l'actif grevé) peut s'appliquer. Une exception d'ordre public (voir l'article 12 de la Loi type) peut également prévaloir sur la loi choisie si l'application de cette dernière serait manifestement contraire à l'ordre public.

127. [Une garantie supplémentaire préserve l'application de la *lex fori concursus* à l'annulation d'un accord de compensation avec déchéance du terme ou à un arrêt des poursuites concernant un tel accord. Toutefois, l'annulation est soumise à des règles particulières en vertu de l'article 6 de la Loi type, c'est-à-dire que la *lex fori concursus* peut être écartée en faveur de la loi où se situait le centre des intérêts principaux du débiteur au moment de la conclusion de l'accord de compensation. Prises ensemble, ces garanties permettent de lutter contre la pratique abusive du « law shopping », c'est-à-dire le fait de choisir une loi qui met les opérations à l'abri d'une annulation ou d'un arrêt des poursuites.]

#### *Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[A/CN.9/WG.V/WP.190](#), II, chap. II B 3

[A/CN.9/1163](#), par. 72

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. II B 3

[A/CN.9/1169](#), par. 62 et 63

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. II B 3

[A/CN.9/1198](#), par. 26 à 31

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. II B 3

[A/CN.9/1203](#), par. 75

#### **Article 11. Coordination de procédures concurrentes**

128. La Loi type prévoit qu'au-delà des situations visées aux articles 6 à 8 et des exceptions à la *lex fori concursus* prévues à l'article 10, il se peut qu'un tribunal dans l'État adoptant doive appliquer la loi étrangère dans une procédure d'insolvabilité nationale, même si, selon l'article 5, c'est la *lex fori concursus* qui devrait s'appliquer. Contrairement aux exceptions à la *lex fori concursus* prévues à l'article 10, le tribunal procédera ainsi au cas par cas. Ainsi, il peut choisir d'appliquer la loi de l'État où il y a les plus grandes chances que la reconnaissance et l'imposition des effets de la procédure d'insolvabilité nationale soient demandées, afin de garantir la

reconnaissance et l'imposition de ces effets. Le tribunal peut également appliquer la loi étrangère pour réduire le risque que des procédures étrangères parallèles soient ouvertes à l'encontre du même débiteur ou du même groupe d'entreprises, ou pour faciliter le traitement et le classement, dans la procédure d'insolvabilité nationale, de créances que les créanciers pourraient autrement produire à l'étranger. Ces cas de figure concernent le plus souvent les créances d'employés et de créanciers garantis.

#### *Paragraphe 1*

129. Ce paragraphe est conforme aux dispositions des articles 28 à 32 de la LTIGE. Afin de tenir compte des pratiques qui ont été observées<sup>66</sup>, il a été élargi de manière à couvrir les situations qui concernent plusieurs débiteurs dans un même groupe d'entreprises et celles qui concernent un débiteur unique.

130. Cette disposition permet au tribunal d'origine, si nécessaire, d'appliquer la loi d'un autre État, par exemple pour assurer une protection adéquate aux créanciers garantis. Si cette souplesse peut être indispensable, elle peut aussi compliquer l'administration de la procédure d'insolvabilité. Le tribunal doit donc, dans chaque cas particulier, peser les avantages et les inconvénients qu'il y aurait à appliquer la loi d'un État étranger. La disposition souligne que les avantages d'une telle décision peuvent l'emporter sur les inconvénients, par exemple lorsque l'application de la loi étrangère minimise le risque que des procédures étrangères parallèles soient ouvertes à l'encontre du même débiteur ou du même groupe d'entreprises. En alignant le traitement et le classement des créances dans la procédure nationale sur ceux qui leur auraient été accordés dans une procédure étrangère qui aurait été ouverte, le tribunal peut faciliter la coordination de la loi applicable et éviter aux créanciers d'avoir à engager une procédure étrangère.

*[À compléter une fois que le Groupe de travail se sera entendu sur le contenu du reste de cet article.]*

#### *Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[A/CN.9/WG.V/WP.190](#), II, chap. II, A, 1

[A/CN.9/1163](#), par. 68 et 69

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. II, A, 1

[A/CN.9/1169](#), par. 56 et 57

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. II, A, 1

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. II, A, 1

[A/CN.9/1203](#), par. 70

#### **Article 12. Exception d'ordre public dans le cadre du chapitre II de la présente Loi**

131. L'exception d'ordre public permet aux tribunaux de ne pas appliquer la loi étrangère considérée comme étant applicable en vertu du présent chapitre (par exemple, la loi régissant un contrat ou une relation de travail ou la loi du système ou du marché couvert). Cette exception peut uniquement être invoquée si l'application de cette loi conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal.

132. La notion d'ordre public étant ancrée dans le droit national, elle diffère d'un État à l'autre et ne peut être définie de manière uniforme. Dans le contexte de la Loi type, il convient de l'interpréter et de l'appliquer de manière très restrictive, davantage que la notion d'ordre public intérieur. C'est pourquoi cette exception ne peut être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles en rapport avec des

<sup>66</sup> Voir par. 196 du Guide pour l'incorporation de la LTIGE.

questions d'importance fondamentale pour l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Cette intention est exprimée par l'adverbe « manifestement » figurant dans l'article. Parmi les questions d'importance fondamentale, on mentionnera la sécurité, la souveraineté, la justice fondamentale et les valeurs fondamentales de l'État. Les circonstances exceptionnelles incluent des situations dans lesquelles l'application de la loi étrangère désignée légitimerait dans les faits des mécanismes ou pratiques illégaux, visant par exemple à échapper à des obligations impératives (par exemple, ayant trait à l'environnement, aux droits humains ou à d'autres responsabilités sociales), ou à poursuivre des objectifs à caractère politique.

133. Les incidences que l'application de la loi étrangère désignée aurait sur l'ordre public doivent être évaluées au cas par cas, mais l'exception doit être interprétée de manière restrictive indépendamment du type de procédure (liquidation ou redressement). La *lex fori concursus* détermine les conséquences de la décision d'écarter, pour des motifs d'ordre public, l'application de la loi étrangère applicable par ailleurs. En fonction des facteurs de rattachement, la *lex fori concursus* elle-même ou une autre loi ayant un lien plus étroit avec la question peut s'appliquer en lieu et place de la loi étrangère écartée.

*Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

[A/CN.9/WG.V/WP.176](#), IV, par. 33 g)

[A/CN.9/1088](#), par. 86 et 90

[A/CN.9/WG.V/WP.179](#), II E

[A/CN.9/1094](#), par. 94 à 97

[A/CN.9/WG.V/WP.183](#), II D et F (par. 20)

[A/CN.9/1126](#), par. 66

[A/CN.9/WG.V/WP.187](#), II E

[A/CN.9/1133](#), par. 29 j) et k)

[A/CN.9/WG.V/WP.190](#), II, chap. I E

[A/CN.9/1163](#), par. 55 à 58

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. II C

[A/CN.9/1169](#), par. 72

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. II C

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. II D

### **Reconnaissance des effets de la *lex fori concursus* et des autres lois appliquées par le tribunal étranger**

134. Les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité attendent des États qu'ils coopèrent entre eux et coordonnent leurs efforts dans les affaires d'insolvabilité internationale dans toute la mesure possible<sup>67</sup>. Parmi les moyens employés pour mettre en œuvre cette coopération et cette coordination, on mentionnera la possibilité d'accorder des

<sup>67</sup> Voir, par exemple, le chapitre IV de la LTI et le chapitre 2 de la LTIGE.

mesures, y compris provisoires, pour faciliter la procédure étrangère et aider le représentant étranger<sup>68</sup>.

135. Le chapitre III de la Loi type tient compte de ces objectifs en permettant au tribunal requis de donner effet à la *lex fori concursus* ou à une autre loi appliquée par le tribunal étranger. Ainsi, un représentant étranger cherchant à faire respecter un arrêt des poursuites imposé en vertu de la *lex fori concursus* peut avoir besoin d'obtenir des mesures dans d'autres États pour empêcher l'introduction ou suspendre la continuation d'actions individuelles visant les actifs du débiteur. Les tribunaux de ces États préféreront peut-être appliquer leurs propres lois plutôt que la *lex fori concursus* lorsqu'il s'agit de déterminer les mesures à accorder (voir, par exemple, l'article 20-2 et l'article 21-1 g) de la LTI). Dans le cas où la loi nationale n'impose pas en l'espèce un arrêt des poursuites, les dispositions du chapitre III de la Loi type permettent aux tribunaux de l'État requis de donner effet à un arrêt des poursuites imposé en vertu de la *lex fori concursus* (y compris sa portée, sa modification ou sa mainlevée) dans l'État requis.

136. Ainsi, le chapitre III complète les dispositions qui existent dans la LTI, la LTJI et la LTIGE au sujet de l'octroi de mesures et de l'assistance additionnelle, tout comme l'article X de la LTJI complète la LTI en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Il complète également l'article 15 de la LTJI, qui prévoit qu'un jugement reconnu ou exécutoire se voit conférer les mêmes effets que dans l'État d'origine ou que ceux qu'il aurait eus s'il avait été rendu par un tribunal national et que, lorsque certaines mesures ne sont pas disponibles en droit interne, celles-ci doivent, dans la mesure du possible, être adaptées à des mesures dont les effets équivalent, sans les excéder, à ceux prévus dans la législation de l'État d'origine.

### **Article 13. Mesures consistant à donner effet à la loi ou aux lois appliquées par le tribunal étranger**

137. L'article 13 est rédigé de manière large afin de permettre au tribunal d'accorder des mesures en se fondant non seulement sur la *lex fori concursus*, mais aussi sur une autre loi appliquée par le tribunal étranger, telle que la *lex rei sitae* ou toute autre loi ayant un lien plus étroit avec la question à l'examen. Dans certains cas, cette loi peut être celle de l'État requis.

138. Grâce à la convergence croissante des règles de fond en matière d'insolvabilité, il devrait devenir plus facile d'accorder les mesures envisagées dans le présent article. Dans certains États, leur octroi pourrait aussi être requis dans des circonstances particulières, notamment en vertu des traités applicables<sup>69</sup>.

139. L'article n'envisage pas qu'il soit donné automatiquement effet à la *lex fori concursus* ou à une autre loi dès la reconnaissance de la procédure étrangère, qu'il s'agisse ou non d'une procédure principale, à la différence de l'article 20 de la LTI, qui prévoit que la reconnaissance d'une procédure étrangère principale entraîne certaines conséquences automatiques, avec quelques exceptions.

<sup>68</sup> Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 35. Le terme « représentant étranger » est défini comme une personne ou un organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère (voir, par exemple, l'article 2 d) de la LTI). Cette définition est suffisamment large pour inclure le débiteur non dessaisi (voir par. 86 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI ; pour la définition du terme « débiteur non dessaisi », voir la note de bas de page 73 ci-dessus).

<sup>69</sup> Voir, par exemple, le cadre établi par la Convention du Cap (<https://www.unidroit.org/fr/instruments/garanties-internationales/>), notamment le paragraphe 4 de l'article XXX du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) (le « Protocole aéronautique »), qui envisage qu'il soit donné préséance à la *lex fori concursus* de la procédure étrangère principale. On trouve une disposition similaire dans les autres protocoles à la Convention du Cap.

140. L'octroi des mesures envisagées dans cet article est conditionné aux garanties relatives à l'exception d'ordre public et à la protection adéquate des créanciers<sup>70</sup>. En vertu de l'exception d'ordre public, rien ne saurait empêcher un tribunal national de refuser d'accorder des mesures lorsque leur octroi serait manifestement contraire à l'ordre public de son État. La question de la protection adéquate se pose généralement dans le contexte de la protection des intérêts des créanciers qui se trouvent dans l'État requis, tels que les employés et les créanciers garantis locaux<sup>71</sup>. Les États peuvent craindre qu'en donnant effet à une loi étrangère, on ne nuise aux régimes nationaux régissant l'emploi, les prêts garantis ou les droits réels, on n'affaiblisse les protections socioéconomiques, on ne diminue la valeur des sûretés réelles ou on n'augmente le coût des financements au niveau national. Ces craintes peuvent être exacerbées par des déplacements de dernière minute du centre des intérêts principaux qui défavorisent les créanciers locaux. Toutefois, si la procédure étrangère offre des garanties suffisantes de protection adéquate, rien ne devrait empêcher de donner effet à la *lex fori concursus* ou à une autre loi appliquée par le tribunal étranger. Parmi ces garanties, on mentionnera par exemple le fait que le tribunal étranger ait : a) reconnu une sûreté réelle qui est opposable en vertu d'une loi autre que la loi sur l'insolvabilité comme étant opposable également dans la procédure d'insolvabilité ; b) assuré la protection de la valeur des actifs grevés ; et c) levé la suspension imposée à la réalisation des sûretés réelles dans les circonstances appropriées. Le tribunal requis peut également être rassuré si le tribunal étranger a appliqué la loi que lui-même aurait appliquée en l'espèce.

141. Comme pour d'autres formes de mesures, la coordination et la coopération sont essentielles lorsque des procédures concurrentes ont été ouvertes, que ce soit à l'encontre d'un débiteur unique ou de plusieurs débiteurs qui sont membres d'un même groupe d'entreprises. Selon le cadre établi par la CNUDCI, le tribunal peut refuser d'accorder des mesures si leur octroi risque d'entraver l'administration de la procédure étrangère principale. Les mesures accordées à une procédure étrangère non principale doivent être conformes à la procédure étrangère principale, et le tribunal requis doit réexaminer, modifier ou lever les mesures non conformes.

142. Des mesures ne sauraient être accordées en faveur d'une procédure étrangère non principale si leur octroi risque d'avoir des incidences sur des actifs qui, en vertu du droit interne, ne devraient pas être administrés dans cette procédure ou sur des informations qui ne sont pas requises dans cette procédure. Lorsque plusieurs procédures non principales sont engagées, le tribunal requis doit accorder, réexaminer, modifier ou lever les mesures, selon les besoins, pour faciliter la coordination.

143. D'autres considérations entrent en ligne de compte dans le cadre de la LTIGE. Des mesures ne sauraient être accordées en faveur de la procédure de planification étrangère si leur octroi risque d'avoir des incidences sur les actifs ou les activités d'un membre d'un groupe d'entreprises qui ne fait l'objet d'aucune procédure d'insolvabilité, à moins que la volonté de limiter l'ouverture de procédures d'insolvabilité n'explique qu'aucune procédure n'ait été ouverte<sup>72</sup>.

*[D'autres commentaires seront ajoutés en fonction des conclusions auxquelles le Groupe de travail sera parvenu après avoir examiné les dispositions supplémentaires figurant dans le projet de loi type.]*

*Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail*

<sup>70</sup> Voir, par exemple, les articles 6, 21-2 et 22 de la LTI et les articles 6 et 27 de la LTIGE.

<sup>71</sup> Les considérations d'ordre public qui interviennent dans l'élaboration du régime interne applicable aux contrats et aux relations de travail, aux prêts garantis, y compris en ce qui concerne le traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité, et aux droits réels sont examinées dans les contextes pertinents au chapitre II du présent Guide.

<sup>72</sup> Voir les articles 20, 22 et 24 de la LTIGE, ainsi que le commentaire relatif à l'article 20 de la LTIGE.

[A/CN.9/WG.V/WP.190](#), II, chap. III

[A/CN.9/1163](#), par. 75 à 80

[A/CN.9/WG.V/WP.194](#), II, chap. III

[A/CN.9/1169](#), par. 73 à 76

[A/CN.9/WG.V/WP.198](#), II, chap. III

[A/CN.9/1198](#), par. 49 à 52

[A/CN.9/WG.V/WP.202](#), II, chap. III

[A/CN.9/1203](#), V, A et D

## **Chapitre IV. Assistance du secrétariat de la CNUDCI**

### **A. Aide à l'élaboration d'une législation**

144. Le secrétariat de la CNUDCI aide les États, par des consultations techniques, à élaborer une législation fondée sur la Loi type. Pour de plus amples informations, s'adresser au secrétariat de la CNUDCI (Centre international de Vienne, boîte postale 500, 1400 Vienne (Autriche) ; téléphone : +(43 1) 26060 4060 ; télécopie : +(43 1) 26060 5813 ; courrier électronique : [uncitral@un.org](mailto:uncitral@un.org) ; page d'accueil sur Internet : [uncitral.un.org](http://uncitral.un.org)).

### **B. Informations sur l'interprétation de la législation fondée sur la Loi type**

145. Le système d'information sur la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI (CLOUT) est utilisé pour collecter et diffuser des informations sur la jurisprudence liée aux conventions et lois types issues des travaux de la CNUDCI, y compris la Loi type. Il vise à faire connaître ces textes juridiques dans le monde entier et à en faciliter une interprétation et une application uniformes. Le Secrétariat publie des recueils de décisions dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et met à disposition, sur demande, les décisions originales dans leur intégralité. Le système est expliqué dans un guide de l'utilisateur qui est accessible sur la page d'accueil de la CNUDCI à l'adresse Internet susmentionnée.

*[Des annexes reproduisant la décision de la CNUDCI portant adoption de la Loi type et la résolution de l'Assemblée générale approuvant le texte seront incluses en temps utile.]*