Affaires générales et politique
General affairs and policy

Doc. prél. No 17
Prel. Doc. No 17

Mars / March 2004

HccH
HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
1893|2003

RAPPORT RELATIF A LA COOPERATION AVEC LA CNUDCI SUR LA LOI APPLICABLE AUX PROCEDURES D'INSOLVABILITE

établi par Philippe Lortie
Premier Secrétaire

* * *

REPORT ON CO-OPERATION WITH UNCITRAL ON THE LAW APPLICABLE TO INSOLVENCY PROCEEDINGS

drawn up by Philippe Lortie
First Secretary

Document préliminaire No 17 de mars 2004
A l'intention de la Commission spéciale d'avril 2004
sur les affaires générales et la politique de la Conference

Preliminary Document No 17 of March 2004
for the attention of the Special Commission of April 2004
on General Affairs and Policy of the Conference

Permanent Bureau | *Bureau Permanent*
6, Scheveningseweg 2517 KT The Hague | *La Haye* The Netherlands | *Pays-Bas*
telephone | *téléphone* +31 (0)70 363 3303 fax | *télécopieur* +31 (0)70 360 4867
e-mail | *courriel* secretariat@hcch.net website | *site internet* http://www.hcch.net

RAPPORT RELATIF A LA COOPERATION AVEC LA CNUDCI SUR LA LOI APPLICABLE AUX PROCEDURES D'INSOLVABILITE

établi par Philippe Lortie
Premier Secrétaire

* * *

REPORT ON CO-OPERATION WITH UNCITRAL ON THE LAW APPLICABLE TO INSOLVENCY PROCEEDINGS

drawn up by Philippe Lortie
First Secretary

COOPÉRATION AVEC LA CNUDCI

1. Dans le cadre de la préparation d'un Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a demandé la coopération de la Conférence de la Haye en septembre 2003 afin de l'aider à préparer des commentaires et des principes législatifs recommandés en rapport avec la loi applicable en matière de procédure d'insolvabilité.

2. Suite à cette demande, le Bureau Permanent a préparé un Questionnaire afin de l'aider à se préparer. En novembre 2003, le Bureau Permanent a transmis aux Organes nationaux des Etats membres une copie du « Document d'information relatif au Projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et Questionnaire relatif à la loi applicable en matière de procédures d'insolvabilité » (voir L.c. ON No 45(03)). Ce document se trouve sur le site Internet de la Conférence de La Haye à l'adresse : http://www.hcch.net sous la rubrique « travaux en cours ».

3. Des réponses au Questionnaire ont été reçues de la part des Etats membres suivants : Allemagne, Autriche, République de Corée, Espagne, Finlande, Grèce, Japon, Lituanie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Fédération de Russie, Slovaquie, Suisse et République tchèque. Ces réponses se trouvent aussi sur le site Internet de la Conférence de La Haye à l'adresse : http://www.hcch.net sous la rubrique « travaux en cours ».

4. Une réunion des Secrétariats des deux Organisations s'est tenue à Vienne les 11 et 12 décembre 2003 dans le cadre de ce projet avec la présence des experts invités suivants :

Pour la Conférence de La Haye :

M. Johan Willem Byvanck, Avocat, Pays-Bas
M. Francisco Garcimartín, professeur, Universidad De Castilla, Espagne

Pour la CNUDCI :

Mme Susan Block-Lieb, professeur, Fordham Law School, Etats-Unis
M. Alexander Markus, Ministère de la Justice, Suisse
M. Chris Redmond, Avocat, Husch & Eppenberger, LLC, Etats-Unis
M. Ed Smith, Avocat, Bingham Dana, Etats-Unis
M. Jean-Luc Vallens, Magistrat, France
Mme Catherine Walsh, professeur, Université McGill, Canada

5. Les travaux du groupe ont conduit à une restructuration substantielle du Chapitre relatif à la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité. Le résultat de ces travaux, à savoir une note du Secrétariat de la CNUDCI préparée en coopération avec les experts (*cf*. A/CN.9/WG.V/WP.72 - Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité - Note du Secrétariat) est jointe à cette Note. Elle peut être utilement comparée avec la version précédente de ce Chapitre (*cf*. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17 - Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité - Note du Secrétariat), dont une copie est également jointe à cette note. De plus amples informations relatives à ce projet sont disponibles sur le site Internet de la CNUDCI à l'adresse < http://www.uncitral.org > sous les rubriques « Groupes de travail » et « Groupe de travail V – Insolvabilité ». La dernière version de la Note fera l'objet de discussions lors de la prochaine réunion du Groupe de travail sur l'insolvabilité, du 29 mars au 2 avril 2004.

INFORMATION RELATIVE AU PROJET DE GUIDE LEGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITE

6. L'objectif de ce Guide est de faciliter la mise en place d'une structure juridique efficace pour traiter des difficultés financières des débiteurs. Il pourra servir d'outil de référence pour les autorités nationales et les assemblées législatives dans la préparation de leurs nouvelles lois ou la révision de leurs lois et règlements existants. Les conseils fournis dans ce Guide ont pour but d'obtenir un équilibre entre le besoin de s'occuper des difficultés financières du débiteur le plus rapidement possible, en tenant compte des intérêts des différentes parties directement concernées par les difficultés financières, en particulier les créanciers et les autres parties ayant des intérêts dans les affaires du débiteur, ainsi que des questions d'ordre public. Le Guide aborde un certain nombre de principes essentiels à la rédaction d'une loi efficace sur l'insolvabilité. Ces principes sont reconnus dans plusieurs systèmes juridiques en dépit de leurs nombreuses différences d'orientation et de traitement législatif. Le Guide se concentre sur les procédures d'insolvabilité et met l'accent sur la réorganisation tout en traitant de l'importance des négociations de restructuration de plus en plus fréquentes, entreprises volontairement par le débiteur et les créanciers. En plus d'examiner les exigences en matière de législation nationale sur l'insolvabilité, le Guide contient le texte et le Guide pour l'incorporation de la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

7. Le Guide ne fournit pas un ensemble unique de solutions-types aux principales questions mais aide plutôt le lecteur à évaluer les différentes approches disponibles et à choisir celle qui convient le mieux au contexte national ou local. La première section de chaque chapitre du Guide contient un commentaire qui identifie les questions-clés devant être considérées, présente et analyse les différentes approches adoptées dans les lois sur l'insolvabilité. La deuxième section de chaque chapitre contient un ensemble de principes législatifs recommandés. Ces recommandations sont destinées à faciliter l'établissement d'une structure juridique pour l'insolvabilité qui sera efficace et reflètera les évolutions et tendances modernes dans le domaine de l'insolvabilité. On conseille à l'utilisateur de lire les recommandations avec le commentaire car il fournit des informations de référence détaillées et facilite la compréhension des recommandations législatives ainsi que la discussion des questions non incluses dans les recommandations. Vu la place importante qu'occupent les créanciers garantis dans les procédures d'insolvabilité et les questions d'orientation liées à leur traitement en vertu des lois sur l'insolvabilité, on encourage l'utilisateur du Guide à se référer au Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties.

8. Les recommandations contenues dans le Guide concernent les principes essentiels qui doivent absolument être prévus dans une loi sur l'insolvabilité. Elles ne traitent pas d'autres questions qui, tel que mentionné à plusieurs reprises dans le Guide, ont un impact sur la création d'une législation sur l'insolvabilité et les procédures en matière d'insolvabilité introduites en vertu de cette loi. En outre, la mise en œuvre efficace d'un régime d'insolvabilité requiert plusieurs mesures allant au-delà de l'établissement d'une structure, y compris une infrastructure institutionnelle adéquate, une capacité organisationnelle, une expertise technique professionnelle et des ressources humaines et financières adéquates. Bien que ces sujets soient traités dans le commentaire, ils ne sont généralement pas prévus dans les recommandations législatives, hormis le cas du professionnel de l'insolvabilité nommé pour gérer le patrimoine en faillite.

Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.72

Assemblée générale

Distr.: Limitée
20 janvier 2004

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trentième session
New York, 29 mars-2 avril 2004

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

1. À sa vingt-neuvième session, en septembre 2003, le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a débattu de la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité en s'appuyant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17. Le secrétariat a été prié de tenir compte de cette discussion lorsqu'il établirait le texte révisé des recommandations relatives à la loi applicable et de rédiger un commentaire que le Groupe de travail examinerait à sa session suivante. Il a également été prié de se concerter avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

2. La présente note expose, pour examen par le Groupe de travail, un projet de commentaire sur la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité et un ensemble de recommandations révisées élaborées en consultation avec la Conférence de La Haye de droit international privé. Ce texte est destiné à remplacer l'actuelle section D qui fait suite au paragraphe 652 du document A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) (dont il faudra renuméroter le commentaire et les recommandations).

3. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner où placer la recommandation révisée 179 dans le Guide, dans la mesure où elle ne traite pas de questions relatives à la loi applicable (voir aussi la recommandation 74 a) au chapitre II.F sur l'annulation).

V.04-50336 (F) 250204 260204
0450336

Deuxième partie. Dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité

V. Administration de la procédure

D. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

1. Introduction

652a. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne des parties ou des biens qui se trouvent dans des États différents, des questions complexes peuvent se poser quant à la loi qui s'appliquera aux questions de validité et d'efficacité des droits sur ces biens ou d'autres créances, et quant au traitement de ces biens et des droits et créances de ces parties étrangères dans une telle procédure d'insolvabilité, l'État du for appliquera généralement les règles de son droit international privé (ou règles de conflit de lois) pour déterminer quelle loi est applicable à la validité et à l'efficacité d'un droit ou d'une créance et à leur traitement dans la procédure d'insolvabilité. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir chap. VII) ne contenant pas de règles harmonisées de conflit de lois que les États adoptants pourraient intégrer dans leur législation, ce sont les règles et pratiques établies qui régissent ces questions. Bien que la procédure d'insolvabilité puisse en règle générale être gouvernée par la loi de l'État d'ouverture de la procédure, de nombreux États ont adopté des exceptions, plus ou moins nombreuses et étendues, à l'application de cette loi. Cette diversité peut être une source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité pour les parties concernées par une procédure d'insolvabilité internationale. En traitant spécifiquement, de manière transparente et prévisible, les questions de la loi applicable, la loi sur l'insolvabilité peut contribuer à la sécurité juridique pour ce qui est des effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et créances des parties concernées.

2. Loi applicable à la création de droits et de créances

652b. Dans un contexte strictement national, la loi sur l'insolvabilité ne "crée" pas de droits (personnels ou réels) ni de créances, mais devrait respecter les droits et créances qui ont été acquis contre le débiteur en vertu d'autres dispositions juridiques applicables, à savoir celles du droit civil, commercial ou public. Elle s'emploie à déterminer le rang relatif de chacun de ces droits et créances lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte et, s'il y a lieu, à établir les restrictions et modifications auxquelles ils seront soumis pour que soient atteints les objectifs collectifs de cette procédure. Ces limites et restrictions sont des "effets de l'insolvabilité", car elles résultent de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité contre un débiteur.

652c. Dans le contexte de l'insolvabilité internationale, il est essentiel de distinguer entre la création de droits et de créances en vertu de la loi désignée comme étant applicable (qu'il s'agisse du droit matériel interne ou étranger) par les règles de conflit de lois du for et les effets de l'insolvabilité sur ces droits et créances. Étant donné, comme il vient d'être indiqué que la loi sur l'insolvabilité ne crée pas de droits ni de créances, la question de savoir si un droit ou une créance donnés ont été créés, et le contenu de ce droit ou de cette créance, relèvent des

règles générales de conflit de lois. Souvent, ces règles prévoient par exemple que la loi régissant le contrat déterminera si une créance contractuelle existe contre le débiteur insolvable et le montant de cette créance; que la loi de l'État de situation d'un bien déterminera si une sûreté sur des biens immeubles a été créée en faveur d'un créancier particulier, etc. Dans ce domaine, chaque État appliquera ses propres règles de conflit de lois, y compris toutes conventions internationales en vigueur. Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité, l'État du for appliquera généralement ses règles de conflit de lois pour déterminer quelle loi régit la validité et l'efficacité d'un droit ou d'une créance avant d'examiner leur traitement dans ladite procédure. Il importe de souligner que la détermination de la validité et de l'efficacité ne relève pas de l'insolvabilité mais d'une autre loi applicable.

3. Loi applicable aux effets de l'insolvabilité – loi de l'État d'ouverture de la procédure

652d. Une fois qu'il a été déterminé qu'un droit ou une créance est valable et efficace en vertu de la loi désignée comme étant applicable par les règles de conflit de lois du for, se pose une deuxième question concernant les effets de la procédure d'insolvabilité sur ce droit ou cette créance, à savoir s'ils seront reconnus et admis dans la procédure d'insolvabilité et, dans l'affirmative, quel sera leur rang relatif. Cette question relève de la loi sur l'insolvabilité. Du point de vue du conflit de lois, il s'agit, dans cette deuxième phase, de déterminer quelle loi s'applique à ces effets. Le plus souvent, c'est la loi de l'État d'ouverture de la procédure qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de celle-ci. En général, elle déterminera donc, par exemple, quels débiteurs peuvent être soumis à la loi sur l'insolvabilité; quelles parties peuvent demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et quelles sont les conditions d'admissibilité à remplir; les effets de l'ouverture, y compris la portée de l'arrêt des poursuites; l'organisation de l'administration de la masse; les pouvoirs et fonctions des participants; les règles relatives à l'admissibilité des créances; la priorité et le rang des créances; et les règles relatives à la répartition. Par conséquent, elle régira en général les effets de l'insolvabilité sur les droits et créances valablement acquis en vertu d'une loi étrangère, par exemple la question de savoir si le droit ou la créance, compte tenu de leur nature et de leurs conditions, sont admissibles dans l'insolvabilité du débiteur, et comment ils seront classés.

652e. Des problèmes peuvent se poser lorsque la loi qui régit le classement d'une créance et la loi autre que la loi sur l'insolvabilité applicable régissant cette créance sont différentes. C'est toujours la loi de l'État d'ouverture de la procédure qui établit les catégories de privilèges et les priorités existants et le classement des créances. Normalement, elle tient compte, ce faisant, des créances qui existent en vertu du droit national. Mais des créances de créanciers peuvent être créées en application d'une loi étrangère, auquel cas il faut déterminer lesquelles peuvent être considérées comme équivalentes aux créances constituées en vertu du droit national qui confèrent certains privilèges ou priorités. En d'autres termes, il faut examiner si le type de créance créé en vertu du droit étranger est "équivalent" au type de créance auquel la loi de l'État d'ouverture de la procédure accorde un statut particulier dans la procédure d'insolvabilité. À cette fin, il faut établir si les deux créances, eu égard à leur contenu essentiel et à leur fonction, correspondent l'une à l'autre au point de pouvoir être considérées comme "fonctionnellement interchangeables". Dans l'affirmative, elles devraient être considérées comme

équivalentes et bénéficier du même traitement dans la procédure d'insolvabilité. Si l'équivalence ne peut être établie, la créance sera généralement traitée comme une créance ordinaire.

4. Loi applicable aux effets de l'insolvabilité – exceptions à la loi de l'État d'ouverture de la procédure

652f. Pour déterminer les effets de l'insolvabilité sur les droits et créances valables et efficaces, certaines lois prévoient des exceptions à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure. Ces exceptions n'ont pas pour objet de modifier la loi applicable à la question de la validité et de l'efficacité (qui continue d'être régie par les règles générales de conflit de lois du for) mais celle qui est applicable aux effets de l'insolvabilité. Les effets de l'insolvabilité, au lieu d'être régis par la loi de l'État d'ouverture de la procédure, peuvent l'être, par exemple, par la loi applicable à la question de la validité et de l'efficacité. Ainsi, les effets sur un droit de compensation pourront être déterminés, non par la loi de l'État d'ouverture de la procédure, mais par la loi applicable au droit de compensation. D'autres exceptions à l'application de la loi du for, prévues dans diverses lois sur l'insolvabilité, renvoient par exemple à la loi applicable aux systèmes de paiement, aux contrats de travail, aux clauses d'annulation et aux droits réels.

a) Systèmes de paiement et de règlement et marchés financiers réglementés

652g. Les exceptions à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure répondent, en général, à certaines considérations de politique sociale. Par exemple, certaines lois s'attachent à accroître la certitude commerciale et à réduire les risques pour les parties engagées dans des opérations commerciales. Ces parties établissent leur relation en fonction d'un environnement juridique particulier, en examinant en particulier la mesure dans laquelle leurs droits seront protégés en cas d'insolvabilité du débiteur – risque le plus courant pour tout créancier. L'application de la loi en vertu de laquelle le droit ou la créance en question ont été créés peut, en général, être moins coûteuse à apprendre pour le créancier, plus prévisible quant aux effets de l'insolvabilité et plus difficile à manipuler a posteriori par le débiteur que l'application de la loi du centre des intérêts principaux ou du domicile du débiteur. Partant de là, on peut avancer qu'il serait raisonnable, dans certaines circonstances, d'autoriser et de protéger le recours par les parties à la loi en vertu de laquelle le droit ou la créance ont été créés. Les systèmes de paiement ou de règlement et les marchés financiers réglementés, pour lesquels de nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent qu'ils exigent une exception à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure, constituent à cet égard, un exemple typique. L'application de la loi qui les régit peut éviter de modifier les mécanismes de paiement et de règlement en cas d'insolvabilité d'un participant, et par conséquent préserver la certitude et la confiance générales dans le système ou le marché et éviter un risque systémique.

b) Contrats de travail

652h. Certaines lois prévoient des exceptions pour préserver des droits ou intérêts spécifiquement protégés par le droit d'un État contre les incertitudes ou les incohérences qui peuvent résulter de l'application des effets de l'insolvabilité d'une loi étrangère de l'État d'ouverture de la procédure. Pour des contrats de travail, par

exemple, des protections particulières (souvent obligatoires) peuvent être accordées sous la forme d'un filet de sécurité financier pour les employés, ou de restrictions à la possibilité de rejeter ou de modifier ces contrats dans l'insolvabilité. Ces dispositions se justifient par le souci de protéger les attentes raisonnables des employés quant à leur contrat de travail, du fait qu'ils peuvent avoir une position de négociation relativement plus faible que leurs employeurs, et de veiller à la non-discrimination entre employés qui travaillent dans un même pays, que ce soit pour un employeur local ou pour un employeur étranger.

c) Sûretés

652i. Certaines lois sur l'insolvabilité adoptent aussi cette approche pour les sûretés, cela signifie que la loi régissant un droit réel déterminera non seulement sa création et sa validité générale, mais aussi son efficacité en cas de procédure d'insolvabilité. En d'autres termes, la position de la sûreté réelle dans une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger ne sera pas établie par la loi de l'État d'ouverture de la procédure, mais par les règles relatives à l'insolvabilité de la loi applicable aux sûretés, car l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure pourrait avoir une incidence sur le cadre du crédit garanti, en introduisant un facteur d'instabilité susceptible d'augmenter le coût du financement intérieur. Si une procédure étrangère empiète sur les sûretés locales, la valeur de ces dernières risque d'être gravement compromise. De même, le transfert du centre des intérêts principaux du débiteur dans un autre État risque de modifier radicalement la position du créancier garanti. Les droits de compensation peuvent aussi être soumis, comme cela a été indiqué plus haut, à une loi autre que la loi du for, pour des raisons liées aux attentes des parties, en particulier si elles ont des relations d'affaire régulières.

d) Dispositions d'annulation

652j. Les raisons de renforcer la certitude et de réduire le risque valent aussi pour l'application de dispositions d'annulation. De nombreuses lois sur l'insolvabilité énoncent que la loi régissant l'annulation des opérations devrait être la loi de l'État d'ouverture de la procédure, même dans les cas où, en vertu des règles générales de conflit de lois du for, les opérations à annuler seraient régies par une loi étrangère. D'autres attendent de la loi régissant l'opération qu'elle régisse aussi les actions en annulation concernant cette opération. Le principe qui sous-tend ces exceptions à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure est la protection du cocontractant et de son recours à la loi régissant l'opération. Cette approche peut donner aux cocontractants un certain degré de certitude et de prévisibilité quant au fait que leur opération avec le débiteur ne sera pas contestée ultérieurement dans une procédure d'insolvabilité et contribuer à réduire le coût du crédit et des opérations commerciales, en raison de la diminution du risque d'annulation (ce qui peut être essentiel dans le cas d'opérations ayant lieu dans un système de paiement ou de règlement).

652k. Certaines des lois qui comptent sur la loi régissant l'opération pour les actions en annulation adoptent une approche qui combine, selon des modalités diverses, la loi de l'État d'ouverture de la procédure et la loi régissant l'opération. Dans l'une de ces approches, une opération ne sera susceptible d'annulation dans l'insolvabilité que si elle est annulable à la fois en vertu de la loi de l'État dans

lequel la procédure a été ouverte et de la loi régissant l'opération. Dans une autre approche, une opération peut être annulée si l'annulation peut être obtenue en vertu de la loi du for ou de la loi régissant l'opération. Une loi, par exemple, prévoit que la loi du for s'appliquera à l'annulation, mais reconnaît l'application d'une autre loi si celle-ci est plus rigoureuse et conduirait à l'annulation d'un plus grand nombre d'opérations.

5. Établir un équilibre entre l'opportunité d'exceptions et les objectifs de l'insolvabilité

652l. Il est essentiel de mettre en balance les considérations qui motivent les exceptions à l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure et d'autres considérations fondamentales pour la procédure d'insolvabilité, en particulier l'objectif de la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de tous les créanciers, et non de certains seulement, et l'objectif de l'égalité de traitement de tous les créanciers se trouvant dans la même situation. La loi du for sera conçue pour appuyer les objectifs particuliers de l'insolvabilité dans cet État et apportera la sécurité juridique au représentant de l'insolvabilité pour l'exercice de nombre de ses fonctions dans la procédure d'insolvabilité, notamment l'annulation des opérations, le traitement des contrats, le traitement des créances, etc. Son application dans la procédure d'insolvabilité peut éviter un procès potentiellement coûteux et long visant à déterminer la loi applicable aux fins des effets de l'insolvabilité, et la validité et l'efficacité des droits ou créances compte tenu des effets de l'insolvabilité en vertu de la loi du for. En conséquence, dans de nombreux cas, l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure pour les effets de l'insolvabilité peut réduire les coûts et les délais et donc maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de tous les créanciers. En outre, l'application d'une exception à la loi de l'État d'ouverture de la procédure pour les effets de l'insolvabilité peut entraîner un traitement différent des effets de l'insolvabilité sur des créanciers se trouvant dans la même situation, uniquement parce que leurs droits et créances sont régis par des lois applicables différentes. On peut avancer, par exemple, que les règles de compensation du for devraient s'appliquer aux créances puisque, dans l'insolvabilité, les droits de compensation sont étroitement liés à la preuve et à la quantification des créances ainsi qu'aux principes régissant l'égalité de traitement des créanciers. Ces questions étant réglementées par la loi du for, les droits de compensation devraient l'être de la même façon.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité est:

a) de faciliter les opérations commerciales en reconnaissant, dans la procédure d'insolvabilité, les droits et créances nés avant l'ouverture de la procédure et la loi qui s'appliquera à la validité et à l'efficacité de ces droits et créances;

b) d'établir la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité et les exceptions, s'il y a lieu, à l'application de cette loi.

Contenu des dispositions législatives

Reconnaissance des droits et créances nés avant l'ouverture de la procédure

179) La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître les droits et créances nés en vertu de la loi générale sous réserve des restrictions qu'elle prévoit expressément.

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

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

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

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

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

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

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

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

e) l'utilisation et la disposition des actifs;

f) la proposition, l'approbation, la confirmation et l'exécution d'un plan de redressement;

g) l'annulation de certaines opérations;

h) le traitement des contrats;

i) la compensation;

j) le traitement des créanciers garantis;

k) les droits et obligations du débiteur;

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

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

n) le traitement des créances;

o) le classement des créances;

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

q) la répartition du produit;

r) la clôture de la procédure; et

s) la décharge.

Exceptions à l'application de la loi de la procédure d'insolvabilité

182) Nonobstant la recommandation 179, les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de paiement ou de règlement ou à un marché financier réglementé sont régis uniquement par la loi applicable à ce système ou marché.

183) Nonobstant la recommandation 179, les effets de la procédure d'insolvabilité sur le rejet, la continuation et la modification de contrats de travail peuvent être régis par la loi applicable au contrat.

184) Toutes exceptions en sus des recommandations 182 et 183 devraient être limitées en nombre et clairement énoncées ou notées dans la loi sur l'insolvabilité.