



Assemblée générale

Distr. générale
11 mai 2022
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-cinquième session
New York, 27 juin-15 juillet 2022

Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa soixantième session (New York, 18-21 avril 2022)

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Organisation de la session	2
III. Délibérations	3
IV. Examen d'une mise à jour de la publication intitulée « <i>La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge</i> » (A/CN.9/WG.V/WP.180)	4
V. Examen de questions juridiques relatives à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.178)	6
A. Nature, portée et forme du texte à élaborer	6
B. Terminologie relative à la localisation et au recouvrement d'actifs	7
C. Dispositions relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs	10
D. Liste indicative d'outils facilitant la localisation et le recouvrement d'actifs	13
E. Conclusion	13
VI. Examen de la question de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.179)	13
A. Finalité et objectifs	13
B. Forme d'un instrument à élaborer	14
C. Champ d'application des dispositions législatives	14
D. Règle par défaut : <i>lex fori concursus</i>	14
E. Exceptions à l'application de la <i>lex fori concursus</i>	17
F. Exception d'ordre public et autres dispositions	19
G. Conclusion	20
VII. Questions diverses	20



I. Introduction

1. À sa soixantième session, le Groupe de travail a approuvé la mise à jour de la publication intitulée « *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge* » et poursuivi l'examen de deux nouveaux sujets que la Commission lui avait confiés (localisation et recouvrement civils d'actifs et loi applicable dans la procédure d'insolvabilité). On trouvera un historique des travaux relatifs à chacun de ces sujets dans l'ordre du jour provisoire annoté de la session ([A/CN.9/WG.V/WP.177](#)).

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail V, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa soixantième session du 18 au 21 avril 2022¹. Des dispositions ont été prises afin de permettre aux délégations de participer à la session à distance ou en présentiel au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York. Celles-ci sont conformes à la décision prise par la Commission de prolonger, jusqu'à sa cinquante-cinquième session en 2022, les dispositions régissant les sessions de ses groupes de travail pendant la pandémie de COVID-19, telles qu'elles sont présentées dans les documents [A/CN.9/1078](#) et [A/CN.9/1038](#) (annexe I)².

3. Ont assisté à la session des représentantes et représentants des États membres ci-après du Groupe de travail : Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Burundi, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Hongrie, Inde, Indonésie, Israël, Italie, Japon, Libye, Malaisie, Mali, Mexique, Pakistan, Pérou, Philippines, Pologne, République de Corée, République dominicaine, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Sri Lanka, Suisse, République tchèque, Thaïlande, Turquie, Ukraine, Venezuela (République bolivarienne du) et Viet Nam.

4. Ont également assisté à la session des observateurs et observatrices des États suivants : Arabie saoudite, Arménie, Azerbaïdjan, Bangladesh, Danemark, Égypte, El Salvador, Eswatini, Grèce, Guatemala, Koweït, Lituanie, Madagascar, Malte, Maroc, Népal, Oman, Panama, Paraguay, Pays-Bas, Qatar, Slovaquie, Slovénie, Tchad et Turkménistan.

5. Ont également assisté à la session des observateurs et observatrices de l'Union européenne.

6. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs et des observatrices :

a) *Organisations du système des Nations Unies* : Fonds monétaire international et Groupe de la Banque mondiale ;

b) *Organisations gouvernementales internationales invitées* : Assemblée interparlementaire des nations membres de la Communauté d'États indépendants, Conférence de La Haye de droit international privé, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et International Association of Insolvency Regulators (IAIR) ;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées* : Allerhand Institute, American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau

¹ La durée de la session a été raccourcie d'un jour, puisque le 22 avril 2022 correspond à un jour chômé par une partie du personnel de l'ONU (vendredi saint orthodoxe). Dans ses résolutions [53/208](#), plus particulièrement au paragraphe 11, et [76/237](#), aux paragraphes 5 et 6, l'Assemblée générale invite les organes de l'Organisation des Nations Unies à s'abstenir de se réunir les jours chômés par une partie du personnel de l'ONU.

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 17* ([A/76/17](#)), par. 248.

(IBA), Association juridique de l'Asie et du Pacifique (LAWASIA), Association of the Bar of the City of New York, Barreau de Paris, Conseil chinois pour la promotion du commerce international, Fédération bancaire de l'Union européenne, Fédération interaméricaine des avocats, Fondation pour le droit continental, Ibero-American Institute of Bankruptcy Law, INSOL Europe, INSOL International, Institut européen du droit (ELI), International and Comparative Law Research Center (ICLRC), International Insolvency Institute (IUI), International Law Institute (ILI), International Swaps and Derivates Association (ISDA), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC), P.R.I.M.E. Finance Foundation, Union internationale des avocats (UIA) et Union internationale des huissiers de justice et officiers judiciaires (UIHJ).

7. Conformément aux décisions prises par les États membres de la CNUDCI (voir par. 2 ci-dessus), les personnes suivantes ont continué d'exercer leurs fonctions respectives :

Président : M. Xian Yong Harold Foo (Singapour)

Rapporteuse : M^{me} Jasnica Garašić (Croatie)

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants :

a) Ordre du jour provisoire annoté ([A/CN.9/WG.V/WP.177](#)) ;

b) Note du Secrétariat : localisation et recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité ([A/CN.9/WG.V/WP.178](#)) ;

c) Note du Secrétariat : loi applicable dans la procédure d'insolvabilité ([A/CN.9/WG.V/WP.179](#)) ; et

d) Note du Secrétariat : mise à jour de la publication intitulée « *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge* » ([A/CN.9/WG.V/WP.180](#)).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Ouverture de la session.

2. Adoption de l'ordre du jour.

3. Examen des questions juridiques soulevées par la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité.

4. Examen de la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité.

5. Examen d'une mise à jour de la publication intitulée « *La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge* ».

6. Questions diverses.

III. Délibérations

10. Le Groupe de travail a commencé par examiner les mises à jour de la publication intitulée « *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge* » figurant dans le document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.180](#), et des modifications supplémentaires ont été proposées pendant la session (point 5 de l'ordre du jour). Les délibérations qu'il a tenues au titre de ce point de l'ordre du jour apparaissent au chapitre IV ci-après. Le Groupe de travail est convenu de transmettre les mises à jour proposées à la Commission afin qu'elle les examine à sa cinquante-cinquième session.

11. Le Groupe de travail a continué d'examiner les deux nouveaux sujets que la Commission lui avait confiés à sa cinquante-quatrième session (voir par. 1 ci-dessus), en se fondant sur les documents de travail [A/CN.9/WG.V/WP.178](#) et [A/CN.9/WG.V/WP.179](#). Les délibérations qu'il a tenues au sujet de la localisation et du recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité apparaissent au

chapitre V ci-après ; celles qu'il a tenues au sujet de la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité, au chapitre VI ci-après. Le Groupe de travail a également examiné d'autres questions qui sont résumées au chapitre VII ci-après.

IV. Examen d'une mise à jour de la publication intitulée « *La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge* » (A/CN.9/WG.V/WP.180)

12. Le Groupe de travail était saisi d'une mise à jour de la publication intitulée « *La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge* » (A/CN.9/WG.V/WP.180). Comme le lui avait demandé la Commission et conformément au mécanisme utilisé en 2013 pour actualiser cette publication, il a procédé à l'examen des mises à jour proposées.

13. Le Groupe de travail a approuvé les mises à jour proposées figurant dans le document de travail A/CN.9/WG.V/WP.180, avec l'ajout des modifications supplémentaires suivantes proposées par le secrétariat pendant la session :

a) En ce qui concerne le paragraphe 30 du document de travail A/CN.9/WG.V/WP.180, développer la note de bas de page 135 du paragraphe 104 en y ajoutant un renvoi à l'affaire *Leitzbach*, dans laquelle le tribunal a résumé les exigences relatives au centre des intérêts principaux dans le cadre du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité comme suit : i) une personne ou une entité ne peut avoir qu'un seul centre des intérêts principaux à tout moment donné ; ii) dans le cas d'un individu, il s'agit du lieu où il peut être contacté et qui constitue normalement sa résidence habituelle ; iii) un individu est libre de déplacer le centre de ses intérêts principaux et la question est de savoir s'il l'a fait concrètement ou si ce changement était illusoire ; iv) un débiteur n'est pas tenu de faire connaître le centre de ses intérêts principaux, mais ne peut pas non plus le dissimuler ; v) la détermination du lieu où se trouve le centre des intérêts principaux est objective puisqu'il s'agit de savoir où le débiteur gère ses affaires sur une base régulière d'une manière qui soit vérifiable par des tiers (l'opinion subjective du débiteur n'étant pas déterminante) ; vi) « la gestion sur une base régulière » exige un certain degré de continuité et de permanence, un sens de la normalité et un lien stable avec le for ; et vii) le motif d'un changement de centre des intérêts principaux pourra inciter le tribunal à examiner minutieusement les preuves pour en vérifier l'authenticité ;

b) En ce qui concerne le paragraphe 31 du document de travail A/CN.9/WG.V/WP.180, ajouter, à la fin du paragraphe 111, un renvoi à l'affaire *LATAM Airlines Group S.A./Technical Latam S.A.*³, dans laquelle le tribunal chilien a réfuté la présomption selon laquelle le débiteur, bien qu'enregistré dans ce pays, y avait le centre de ses intérêts principaux, en faveur d'un autre pays où une partie substantielle des activités du débiteur et son redressement avaient lieu, où les actions du débiteur étaient négociées et dont la loi régissait le financement que le débiteur avait obtenu par l'émission d'obligations internationales ;

c) En ce qui concerne le paragraphe 32 du document de travail A/CN.9/WG.V/WP.180, développer la note de bas de page 152 du paragraphe 117 en y ajoutant un renvoi à l'affaire *NIKI Luftfahrt*, dans laquelle le tribunal a jugé que les médias sociaux peuvent être utilisés pour aider à déterminer si le centre des intérêts principaux est vérifiable par des tiers ;

d) Développer une nouvelle note de bas de page proposée au paragraphe 32 du document de travail A/CN.9/WG.V/WP.180 par l'ajout suivant : « Dans l'affaire *MH c. OJ*, le tribunal a jugé que, dans l'UE : le centre des intérêts principaux devait être établi par une évaluation globale de tous les critères objectifs vérifiables par des tiers, en particulier les créanciers ; dans le cas d'un individu n'exerçant pas

³ Décision n° C-8553-2020.

une activité commerciale ou professionnelle indépendante, la présomption réfragable était que le centre de ses intérêts principaux était le lieu de sa résidence habituelle ; et cette présomption n'était pas renversée du seul fait que son seul bien immobilier était situé dans un État autre que celui de sa résidence habituelle » ;

e) En ce qui concerne le paragraphe 35 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.180](#), ajouter un renvoi à l'affaire *Galapagos BidCo*⁴, dans laquelle la Cour a statué que le tribunal d'un État membre de l'UE auprès duquel une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale a été déposée conserve une compétence exclusive pour ouvrir une telle procédure lorsque le centre des intérêts principaux est transféré dans un autre État membre de l'UE après que cette demande a été déposée, mais avant que le tribunal en question n'ait rendu sa décision. Par conséquent, dans la mesure où le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) (la « refonte du Règlement CE ») reste applicable à cette demande, aucun tribunal d'un autre État membre de l'UE auprès duquel une autre demande est déposée ultérieurement aux mêmes fins ne peut, en principe, se déclarer compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale tant que le premier tribunal n'a pas rendu sa décision et ne s'est pas déclaré incompétent ;

f) En ce qui concerne le paragraphe 41 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.180](#), ajouter une note de bas de page au paragraphe 140 qui indiquerait que le concept d'« établissement » est également utilisé dans le contexte de la taxe sur la valeur ajoutée, où il existe une jurisprudence bien développée. Dans ce contexte, on pourrait renvoyer à l'arrêt *Titanium Ltd c. Bundesfinanzgericht Austria*⁵, dans lequel le tribunal a confirmé qu'un « établissement » est une entreprise caractérisée par un degré de permanence suffisant et une structure qui, en termes de ressources humaines et techniques, lui permet d'assurer les services qu'elle fournit ;

g) Refléter le contenu du paragraphe 54 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.180](#) non pas au paragraphe 21, dans la note de bas de page 30 du texte sur le point de vue du juge, mais dans la section de ce texte relative à la coopération et à la coordination, et développer cette section en faisant référence à une autre affaire *LATAM*⁶, dans laquelle, suite à une proposition faite par les autorités compétentes du Chili, des tribunaux des îles Caïmanes, du Chili, de la Colombie et des États-Unis ont mis en œuvre un protocole de coopération pour faciliter une administration appropriée et efficace des procédures concernées. Ce protocole abordait des aspects procéduraux tels que les moyens de communication (appels téléphoniques, vidéoconférences, etc.), les audiences conjointes, les exigences en matière de traduction, la conservation des documents confidentiels, la soumission de rapports d'avancement et la tenue d'audiences conjointes pour l'explication desdits rapports. Par la suite, le débiteur a présenté, devant tous les tribunaux concernés, des rapports mensuels résumant les progrès accomplis dans la procédure de redressement engagée en vertu du chapitre 11 de la loi sur les faillites des États-Unis.

14. Le Groupe de travail est convenu de transmettre les mises à jour figurant dans le document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.180](#), avec les modifications susmentionnées, à la Commission pour qu'elle les examine à sa cinquante-cinquième session, en 2022. Il a recommandé que, si la Commission était satisfaite des mises à jour proposées, elle veuille peut-être autoriser le secrétariat à publier dès que possible la nouvelle version du texte sur le point de vue du juge dans les six langues de l'Organisation des Nations Unies, dans la forme dans laquelle les versions précédentes avaient été publiées, et lui demander de tenir la publication à jour afin qu'elle continue de remplir l'objectif visé. Il a souligné qu'il serait opportun de publier cette nouvelle version en 2022, compte tenu du vingt-cinquième anniversaire, le 30 mai 2022, de l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) (LTI).

⁴ Décision n° 723/20.

⁵ Décision n° C-931/19.

⁶ *LATAM Airlines Group S.A./Technical Training LATAM S.A.*, décision n° C-8553-2020, 20 août 2020.

15. Pour conclure l'examen de ce point de l'ordre du jour, de nombreuses délégations ont souligné que la nouvelle version offrirait un outil d'orientation précieux pour les États ayant adopté la LTI ou envisageant de le faire. Il a donc été jugé essentiel de la diffuser aussi largement que possible auprès des parties prenantes concernées, notamment dans le cadre des activités d'assistance technique et de renforcement des capacités, ainsi que d'autres activités de promotion menées par le secrétariat. Certaines délégations ont souligné qu'il faudrait continuer à élargir la diversité géographique des affaires mentionnées dans le texte sur le point de vue du juge lors de ses futures mises à jour. Il a été proposé que la nouvelle version du texte soit transmise aux États pour qu'ils fassent des commentaires.

V. Examen de questions juridiques relatives à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.178)

16. Le Groupe de travail a examiné les questions soulevées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.178) concernant les dispositions des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité relatives à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité. Il a en outre été informé des communications reçues des États en réponse à la demande adressée le 29 décembre 2021 par le secrétariat de la CNUDCI les invitant à fournir des informations sur les outils utilisés pour la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité dans leurs pays, outre ceux qui apparaissaient déjà dans le rapport du Colloque sur le sujet (A/CN.9/1008) et dans le document de travail A/CN.9/WG.V/WP.175.

17. Le Groupe de travail a noté qu'au 18 avril 2022, 15 États (tous des pays de droit civil) avaient envoyé des informations, et que d'autres réponses étaient encore attendues. La plupart des communications faisaient référence à des outils déjà mentionnés dans le rapport du Colloque sur le sujet (A/CN.9/1008) et dans les documents de travail A/CN.9/WG.V/WP.175 et A/CN.9/WG.V/WP.178. Le Groupe de travail a noté qu'il serait saisi d'une liste des outils de localisation et de recouvrement d'actifs à sa soixante et unième session, au second semestre de 2022.

A. Nature, portée et forme du texte à élaborer

18. Le Groupe de travail a été invité à préciser la nature et la portée du texte qu'il entend élaborer et en particulier à déterminer si celui-ci vise à fournir des orientations uniquement aux législateurs, uniquement aux praticiens ou aux deux. Les avis divergeaient à ce sujet, certaines délégations préférant élaborer des orientations à l'intention des législateurs, qui pourraient également présenter un intérêt pédagogique et informatif pour les praticiens, tandis que d'autres délégations ont estimé qu'une boîte à outils devrait être élaborée principalement en tant qu'outil pédagogique et informatif à l'intention des praticiens. Selon un autre avis, le secrétariat devrait, pendant la première phase du projet, compiler tous les documents sur le sujet, notamment les données d'expériences acquises à l'échelle internationale en matière de localisation et de recouvrement d'actifs dans les procédures d'insolvabilité, afin de permettre au Groupe de travail d'arrêter à un stade ultérieur la forme et le principal public cible du texte.

19. Il a été souligné que la localisation et le recouvrement d'actifs dans les procédures d'insolvabilité étaient un sujet complexe, qui soulevait de nombreuses questions juridiques et non juridiques et que l'adoption d'une loi unique ne pouvait pas répondre à toutes ces questions. Il a été estimé que des recherches supplémentaires seraient nécessaires, en particulier sur les aspects techniques de la localisation et du recouvrement d'actifs, afin de pouvoir tous les traiter de manière approfondie dans un futur texte à l'intention des praticiens. On a donc appuyé l'élaboration d'un texte qui fournirait des orientations à la fois aux législateurs et aux praticiens.

20. Tout en reportant à un stade ultérieur un examen plus approfondi de la nature et de la portée du texte, le Groupe de travail a jugé généralement acceptable la façon dont les documents étaient présentés dans le document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.178](#) ainsi que le niveau de détail fourni en ce qui concerne les outils de localisation et du recouvrement d'actifs (voir au paragraphe 59 ci-après un point de vue différent à cet égard). Des propositions ont été faites pour développer les « mesures provisoires » énoncées dans le tableau 3, notamment en clarifiant le lien entre les actifs qui pourraient être affectés par ces mesures et la masse de l'insolvabilité.

B. Terminologie relative à la localisation et au recouvrement d'actifs

21. Étant entendu que les définitions de termes bien établis et largement utilisés que l'on trouve dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité ne devraient pas être modifiées, sous peine d'introduire des incohérences et des confusions, les points suivants, spécifiques à la localisation et au recouvrement d'actifs, ont été soulevés à propos de certaines définitions qui y figurent. En outre, il a été estimé qu'il faudrait peut-être actualiser d'autres définitions fournies dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité compte tenu de l'adoption de nouveaux textes sur l'insolvabilité. Il a été proposé d'introduire ces changements dans un texte sur la localisation et le recouvrement d'actifs, selon qu'il convient, en particulier en fonction du contexte dans lequel les termes concernés seraient utilisés. Il a également été noté qu'il faudrait peut-être ajouter de nouvelles définitions lorsque le projet l'exigerait et réexaminer toutes les définitions à un stade ultérieur.

1. « Actifs du débiteur », « localisation des actifs » et « masse de l'insolvabilité »

22. Le Groupe de travail a entendu des propositions visant à enrichir la définition du terme « actifs du débiteur » de références a) aux actifs non déclarés ou dissimulés, b) aux actifs transférés gracieusement ou à un prix sous-évalué, c) aux actifs recouverts au moyen d'un recours en annulation et d) aux actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, afin de préciser que ces actifs font toujours partie de la masse de l'insolvabilité. Une proposition connexe consistait à ajouter à la fin de la définition du terme « localisation d'actifs » le membre de phrase « y compris les actifs qui peuvent faire l'objet d'un recours en annulation dans l'intérêt des créanciers ».

23. Le Groupe de travail a noté une proposition similaire formulée par le secrétariat dans le document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.178](#) en ce qui concerne la définition du terme « masse de l'insolvabilité ». Prenant note dans ce contexte du contenu des recommandations 313 et 314 récemment ajoutées et de la recommandation 35 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le « Guide »), il est convenu qu'il serait important d'assurer la cohérence entre les définitions et les recommandations ainsi qu'entre les différentes définitions.

2. « Produit en espèces »

24. Il a été proposé de préciser que le terme « produit » aurait un sens plus large dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs que celui qui lui est actuellement donné dans la définition du terme « produit en espèces ».

3. « Centre des intérêts principaux »

25. Il a été proposé de mettre à jour la définition du terme « centre des intérêts principaux » en se fondant sur le paragraphe 145 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

4. « Créance » et « créancier »

26. S'agissant de la définition du terme « créance », il a été estimé préférable de conserver le texte placé entre la seconde paire de crochets et de supprimer le reste de

la définition. Pour aligner la définition ainsi libellée sur celle du terme « créancier », il a été proposé de remplacer dans cette dernière le mot « débiteur » par les mots « masse de l'insolvabilité ».

5. « Débiteur non dessaisi », « représentant de l'insolvabilité » et « professionnel indépendant »

27. Des préoccupations ont été exprimées quant à la définition du terme « débiteur non dessaisi ». Il a été noté que cette définition ne tenait pas compte des situations dans lesquelles le débiteur non dessaisi ne conservait qu'un contrôle partiel de l'entreprise. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé d'ajouter les mots « totalement ou partiellement » avant les mots « les rênes » et d'ajouter le membre de phrase « après l'ouverture de cette procédure » après le mot « entreprise ». On s'est également inquiété du fait que la définition ne reflétait pas l'exigence, présente dans certains pays, de nommer un représentant de l'insolvabilité dans tous les cas où un débiteur n'était pas dessaisi. Pour rectifier cela, il a été jugé nécessaire de remplacer les mots « ne nomme pas » par les mots « ne pourrait pas nommer ». Ces propositions ont reçu un certain appui.

28. En réponse à certaines de ces préoccupations, il a été souligné qu'une personne nommée par le tribunal pour assister ou superviser le débiteur non dessaisi ne serait pas le représentant de l'insolvabilité tel que ce terme est défini dans le tableau. Il a donc été proposé d'introduire un autre terme (par exemple, professionnel ou praticien de l'insolvabilité) qui serait plus approprié dans ce contexte spécifique. Une autre solution serait de modifier la définition du terme « représentant de l'insolvabilité » pour indiquer que les fonctions dudit représentant pourraient se limiter à assister ou à superviser le débiteur non dessaisi et ne pas toujours inclure l'administration du redressement ou de la liquidation des biens ou des affaires du débiteur ou la fonction de représentant de la procédure d'insolvabilité. D'aucuns se sont opposés à de telles modifications compte tenu de la compréhension bien établie qui existait du terme « représentant de l'insolvabilité » tel qu'il est défini dans les textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité et ailleurs.

29. Il a été proposé de séparer la définition du terme « professionnel indépendant » introduite dans le contexte de l'insolvabilité des micro- et petites entreprises (MPE) de celle du terme « représentant de l'insolvabilité », de la placer entre crochets et de déterminer ultérieurement si elle serait nécessaire dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs.

6. « Décharge »

30. Il a été estimé que la définition du terme devrait traduire plus précisément le fait que la décharge ne serait pas accordée si le débiteur ne respectait pas les obligations qui lui incombent en vertu de la loi sur l'insolvabilité, y compris dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs, et que pour les mêmes raisons, toute décharge accordée pourrait être révoquée. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné ces mêmes questions lorsqu'il avait rédigé, pour le texte relatif à l'insolvabilité des MPE, la recommandation 361, qui se fondait elle-même sur la recommandation 194 du Guide. Il a été convenu qu'il serait important d'assurer la cohérence entre un texte relatif à la localisation et au recouvrement d'actifs et ces recommandations.

7. « Jugement » et « tribunal »

31. En ce qui concerne le terme « jugement », on a fait remarquer que la deuxième phrase du paragraphe 8 du glossaire du Guide assortissait la notion de « tribunal » de limites qui seraient inappropriées dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs. Il a été estimé qu'un texte relatif à la localisation et au recouvrement d'actifs devrait énoncer l'inverse, expliquant notamment que l'intervention d'autres autorités et tribunaux serait pertinente dans ce contexte : leurs actions pourraient déclencher l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou

influencer la localisation et le recouvrement d'actifs (par exemple, des autorités et des tribunaux autres que ceux qui traitent des procédures d'insolvabilité pourraient statuer sur des créances contestées, s'occuper de droits en matière d'emploi et administrer des actions en annulation).

32. Il a été souligné que, dans la mesure où elle était bien établie, il ne faudrait pas modifier la définition du terme « jugement », mais plutôt aborder les questions soulevées plus haut dans le contexte de la définition du terme « tribunal ». Il a été pris acte des incidences que ces questions avaient sur la définition des termes « jugement » et « tribunal ».

8. « Procédure non principale »

33. Il a été proposé de raccourcir la définition en mettant en majuscules le mot « établissement » et en supprimant les mots qui le suivent.

9. « Cours normal des affaires »

34. S'agissant de ce terme, il a été jugé utile d'expliquer que : a) la dimension et la fréquence des opérations seraient, dans certains pays, prises en compte pour déterminer celles qui relèveraient du cours normal des affaires ; et b) néanmoins, les opérations illégales et inappropriées, comme les systèmes de Ponzi, seraient exclues.

10. « Partie intéressée »

35. Des préoccupations ont été exprimées quant au fait que la deuxième phrase excluait des créanciers dont les intérêts lointains ou diffus pourraient être affectés par la procédure d'insolvabilité, mais qui devraient néanmoins être considérés comme des parties intéressées (par exemple, les créanciers involontaires sanctionnés en vertu du droit de l'environnement). Les avis ont divergé sur la question de savoir s'il fallait supprimer la deuxième phrase de cette définition ou introduire d'autres modifications pour répondre à ces préoccupations (par exemple, en remplaçant les derniers mots de la première phrase par « les tiers affectés », « toute autre personne affectée de manière similaire » ou « ainsi que toute autre personne ayant un intérêt légitime dans l'activité du débiteur »). Certaines délégations ont estimé qu'il était important de conserver la deuxième phrase de la définition, car elle fixait les limites appropriées au groupe de personnes qu'il était prévu de couvrir, compte tenu de la référence faite, dans la phrase précédente, à « toute autre personne ainsi concernée », qui, sans la deuxième phrase, élargissait excessivement le champ d'application de la définition.

36. Il a également été estimé qu'il ne fallait pas que la définition sous-entende que toutes les personnes énumérées après « notamment » seraient automatiquement considérées comme des parties intéressées dans tous les cas. Il a été souligné, en particulier, que les actionnaires ne seraient pas considérés comme des parties intéressées si le débiteur était désespérément insolvable. Selon un autre avis, la liste était utile, puisqu'elle indiquait les personnes qui, a priori, seraient considérées comme des parties intéressées, sauf décision contraire du tribunal.

11. « Société mère »

37. Il a été noté que la définition du terme « groupe d'entreprises » renvoyait aux deux notions de « contrôle » et de « participation importante », alors que le terme « société mère » ne renvoyait qu'à la notion de « contrôle ». Il a été jugé nécessaire d'harmoniser les deux définitions en ajoutant les deux notions dans la définition du terme « société mère ».

12. « Personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur »

38. Rappelant la discussion que le Groupe de travail avait tenue sur la même question à sa cinquante-neuvième session (A/CN.9/1088, par. 52 a)), il a été appuyé l'idée de prévoir une définition ouverte qui permettrait aux tribunaux de déterminer au cas par cas les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

13. « Période suspecte »

39. Il a été proposé de traiter plus avant la cession frauduleuse et le transfert d'actifs. Rappelant que la période suspecte était pertinente pour un recours en annulation alors que la localisation et le recouvrement d'actifs ne donneraient pas nécessairement lieu à une telle action, il a été proposé d'ajouter un autre terme qui ferait référence à la période de recouvrement des actifs. Il a en outre été souligné qu'il faudrait également prévoir la possibilité d'ajuster à leur juste valeur marchande des actifs transférés à un prix sous-évalué.

C. Dispositions relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs**1. Principaux objectifs**

40. On s'est inquiété de la référence faite aux sanctions dans les principaux objectifs. En réponse, il a été fait remarquer qu'un régime efficace en matière de sanctions et de responsabilité était indispensable pour assurer l'efficacité de la localisation et du recouvrement d'actifs. Sans remettre en cause ce point, d'autres délégations ont dit préférer que l'accent soit mis sur l'annulation, les recours de droit civil et les solutions de règlement à l'amiable plutôt que sur les mesures coercitives. En particulier, on a estimé que les sanctions pénales ne relevaient ni du mandat de la CNUDCI ni du champ d'application du projet. (Voir par. 56 à 58 ci-dessous pour un examen approfondi de ces questions.)

2. Admissibilité et compétence

41. Ayant rappelé les questions relatives aux définitions des termes « tribunal » et « jugement » examinées à la session en cours (voir par. 31 et 32 ci-dessus), le Groupe de travail a noté leur pertinence pour les dispositions relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs concernant l'admissibilité et la compétence. On a expliqué que des procédures de localisation et de recouvrement d'actifs étaient souvent engagées devant différentes juridictions, tant nationales qu'étrangères (notamment dans les pays où les actifs de la masse de l'insolvabilité avaient été transférés). Dans ce contexte, on a souligné le rôle de coordination du tribunal qui ouvrait la procédure d'insolvabilité. On a également fait remarquer qu'il pourrait y avoir différents facteurs de rattachement permettant d'établir la juridiction compétente en matière de localisation et de recouvrement d'actifs (par exemple, le lieu où se trouveraient le débiteur ou des personnes ayant des liens privilégiés avec lui auxquelles des actifs auraient été transférés ou cédés frauduleusement).

3. Mesures préventives

42. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter une référence aux obligations du débiteur, en établissant une distinction entre celles qui naîtraient pendant la période précédant l'insolvabilité et celles qui existeraient dans des conditions commerciales normales. Des exemples d'obligations naissant pendant la période précédant l'insolvabilité ont été fournis, comme l'obligation de tenir une liste détaillée et motivée des transferts effectués, en particulier les transferts préférentiels. Il a également été convenu qu'il fallait préciser que la période couverte par les mesures préventives en général, qu'elles soient liées à des actions des administrateurs ou du débiteur, était celle qui précédait l'insolvabilité.

4. Identification, utilisation et disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité

43. En réponse à une question, on a précisé que la référence aux opérations non agréées visait les opérations effectuées par le débiteur, sans l'autorisation du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal, entre la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de cette procédure ou après l'ouverture de celle-ci. Comme indiqué dans le Guide, tout bien transféré dans le cadre de ces opérations doit être restitué au représentant de l'insolvabilité et toute obligation

découlant d'un tel transfert sera inopposable à la masse de l'insolvabilité. Il a été noté qu'il faudrait peut-être mentionner ces opérations dans d'autres dispositions relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs.

44. Il a été estimé que les questions soulevées concernant la définition du terme « cours normal des affaires » (voir par. 34 ci-dessus) seraient pertinentes pour les dispositions relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs dans lesquelles ce terme était employé.

5. Pouvoirs du représentant de l'insolvabilité

45. Différents avis ont été exprimés sur la mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité pourrait prendre, sans l'autorisation du tribunal, les mesures mentionnées dans le tableau aux fins de la localisation et du recouvrement d'actifs, en particulier celles visées au point e). Différents avis ont également été exprimés sur la question de savoir s'il fallait conférer au représentant de l'insolvabilité le droit d'« accéder directement » à des informations confidentielles ou classifiées. Certaines délégations ont estimé qu'un tel accès pouvait être accordé au motif que des garanties suffisantes régissaient l'accès à ce type d'informations et leur utilisation. D'autres ont adopté une approche plus prudente, mentionnant les implications que cela aurait pour les droits et privilèges du débiteur, des créanciers et des tiers.

46. Il a été souligné que les garanties ne devraient pas restreindre involontairement les pouvoirs inhérents dont jouissait le représentant de l'insolvabilité pour préserver et protéger la masse de l'insolvabilité, notamment pour engager une action en annulation ou obtenir des documents commerciaux du débiteur. On a rappelé à cet égard les obligations correspondantes du débiteur et des administrateurs en vertu desquelles ils étaient tenus de fournir des informations au représentant de l'insolvabilité et de coopérer autrement avec lui.

47. On a par ailleurs souligné que les garanties ne devraient pas compromettre l'efficacité de la localisation et du recouvrement d'actifs. En particulier, il a été proposé de recourir à des procédures *ex parte* et à huis clos lorsque cela était nécessaire pour éviter que les actifs ne soient dispersés davantage.

6. Regroupement des patrimoines

48. Tout en reconnaissant qu'il fallait traiter la question du regroupement des patrimoines avec prudence car elle soulevait des questions sensibles, notamment celle du respect du principe de l'identité juridique distincte, on a appuyé l'ajout dans le texte sur la localisation et le recouvrement d'actifs d'une référence à l'autre motif de regroupement des patrimoines (actifs ou passifs imbriqués) mentionné à la recommandation 220 a) du Guide. On a rappelé l'affaire *Nortel*, dans laquelle il y avait eu une forme de regroupement des patrimoines en ce qui concerne certains actifs des membres du groupe d'entreprises (mais pas tous les actifs), mais pas de regroupement des membres du groupe. Outre les questions liées aux actifs ou passifs imbriqués, il a été jugé important de ne pas négliger la perception des créanciers qui traitent avec des membres d'un groupe d'entreprises.

49. On a fait remarquer que, lorsqu'un membre insolvable d'un groupe d'entreprises transfère des actifs à un membre solvable du groupe, il devrait être possible de regrouper les actifs et les passifs de ces membres insolubles et solvables si les conditions d'un regroupement des patrimoines sont par ailleurs réunies.

7. Annulation

50. Il a été proposé de compléter les dispositions sur l'annulation relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs par des dispositions sur les transferts indus effectués après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. On a fait remarquer que si l'annulation visait des opérations réalisées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les opérations non agréées réalisées après l'ouverture de la procédure

d'insolvabilité étaient soumises à un régime juridique différent (voir par. 43 ci-dessus).

51. Les avis ont divergé sur la question de savoir si le droit des créanciers d'engager une action en annulation devait être limité, comme le prévoyait le tableau. On a confirmé l'approche adoptée dans le Guide à ce sujet.

52. Il a été estimé que, puisque l'optimisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité était l'un des objectifs de la localisation et du recouvrement d'actifs, une action en annulation devrait être possible également pour les opérations qui, en raison d'une augmentation de prix, devraient éventuellement pouvoir être annulées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

53. D'autres propositions visaient à préciser les mécanismes destinés à couvrir les frais des actions en annulation visant des opérations garanties et l'interaction entre les mesures provisoires et les actions en annulation.

8. Recours contre les administrateurs

54. En réponse à une question concernant la troisième phrase de la partie pertinente du tableau, l'approche adoptée dans la quatrième partie du Guide a été confirmée. En ce qui concerne les conditions qui justifieraient l'imposition de sanctions aux administrateurs dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs, il a été estimé que, pour ne pas décourager l'exercice de la fonction d'administrateur, des critères plus stricts devraient s'appliquer, par exemple l'obligation de prouver la faute ou l'incompétence. Selon un autre avis, il ne serait pas possible de mettre en place un mécanisme efficace de localisation et du recouvrement d'actifs si les administrateurs n'étaient pas tenus responsables de tout manquement délibéré à leurs obligations en la matière.

55. On a souligné une différence entre la démarche qui devrait être adoptée dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs et celle adoptée en la matière dans la quatrième partie du Guide. Pour faire suite à cette remarque, on a fait observer qu'il pourrait être souhaitable d'adopter la démarche de la quatrième partie du Guide également dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs. On a expliqué que, suivant cette démarche, les dispositions énonceraient les obligations des administrateurs dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs, en distinguant clairement entre celles qui existeraient dans des circonstances normales (telles que l'obligation de tenir des documents commerciaux détaillés, complets et précis) et celles, plus lourdes, qui leur incomberaient pendant la période précédant l'insolvabilité et pendant la procédure d'insolvabilité. Il a été jugé utile de rappeler aux administrateurs que, dans ce contexte, ils avaient des obligations à l'égard des créanciers et de les informer des mesures susceptibles d'être prises à cet égard.

9. Sanctions

56. Différents avis ont été exprimés sur la manière de traiter la question des sanctions dans un texte sur la localisation et le recouvrement d'actifs. D'une part, on a estimé que les sanctions, y compris pénales, facilitaient la localisation et le recouvrement d'actifs dans les cas d'insolvabilité nationale et internationale (par exemple, une sanction pécuniaire pourrait être imposée à toute personne ayant le contrôle ou la possession des documents commerciaux du débiteur pour chaque jour de retard dans la remise de ces documents au représentant de l'insolvabilité).

57. D'autre part, la plupart des délégations sont convenues que, du point de vue des créanciers, le principal objectif des sanctions était de faciliter le recouvrement des actifs de la masse de l'insolvabilité et que, à cette fin, une annulation était préférable à l'imposition de sanctions pénales ou administratives au débiteur. Dans ce contexte, on a également souligné l'importance des mesures préventives (renforcement des capacités, formation, sensibilisation, information). Un point de vue a été exprimé selon lequel, étant donné que la localisation et le recouvrement des actifs de la masse

de l'insolvabilité seraient couverts par le droit de la procédure civile, les aspects de droit pénal devraient être exclus du projet.

58. Étant donné que les sanctions pourraient prendre différentes formes et être imposées en vertu du droit de l'insolvabilité ou d'autres législations, par exemple le droit des sociétés, le droit administratif ou le droit pénal, il a été estimé que le projet de texte sur la localisation et le recouvrement d'actifs devrait traiter uniquement des sanctions imposées en vertu du droit de l'insolvabilité (par exemple, le refus ou la révocation de la décharge et l'indemnisation des coûts et des dommages). Il a été noté en outre que le terme « sanctions » pourrait avoir des connotations de droit pénal et que, par conséquent, un autre terme (par exemple « recours ») pourrait être utilisé dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs. Il a été jugé essentiel de veiller à ce que le régime en matière de sanctions et de responsabilité n'interfère pas avec la localisation et la recouvrement d'actifs et qu'il n'en compromette pas l'efficacité. Il a également été jugé important de préserver la possibilité pour les tribunaux d'imposer des sanctions ciblées et adaptées au cas par cas, en fonction des circonstances et de l'affaire en question. On a souligné qu'il fallait adopter une démarche plus large en ce qui concerne les personnes pouvant faire l'objet de sanctions.

D. Liste indicative d'outils facilitant la localisation et le recouvrement d'actifs

59. Selon un avis, il faudrait élaborer des orientations plus détaillées sur les outils de localisation et le recouvrement d'actifs et on pourrait faire référence à d'autres types d'outils. Il a été jugé particulièrement utile d'indiquer les outils susceptibles de faciliter et d'accélérer la localisation et le recouvrement d'actifs à l'échelle internationale, notamment au moyen de la reconnaissance d'une décision provisoire rendue par un tribunal selon laquelle un actif particulier revenait à la masse de l'insolvabilité.

E. Conclusion

60. On a rappelé les avis exprimés sur la forme que pourrait prendre un futur instrument sur la localisation et le recouvrement d'actifs (voir par. 18 et 19 ci-dessus).

61. Selon une proposition, le document qui serait établi en vue de la prochaine session du Groupe de travail devrait prendre une forme permettant d'élaborer un texte législatif ou tout autre type de texte, tel qu'un guide pratique, ou les deux. On a noté que, pour éviter toute confusion, il faudrait éviter tout chevauchement avec les textes existants de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

VI. Examen de la question de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.179)

A. Finalité et objectifs

62. En ce qui concerne le paragraphe 6 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.179](#), des avis ont été exprimés selon lesquels : a) le principal objectif des dispositions législatives serait de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité des procédures d'insolvabilité et donc d'améliorer leur efficacité et leur efficacité et de prévenir les abus du « tourisme judiciaire » ; b) si des risques de « tourisme judiciaire » subsistaient malgré ces mesures, ils devaient être traités au niveau national ; et c) il faudrait peut-être ajouter, à un stade ultérieur du projet, d'autres éléments pour compléter l'objectif déclaré des dispositions législatives de renforcer l'application de la *lex fori concursus*, en particulier préciser que les dispositions législatives viseraient également à combler les lacunes existantes dans le

régime d'insolvabilité internationale prévu par les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité en ce qui concerne la loi applicable aux procédures d'insolvabilité.

63. Il a été proposé de modifier le point c) du paragraphe 7 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.179](#) comme suit : « empêcher la sélection d'un for qui compromet les attentes légitimes des créanciers », mais cette proposition n'a pas reçu de soutien. Il a été noté que le projet visait principalement à prévenir la recherche abusive du for le plus avantageux et à éliminer les paradis patrimoniaux et que, pour cette raison, la référence au « tourisme judiciaire » devait être maintenue dans ce point.

64. Le Groupe de travail a approuvé la finalité et les objectifs du projet tels que formulés aux paragraphes 5 à 7 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.179](#), notant qu'il pourrait être nécessaire de les compléter ultérieurement par des éléments supplémentaires.

B. Forme d'un instrument à élaborer

65. Différents avis ont été exprimés sur la forme que pourrait prendre un futur instrument sur le sujet, à savoir notamment : une loi type, une annexe ou un supplément à une loi type existante de la CNUDCI sur l'insolvabilité, des dispositions législatives types, un nouveau guide législatif ou des modifications du Guide.

66. Selon l'avis qui a prévalu, l'élaboration d'une loi type serait le moyen le plus approprié de fournir des orientations aux États en ce qui concerne la loi applicable aux procédures d'insolvabilité et de combler les lacunes existantes en la matière dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Selon un autre avis, le Groupe de travail devrait d'abord recenser lesdites lacunes et déterminer si et le cas échéant comment il conviendrait de les combler. Il a été estimé que la plupart des lacunes recensées dans le cadre de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale pourraient éventuellement être comblées en modifiant le commentaire figurant dans le Guide.

67. Certaines délégations ont préconisé une approche progressive, en commençant par modifier le Guide. D'autres délégations ont fait preuve de souplesse quant à la forme de l'instrument, notant qu'il était nécessaire de s'entendre tout d'abord sur les questions de fond. Considérant qu'il serait difficile de parvenir à un accord à l'échelle internationale sur certaines questions relatives à la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, d'autres délégations ont estimé qu'il serait impossible d'élaborer une loi type.

C. Champ d'application des dispositions législatives

68. Le Groupe de travail est convenu que, outre la liquidation et le redressement, le projet portait sur les procédures d'insolvabilité ouvertes à un stade précoce des difficultés financières, comme envisagé dans la recommandation 294 du Guide, ainsi que sur les procédures provisoires et les procédures de restructuration qui répondaient au critère énoncé au paragraphe 8 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.179](#). Il a donc été convenu que les négociations de restructuration extrajudiciaire de la dette tenues en vertu du droit des contrats seraient exclues, à ce stade, du champ d'application du projet. Il a été demandé de préciser quelles procédures de restructuration, outre celles déjà énoncées dans la définition de la CNUDCI des procédures d'insolvabilité, répondraient au critère énoncé au paragraphe 8 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.179](#), et entreraient donc dans le champ d'application du projet.

D. Règle par défaut : *lex fori concursus*

1. Signification de la *lex fori concursus*

69. Le Groupe de travail a confirmé l'accord conclu à sa cinquante-neuvième

session, selon lequel le terme « droit de l'insolvabilité » devait être interprété au sens large et englober non seulement le droit de l'insolvabilité mais aussi d'autres lois ayant un lien suffisant avec l'insolvabilité (A/CN.9/1088, par. 63). Selon un avis, il pourrait être nécessaire de définir les critères qui permettraient d'établir un tel lien. Selon un autre avis, l'existence d'un lien suffisant devrait être évaluée au cas par cas.

70. Différents avis ont été exprimés sur la question de savoir s'il fallait également tenir compte des règles de droit international privé. L'avis a prévalu que le renvoi devrait être exclu car il n'était pas propice à l'harmonisation et à la sécurité juridique. On a fourni des exemples de cas dans lesquels les règles de droit international privé pourraient néanmoins s'appliquer dans une procédure d'insolvabilité, notamment en ce qui concerne les créances, la compensation et les contrats de travail.

2. Renforcement de l'application de la *lex fori concursus*

71. Concernant le paragraphe 18 du document de travail A/CN.9/WG.V/WP.179, il a été proposé de compléter la liste figurant dans la recommandation 31 du Guide en faisant référence aux actions connexes (découlant du droit de l'insolvabilité et liées à la procédure d'insolvabilité).

3. Constitution et étendue de la masse de l'insolvabilité

72. Le Groupe de travail est convenu que des discussions supplémentaires seraient nécessaires avant de pouvoir parvenir à une conclusion définitive sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité en ce qui concerne les actifs numériques, les droits de propriété intellectuelle et les licences. Dans ce contexte, on a rappelé les questions liées à la localisation d'actifs numériques et les problèmes rencontrés dans l'affaire *Nortel* au sujet de la qualification des licences. Il a été jugé nécessaire de rassembler des informations supplémentaires sur le traitement de ces actifs dans les procédures d'insolvabilité, en consultation avec des experts et organisations concernés, comme UNIDROIT et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

4. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

73. Le Groupe de travail a examiné les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur : a) la force exécutoire des conventions d'arbitrage et les conclusions des procédures arbitrales achevées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, notant que ces questions seraient peut-être déjà traitées dans la recommandation 30 du Guide ; et b) les procédures arbitrales en cours, qui, selon les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, devraient être suspendues. Certaines délégations ont proposé d'inclure des règles explicites sur ces points dans la loi applicable aux procédures d'insolvabilité. Dans ce contexte, l'avis a été exprimé que l'approche adoptée à l'article 18 de la refonte du Règlement CE était obsolète et inadéquate puisque le siège de l'arbitrage pouvait avoir un lien très lointain avec le débiteur et la masse de l'insolvabilité. Selon un avis opposé, l'approche adoptée dans la refonte du Règlement (CE) était viable, compte tenu des difficultés liées à l'application de l'article 20 de la LTI dans le contexte d'un redressement, en particulier dans le cas d'un débiteur non dessaisi.

5. Annulation

74. On a rappelé les avis exprimés à la cinquante-neuvième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/1088, par. 83 à 86) concernant les dispositions pertinentes de la refonte du Règlement CE et du règlement mondial sur les questions de conflit de lois dans les cas d'insolvabilité internationale. Il a été jugé nécessaire de trouver une solution afin de concilier les objectifs concurrents que sont, d'une part, la protection des attentes légitimes des parties à des opérations commerciales et la préservation de la sécurité juridique dans ces opérations et, d'autre part, la sécurité juridique, la simplicité et l'efficacité administrative des procédures d'insolvabilité.

75. Dans le même temps, on a fait valoir que, compte tenu du droit international de l'insolvabilité, on pourrait partir du principe que les parties à des opérations

commerciales savent que la loi relative au centre des intérêts principaux s'applique aux actions en annulation. Il a également été estimé que l'approche adoptée dans la refonte du Règlement CE en matière d'annulation était lourde car elle exigeait la localisation de l'acte préjudiciable, ce qui n'était pas toujours facile, surtout dans le monde numérique. La protection supplémentaire qu'offrait la refonte du Règlement CE à certains créanciers seulement a été jugée injustifiée et contraire au principe de l'égalité de traitement des créanciers. Ce régime ne cadrerait pas avec les garanties offertes aux créanciers dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale sous la forme d'exceptions d'ordre public et de protection adéquate.

76. Le Groupe de travail est convenu d'examiner la question plus en détail à un stade ultérieur, en utilisant l'approche adoptée dans le Guide comme point de départ.

6. Traitement des contrats

77. Le Groupe de travail est convenu d'inclure dans la liste une référence explicite aux clauses *ipso facto*. Il a reporté l'examen des questions soulevées en rapport avec l'article 11 de la refonte du Règlement CE, en notant les avis préliminaires exprimés par certaines délégations qui s'opposaient à la création d'un régime spécial pour les biens immobiliers.

7. Traitement de la compensation (set-off)

78. Le Groupe de travail est convenu de se référer au traitement de la compensation et de clarifier à un stade ultérieur les aspects de la compensation qui relèveraient de la *lex fori concursus* et ceux qui relèveraient d'une autre loi applicable.

8. Traitement des créanciers garantis

79. Le Groupe de travail est convenu de reporter l'examen de la question à un stade ultérieur, en prenant note des demandes formulées en faveur de la tenue de consultations intersessions et de réunions de groupes d'experts. Il a pris note de l'avis exprimé par certaines délégations, selon lequel il ne fallait pas s'écarter des approches adoptées en la matière dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité et les opérations garanties, ainsi que de l'avis exprimé par d'autres délégations, selon lequel la recherche d'un compromis pourrait se fonder sur les paragraphes 33 à 35 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.179](#).

9. Droits et obligations du débiteur et devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité

80. Le Groupe de travail est convenu de reporter à un stade ultérieur l'examen des questions soulevées en rapport avec les paragraphes 36 et 37 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.179](#), notant qu'elles seraient particulièrement pertinentes dans le contexte des procédures concurrentes. Selon un avis, le fait d'intervenir dans leur cadre procédural risquerait de nuire à la volonté des États d'adopter les dispositions législatives, indépendamment de la forme qu'elles prendraient.

10. Traitement des créances

81. Compte tenu des avis négatifs exprimés à ce propos, le Groupe de travail a décidé de ne pas inclure dans la liste une référence proposée aux droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité.

11. Classement des créances

82. Notant que la question était plus pertinente pour les procédures concurrentes, le Groupe de travail est convenu de reporter à un stade ultérieur l'examen des questions soulevées en rapport avec le paragraphe 40 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.179](#). On a estimé que les mots « créance ordinaire » et « équivalentes » utilisés au paragraphe 84 du commentaire accompagnant les recommandations 30 à 34 du Guide n'étaient pas clairs et devaient être clarifiés.

12. Responsabilité des administrateurs du débiteur pour des actes accomplis lorsque le débiteur était insolvable ou pendant la période précédant l'insolvabilité, et cause d'action relative à cette responsabilité susceptible d'être invoquée par la masse de l'insolvabilité du débiteur ou en son nom

83. Aucun accord n'a été trouvé concernant l'ajout du point s) *bis* à la liste. On a noté les difficultés que soulevait la question de la loi applicable aux procédures d'insolvabilité dans le contexte international par rapport au contexte national, pour lequel les obligations et responsabilités des administrateurs étaient énoncées dans la quatrième partie du Guide. Il a été jugé nécessaire de préciser quels aspects des obligations et responsabilités des administrateurs relèveraient de la loi régissant l'enregistrement et la constitution des sociétés (*lex societatis*) et ceux qui relèveraient de la *lex fori concursus*. Notant que cette dernière ne serait pas nécessairement la *lex fori concursus* de l'État dans lequel le débiteur aurait son centre des intérêts principaux, il a été estimé que la loi régissant l'enregistrement et la constitution des sociétés devrait rester la loi par défaut, ce qui n'empêcherait pas de soumettre certains aspects limités des obligations et responsabilités des administrateurs à la *lex fori concursus*.

13. Redressement

84. Rappelant son examen du champ d'application des dispositions législatives (voir par. 68 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu de ne pas ajouter le point s) *ter* à la liste. Il a été jugé suffisant de clarifier ce point dans le commentaire et d'expliquer également dans ce contexte la différence entre redressement et restructuration.

14. Dommages environnementaux et responsabilité

85. Tout en étant d'accord avec les délégations qui estimaient que les dommages et les responsabilités environnementaux relevaient principalement du droit matériel, certaines délégations ont mentionné des cas dans lesquels les questions environnementales relevaient à la fois du droit de l'insolvabilité et d'autres lois. Il a été noté que les difficultés rencontrées pour localiser et recouvrer des actifs en rapport avec de tels dommages et responsabilités étaient liées au fait que ces questions touchaient au droit public, au droit privé, aux droits de la personne et au droit pénal. La nature internationale des dommages et des demandes et les conflits de compétence y jouaient également un rôle.

86. Le Groupe de travail est convenu que le point s) *quater* ne devait pas être ajouté à la liste des points régis par la *lex fori concursus*. Il est également convenu que, puisque l'objectif était de réduire le plus possible le nombre d'exceptions à la *lex fori concursus*, il ne faudrait pas en ajouter une supplémentaire pour les dommages et les responsabilités environnementaux. Dans le même temps, il a estimé qu'il était nécessaire d'étudier les moyens de traiter cette question dans les dispositions législatives, par exemple dans le cadre des exceptions d'ordre public. Ce dernier point a été jugé important compte tenu de la jurisprudence faisant état de des cas où des parties avaient recherché le for le plus favorable afin de se soustraire aux obligations et responsabilités découlant du droit de l'environnement et, par conséquent, où la reconnaissance des effets de la *lex fori concursus* avait été refusée en vertu d'une exception d'ordre public.

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

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

87. Tout en approuvant les paragraphes 48 à 52 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.179](#), le Groupe de travail est également convenu que le champ d'application de l'exception devrait être clairement délimité, en particulier en ce qui concerne le mot « réglementé », comme indiqué au paragraphe 52 du document.

2. Contrats de travail

88. Les délégations ont rappelé les avis exprimés à la cinquante-neuvième session du Groupe de travail et leurs motivations (voir [A/CN.9/1088](#), par. 73 à 76). On a précisé que la recommandation 33 du Guide portait uniquement sur le rejet, le maintien et la modification des contrats de travail, tandis que les questions de traitement et de classement des créances salariales relevaient indéniablement de la *lex fori concursus*. On a également précisé qu'on avait utilisé les mots « peuvent être régis » et non « sont régis » dans la recommandation 33 du Guide, contrairement au libellé de l'article 13-1 de la refonte du Règlement CE ; la recommandation 33 n'excluait donc pas l'application de la *lex fori concursus*, de la loi applicable au contrat de travail, ou des deux, aux effets de la procédure d'insolvabilité sur le rejet, la continuation et la modification de contrats de travail. Par ailleurs, il a été dit qu'il pourrait être utile de préserver cette souplesse, en particulier dans le cadre des procédures de redressement complexes où les questions de rejet, de continuation et de modification des contrats de travail étaient plus pertinentes que dans le contexte d'une liquidation qui soulevait uniquement des questions liées au traitement et au classement des créances salariales. En réponse, il a été fait remarquer qu'il fallait maintenir l'accent sur l'exception à la *lex fori concursus* pour les contrats de travail, quel que soit le type de procédure.

89. On a précisé que la référence à la loi applicable au contrat de travail englobait la loi sur l'insolvabilité (voir [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), par. 30). Il a été estimé qu'il était essentiel d'appliquer la loi sur l'insolvabilité au rejet, à la continuation et à la modification des contrats de travail, que ce soit en tant que *lex fori concursus* ou dans le cadre de la loi applicable au contrat de travail, en vue de protéger les créanciers contre toute irrégularité qui pourrait avoir lieu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (par exemple, des accords de rémunération déraisonnables suite à la modification des contrats de travail des directeurs généraux ou d'autres administrateurs).

90. Certaines délégations ont estimé que cette question touchait à des aspects délicats de la sécurité sociale et des droits de la personne. Pour ces raisons, il a été jugé important de concilier, d'une part, la nécessité d'assurer la sécurité juridique et la simplicité des procédures d'insolvabilité avec, d'autre part, celle d'offrir la meilleure protection possible aux personnes qui travaillent. Il a été reconnu que ni la *lex fori concursus* ni la loi applicable au contrat de travail ne fourniraient nécessairement toujours cette protection. Il a donc été estimé qu'une disposition législative relative à une exception à l'application de la loi de la procédure d'insolvabilité pour les contrats de travail pourrait prévoir la règle par défaut de la *lex fori concursus*, à moins qu'une meilleure protection ne soit disponible en vertu de la loi applicable au contrat de travail (si cette loi n'était pas la *lex fori concursus*).

91. D'autres délégations se sont interrogées quant à la proposition ci-dessus, selon laquelle la nécessité d'offrir la meilleure protection possible devrait l'emporter sur les considérations liées à la sécurité juridique et la prévisibilité, à la protection des attentes légitimes et à l'administration efficace des procédures d'insolvabilité. On a estimé que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne devrait pas affecter la teneur des droits qui existaient avant cette démarche, au risque d'introduire une grande insécurité et de compromettre le bon déroulement de la procédure. Il a également été jugé peu pratique et déraisonnable d'attendre du juge qu'il compare les lois et choisisse celle qui offre la meilleure protection aux personnes qui travaillent. Pour ces raisons et compte tenu de la portée étroite de la recommandation 33 du Guide, l'avis a prévalu que les dispositions devraient prévoir que la loi applicable au contrat de travail régirait inconditionnellement les motifs pouvant être invoqués pour rejeter, maintenir ou modifier un contrat de travail. On a expliqué que les aspects liés à l'insolvabilité, tels que la question de savoir si les créances salariales étaient des créances privilégiées ou non, ne seraient pas soumis à cette exception. En réponse à une observation selon laquelle la qualification des contrats en tant que contrats de travail risquait de varier d'un pays à l'autre, il a été dit que cette question pouvait notamment relever de la *lex fori concursus*.

92. Il a été reconnu que différents aspects des contrats de travail pourraient être soumis aux lois de différents pays. Il a également été dit que, quelle que soit la loi applicable, ni le contrat de travail, ni la loi applicable au contrat de travail, ni la *lex fori concursus* (si elle s'avérait être différente de la loi applicable au contrat de travail) ne pourraient l'emporter sur les dispositions impératives du droit du travail (par exemple, les aspects régis par les traités internationaux ou les garanties constitutionnelles). On a mentionné un exemple dans lequel ces difficultés avaient été surmontées par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale afin de faire en sorte que la *lex fori concursus* et la loi applicable aux contrats de travail soient identiques (l'affaire *Nortel*, dans laquelle la procédure d'insolvabilité engagée dans le lieu où se trouvait le centre des intérêts principaux du débiteur servait principalement à assurer la coordination, et la *lex fori concursus* n'avait donc aucun lien, ou un lien très distant, avec les rapports de travail).

93. Il a été jugé important de rappeler, dans les dispositions législatives, les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (2019) (LTIGE) régissant les engagements relatifs au traitement des créances étrangères (art. 28 à 32) et les dispositions du Guide sur le traitement des contrats de travail dans les procédures d'insolvabilité nationales.

F. Exception d'ordre public et autres dispositions

94. Compte tenu de la nature du projet et du contenu attendu des dispositions législatives en vertu desquelles les États devraient donner effet à une loi étrangère sur leur territoire, il a été jugé essentiel d'inclure une exception d'ordre public et d'autres garanties afin de respecter la souveraineté des États et de protéger d'autres intérêts. Dans ce contexte, on s'est inquiété de la possibilité d'utiliser des procédures d'insolvabilité à mauvais escient pour atteindre des objectifs politiques. On a noté qu'outre des exceptions d'ordre public, le régime d'insolvabilité internationale de la CNUDCI prévoyait des garanties sous la forme de mesures et de protections adéquates.

95. D'autres délégations ont estimé que, pour que le projet et les dispositions législatives soient utiles, l'exception d'ordre public devrait être interprétée de manière étroite et restrictive, et invoquée uniquement dans des circonstances exceptionnelles en rapport avec des questions d'importance fondamentale pour les États, comme le laissait sous-entendre la dernière phrase du paragraphe 55 du document de travail [A/CN.9/WG.V/WP.179](#). On a souligné que cette exception devrait être interprétée de manière étroite et restrictive indépendamment du cas d'espèce, notant que dans certains pays, une telle interprétation n'était possible que dans les cas de liquidation mais pas de redressement.

96. Le Groupe de travail a accepté d'inclure une exception d'ordre public conforme à ces conditions.

97. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues préliminaire sur les dispositions des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité qui suscitaient des questions en matière de localisation et de recouvrement d'actifs : a) le renvoi à la procédure de planification dans le contexte d'un groupe d'entreprises, comme prévu dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, sous réserve d'exceptions et de garanties comme un engagement concernant le traitement des créances étrangères ; b) les engagement concernant le traitement des créances étrangères ; c) le traitement des jugements incompatibles et des jugements émanant de procédures concurrentes (art. 14 c) et d) de la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (2018)) ; d) le traitement de la procédure non principale lorsque l'ouverture de la procédure principale est en attente ; et e) les questions liées aux actifs entremêlés et au contrôle dans le contexte des groupes d'entreprises. Selon un avis, le Groupe de travail devrait d'abord traiter toutes les questions en suspens liées à la première étape du projet avant

de se lancer dans l'examen de ces points supplémentaires. Selon un autre avis, il serait plus cohérent de traiter toutes les questions liées entre elles.

G. Conclusion

98. On a rappelé les avis exprimés sur la forme que pourrait prendre un futur instrument (voir par. 65 à 67 ci-dessus). Les délégations favorables à l'élaboration d'une loi type ont largement appuyé l'idée que le document qui devait être soumis au Groupe de travail à sa prochaine session prenne la forme d'un projet de loi type. Sans s'opposer à cette démarche, d'autres délégations ont estimé qu'il serait prématuré de commencer à élaborer une loi type alors que le Groupe de travail avait décidé de reporter l'examen de certaines questions de fond à la session suivante et qu'il n'avait pas encore eu l'occasion d'examiner les questions relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs que soulevaient les procédures concurrentes, notamment dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

99. À l'issue de la discussion et à la lumière des progrès accomplis à la session en cours, le Groupe de travail a demandé au secrétariat de présenter les points sur lesquels un accord avait été trouvé sous la forme de dispositions législatives accompagnées d'un commentaire, et les autres points sous une forme différente qui permettrait de les examiner et de résoudre les questions en suspens. Afin de pouvoir tenir un débat cohérent et approfondi, il a été jugé opportun d'aborder les questions liées à l'insolvabilité internationale.

VII. Questions diverses

100. En ce qui concerne les dates de sa soixante et unième session, le Groupe de travail a été informé que la Commission arrêterait les dates des futures sessions des groupes de travail à sa cinquante-cinquième session, mais qu'il avait été provisoirement décidé que le Groupe de travail tiendrait sa soixante et unième session du 12 au 16 décembre 2022 et sa soixante-deuxième session du 17 au 21 avril 2023.

101. Le Groupe de travail a pris note avec satisfaction de la publication de la Note d'orientation sur l'incorporation dans le droit interne de deux au moins des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité (2021) et du Texte consolidé des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et l'insolvabilité des groupes d'entreprises (2021)⁷. Il a également pris note de la publication, prévue fin 2022, du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises, élaboré par le Groupe de travail à sa cinquante-neuvième session, qui constituait la cinquième partie du Guide et se présentait sous la forme d'un guide autonome faisant partie de la série de textes de la CNUDCI sur les MPME.

102. Le Groupe de travail a été informé des manifestations prévues à l'occasion du vingt-cinquième anniversaire de la Loi type sur l'insolvabilité internationale, notamment celles organisées en marge de la cinquante-cinquième session de la CNUDCI le 15 juillet 2022 et de la soixante et unième session du Groupe de travail en décembre 2022.

⁷ Disponible (en anglais) aux adresses https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v2104338_guidance_note_uncitral_model_laws_on_insolvency.pdf et https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v2104338_consolidated_text.pdf.