



# Assemblée générale

Distr. générale  
1<sup>er</sup> mars 2021  
Français  
Original : anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Cinquante-quatrième session  
Vienne, 28 juin-16 juillet 2021

## Rapport du Colloque sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité (Vienne, 11 décembre 2020)

### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	2
II. Synthèse des questions examinées lors du Colloque . . . . .	3
A. Considérations générales . . . . .	3
B. Loi applicable aux procédures d'insolvabilité : aperçu . . . . .	4
C. Loi applicable aux procédures d'insolvabilité internationale : incidences pratiques . . . . .	8
D. Loi applicable aux procédures d'insolvabilité : incidences régionales . . . . .	11
E. Travaux possibles de la CNUDCI et de la HCCH sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité . . . . .	15
III. Conclusions . . . . .	17



## I. Introduction

1. Le Colloque sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité a eu lieu à Vienne (en ligne) le 11 décembre 2020, à la suite de la cinquante-septième session du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui s'est tenue du 7 au 10 décembre 2020<sup>1</sup>.

2. Le Colloque a été organisé par le secrétariat de la CNUDCI, en coopération avec le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH)<sup>2</sup>, conformément à la demande que la Commission avait formulée à sa cinquante-deuxième session, en 2019. À cette session, après avoir examiné une proposition relative aux travaux futurs possibles de l'Union européenne sur l'harmonisation de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité (A/CN.9/995), la Commission était convenue qu'il s'agissait d'un sujet important, qui complétait les travaux considérables déjà entrepris par la CNUDCI dans le domaine du droit de l'insolvabilité et en particulier de l'insolvabilité internationale<sup>3</sup>. Dans le même temps, elle a noté « qu[e ce sujet] pouvait se révéler complexe et nécessitait un haut niveau de compétence sur différents aspects du droit international privé, ainsi que sur le choix de la loi dans des domaines tels que le droit des contrats, le droit des biens, le droit des sociétés, les sûretés et les opérations bancaires, et dans d'autres domaines sur lesquels elle n'avait pas travaillé récemment », et qu'il était indispensable de délimiter soigneusement la portée et la nature des travaux que la CNUDCI pourrait entreprendre. À cette fin, elle avait prié son secrétariat d'organiser un colloque, en coopération avec d'autres organisations internationales compétentes, en vue de préciser plus avant divers aspects des travaux futurs possibles sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, aspects qu'elle examinerait à sa cinquante-troisième session, en 2020.

3. En raison des mesures prises pour atténuer les effets de la pandémie de COVID-19, la cinquante-septième session du Groupe de travail V a été reportée de mai 2020 à décembre 2020, ainsi que le colloque connexe initialement prévu le 15 mai 2020. À la reprise de sa cinquante-troisième session en 2021, la Commission a demandé à son secrétariat d'organiser un colloque sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité le 11 décembre 2020, à l'issue de la cinquante-septième session du Groupe de travail V, et de faire rapport sur les conclusions de ce colloque à sa cinquante-quatrième session, en 2021<sup>4</sup>.

4. Plus de 130 participants de 40 pays, dont environ 12 pays de *common law* et 28 pays de droit civil, ont participé au Colloque organisé en ligne. Afin d'obtenir des informations supplémentaires, un questionnaire en ligne sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité et les travaux futurs possibles de la CNUDCI dans ce domaine a été distribué aux participants après le Colloque<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> On trouvera la page Web consacrée au Colloque, notamment les liens vers le programme et les enregistrements audio, ainsi qu'une note de réflexion, à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/applicablelawcolloquium>.

<sup>2</sup> La Commission voudra peut-être noter que le Conseil sur les affaires générales et la politique de la HCCH devait prendre une décision sur les travaux futurs possibles de la HCCH à la session qui doit se tenir du 1<sup>er</sup> au 5 mars 2021.

<sup>3</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17)*, par. 206.

<sup>4</sup> *Ibid.*, *soixante-quinzième session, Supplément n° 17 (A/75/17)*, par. 16 c) et 66.

<sup>5</sup> Les questions suivantes ont été posées : a) Le manque d'uniformité actuellement observé en ce qui concerne la loi applicable aux procédures d'insolvabilité internationale empêche-t-il d'atteindre les objectifs visés par ces procédures, ou crée-t-il des obstacles auxquels se heurtent ces procédures ? b) Serait-il possible d'harmoniser les règles régissant la loi applicable dans ce domaine ? c) Les travaux menés jusqu'à présent par la CNUDCI dans le domaine de l'insolvabilité internationale devraient-ils être complétés par des travaux sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité ? et d) Si des travaux sont entrepris dans ce domaine, quelles seraient les questions spécifiques qui devraient être abordées en priorité (par exemple, les actions en annulation, les

5. Le Colloque s'articulait autour de quatre grands thèmes : a) un aperçu de la situation actuelle de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité ; b) les incidences pratiques de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité internationale ; c) la loi applicable aux procédures d'insolvabilité dans les différentes régions ; et d) les travaux futurs possibles sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité. En raison du temps limité dont disposait le Colloque du fait qu'il se tenait en ligne, il n'a pas été possible d'aborder d'autres questions en dehors de ces quatre grands thèmes, notamment les questions spécifiques sélectionnées pour illustrer le problème (les droits réels, les actions en annulation, les titres et autres instruments financiers, et les créances des créanciers locaux, entre autres).

## II. Synthèse des questions examinées lors du Colloque

### A. Considérations générales

6. Les procédures d'insolvabilité internationale faisant intervenir des parties ou des actifs situés dans différents États soulèvent parfois des questions complexes comme celles de savoir quelle loi appliquer à la validité et à l'opposabilité des droits sur ces actifs ou d'autres créances, et quel traitement accorder dans une telle procédure à ces actifs ainsi qu'aux droits et créances de parties étrangères. En l'espèce, l'État du for appliquerait généralement ses règles de droit international privé pour déterminer la loi applicable à la validité et à l'opposabilité d'un droit ou d'une créance et à leur traitement dans la procédure. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ne contient pas de règles de conflit des lois, laissant ainsi aux États adoptants le soin d'établir des règles et des pratiques. Si les procédures d'insolvabilité sont généralement régies par la loi de l'État dans lequel la procédure a été ouverte (à savoir la *lex fori concursus*), de nombreux États ont adopté des exceptions à cette règle qui varient en nombre et en portée, ce qui peut être source d'incertitude et d'imprévisibilité pour les parties prenantes aux procédures d'insolvabilité internationale. Des efforts<sup>6</sup> ont donc été entrepris pour que les lois sur l'insolvabilité traitent de manière transparente et prévisible des questions de la loi applicable afin de contribuer à la sécurité juridique pour ce qui est des effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et créances des parties concernées.

7. À titre d'exemple, on a mentionné le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, qui contient une section où figurent un commentaire général sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité et cinq recommandations à l'intention des législateurs<sup>7</sup>. Cette section du Guide législatif a été élaborée en étroite collaboration avec la HCCH, sur la base d'un questionnaire distribué aux États membres de la HCCH (voir par. 41 ci-dessous) et avec l'aide d'un groupe de rédaction composé d'experts de la CNUDCI et de la HCCH<sup>8</sup>. Le Guide législatif de la CNUDCI recommande que la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure (recommandation 30), et que la loi sur l'insolvabilité de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la conclusion de cette procédure et à ses effets (recommandation 31), en donnant un certain nombre d'exemples (par exemple, l'annulation d'opérations susceptibles de léser certaines

---

droits réels, les contrats de travail, la compensation, les procédures en cours) ? Pour un résumé des réponses données au questionnaire en ligne, voir ci-dessous, par. 46.

<sup>6</sup> On peut trouver d'autres exemples, outre ceux fournis aux paragraphes 8 et 9, dans la note de réflexion, *supra*, note 1.

<sup>7</sup> Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (Guide législatif), deuxième partie : I. Demande d'ouverture et ouverture ; C. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité, par. 80 à 91 et recommandations 30 à 34.

<sup>8</sup> HCCH, document préliminaire du 14 décembre 2019 – Travaux futurs conjoints de la CNUDCI et de la HCCH sur l'insolvabilité, par. 5 et suiv.

parties, le traitement des contrats, la compensation, le traitement des créanciers garantis, le traitement et classement des créances, la répartition du produit et la décharge). Des exceptions à l'application de la règle générale de la *lex fori concursus* ont été recommandées en ce qui concerne 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 (recommandation 32), qui étaient régis par la loi applicable à ce système ou à ce marché, et sur le rejet, la continuation et la modification de contrats de travail (recommandation 33), qui étaient régis par la loi applicable à ce contrat. Il a en outre été recommandé que toute exception supplémentaire à la règle générale soit limitée en nombre et clairement énoncée dans la loi sur l'insolvabilité (recommandation 34).

8. Au niveau européen, des règles supplémentaires visant à harmoniser la loi applicable aux procédures d'insolvabilité figurent dans le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité [refonte du Règlement (CE)], qui a remplacé et annulé le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité [Règlement (CE)]. Tout comme la version précédente, la refonte du Règlement (CE) a établi des règles de conflit de lois détaillées pour les procédures d'insolvabilité concernant les débiteurs basés dans l'Union européenne (UE) et exerçant leurs activités dans plusieurs États membres, reconnaissant la portée universelle de la procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État membre où le débiteur avait son centre d'intérêts principaux. Là encore, la règle générale de la *lex fori concursus* s'applique en principe aussi bien aux procédures principales qu'aux procédures secondaires<sup>9</sup> et déterminerait les conditions régissant l'ouverture de la procédure, ainsi que son déroulement et sa clôture (par exemple, les débiteurs à l'encontre desquels une procédure d'insolvabilité peut être engagée ; les effets sur les contrats actuels du débiteur ; les règles régissant la déclaration, la vérification et l'admission des créances). Des exceptions spécifiques à la règle générale de la *lex fori concursus* figurent ensuite dans un certain nombre d'articles<sup>10</sup>.

## B. Loi applicable aux procédures d'insolvabilité : aperçu

9. Tout d'abord, le Colloque a passé en revue les principales difficultés rencontrées et les progrès réalisés à ce jour dans le domaine de l'harmonisation de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité à l'échelle internationale, d'une part en ce qui concerne les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité et d'autre part en ce qui concerne le régime applicable dans l'UE. Il a été fait remarquer que l'harmonisation de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité ne concernait pas l'harmonisation des règles de fond du droit de l'insolvabilité, mais plutôt l'harmonisation des règles de conflit des lois dans les procédures d'insolvabilité afin de pouvoir déterminer à l'avance la loi applicable en cas d'insolvabilité et d'éviter ainsi les conflits. On a souligné qu'il importait de distinguer entre la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances constitués avant l'insolvabilité (par exemple, la loi applicable à la validité d'un droit contractuel ou d'une sûreté réelle), et la loi applicable aux procédures d'insolvabilité et à leurs effets (c'est-à-dire l'effet de l'insolvabilité sur ces droits, et si, par exemple, l'exécution de ces droits pouvait être annulée ou suspendue du fait de la procédure d'insolvabilité).

10. La première présentation a passé en revue, dans l'ordre chronologique, les travaux déjà entrepris par la CNUDCI dans le domaine du droit de l'insolvabilité, en particulier la Loi type sur l'insolvabilité internationale (1997), le Guide législatif [première et deuxième parties (2004), troisième partie (2012) et quatrième partie (2<sup>e</sup> éd., 2019)], la Loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à

<sup>9</sup> Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), art. 7 et 35.

<sup>10</sup> Ibid., art. 8 à 18.

l'insolvabilité (2018) et la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (2019).

11. On a noté que la Loi type sur l'insolvabilité internationale ne cherchait pas à unifier tous les aspects du droit international privé en matière d'insolvabilité, mais suivait plutôt l'approche de l'universalisme modifié<sup>11</sup>, laquelle consistait à centraliser autant que possible une procédure d'insolvabilité internationale dans un seul pays. La Loi type sur l'insolvabilité internationale permettait d'atteindre cet objectif grâce à un mécanisme de reconnaissance des procédures principales (et des mesures accordées), ainsi qu'à l'obligation faite aux tribunaux et aux représentants de l'insolvabilité de coopérer dans toute la mesure du possible dans la conduite des procédures d'insolvabilité internationale<sup>12</sup>. Elle prévoyait la reconnaissance d'une procédure étrangère principale ouverte dans l'État où le débiteur avait son centre des intérêts principaux, tel qu'établi à l'aide des moyens énoncés dans la Loi type et expliqués dans son Guide pour l'incorporation et l'interprétation<sup>13</sup>. Certaines mesures (par exemple, l'arrêt des poursuites en vertu de l'article 20) étaient automatiques après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale, et d'autres mesures discrétionnaires pouvaient être accordées après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale ou non principale, sous réserve de certaines garanties (par exemple, à condition que le tribunal requis soit convaincu que les intérêts des créanciers sont suffisamment protégés)<sup>14</sup>. Notamment, si la Loi type sur l'insolvabilité internationale ne traitait pas explicitement de la question de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, en se concentrant sur les mesures à prendre par le tribunal recevant la demande de reconnaissance de la procédure étrangère principale et en suivant l'approche de l'universalisme modifié, elles donnaient à penser que le tribunal requis devrait s'en remettre à la loi de la procédure étrangère principale pour accorder des mesures discrétionnaires afin de faciliter le traitement de l'insolvabilité dans son ensemble dans un seul pays.

12. On a fait remarquer que le Guide législatif de la CNUDCI ne traitait que de manière limitée des questions de droit international privé relatives à l'insolvabilité. Pour établir la compétence dans les procédures d'insolvabilité, le Guide législatif recommandait l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (recommandation 5), qui utilise le concept du centre des intérêts principaux du débiteur pour établir la compétence dans la procédure étrangère principale, et le concept de l'établissement du débiteur [en vertu de l'article 2 f)] pour établir la compétence dans une procédure étrangère non principale. En ce qui concerne les questions relatives à la loi applicable, comme indiqué plus en détail ci-dessus (par. 7), les recommandations du Guide législatif distinguent clairement entre la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances existant au moment de l'insolvabilité, qui devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État du for (recommandation 30), et la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets, qui devrait être déterminée en général par la *lex fori concursus* (recommandation 31), sous réserve de certaines exceptions claires et limitées (recommandations 32 à 34). On a fait remarquer que le Guide législatif mettait en garde sur le fait qu'une exception à l'application de la *lex fori concursus* aux effets de l'insolvabilité pouvait produire des effets différents sur des créanciers

<sup>11</sup> L'approche théorique classique de l'insolvabilité internationale s'appuie sur deux concepts concurrents : l'universalisme, dans lequel une insolvabilité internationale est traitée dans une procédure d'insolvabilité unique qui couvre tous les actifs et passifs du débiteur, où qu'ils se situent ; et le territorialisme, dans lequel de multiples procédures d'insolvabilité ont été ouvertes dans différents pays, et dans lequel chaque pays applique sa propre loi sur l'insolvabilité. L'universalisme modifié, qui est l'approche actuellement adoptée dans le cadre de l'insolvabilité internationale, permettait l'ouverture de plusieurs procédures d'insolvabilité, mais tentait de maximiser la coopération et la coordination entre les procédures, ainsi que l'adoption d'une perspective globale de l'insolvabilité internationale en établissant une procédure principale.

<sup>12</sup> Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997), art. 25 à 27.

<sup>13</sup> Ibid., art. 15 à 17, et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 141 à 147.

<sup>14</sup> Ibid., art. 20 et 21.

se trouvant dans la même situation, au seul motif que leurs droits et créances étaient régis par des lois différentes<sup>15</sup>.

13. En ce qui concerne la Loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité, il a été noté que, tout comme d'autres lois types, l'instrument visait à atteindre l'uniformité au moyen de son incorporation dans le droit interne des États, et qu'il visait à compléter la Loi type sur l'insolvabilité internationale en levant une incertitude quant à la question de savoir si les dispositions de son article 21 relatives aux mesures disponibles prévoyaient la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité. La Loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité prévoyait expressément la reconnaissance et l'exécution de ces jugements, mais établissait aussi des règles harmonisées concernant la procédure à suivre pour demander leur reconnaissance et leur exécution, ainsi que des motifs de refus précis. Elle comprenait également une disposition (art. X), qui pouvait être incorporée par les États qui avaient déjà adopté la Loi type sur l'insolvabilité internationale en vue de préciser que l'article 21 de cette dernière était suffisamment large et souple pour inclure la reconnaissance des jugements étrangers en matière d'insolvabilité dans les mesures discrétionnaires pouvant être accordées par un tribunal requis après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale ou non principale. Il a été fait observer que si elle ne traitait pas directement de la question de la loi applicable, il existait un lien dans la mesure où la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger relatif à l'insolvabilité donneraient indirectement effet à la loi étrangère sur l'insolvabilité.

14. Le dernier texte de la CNUDCI examiné était la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, qui complétait la Loi type sur l'insolvabilité internationale en élargissant son cadre régissant les procédures d'insolvabilité internationale de débiteurs autonomes pour y inclure les membres d'un groupe d'entreprises, facilitant ainsi les solutions collectives à l'insolvabilité d'un groupe. Pour ce faire, elle prévoyait un mécanisme de coopération efficace entre les tribunaux et les autres autorités compétentes, ainsi que les représentants de l'insolvabilité, et surtout, des procédures de planification pour les groupes qui permettaient d'élaborer et de mettre en œuvre une solution collective à l'insolvabilité de l'ensemble ou d'une partie d'un groupe d'entreprises. Les mesures disponibles au titre de la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises pouvaient être accordées en vertu de la loi de l'État du for où était menée la procédure de planification afin d'aider à élaborer et à mettre en œuvre la solution collective<sup>16</sup>. Des mesures larges et souples pouvaient également être accordées par d'autres tribunaux<sup>17</sup> (dans d'autres États outre l'État du for où était menée la procédure de planification), là où le groupe d'entreprises possédait des actifs, des établissements ou des filiales, notamment en renvoyant à la procédure centrale en suspendant ou en refusant l'ouverture de procédures locales et en accordant une série de mesures pour soutenir la procédure de planification (sous réserve, encore une fois, que les intérêts des créanciers de chaque membre du groupe d'entreprises soient suffisamment protégés)<sup>18</sup>. Là encore, la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises ne traitait pas directement de la loi applicable, mais y était indirectement liée en encourageant les tribunaux locaux à renvoyer à l'État du for où était menée la procédure de planification, et en prévoyant des mesures à l'appui de la procédure de planification, y compris la possibilité de s'en remettre à la loi de l'État du for où était menée la procédure de planification, sous réserve, dans certaines circonstances, de l'application des lois locales en matière de traitement des créances.

15. Pour conclure, on a rappelé que les lois types de la CNUDCI se fondaient sur une approche universaliste modifiée en matière d'insolvabilité internationale, en renvoyant et en prêtant assistance essentiellement aux procédures étrangères

<sup>15</sup> Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, deuxième partie, par. 91.

<sup>16</sup> Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (2019), art. 20.

<sup>17</sup> Ibid., art. 24.

<sup>18</sup> Ibid., art. 28 à 32.

principales ou aux procédures de planification d'un groupe d'entreprises au moyen de la coopération, de la reconnaissance et de l'octroi de mesures, et qu'elles étaient complétées par les recommandations sur la loi applicable figurant dans le Guide législatif. On a estimé que les instruments existants de la CNUDCI en matière d'insolvabilité pourraient être utilement complétés par l'élaboration d'un instrument international comportant des règles explicites sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité en vue de leur adoption uniforme, ce qui permettrait de lever les divergences apparues dans les décisions rendues sur ces questions. Il a également été proposé qu'un tel instrument s'appuie sur les recommandations pertinentes du Guide législatif de la CNUDCI existant, mais qu'il faudrait clarifier le champ d'application de la règle de la *lex fori concursus*, ainsi que son application dans le contexte des groupes d'entreprises et des régimes de restructuration plus modernes. Enfin, il a été recommandé de définir clairement toutes les exceptions à la règle générale de la *lex fori concursus*, de même que les critères permettant d'éviter l'ouverture de procédures d'insolvabilité supplémentaires et de déterminer les cas où la législation locale devait être appliquée à la procédure étrangère principale ou à la procédure de planification.

16. Le Colloque a ensuite examiné l'actuel régime européen visant à harmoniser la loi applicable en matière d'insolvabilité internationale, à savoir le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte). On a noté que la refonte du Règlement (CE) et la Loi type sur l'insolvabilité internationale contenaient toutes deux des dispositions traitant de questions essentielles dans le contexte de l'insolvabilité internationale, comme l'établissement de la compétence dans les procédures d'insolvabilité principales et non principales (au moyen des règles relatives au centre des intérêts principaux et à l'établissement), et la reconnaissance et la coopération internationales dans le cadre de ces procédures. En outre, la refonte du Règlement (CE) (art. 7) et les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI (recommandation 31) étaient similaires en ce qu'elles étaient favorables à l'application de la règle générale de la *lex fori concursus* pour déterminer la loi régissant l'ouverture, le déroulement et la clôture des procédures d'insolvabilité, les deux textes énonçant une liste non exhaustive des questions qui seraient ainsi régies par la *lex fori concursus*. Il a toutefois été noté qu'il n'existait pas de texte uniforme de la CNUDCI sur l'insolvabilité qui énonce des règles de conflit de lois harmonisées en tant que telles. En revanche, l'article 7 de la refonte du Règlement (CE) établissait expressément une règle générale selon laquelle la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets était celle de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure a été ouverte (c'est-à-dire la *lex fori concursus*), sous réserve d'exceptions précises concernant : les droits réels des tiers, la compensation, la réserve de propriété, les contrats portant sur un bien immobilier, les systèmes de paiement et les marchés financiers, les contrats de travail, les droits soumis à enregistrement, certains brevets et marques, les actes préjudiciables, la protection du tiers acquéreur et les procédures d'insolvabilité sur les instances ou les procédures arbitrales en cours<sup>19</sup>.

17. Bien que la refonte du Règlement (CE) contienne des règles plus détaillées sur la loi applicable, il a été fait observer qu'il était complexe de les appliquer dans la pratique et qu'il pouvait souvent être difficile de déterminer le champ d'application réel de la *lex fori concursus* (par exemple, en ce qui concerne les exceptions touchant les actions en annulation, les droits réels des créanciers dans un autre État et les demandes de compensation). On a fait référence à une vaste et complexe affaire d'insolvabilité internationale dans laquelle la refonte du Règlement (CE) avait été appliquée et qui avait mis en évidence un certain nombre de ces difficultés, notamment pour ce qui était de déterminer la masse de l'insolvabilité, ainsi que la portée de la règle de la *lex fori concursus* et de ses exceptions. L'exemple montrait que, aux fins de la résiliation des contrats de travail, l'application de la *lex fori concursus* dans la procédure principale menée dans un État et l'application du droit du travail d'un autre État en vertu des exceptions à la règle générale de la *lex fori*

<sup>19</sup> Refonte du Règlement (CE), art. 8 à 18.

*concursum* (selon laquelle les contrats de travail étaient soumis à la loi de l'État membre applicable au contrat de travail) pouvaient se révéler incompatibles. L'affaire a également soulevé la question de savoir si le tribunal chargé de la procédure principale ou celui chargé de la procédure secondaire avait compétence internationale pour trancher la question à l'étude ; ainsi que la question de la loi applicable pour déterminer les biens du débiteur qui entrent dans le champ d'application de la procédure secondaire. En ce qui concerne la deuxième question sur la loi applicable, il a été décidé que la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité était décisive pour déterminer le lieu où se situaient les biens du débiteur et les biens qui relevaient de la procédure secondaire.

18. D'autres exemples ont été fournis montrant le lien existant entre l'établissement de la compétence internationale dans la procédure d'insolvabilité et les règles de conflit des lois. Dans un exemple ayant des implications pour le traçage civil d'avoirs, le liquidateur était, en vertu de la loi de la procédure d'insolvabilité principale, le propriétaire fiduciaire des actifs du débiteur, tandis qu'en vertu de la loi de la procédure non principale, le débiteur était seulement dessaisi de sa propriété, tandis que le liquidateur devait réaliser les actifs et agir au nom de la masse des créanciers. Selon une décision récente, le tribunal du pays où est menée la procédure non principale devait reconnaître les pouvoirs spéciaux du liquidateur dans la procédure principale, donnant ainsi effet à la *lex fori concursus*, même si ces pouvoirs étaient inconnus dans le pays où était menée la procédure non principale.

19. Pour conclure, on a fait remarquer que même si la refonte du Règlement (CE) traitait la question de la loi applicable plus en détail que les textes de la CNUDCI, elle démontrait néanmoins le lien continu entre l'établissement de la compétence internationale dans la procédure principale (et la règle de la *lex fori concursus* qui s'applique à cette procédure) et les règles de conflit des lois. Le fonctionnement du régime régissant actuellement la loi applicable en Europe a montré qu'il serait certainement souhaitable d'harmoniser davantage les règles de conflit de lois concernées dans le contexte de l'insolvabilité internationale.

### **C. Loi applicable aux procédures d'insolvabilité internationale : incidences pratiques**

20. Le Colloque s'est ensuite penché sur un certain nombre de questions particulièrement problématiques que posent les procédures d'insolvabilité internationale concernant la loi applicable aux créances et à d'autres aspects, notamment les droits réels, les actions en annulation, et les titres et autres instruments financiers.

21. Tout d'abord, on a examiné la question de la loi applicable, à savoir quelle loi (autre que la loi sur l'insolvabilité) de quel État régissait les questions de fond liées aux droits de propriété (droits réels) dans les procédures d'insolvabilité. Comme mentionné dans les discussions qui ont précédé, on a rappelé qu'il était crucial de maintenir la distinction entre la loi applicable à l'insolvabilité et celle applicable aux questions ne relevant pas de l'insolvabilité (c'est-à-dire la validité et l'opposabilité des droits et des créances). Dans ce contexte, on a souligné que selon l'opinion générale, conformément à l'approche adoptée dans le Guide législatif de la CNUDCI, la détermination de la validité et de l'opposabilité des droits et des créances, y compris les droits réels, ne relevait pas du droit de l'insolvabilité, mais plutôt d'une autre loi applicable.

22. Il a également été estimé que la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances (notamment des droits réels) existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé régissant les questions autres que l'insolvabilité applicables dans l'État où est ouverte cette procédure. Il a été souligné que cette approche était conforme à l'objectif général visé par le droit de l'insolvabilité, à savoir empêcher la redistribution de la richesse des titulaires de droits non liés à l'insolvabilité à des

personnes non titulaires de droits. S'inspirant de la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières, on a cité deux exemples illustrant la manière dont fonctionnent les règles de conflit des lois dans des procédures non liées à l'insolvabilité. Premièrement, dans le cas de biens meubles incorporels (notamment de créances ordinaires), la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel était la loi de l'État dans lequel se trouvait le constituant, ce qui a été jugé être une règle pertinente. Deuxièmement, en ce qui concerne les titres non intermédiés représentés par un certificat, la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité était, dans le cas de titres de participation, la loi en vertu de laquelle l'émetteur a été constitué, tandis que, dans le cas des titres de créance, la loi régissant les titres. Les règles de conflit des lois dans ce deuxième exemple ont été jugées appropriées pour les titres dématérialisés, mais pas pour les titres représentés par un certificat, auquel cas il a été suggéré que, comme pour les biens affectés en garantie avec dépossession, par exemple les documents négociables et les instruments négociables, leur emplacement pourrait être un meilleur moyen de déterminer la loi autre que la loi sur l'insolvabilité qui s'applique.

23. Pour conclure, il a été estimé que la *lex fori concursus* devrait continuer à être la principale règle de conflit des lois pour les procédures d'insolvabilité, mais que l'élaboration de règles de conflit des lois harmonisées en matière d'insolvabilité serait utile pour assurer le bon fonctionnement général des procédures d'insolvabilité. Il a également été fait observer que, lors de l'élaboration de ces règles, il serait crucial de conserver la distinction entre la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et celle applicable aux questions ne relevant pas de l'insolvabilité, mais que les rédacteurs devraient rester vigilants quant à toute possibilité de détourner cette distinction par les parties prenantes.

24. Le Colloque a ensuite examiné la question de la loi applicable aux titres et autres instruments financiers, tels que les titres intermédiés, le nantissement de comptes débiteurs et les clauses de compensation des instruments financiers dérivés, dans les procédures d'insolvabilité. Une attention particulière a été accordée à la question de savoir quelle était la loi qui devrait régir les titres intermédiés dans les procédures d'insolvabilité. Il a été fait observer que la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire indiquait qu'en dehors du contexte de l'insolvabilité, la loi applicable aux titres intermédiés était la loi de l'État dans lequel était situé l'intermédiaire tenant le compte. Cette règle, aussi appelée approche fondée sur le lieu de situation de l'intermédiaire pertinent (PRIMA), garantissait que la loi applicable restait inchangée au fil du temps même si le portefeuille de titres sous-jacents de l'investisseur changeait régulièrement. On s'est ensuite demandé quelle devrait être la loi applicable aux titres intermédiés lorsque l'investisseur (ou le débiteur) devenait insolvable, et si la loi applicable devrait être différente de celle applicable en dehors du contexte de l'insolvabilité. Il a été expliqué que l'application de la règle de la *lex fori concursus* pouvait être problématique dans le cas de titres intermédiés, car cette approche risquait de perturber le marché potentiel sous-jacent à une opération financière impliquant les titres intermédiés et entraîner l'application de la loi d'un État inattendu dans lequel une ou plusieurs procédures d'insolvabilité avaient été ouvertes.

25. Il a été estimé qu'en adoptant une approche fonctionnelle de la loi sur l'insolvabilité qui consistait à minimiser les abus pouvant être commis par les débiteurs et les créanciers, il faudrait prévoir des exceptions à la règle de la *lex fori concursus* pour les opérations impliquant des titres intermédiés, notamment pour ce qui est de déterminer leur validité et leur opposabilité dans les opérations de garantie et de déterminer les priorités. On a souligné qu'autrement, les parties pourraient utiliser la procédure d'insolvabilité pour modifier les droits initiaux *ex post*, ce qui engendrerait des problèmes et des coûts plus élevés pour les opérations financières.

26. La troisième question examinée était celle du droit applicable aux actions en annulation dans les procédures d'insolvabilité internationale. Il a été fait observer que la loi applicable à l'annulation dépendait de choix de principe et exigeait d'opérer un

équilibre délicat entre l'intérêt collectif des créanciers à maintenir ou à maximiser la masse de l'insolvabilité et les attentes légitimes des tiers qui comptaient sur la validité d'une opération. Il a été noté que la loi applicable à l'annulation différait d'un État à l'autre, notamment en ce qui concerne : a) les catégories d'opérations susceptibles d'annulation ; b) les catégories de personnes ayant une relation suffisante avec le débiteur pour être traitées comme des personnes ayant des liens privilégiés avec lui ; c) les périodes suspectes en fonction des types d'opérations ; d) la responsabilité d'engager une procédure d'annulation et l'autorité habilitée à le faire ; e) la compétence internationale et la compétence territoriale pour les actions en annulation ; f) la répartition de la charge de la preuve ; g) la répartition des coûts de la procédure d'annulation ; et h) les conséquences juridiques lorsqu'une action en annulation aboutit et les droits d'une contrepartie à cette opération.

27. Partant du principe que la plupart des États ne disposent pas actuellement de règles spécifiques régissant la question de la loi applicable aux actions en annulation dans le cadre de l'insolvabilité internationale, un certain nombre de solutions pratiques et juridiques ont été examinées en vue de renforcer la coopération entre les pays. Les avantages et les inconvénients des approches suivantes en la matière ont été examinés plus avant : a) la *lex causae* ; b) la *lex fori concursus* ; c) une combinaison de la *lex fori concursus* et de la *lex causae* ; et d) une application alternée de la *lex fori concursus* et de la *lex causae*, en fonction de celle qui était la plus favorable à la masse de l'insolvabilité. En conclusion, il a été estimé que la *lex fori concursus* proposerait la meilleure solution pour les actions en annulation, compte tenu de l'importance générale des questions de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité internationale. Les arguments suivants ont été avancés en faveur de l'application de la *lex fori concursus* aux actions en annulation : a) elle représentait la loi du lien le plus étroit ; b) elle protégeait l'intégrité de la masse de l'insolvabilité ; c) elle respectait le principe du traitement équitable des créanciers ; d) les questions d'annulation étaient étroitement liées à la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; e) elle offrait une solution simple aux praticiens de l'insolvabilité ; f) elle empêchait les parties de manipuler la loi applicable ; et g) si le résultat était inacceptable, l'exception d'ordre public pourrait être appliquée pour l'éviter.

28. La présentation qui a suivi est partie du principe que l'actuel régime d'insolvabilité internationale, qui était censé s'inspirer de l'universalisme modifié, devrait s'éloigner le moins possible de l'idéal universaliste. Il a été fait remarquer que, pour ce faire, il fallait donc prévoir le moins d'exceptions possible à la règle générale de la *lex fori concursus*. Pour atteindre cet objectif, on s'est demandé sur quels critères les exceptions à cette règle générale devraient se fonder. Ce faisant, il a été estimé qu'il fallait protéger les attentes légitimes des parties prenantes locales qui s'attendaient à ce qu'un régime juridique particulier s'applique, par exemple la législation locale. Prenant l'exemple des créanciers locaux, il a été fait remarquer que tous ne souhaitaient pas forcément que la législation locale s'applique à leur créance, et que certains d'entre eux préféreraient que la *lex fori concursus* s'applique pour déterminer le traitement et la priorité de leur créance. Afin d'éviter une situation insupportable qui nécessiterait de déterminer la loi applicable à chaque créance, il a été proposé d'utiliser un intermédiaire en fonction, par exemple, de la complexité commerciale ou de l'importance du créancier, pour estimer si ce créancier dépendait de la législation locale pour protéger ses droits et ses créances et s'il serait injuste de soumettre sa créance à la *lex fori concursus*.

29. En résumé, s'il a été estimé que l'approche optimale en ce qui concerne les opérations financières consistait à harmoniser les règles de conflit des lois applicables dans le contexte et hors du contexte de l'insolvabilité, on s'est accordé à dire qu'il importait d'harmoniser la loi applicable aux procédures d'insolvabilité et que ce projet avait de bonnes chances d'aboutir. Dans le même temps, il a été jugé essentiel de délimiter soigneusement l'étendue et la nature des travaux que la CNUDCI pourrait entreprendre sur ce sujet, comme l'avait demandé la Commission. Il a été estimé que, dans l'esprit des textes sur l'insolvabilité élaborés à ce jour par la CNUDCI, l'harmonisation pourrait prendre la forme d'une loi type. On a également estimé que

les règles mondiales sur les questions de conflit de lois dans les cas d'insolvabilité internationale (2012)<sup>20</sup>, élaborées par l'American Law Institute et l'International Insolvency Institute, et la refonte du Règlement (CE) pourraient servir de points de départ appropriés pour examiner la question de l'harmonisation. En outre, en particulier en ce qui concerne le droit du travail, il a été estimé que l'on pourrait adopter une approche similaire à celle de la « doctrine de la marge d'appréciation »<sup>21</sup>, qui met l'accent sur la protection de normes minimales régissant les droits des travailleurs, même lorsqu'ils sont soumis à la règle de la *lex fori concursus* dans une procédure d'insolvabilité principale.

#### D. Loi applicable aux procédures d'insolvabilité : incidences régionales

30. Le Colloque a ensuite examiné les questions pratiques relatives à la loi applicable aux procédures d'insolvabilité internationale, en se concentrant sur les difficultés rencontrées dans différentes régions du monde. Un examen de la question de l'insolvabilité internationale dans le contexte de l'Amérique latine a montré que la fragmentation juridictionnelle et la multiplicité des procédures persistaient, malgré les efforts historiques déployés de part et d'autre dans la région pour favoriser le principe d'unité dans les procédures d'insolvabilité. Certains États ont ratifié les Traités de Montevideo conclus en 1889<sup>22</sup> et modifiés en 1940<sup>23</sup>, qui incorporaient le concept d'unité de la procédure de faillite, sous réserve de quelques exceptions, notamment dans les cas où le débiteur possédait deux ou plusieurs établissements commerciaux indépendants. La Convention de La Havane sur le droit international privé (connue sous le nom de « Code Bustamante »), applicable dans quelques États de la région<sup>24</sup>, prévoyait également d'engager une procédure d'insolvabilité unique devant le tribunal où le débiteur était domicilié, mais étendait les effets de cette procédure à tous les pays dans lesquels le Code Bustamante avait été adopté. Cette approche était équilibrée grâce à une règle prévoyant l'application de la loi du lieu de situation du bien (*lex rei sitae*) pour les actions réelles et les droits réels (art. 420). Il a été exprimé que le principe d'unité était l'objectif commun recherché par les principaux instruments régionaux d'harmonisation mais que ce principe devait être assorti d'exceptions, notamment dans les cas où le débiteur disposait d'un établissement distinct ou d'actifs situés dans un pays différent. Ce cas de figure pourrait déclencher l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité supplémentaire et favoriser les créanciers locaux en vertu de la législation locale. Pour contrer les inconvénients liés à l'ouverture de plusieurs procédures, dans lesquelles chacun applique ses règles internes, les instruments régionaux permettraient notamment de simplifier l'effet extraterritorial des mesures d'exécution dans les États parties au traité afin de garantir une meilleure reconnaissance des droits des créanciers créés en vertu d'une législation étrangère.

<sup>20</sup> « Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases », annexe (2012).

<sup>21</sup> La « doctrine de la marge d'appréciation » est une doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme, qui accorde aux États un pouvoir discrétionnaire limité pour déroger aux obligations prévues par les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>22</sup> Les États parties au Traité de droit commercial international de Montevideo du 12 février 1889 sont l'Argentine, la Bolivie, la Colombie, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay.

<sup>23</sup> En 1940, l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay ont approuvé et ratifié une version révisée du Traité de 1889. Pour plus d'informations sur les Traités de Montevideo, voir Fletcher, Ian F., *Insolvency in Private International Law: national and international approaches*, 2<sup>e</sup> éd. (Oxford University Press, 2005), partie 2, par. 5.1 et suiv.

<sup>24</sup> Convención de derecho internacional privado (La Havane, 20 février 1928), Organisation des États américains (OEA), Treaty Series, n° 23. Les États parties à cette convention sont les suivants : Bolivie, Brésil, Chili, Costa Rica, Cuba, Équateur, El Salvador, Guatemala, Haïti, Honduras, Nicaragua, Panama, Pérou, République dominicaine et Venezuela (voir Fletcher, partie 2, par. 5.2 et suiv.).

31. Malgré les efforts déployés pour tenter d'unifier les régimes juridiques relatifs à la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, il a été estimé que la situation restait très différente d'un pays à l'autre de la région. Dans certains États, le principe de l'universalisme des procédures était notamment appliqué à l'échelle du pays, mais il était contrecarré par le territorialisme, approche suivie en vertu des règles du droit international privé. Cette approche priverait notamment les tribunaux nationaux de leur compétence si le débiteur n'a pas son établissement dans ce pays, même s'il y mène une activité économique. Le territorialisme risque également d'être renforcé lorsque l'on préconise le traitement des créanciers locaux dans les procédures locales, ainsi que l'adhésion à un principe de réciprocité lors de l'examen des procédures étrangères. À l'autre extrémité, certains pays étaient plus enclins à reconnaître des procédures étrangères et à appliquer une législation étrangère dans les procédures d'insolvabilité, par exemple en assouplissant les conditions d'ouverture des procédures d'insolvabilité au lieu de mettre l'accent sur l'exigence fondamentale selon laquelle le débiteur devait avoir son établissement officiel dans le pays. Une approche plus souple en matière d'insolvabilité internationale présenterait également l'avantage de fournir des modèles procéduraires clairs aux créanciers et aux débiteurs quant à la loi applicable à leurs créances, en partant du principe que la *lex fori concursus* était la norme, avec certaines exceptions claires. Un autre principe utile utilisé pour atténuer les différences entre les règles étrangères et locales était de recourir au principe du traitement national qui garantissait une protection égale des créanciers étrangers et nationaux, sous réserve d'exceptions limitées et de l'application du principe de réciprocité. Pour conclure, on a estimé qu'une approche plus uniforme en matière d'insolvabilité internationale était de plus en plus manifeste à l'échelle régionale, notamment grâce à l'incorporation dans le droit interne de la Loi type sur l'insolvabilité internationale, mais qu'il était encore nécessaire d'élaborer d'autres règles harmonisées sur la loi applicable afin de favoriser la coordination internationale dans les procédures d'insolvabilité et de fournir des indications claires à cet égard.

32. La discussion a ensuite porté sur les procédures relatives à l'insolvabilité et à la restructuration en Asie du Sud-Est. Il a été noté que, bien que la question de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité n'ait pas été examinée à ce jour de manière approfondie dans la jurisprudence régionale, on peut certainement s'attendre à ce que cette question se pose de plus en plus souvent compte tenu du nombre croissant de restructurations internationales à l'échelle régionale. Un aperçu du marché international de la restructuration et du financement a montré qu'à l'échelle régionale, quelques centres financiers internationaux ou pays (qui avaient l'avantage de disposer d'un régime juridique plus avancé) fournissaient le financement, tandis que la dette elle-même relevait souvent d'un régime juridique externe. Ainsi, la loi applicable à la dette elle-même est souvent différente de la loi applicable au dispositif national de garanties, généralement la législation locale. Dans le contexte de la restructuration, il a été noté que les deux options disponibles étaient, pour le débiteur ou les créanciers, de choisir l'option « locale » et de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans le pays où le débiteur a constitué sa société ou, dans certaines circonstances, de rechercher une approche plus souple en matière de restructuration de la dette en déposant une demande dans un autre pays que celui où le débiteur a constitué sa société. Il a en outre été noté que, malgré le nombre limité de questions soulevées à ce jour concernant la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, l'élaboration de règles harmonisées en la matière permettrait certainement de rationaliser les procédures, compte tenu en particulier de l'augmentation rapide du montant des dettes à restructurer dans la région.

33. Parmi les problèmes récurrents observés à l'échelle régionale, on a mentionné en particulier un mécanisme de fiducie souvent utilisé pour les opérations internationales sur le marché des capitaux, dans lequel le débiteur émet une obligation en vertu de la législation étrangère qui est ensuite détenue par un administrateur fiduciaire. Ces structures de fiducie n'étaient généralement pas reconnues dans le régime juridique local, et les tribunaux se contentaient souvent d'appliquer le droit local aux documents de droit étranger plutôt que de procéder à une analyse détaillée

des principes de droit international privé. Cette approche a souvent donné lieu à une jurisprudence incohérente et à une absence de certitude commerciale pour les parties prenantes. Un autre problème est lié à la longueur des procédures judiciaires nécessaires pour vérifier la validité et l'opposabilité des droits et des créances des créanciers en vertu de la loi applicable à la dette, ce qui a également un impact négatif sur la certitude et la sécurité recherchées par les créanciers et les débiteurs. On pouvait s'attendre à ce que ces tendances s'accroissent, le niveau de complexité des instruments financiers utilisés dans la région étant appelé à augmenter avec le temps. S'agissant des solutions possibles, le cadre juridique le plus moderne adopté dans l'un des principaux centres financiers de la région a également été examiné. Ce cadre réglementait un certain nombre de questions, y compris celles liées aux actifs numériques et à la finance décentralisée, mais certaines d'entre elles sont restées sans réponse et risquent d'être source d'incertitude à l'avenir lors de l'examen de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité. Pour conclure, on a estimé qu'à la lumière des différences manifestes entre les systèmes juridiques nationaux et de l'intégration régionale progressive des économies nationales, il était devenu important d'élaborer des normes communes sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité en Asie du Sud-Est.

34. La présentation sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité internationale en Afrique a rappelé les progrès réalisés dans la région, 24 États ayant incorporé à ce jour la Loi type sur l'insolvabilité internationale dans leur système juridique national dans le cadre des diverses réformes et efforts entrepris par les pays africains ces dix dernières années pour améliorer leur gestion de l'insolvabilité internationale. Des efforts considérables ont également été déployés sur les questions de fond relevant du droit de l'insolvabilité, en vue de promouvoir l'efficacité, la nécessité de préserver la valeur, la réalité commerciale et la nature mondiale des activités commerciales.

35. Toutefois, il a également été noté qu'en dépit de ces efforts, certains États ont tenu à inclure des clauses de réciprocité lors de l'incorporation de la Loi type sur l'insolvabilité internationale dans leur droit interne, ce qui avait une incidence négative sur la portée et la souplesse de ces législations, ainsi que sur l'efficacité de leurs procédures d'insolvabilité internationale. En outre, les créanciers et les autres parties prenantes de l'insolvabilité se heurtaient encore à des difficultés en raison non seulement du manque de capacités des professionnels de l'insolvabilité et du système judiciaire, mais aussi des lacunes structurelles dont souffre le système d'administration des tribunaux, ainsi que du manque de ressources des tribunaux locaux, ce qui créait des retards dans le traitement des dossiers et des problèmes logistiques. On a estimé que l'élaboration de nouvelles règles ne serait couronnée de succès que si elles s'accompagnaient de mesures visant à mieux les faire connaître et à renforcer leur application dans ces pays.

36. À la lumière de certaines affaires régionales, il a été fait remarquer que les procédures d'insolvabilité internationale se heurtaient à des difficultés en raison de l'absence de règles harmonisées sur la loi applicable dans certains domaines, notamment en ce qui concerne les contrats de travail, les opérations de financement et les garanties réciproques de titres au sein des groupes d'entreprises. Si ces exemples montrent qu'il serait utile d'élaborer des règles uniformes sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, il est important de noter que, sur la base de l'expérience acquise à l'échelle régionale, il devrait être difficile de définir les intérêts communs. Par exemple, on a rappelé que les créanciers locaux bénéficiaient d'un traitement préférentiel dans certains États et qu'ils étaient parfois même prioritaires par rapport aux créanciers garantis. Toutefois, malgré ces difficultés, on a conclu que l'élaboration de règles de conflit des lois harmonisées dans le domaine de l'insolvabilité internationale permettrait d'améliorer la situation régionale.

37. Enfin, le Colloque a exploré la manière dont les travaux futurs de la CNUDCI sur la loi applicable pourraient donner effet aux attentes légitimes des créanciers locaux tout en préservant l'approche universaliste modifiée adoptée par le régime actuel de l'insolvabilité et de la restructuration. À cet égard, il a été noté que

l'approche consistant à appliquer la législation locale devrait être considérée comme un problème potentiellement grave qui pourrait être exploité pour renforcer le territorialisme stratégique et affecter négativement l'objectif global du gain transactionnel. Il a été dit que l'objectif visé par l'universalisme modifié, à savoir une procédure globale unique, était plus efficace lorsque la procédure principale se concentrait sur les aspects procéduraux régissant la réalisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité et, dans la mesure du possible, respectait la législation locale et les formes de sociétés (et minimisait ainsi les avantages liés à la recherche du tribunal le plus favorable) en procédant à un traitement virtuel ou synthétique<sup>25</sup> pour respecter les droits des créanciers locaux (ce qui permettait de quantifier les créances prioritaires).

38. Il a été fait remarquer que l'architecture actuelle de l'insolvabilité et de la restructuration internationales, telle que présentée dans le Guide législatif de la CNUDCI et la refonte du Règlement (CE), se fondait déjà sur la règle générale de la *lex fori concursus* qui régissait les aspects procéduraux des procédures d'insolvabilité (sous réserve de certaines exceptions), tandis que la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances (ou « loi autre que la loi sur l'insolvabilité ») régissait les questions liées à la répartition et relevait de la législation locale telle que déterminée par les règles de droit international privé. Toutefois, on a rappelé qu'il pouvait être difficile de déterminer le champ d'application de la règle de la *lex fori concursus* (ou de la « loi sur l'insolvabilité »), et on a noté que si l'architecture actuelle fonctionnait bien dans le cas des liquidations impliquant un seul débiteur et les procédures accessoires, elle posait problème dans le contexte des insolvabilités et des redressements de groupes d'entreprises. Le problème rencontré dans ces cas de figure était lié à la répartition de la valeur, lorsque notamment un groupe d'entreprises opérait sur une base consolidée et qu'il n'était pas possible de répartir les actifs entre les membres du groupe ou de les affecter à des lieux spécifiques, ou dans le cas d'un redressement ou d'un sauvetage, où il fallait augmenter encore la « valeur du redressement », ce qui n'était pas possible dans le cas d'une simple liquidation. En effet, la question était de savoir comment, dans ces cas de figure plus complexes, les créances locales pouvaient être évaluées à leur pleine valeur, alors que cette valeur risquait de ne pas être réalisée en raison de l'insolvabilité de l'ensemble du groupe.

39. Il a été signalé que des solutions pratiques avaient déjà été trouvées dans le contexte de l'insolvabilité internationale au moyen du traitement virtuel ou synthétique des créances, qui était facilité à la fois par la refonte du Règlement (CE) et la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, ainsi que par une partie de la jurisprudence existante. À cet égard, il a été proposé que le droit des créanciers locaux à demander la priorité, en ce qui concerne la répartition, s'appuie sur la valeur pouvant être réalisée avec les actifs, dans la structure locale de la société (en l'absence de solution collective à l'insolvabilité), et dans le pays déterminé par l'application des règles de conflit des lois. La valeur de réalisation des actifs établirait ainsi la base

<sup>25</sup> Le concept de traitement « synthétique » a été décrit comme suit (par. 193 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises) : « Certaines mesures ont été établies dans la pratique pour appuyer la coordination de procédures d'insolvabilité internationale concernant les membres d'un groupe d'entreprises. Souvent désignées par le terme "procédures non principales synthétiques", ces mesures impliquent d'accorder à la créance d'un créancier étranger le même traitement, dans une procédure principale, que celui qu'elle recevrait dans une procédure non principale étrangère conformément à la loi applicable, si une telle procédure non principale était ouverte. Par exemple, si une procédure principale est ouverte à l'encontre d'un membre du groupe d'entreprises dans un État et que ce membre a des créanciers dans un autre État, les créances de ces derniers pourraient être traitées, dans le premier État, de la même manière qu'elles le seraient conformément à la loi applicable si une procédure non principale était ouverte dans le second État. Le mot "traitement" renvoie au statut de la créance et à la manière dont elle serait traitée conformément à la loi applicable. Ainsi, une créance portant sur des salaires impayés bénéficiera du même rang de priorité et des mêmes conditions légales et sera remboursée au même montant, le cas échéant, que selon la loi applicable. »

du droit, qui pourrait être considérée comme le droit synthétique du créancier local dans la procédure principale. Il a été proposé que l'élaboration d'une approche du droit synthétique pour résoudre les problèmes complexes liés au choix de la loi applicable, en particulier dans le contexte de l'insolvabilité et du redressement des groupes d'entreprises, serait la prochaine étape logique pour les instruments existants en matière d'insolvabilité internationale, dans la mesure où seul un petit nombre de modifications, voire aucune, ne serait nécessaire, et où les travaux existants sur la loi applicable en matière d'insolvabilité, tels que ceux qui figurent dans les règles mondiales de l'American Law Institute et de l'International Insolvency Institute, pourraient servir de modèle pour les travaux futurs.

### **E. Travaux possibles de la CNUDCI et de la HCCH sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité**

40. À la dernière séance, on s'est demandé s'il était faisable et opportun pour la CNUDCI d'entreprendre des travaux, en coopération avec la HCCH, sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité et, dans le cas où de tels travaux devaient être entrepris, quelle forme et quelle portée ils pourraient avoir. Pour résumer les sessions précédentes, il a été fait remarquer qu'il était généralement admis que l'incohérence de la jurisprudence due à l'absence d'approche uniforme en ce qui concerne la loi applicable aux procédures d'insolvabilité et que l'incertitude juridique et commerciale qui en résultait avaient un impact négatif sur les échanges et les investissements internationaux. Cette incertitude a été mise en relief par le traitement, dans les affaires d'insolvabilité internationale, de certaines questions telles que les créances faisant intervenir des droits réels et des titres, mais aussi par les actions en annulation et la protection des attentes légitimes des créanciers locaux. Il a également été fait remarquer qu'une attention particulière devrait être accordée au contexte de la loi applicable à l'insolvabilité des groupes d'entreprises, et que des solutions distinctes pourraient être nécessaires pour tenir compte des cas de liquidation et de redressement internationaux.

41. D'un point de vue historique, on a rappelé que l'élaboration du Guide législatif de la CNUDCI avait été facilitée par une enquête sur le choix de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité menée en 2003 par la HCCH auprès de ses États membres. Le questionnaire posait trois questions principales : 1) les États avaient-ils adopté des règles de conflit des lois spécifiques pour les questions d'insolvabilité ; 2) quels étaient les facteurs de rattachement qui déclenchaient l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et définissaient le champ d'application de la *lex fori concursus* ; et 3) quelles étaient les exceptions prévues à la règle générale de la *lex fori concursus*. Malgré le nombre modeste de réponses reçues (13) en raison du délai relativement court mis à disposition, le paradoxe suivant a été constaté : même si le Règlement (CE) avait été élaboré par des États ayant des liens économiques forts et un niveau de développement comparable, ainsi qu'une tradition juridique similaire, il prévoyait un plus grand nombre d'exceptions à la *lex fori concursus* que celui recommandé dans le Guide législatif de la CNUDCI. Il a été estimé que le nombre plus faible d'exceptions dans le Guide législatif pourrait s'expliquer par une harmonisation accrue des règles de fond dans ce texte et dans la Loi type sur l'insolvabilité internationale, par rapport au Règlement (CE). Pour conclure, on a fait observer qu'il faudrait peut-être modifier l'approche adoptée dans le Règlement (CE), qui prévoyait que la même règle de conflit des lois s'applique indépendamment de la nature du débiteur ou du type de procédure, notamment en raison des différentes solutions qui pourraient être nécessaires dans les cas de liquidation et de redressement.

42. Il a été fait remarquer qu'il serait plus facile d'harmoniser les principales règles de droit international privé que les règles de fond régissant l'ensemble des droits et des contrats concernés par les procédures d'insolvabilité. Notant le lien étroit mis en relief pendant le Colloque entre la loi applicable aux procédures d'insolvabilité et la question de la compétence internationale des tribunaux, on a souligné qu'il importait

de préciser les incidences d'ordre général et de parvenir à un accord à cet égard. Compte tenu des nombreuses analogies existant déjà sur cette question entre les différents États et systèmes juridiques, par exemple en ce qui concerne la règle générale de la *lex fori concursus*, il a été estimé qu'une harmonisation des règles de droit international privé dans ce domaine devrait être réalisable. Si l'on ne sait pas encore quelle serait la meilleure forme que pourrait prendre ce futur instrument (par exemple, loi type, guide législatif, manuel pratique, protocoles, etc.), le texte devrait compléter d'autres textes sur l'insolvabilité et assurer le plein respect de la souveraineté des États, notamment en ce qui concerne les règles de compétence. En outre, il a été estimé que la vaste expérience du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) de la CNUDCI serait précieuse pour trouver une solution.

43. En conclusion, un membre de la délégation de l'UE auprès du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a rappelé la proposition faite par l'UE en 2019<sup>26</sup>, selon laquelle la CNUDCI pourrait entreprendre des travaux dans ce domaine, et a félicité les participants pour l'échange de vues fructueux lors du Colloque, qui donnait à penser que des règles uniformes sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité permettraient de combler les lacunes recensées dans l'architecture actuelle de l'insolvabilité internationale. Il a été souligné que la question de la loi applicable devrait être examinée d'une manière compatible avec les travaux existants de la CNUDCI en matière d'insolvabilité et en gardant à l'esprit les règles plus détaillées figurant dans la refonte du Règlement (CE). On a estimé qu'il était particulièrement important d'établir des règles précises en ce qui concerne la priorité des créances salariales, la compensation, les actions en annulation, les systèmes de paiement et les marchés financiers, les questions de propriété intellectuelle, les litiges et procédures arbitrales en cours, les droits réels des tiers, la réserve de propriété et les contrats relatifs aux biens immobiliers. Il a également été fait remarquer que les travaux dans ce domaine avaient de bonnes chances d'aboutir et que des règles modernisées et harmonisées à cet égard renforceraient la sécurité juridique et la prévisibilité du droit commercial international, ce qui contribuerait à son tour à renforcer les économies en développement et à améliorer leur résilience.

44. Il a été noté que si l'UE bénéficiait actuellement d'un régime bien établi en matière d'insolvabilité internationale, qui prévoyait des règles spécifiques sur la loi applicable, elle s'était engagée à améliorer ce régime, et un rapport sur l'application de la refonte du Règlement (CE) devait être présenté par la Commission européenne d'ici à 2027. En tant que tels, les travaux menés par la CNUDCI, en collaboration avec des organisations ayant une expérience pertinente comme la HCCH, seraient très utiles et pourraient aider à améliorer encore la refonte du Règlement (CE). Un soutien continu a été exprimé en faveur de l'élaboration d'un instrument qui non seulement favoriserait l'uniformité, mais qui aiderait aussi à trouver un consensus sur les solutions dans ce domaine, tout en respectant la souveraineté des États et en offrant une souplesse suffisante en ce qui concerne l'application des solutions recensées.

45. Plusieurs participants de différentes délégations nationales auprès du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) ont exprimé leur soutien au projet. En outre, il a été reconnu que le projet qu'il a été proposé de mener sur la localisation et le recouvrement civils d'avoirs<sup>27</sup> avait des liens avec celui sur la loi applicable, et le Groupe de travail V, s'il était chargé par la Commission de mener ces deux projets, avait déjà travaillé sur plusieurs projets en même temps.

46. Les réponses au questionnaire en ligne<sup>28</sup> montrent qu'il est généralement admis que le manque d'uniformité de la loi applicable en matière d'insolvabilité internationale entravait les efforts déployés pour atteindre l'objectif général visé par les procédures d'insolvabilité et qu'une harmonisation des règles régissant la loi

<sup>26</sup> Programme de travail : proposition de l'Union européenne (A/CN.9/995).

<sup>27</sup> Programme de travail : proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/996). Rapport du Colloque sur la localisation et le recouvrement civils d'avoirs (A/CN.9/1008).

<sup>28</sup> Pour les questions contenues dans le questionnaire en ligne, voir ci-dessus, par. 4, note de bas de page 5.

applicable serait faisable. Elles ont également montré que les travaux de la CNUDCI sur l'insolvabilité devraient être complétés par des travaux dans le domaine de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, en particulier sur les actions en annulation, les sûretés, les droits réels, les contrats de travail, la compensation et les procédures en cours. Toutefois, certaines réponses ont indiqué qu'un examen plus approfondi serait nécessaire pour déterminer la portée exacte des règles de conflit de lois et de leurs éventuelles exceptions.

### III. Conclusions

47. Les principales conclusions pouvant être tirées des travaux exploratoires du secrétariat de la CNUDCI sur le sujet et de l'examen des questions du Colloque étaient les suivantes :

a) On a estimé que la loi applicable aux procédures d'insolvabilité était une question qui revêtait une importance accrue dans l'économie mondiale actuelle. Bien que l'architecture actuelle de l'insolvabilité internationale donne quelques orientations sur la loi applicable et qu'un instrument régional plus détaillé ait été adopté, on a estimé qu'il fallait néanmoins harmoniser la loi applicable aux procédures d'insolvabilité à l'échelle mondiale, compte tenu de l'évolution rapide de la pratique et du cadre juridique régissant l'insolvabilité internationale ;

b) En lien avec la conclusion précédente, et à la lumière du cadre actuel de l'insolvabilité internationale, il serait souhaitable d'envisager des règles sur la loi applicable qui conviendraient à la fois à la liquidation et au redressement ;

c) Il faudrait garantir la cohérence avec les instruments précédemment adoptés par la CNUDCI, qu'ils soient liés à l'insolvabilité ou à d'autres domaines d'activité, tels que les opérations garanties ;

d) La loi applicable aux procédures d'insolvabilité devrait envisager le traitement des actifs numériques et prendre en compte les questions qui pourraient découler de la numérisation des marchés et des opérations financières ;

e) Un certain nombre de questions spécifiques devraient être examinées dans le cadre des travaux, comme les actions en annulation, les sûretés mobilières, les droits réels, les contrats de travail, la compensation et les procédures en cours.

48. À la lumière de ce qui précède, la Commission souhaitera peut-être examiner s'il y a lieu d'entreprendre des travaux sur le sujet et, dans l'affirmative, en déterminer la forme, la portée et la méthode :

a) *Forme*. La Commission souhaitera peut-être rappeler qu'il existe un grand nombre de textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, dont trois lois types (la Loi type sur l'insolvabilité internationale, la Loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises) (y compris les guides pour l'incorporation pertinents), ainsi qu'un texte explicatif complet (le Guide législatif de la CNUDCI), ce dernier contenant des commentaires et des recommandations sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, tandis que les premiers textes établissent le cadre régissant l'insolvabilité internationale lequel a des incidences sur les questions de la loi applicable ;

b) *Portée*. La Commission voudra peut-être examiner s'il est nécessaire de limiter la portée des travaux futurs possibles sur le sujet d'une autre manière que de les restreindre à des règles harmonisées sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité ;

c) *Méthode*. Les travaux futurs possibles pourraient être menés par un groupe de travail ou par la Commission réunie en séance plénière ou pourraient être entrepris par le secrétariat de la CNUDCI avec la participation d'experts. La Commission se

rappellera peut-être qu'à sa quarante-sixième session, en 2013<sup>29</sup>, elle était convenue de s'appuyer sur quatre critères pour évaluer si des travaux législatifs devraient être confiés à un groupe de travail : i) si le sujet se prête clairement à une harmonisation internationale et à l'élaboration consensuelle d'un texte législatif ; ii) si la portée d'un texte futur et les questions de politique générale à débattre sont claires ; iii) s'il est suffisamment probable qu'un texte législatif sur le sujet encouragera la modernisation, l'harmonisation ou l'unification du droit commercial international ; iv) s'il existe un risque de double emploi avec les travaux entrepris par d'autres organisations internationales. La Commission voudra peut-être se rappeler que tous les textes législatifs et la plupart des textes non législatifs qu'elle a élaborés l'ont été soit dans le cadre d'un groupe de travail, soit lors de ses sessions annuelles. Certains textes non législatifs, bien qu'établis par le secrétariat de la CNUDCI, ont ultérieurement été soumis à l'examen et à l'approbation de la CNUDCI, qui en a autorisé la publication en tant que produit de son secrétariat.

---

---

<sup>29</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, par. 303 et 304.