



Assemblée générale

Distr. générale
5 mai 2023
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-sixième session
Vienne, 3-21 juillet 2023

Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa soixante-deuxième session (New York, 17-20 avril 2023)

Table des matières

| | <i>Page</i> |
|--|-------------|
| I. Introduction | 2 |
| II. Organisation de la session | 2 |
| III. Délibérations | 3 |
| IV. 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.186) | 3 |
| A. Commentaires relatifs à l'annexe au document A/CN.9/WG.V/WP.186 | 3 |
| B. Étapes suivantes | 7 |
| V. Examen de la question de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.187) | 8 |
| A. Généralités | 8 |
| B. Commentaires sur des dispositions spécifiques | 9 |
| VI. Questions diverses | 16 |
| Annexe | |
| Contribution de la délégation du Canada relative à la localisation et au recouvrement d'actifs – Éléments à prendre en considération pour la suite des travaux | 17 |



I. Introduction

1. À sa soixante-deuxième session, le Groupe de travail a poursuivi ses débats sur les deux sujets qui lui avaient été confiés par la Commission, à savoir la localisation et le recouvrement civils d'actifs et la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. On trouvera des informations générales sur ces sujets dans l'ordre du jour provisoire annoté de la session ([A/CN.9/WG.V/WP.185](#)).

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 soixante-deuxième session à New York, du 17 au 20 avril 2023. Conformément à la décision prise par la CNUDCI à sa cinquante-cinquième session¹, le Secrétariat a assuré la diffusion en direct des séances dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, afin de permettre aux représentants et aux observateurs qui souhaitaient suivre la session à distance d'écouter les délibérations.

3. Ont assisté à la session des représentants des États membres ci-après du Groupe de travail : Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Canada, Chili, Chine, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Ghana, Inde, Iran (République islamique d'), Iraq, Israël, Italie, Japon, Malaisie, Maroc, Maurice, Pérou, Pologne, République de Corée, République dominicaine, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suisse, Tchéquie, Thaïlande, Ukraine, Venezuela (République bolivarienne du), Viet Nam et Zimbabwe.

4. Y ont également assisté des observateurs des États suivants : Lesotho, Madagascar, Myanmar, Népal, Pakistan, Paraguay, Pays-Bas (Royaume des), Philippines, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Sri Lanka et Suède.

5. Ont aussi assisté à la session des observateurs du Saint-Siège et de l'Union européenne (UE).

6. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes :

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

b) *Organisations gouvernementales internationales invitées* : Communauté andine, Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH), Conseil de coopération du Golfe (CCG), 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 des jeunes avocats (AIJA), Association internationale du barreau (IBA), Association juridique de l'Asie et du Pacifique (LAWASIA), Association of the Bar of the City of New York (NYCBA), Center for International Legal Studies (CILS), Conseil chinois pour la promotion du commerce international, Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires (CNAJMJ), Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Fondation pour le droit continental (FDC), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (G.R.I.P. 21), INSOL Europe, INSOL International, Institut européen du droit (ELI), Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC), International Insolvency Institute (III), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC), New York State Bar Association (NYSBA), P.R.I.M.E. Finance et Union internationale des avocats (UIA).

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 17 ([A/77/17](#)), par. 237.

7. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant :
 - 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.185](#)) ;
 - b) Note du Secrétariat : outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs utilisés dans les procédures d'insolvabilité ([A/CN.9/WG.V/WP.186](#)) ; et
 - c) Note du Secrétariat : loi applicable dans les procédures d'insolvabilité ([A/CN.9/WG.V/WP.187](#)).
9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :
 1. Ouverture de la session.
 2. Élection du Bureau.
 3. Adoption de l'ordre du jour.
 4. Examen de thèmes relatifs à l'insolvabilité :
 - a) Questions juridiques relatives à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité ; et
 - b) Loi applicable dans les procédures d'insolvabilité.
 5. Questions diverses.
 6. Adoption du rapport.

III. Délibérations

10. Au titre du point 4 de l'ordre du jour, le Groupe de travail a poursuivi ses débats sur les questions juridiques soulevées par la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité et sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, en se fondant sur les documents [A/CN.9/WG.V/WP.186](#) et [A/CN.9/WG.V/WP.187](#), respectivement. Les délibérations qu'il a tenues au sujet de la localisation et du recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité sont résumées au chapitre IV ci-après ; celles qu'il a tenues au sujet de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, au chapitre V ci-après.

IV. 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.186](#))

A. Commentaires relatifs à l'annexe au document [A/CN.9/WG.V/WP.186](#)

11. Le Groupe de travail a commencé l'examen du point 4 a) de l'ordre du jour par la lecture d'un avant-projet de texte descriptif, informatif et éducatif sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité, qui figure en annexe au document [A/CN.9/WG.V/WP.186](#) (le projet de texte). Il a examiné ce projet de texte en même temps qu'une contribution de la Pologne, tout en notant également les évolutions dans ce domaine intervenues à la Conférence de La Haye de droit international privé et à UNIDROIT.

12. La contribution adressée par la Pologne résumait les dispositions de la législation nationale qui traitaient de l'accès du représentant de l'insolvabilité aux registres pertinents disponibles dans ce pays. Il était noté que le représentant de

l'insolvabilité ne pouvait pas accéder directement à certains de ces registres. Lorsque la législation nationale n'autorisait qu'un groupe limité de personnes à consulter les registres, notamment pour des raisons de protection des informations personnelles, et que ce groupe excluait le représentant de l'insolvabilité, ce dernier devait impliquer les autorités compétentes dans la consultation du registre, mais aucune sanction n'était prévue lorsqu'il n'était pas donné suite à sa demande. Le document soumis mentionnait divers pouvoirs et obligations du représentant de l'insolvabilité, qui avaient trait notamment à l'annulation des actes du débiteur, à l'intervention du tribunal de l'insolvabilité dans la localisation et le recouvrement d'actifs et à l'ouverture de la procédure probatoire.

13. Les propositions suivantes ont été faites au sujet du projet de texte sur la localisation et le recouvrement d'actifs :

a) Élargir la définition de la procédure d'insolvabilité en y ajoutant des références à la restructuration extrajudiciaire et aux procédures hybrides qui prévoient un arrêt temporaire des poursuites. Cette proposition n'a pas été appuyée ;

b) Préciser la différence entre le « favoritisme » et les « préférences » au paragraphe 27, le premier englobant les transferts ou opérations à un prix sous-évalué, effectués lorsque le débiteur souhaite avantager certains créanciers au détriment des autres ;

c) Supprimer la référence à la nomination d'un représentant de l'insolvabilité en tant que mesure provisoire ou temporaire (représentant provisoire de l'insolvabilité), car cette mesure pourrait favoriser l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Selon l'avis qui a prévalu, il convenait de conserver ladite référence. Le Groupe de travail a été informé des différentes pratiques concernant l'utilisation de cette mesure suivies dans différents pays. Il a notamment appris qu'elle était couramment appliquée entre la demande et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans les pays où la demande ne déclenchait pas automatiquement l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Il a été expliqué que, contrairement au représentant de l'insolvabilité qui était nommé après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le représentant provisoire pouvait être nommé à des fins limitées, en fonction des besoins du moment. Le Groupe de travail a rappelé les recommandations 39 et 41 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide)² et la définition du représentant étranger qui se référait à cette mesure. Celle-ci a été jugée nécessaire dans les cas où il paraissait nécessaire, dès le début, d'écarter le débiteur de l'exploitation de l'entreprise. Il a été estimé que l'exigence tendant à impliquer les créanciers dans la nomination du représentant de l'insolvabilité n'était pas impossible à satisfaire dans le cadre de la nomination du représentant provisoire de l'insolvabilité. Les raisons justifiant la nomination du représentant provisoire auraient une influence sur la décision de reconnaître ou non cette mesure à l'étranger ;

d) Souligner tout au long du texte, y compris au paragraphe 124, la nécessité de disposer de procédures rapides pour garantir l'efficacité des mesures de localisation et de recouvrement, en particulier dans les cas où l'on soupçonnait l'absence d'activités et l'existence de fraude ;

e) Préserver la souplesse dans l'élaboration de mesures de localisation et de recouvrement appropriées, sous réserve de garanties adéquates ;

f) Mettre à jour la référence aux normes pertinentes du Groupe d'action financière [orientations sur les bénéficiaires effectifs des personnes morales (recommandation 24)]³ ;

² Disponible à l'adresse : [Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international](#).

³ Disponibles en anglais à l'adresse suivante : www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Guidance-Beneficial-Ownership-Legal-Persons.html.

g) Dans la section comprenant les paragraphes 69 à 71, renvoyer au paragraphe 80 ii) du projet de texte qui énonce l'obligation du débiteur de fournir des renseignements exacts, fiables et complets sur sa situation financière et ses affaires ;

h) Modifier la dernière phrase du paragraphe 76 en remplaçant la référence aux systèmes de Ponzi par une référence plus large aux activités illégales et inappropriées du débiteur ;

i) Ajouter, au paragraphe 77 (point v), des explications sur les raisons justifiant de soumettre les opérations réalisées avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur à un examen attentif, par exemple pour prévenir la fraude et la collusion ;

j) Reformuler le début du paragraphe 80, tout en conservant son caractère descriptif, en indiquant que le débiteur serait généralement tenu de prendre les mesures énumérées dans ce paragraphe, sauf dans des circonstances très limitées ;

k) Expliquer que le tribunal pourrait contraindre les tiers à s'acquitter des obligations énumérées au paragraphe 85 qui leur incombent en vertu de la loi. Dans ce contexte, on a relevé les problèmes liés au secret professionnel et bancaire, ainsi qu'en relation avec les pouvoirs d'enquête du représentant de l'insolvabilité ;

l) En ce qui concerne les paragraphes 88 à 94, indiquer que dans certains pays, il appartiendrait au tribunal de conférer des pouvoirs d'enquête au représentant de l'insolvabilité ;

m) Indiquer au paragraphe 90 b) que le représentant de l'insolvabilité pourrait demander au débiteur de vérifier l'exactitude des informations qu'il aurait lui-même compilées ;

n) Mentionner dans l'ensemble du texte que dans certains pays, sauf dans les cas complexes nécessitant la nomination d'un représentant de l'insolvabilité, c'est l'autorité publique compétente qui pourrait être chargée d'administrer la procédure d'insolvabilité, de sorte qu'aucun représentant de l'insolvabilité ne serait nommé et que la question de la responsabilité personnelle de ce dernier, par opposition à la responsabilité de l'État pour les actes de l'autorité compétente concernée, ne se poserait pas ;

o) Indiquer au paragraphe 101 que, dans certains pays, la période suspecte pourrait commencer à courir à partir de la découverte de l'opération dissimulée ;

p) Mentionner les considérations relatives à l'annulation dans le cadre d'un redressement, notamment la solvabilité du débiteur, les particularités du régime de redressement du débiteur non dessaisi (par exemple, les conflits d'intérêts) par rapport à un redressement géré par le représentant de l'insolvabilité, les opérations qui seraient généralement susceptibles d'annulation dans le cadre d'un redressement (par exemple, les opérations d'initiés, les transferts d'actifs à des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur) et les prérogatives du comité des créanciers en ce qui concerne les actions en annulation. On a souligné qu'il importait d'assurer une certaine souplesse dans la réglementation des actions en annulation dans le cadre d'un redressement, en notant que différentes approches pourraient être adoptées dans les différents pays et au cas par cas, en fonction des incidences que l'on attendait de ces actions sur les créanciers et les perspectives d'aboutir à un redressement rapide et réussi. On a noté différents mécanismes qui étaient utilisés à des fins d'annulation en cas de redressement, notamment la cession d'actions en annulation à une fiducie, qui les engageait au profit des créanciers chirographaires. On a également noté le rôle que jouaient ces mécanismes dans l'acceptation du plan de redressement par les créanciers chirographaires, le traitement non uniforme des actions en annulation engagées par des créanciers avant la procédure de redressement et différentes approches visant l'évaluation à la hausse des opérations annulées ;

q) Supprimer la référence au débauchage de personnel et au transfert illégal des activités et des actifs vers une nouvelle entreprise ;

r) Mettre l'accent sur les actions engagées contre les administrateurs qui entreraient de manière appropriée dans la portée du projet (par exemple, le détournement de fonds), en fournissant des exemples, en soulignant les considérations qui incitaient généralement à engager une action à leur rencontre (par exemple, le coût, la durée et les chances de succès) et en indiquant d'éventuelles sources de financement alternatif de ces actions (par exemple, fonds de réserve et financement des procédures judiciaires) ;

s) Remplacer « et » par « ou » au paragraphe 120 avant le point ii), afin d'aligner cette partie sur la recommandation 220 du Guide ;

t) Souligner la nécessité d'une coopération judiciaire internationale dans le domaine de la localisation et du recouvrement d'actifs, y compris lorsqu'aucune procédure d'insolvabilité n'avait été ouverte, et également en ce qui concerne les actifs du débiteur situés dans un autre pays où celui-ci n'avait pas d'établissement ;

u) Ajouter des références à d'autres registres pertinents aux paragraphes 151 à 154, y compris ceux mentionnés dans la contribution soumise par la Pologne ;

v) En ce qui concerne les aspects supplémentaires suggérés après le paragraphe 189, mentionner uniquement les régimes juridiques distincts en matière de localisation et de recouvrement qui pourraient être applicables à certains actifs. On a pris note des réserves exprimées au sujet de l'inclusion de références aux crédits carbone et biodiversité dans le texte, de la nécessité de poursuivre les recherches sur la localisation et le recouvrement d'actifs de ce genre et du projet d'organisation d'un colloque de la CNUDCI sur les changements climatiques en lien avec la cinquante-sixième session de la Commission, en juillet 2023 ;

w) Développer le passage relatif aux ordonnances imposant le secret et la mise sous scellés aux paragraphes 190 et 191, en donnant des exemples de leur fonctionnement dans la pratique ;

x) Limiter la portée de la quatrième et de la dernière phrases du paragraphe 192, notamment en précisant que le manquement à l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne constituait pas (à lui seul) une infraction pénale dans certains pays, et que le manquement à l'obligation de signaler des activités criminelles suspectées, telles que la fraude et la dispersion d'actifs dans des sociétés par des comptables, des inspecteurs des impôts et certaines autres personnes indiquées dans la loi, pouvait engager leur responsabilité pénale dans certains pays ;

y) Préciser l'interaction entre les procédures d'insolvabilité et les procédures pénales au paragraphe 194. À cet égard, il a été jugé utile de renvoyer à la jurisprudence pertinente (blanchiment d'argent entre autres).

14. En ce qui concerne les questions susceptibles d'être traitées dans un chapitre consacré aux aspects numériques, il a été noté que le Groupe de travail devrait préciser et examiner en temps utile certaines d'entre elles, qui avaient trait notamment aux régimes réglementaires, au double comptage, aux distributions gratuites de jetons non fongibles (NFT), à l'intelligence artificielle, à l'Internet des objets et aux aspects ayant trait à la prévention de la fraude. On a mis en doute l'opportunité d'inclure un chapitre détaillé sur les aspects numériques de la localisation et du recouvrement d'actifs dans le texte sur la localisation et le recouvrement d'actifs. On a rappelé que des travaux étaient menés dans d'autres instances sur des questions connexes et noté que, pour éviter la duplication des efforts et les résultats incohérents, le Groupe de travail devrait en attendre les résultats, ce qui pourrait retarder l'achèvement des travaux sur la localisation et le recouvrement d'actifs. Selon un autre point de vue, les résultats de ces autres travaux pourraient être portés à l'attention du Groupe de travail, qui pourrait en tirer profit.

15. On a rappelé les normes applicables à l'admissibilité des données en tant qu'éléments de preuve, car elles avaient des incidences notamment aux stades de la création, de la collecte, de la transmission, du stockage et de l'utilisation des données.

On a aussi rappelé la possibilité de vérifier l'authenticité et l'intégrité des données et l'exigence tendant à ne pas se fonder uniquement sur des données douteuses pour établir des faits. Il a été considéré comme une bonne pratique d'avoir recours, suffisamment à l'avance, à des professionnels sur ces questions, car l'irrecevabilité des données en tant que preuves pouvait compromettre l'ensemble des efforts de localisation et de recouvrement. On a noté qu'il importait de préserver les données du débiteur qui étaient stockées sur des serveurs de tiers et de garantir l'accès du représentant de l'insolvabilité à celles-ci, ce qui pouvait entraîner des coûts.

16. Le Groupe de travail a achevé la première lecture du projet de texte sur la localisation et le recouvrement d'actifs et approuvé l'idée du secrétariat de tenir des consultations supplémentaires sur les questions qui restaient ouvertes, y compris celles ayant trait aux actifs numériques. Les travaux menés par les groupes de travail d'UNIDROIT chargés des projets portant respectivement sur les actifs numériques et le droit privé et sur les meilleures pratiques pour des procédures d'exécution efficaces ont été jugés pertinents à cet égard.

B. Étapes suivantes

17. En référence au paragraphe 3 du document [A/CN.9/WG.V/WP.186](#), le Groupe de travail a reçu une proposition du Canada (voir l'annexe au présent rapport) qui énumérait les objectifs, caractéristiques et garanties communs à trois groupes d'outils de localisation et de recouvrement d'actifs : les outils visant à obtenir des informations ; ceux visant à geler des actifs ; et ceux visant à recouvrer des actifs (la proposition). Il était suggéré que cette liste fasse partie d'une boîte à outils qui appuierait les demandes de reconnaissance et de mesures au niveau international formulées en vertu des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Il a été expliqué que ces outils clefs reposaient sur le principe de l'examen par le tribunal de la question de savoir si la mesure demandée était équitable, efficace, opportune et nécessaire à l'intégrité du processus, et si elle contribuait à préserver et à accroître la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt des créanciers et des autres parties prenantes.

18. L'avis a été exprimé que la proposition n'entendait pas se substituer au projet de texte sur la localisation et le recouvrement d'actifs et qu'elle n'était pas très éloignée de ce qui était déjà prévu dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Dans le même temps, il a été admis qu'il fallait identifier toute lacune qui pouvait exister dans la structure actuelle de l'insolvabilité internationale en ce qui concerne la localisation et le recouvrement d'actifs.

19. S'il a été généralement estimé que la proposition contribuait au débat visant à déterminer comment rationaliser le texte sur la localisation et le recouvrement d'actifs et le rendre plus ciblé, plus accessible et plus utile pour les objectifs visés, des réserves ont été exprimées au sujet de certains outils qui y étaient énumérés et que certains pays ne connaissaient pas. Le Groupe de travail est convenu que le texte sur la localisation et le recouvrement d'actifs devrait être de nature informative. Néanmoins, on a salué l'idée de recenser les caractéristiques communes à toute une gamme d'outils existants dans ce domaine et de travailler à mettre en place des procédures accélérées qui faciliteraient la localisation et le recouvrement d'actifs, y compris à l'échelle internationale.

20. Le Groupe de travail a été informé de la jurisprudence qui démontrait l'importance et la nécessité d'agir rapidement dans le domaine de la localisation et du recouvrement d'actifs. À ce sujet, il a été fait remarquer que, dans les pays de droit civil, dans les affaires impliquant la fraude ou d'autres infractions pénales, comme celles qui avaient été présentées au cours de la session, les outils utilisés pour localiser et recouvrer les actifs de manière accélérée différaient de ceux utilisés dans des procédures civiles. Il a été rappelé que lorsqu'il avait examiné les parties pertinentes du projet de texte (voir par. 13 y) ci-dessus), le Groupe de travail avait noté qu'il importait de donner des précisions sur la complémentarité entre les procédures civiles et pénales, et sur l'importance de mettre en place des garanties appropriées, tout en

trouvant un juste équilibre entre différents intérêts et considérations. Ces aspects ont été jugés pertinents dans le contexte de la proposition.

21. Au cours du débat qui a suivi, les délégations ont réitéré les vues qu'elles avaient exprimées à la session précédente⁴, à savoir que le texte révisé, qu'il prenne la forme ou soit accompagné d'une boîte à outils, d'une liste de contrôle ou d'une liste de meilleures pratiques, ne devrait pas être de nature prescriptive.

V. Examen de la question de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.187)

A. Généralités

1. Définition de la procédure d'insolvabilité donnée par UNIDROIT

22. Le Groupe de travail a évoqué l'interaction entre le projet à l'étude et le projet d'UNIDROIT concernant les actifs numériques et le droit privé, et a remercié le Secrétariat d'avoir attiré son attention sur certains points problématiques, ce qui était conforme au mandat que lui avait attribué la Commission pour ce qui est d'assurer la coordination et la coopération avec d'autres organisations. Il a évoqué l'incohérence qu'il pouvait y avoir entre la définition de la procédure d'insolvabilité donnée par la CNUDCI (avec la liste cumulative des conditions qu'une procédure devait remplir pour être considérée comme une procédure d'insolvabilité) et le projet de principe 2-6 d'UNIDROIT, avec le commentaire qui l'accompagne, figurant dans le projet de texte sur les actifs numériques et le droit privé dont le groupe de travail compétent de l'Institut avait été saisi à ses sessions de mars et avril 2023.

23. Certaines délégations étaient d'avis que la définition de la procédure d'insolvabilité donnée dans le projet d'UNIDROIT, si elle était plus large, n'était pas incompatible avec celle figurant dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

24. On s'est inquiété des risques de confusion et de fragmentation que poserait l'adoption de définitions différentes d'un concept aussi essentiel que la procédure d'insolvabilité dans différentes instances internationales. On a rappelé à ce sujet le rôle que jouait la CNUDCI dans l'établissement de normes internationales en matière de droit de l'insolvabilité. Si des avis différents ont été exprimés quant à l'ampleur de ce risque, le Groupe de travail est convenu de l'importance d'éviter toute incohérence inutile.

25. D'autres délégations ont noté que les limites du droit de l'insolvabilité et des procédures d'insolvabilité étaient constamment remises en question et estimé qu'il pourrait être nécessaire de modifier la définition de la procédure d'insolvabilité donnée par la CNUDCI. Nonobstant ce point de vue, il n'a pas été jugé souhaitable ou nécessaire de modifier celle-ci, car elle permettait de dégager des solutions dans le contexte de l'insolvabilité internationale.

26. Le Groupe de travail a pris note du rôle que jouaient les États membres de la CNUDCI et d'UNIDROIT en relation avec les travaux des deux organisations. Il a également noté que la coordination et la coopération entre elles était une question qu'il appartenait à la Commission d'examiner.

2. Aspects relatifs à la reconnaissance internationale

27. Le Groupe de travail a entendu des avis selon lesquels il convenait de modifier le projet de texte sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité figurant dans le document [A/CN.9/WG.V/WP.187](#) pour qu'il traite de manière exhaustive de la loi régissant la procédure et ses effets également dans le contexte de la reconnaissance internationale en vertu des lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité. On a noté

⁴ [A/CN.9/1126](#), par. 34.

qu'il faudrait modifier l'ensemble du projet de texte sur la loi applicable en conséquence.

28. Dans la mesure où le Groupe de travail n'avait pas encore examiné la question de la loi régissant la procédure et ses effets dans les procédures concurrentes et les procédures visant des groupes d'entreprises, l'avis a été exprimé que les dispositions du texte qui faisaient référence à ces questions devaient figurer entre crochets. On a posé la question de savoir si le projet devait s'étendre à l'insolvabilité des groupes d'entreprises. À ce sujet, on a rappelé la décision qu'avait prise le Groupe de travail à sa cinquante-neuvième session concernant la portée des travaux envisagés et l'approche progressive à adopter pour ce faire⁵.

B. Commentaires sur des dispositions spécifiques

1. Commentaires sur les projets de dispositions précédant les projets de dispositions sur l'annulation

29. Les propositions suivantes ont été faites :

a) Préciser les paragraphes 4 et 9 du projet de commentaire accompagnant le préambule ;

b) Remplacer la référence au tourisme judiciaire abusif par une référence au tourisme judiciaire préjudiciable ;

c) Dresser la liste des entités exclues du champ d'application des dispositions législatives, soit dans la disposition relative au champ d'application elle-même, soit dans le commentaire correspondant (en renvoyant, entre autres, aux compagnies d'assurance et de réassurance, aux établissements bancaires et aux entités de droit public) ;

d) Remplacer la dernière phrase du paragraphe 2 du projet de disposition relatif au champ d'application des dispositions législatives par la dernière phrase du paragraphe 8 du commentaire l'accompagnant. Cette suggestion n'a pas été retenue ;

e) Mentionner spécifiquement les procédures dites « préemballées » (« pre-pack ») au paragraphe 2 du projet de commentaire accompagnant le projet de disposition relatif au champ d'application des dispositions législatives, en expliquant ce terme et en soulignant que seules les procédures « pre-pack » répondant à la liste cumulative de conditions requises seraient considérées comme des procédures d'insolvabilité ;

f) Compte tenu de la discussion menée au sujet de la définition de la procédure d'insolvabilité donnée par UNIDROIT (voir par. 22 à 26 ci-dessus), déterminer si le cadre relatif à la loi applicable envisagé aurait vocation à s'appliquer également aux procédures de restructuration préalables à l'ouverture et, dans l'affirmative, développer le paragraphe 2 du projet de commentaire accompagnant le projet de disposition relatif au champ d'application des dispositions législatives en renvoyant à ces procédures ;

g) Supprimer le projet de commentaire accompagnant les définitions. Comme aucun appui n'avait été exprimé en faveur de cette proposition, il a été suggéré de supprimer les exemples d), e) et f) figurant dans ce projet de commentaire ;

h) Réexaminer l'opportunité d'utiliser des termes latins, par exemple lorsqu'ils n'étaient plus utilisés par la Conférence de La Haye de droit international privé, et n'avaient pas lieu de l'être lorsque l'on cherchait à établir des normes de rédaction juridique simples et plus accessibles. On a rappelé les points de vue exprimés lors de sessions précédentes sur ce point⁶, et l'opinion qui a prévalu a de nouveau été qu'il convenait de continuer à utiliser ceux d'entre eux qui étaient bien

⁵ A/CN.9/1088, par. 58.

⁶ A/CN.9/1126, par. 65.

connus et compris. Des doutes ont été exprimés au sujet de cette affirmation, étant donné que le projet de texte sur la loi applicable mentionnait les différences de sens qui pouvaient par exemple être attribuées à la *lex societatis*. On s'est également interrogé sur la nécessité d'inclure des définitions des termes latins, comme le prévoyait le projet de texte à l'étude, dans la mesure où ils étaient bien connus et compris ;

i) Remplacer, au paragraphe 6, la référence aux accords internationaux par une référence à d'autres instruments internationaux, comme dans les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité, afin de garantir que les règlements de l'Union européenne en matière d'insolvabilité soient couverts ;

j) Examiner la nécessité d'ajouter une exception d'ordre public dans le contexte de la reconnaissance internationale et d'y inclure une référence aux principes fondamentaux d'équité procédurale (comme cela a été fait dans la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité)⁷. Dans ce contexte, on a rappelé la pertinence de garanties adéquates. En réponse à la suggestion de supprimer les mots « ne... que si » dans le projet de disposition relatif à l'exception d'ordre public, il a été proposé de les placer, voire le projet de disposition entier, entre crochets en vue d'un examen ultérieur. On s'est demandé s'il était justifié d'établir deux séries de normes, qui n'étaient pas pareillement strictes, pour l'exception d'ordre public dans le contexte de la reconnaissance de l'insolvabilité à l'échelle nationale et à l'échelle internationale ;

k) Expliquer dans le commentaire relatif à l'exception d'ordre public que divers scénarios pourraient se produire si l'on écartait la loi initialement applicable, et que cette question serait très probablement déjà traitée dans le droit interne ;

l) Indiquer aux paragraphes 10 et 11 du projet de commentaire accompagnant la liste de la *lex fori concursus* que la jurisprudence avait évolué en faveur du renvoi à la loi de la procédure étrangère principale, et que ce renvoi constituait la norme dans les États membres de l'Union européenne ;

m) Se demander s'il convenait de conserver les références aux lois non liées à l'insolvabilité dans l'ensemble du projet de texte sur la loi applicable, et indiquer plutôt que des lois autres que celles sur l'insolvabilité pouvaient s'appliquer dans le cadre de la *lex fori concursus*, et mentionner ces lois.

2. Annulation

30. Il a été suggéré que le point g) de la liste de la *lex fori concursus* fasse également référence à la nullité des actes.

31. Pour répondre à des questions posées au sujet de la première phrase du paragraphe 20 du projet de commentaire accompagnant la liste, rappelant que, dans de nombreux pays, les créances des travailleurs bénéficient d'un statut privilégié, certaines délégations ont suggéré de supprimer cette phrase car elle visait de très rares cas d'annulation en relation avec des contrats et relations de travail. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il convenait de conserver cette phrase en citant des exemples de cas d'annulation, et en expliquant les relations de la *lex fori concursus* avec la *lex causae*, la *lex laboris* et les dispositions impératives du droit du travail dans ces cas-là. Il a été jugé nécessaire d'inclure une explication en ce sens en raison de l'exception à l'application de la *lex fori concursus* envisagée dans le projet de texte sur la loi applicable pour les contrats et les relations de travail. Le Groupe de travail, rappelant les délibérations qu'il avait eues à ce sujet à des sessions précédentes⁸, a demandé au secrétariat de modifier le projet de commentaire en conséquence.

32. Le Groupe de travail a entendu différents points de vue concernant le projet de variante relatif à l'annulation présenté à la suite du paragraphe 20 du projet de

⁷ Publication des Nations Unies (2019). Disponible à l'adresse : [Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et Guide pour son incorporation](#).

⁸ A/CN.9/1126, par. 75 à 79, et A/CN.9/1094, par. 89.

commentaire accompagnant la liste. Certaines délégations ont estimé que la variante n'était pas utile parce qu'elle nuisait à la sécurité juridique, encourageait la recherche de la loi la plus avantageuse (« law shopping »), était difficile à mettre en œuvre, favorisait les parties ayant un pouvoir de négociation supérieur et encourageait d'autres exceptions à la *lex fori concursus*. Il a également été estimé que l'exception d'ordre public fournissait déjà une protection suffisante aux créanciers, et que ces derniers seraient également protégés dans le cadre du droit de l'insolvabilité interne. Il a donc été jugé inutile d'envisager une protection supplémentaire pour les créanciers dans le projet de texte sur la loi applicable.

33. Une autre suggestion consistait à conserver la variante à titre d'option que les États pourraient examiner. D'autres délégations encore n'ont pas exprimé de préférence pour la suppression de la variante ou son maintien avec les modifications proposées lors de la session. Une autre solution encore consistait à souligner dans le texte sur la loi applicable que toute exception à la *lex fori concursus* en matière d'annulation s'appliquerait uniquement entre des pays qui disposaient de cadres harmonisés en la matière.

34. L'opinion qui a prévalu était de conserver le projet de variante, mais avec plusieurs modifications. Il a été convenu de supprimer le membre de phrase commençant par « et que son application dans le cas d'espèce... » dans le second paragraphe. Certaines délégations ont estimé que le reste de ce paragraphe n'était pas non plus nécessaire. D'autres ont estimé qu'il prévoyait des garanties essentielles, notamment contre le « law shopping », et qu'il pouvait être fusionné avec le premier paragraphe de manière à indiquer clairement que la loi applicable par défaut à l'annulation était la *lex fori concursus* et qu'il n'existait que des exceptions très limitées à cette règle, qui seraient énumérées dans la disposition. Il a été souligné qu'il ne faudrait pas, en remaniant ainsi ces dispositions, placer par inadvertance la charge de la preuve sur la mauvaise personne. En particulier, il a été jugé justifié d'exiger que les éléments énumérés au premier paragraphe, qui étaient difficiles à prouver, soient prouvés par le défendeur, contrairement à ceux qui étaient énumérés au paragraphe 2, lesquels devraient être prouvés par le cocontractant (le représentant de l'insolvabilité ou autre).

35. En ce qui concerne le premier paragraphe, il a été suggéré de supprimer la fin de la phrase commençant par « et que cette autre loi... », dont il a été estimé qu'elle sortait du cadre des dispositions relatives au conflit de lois. Une autre proposition consistait à reformuler les dispositions pour indiquer que la *lex fori concursus* constituait la loi par défaut applicable à l'annulation, sauf si les parties à l'opération concernée n'avaient aucun moyen raisonnable de savoir que cette loi s'appliquerait à l'annulation de leur opération en cas d'insolvabilité de l'une d'entre elles. On a noté les difficultés que les juges pourraient rencontrer dans l'application de la disposition proposée.

36. Il a été suggéré de placer cette disposition séparément de la liste de la *lex fori concursus*, comme cela avait été fait dans le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte).

3. Sûretés

37. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait précédemment examiné la question de savoir si c'était la *lex fori concursus* ou la *lex rei sitae* qui régirait les effets des procédures d'insolvabilité sur le traitement des droits réels, en particulier les droits des créanciers garantis. Alors que certaines délégations ont réitéré leur position sur la question, les unes en faveur de la *lex fori concursus*, les autres en faveur de la *lex rei sitae*⁹, de nouvelles idées sont apparues au cours de la session qui visaient à aplanir les divergences.

⁹ A/CN.9/1126, par. 45 et 46.

38. Rappelant le contenu de l'article 8 de la refonte du Règlement (CE), qui était directement applicable et contraignant dans les États membres de l'UE, et notant que cet article ne contenait pas de règle de conflit de lois mais une règle de fond sur le traitement des droits réels dans les procédures d'insolvabilité, et que cette dernière avait été établie avant l'adoption et la transposition de la directive de l'UE sur la restructuration et l'insolvabilité¹⁰, certaines délégations ont suggéré des moyens de refléter l'essentiel de cet article dans le texte sur la loi applicable sous la forme de règles de conflit de lois. Dans ce contexte, on a jugé pertinents le cadre international de reconnaissance de l'insolvabilité et d'octroi de mesures avec ses garanties, telles que l'exception d'ordre public et la protection adéquate des créanciers, et les règles régissant l'arrêt des poursuites et l'aménagement d'un tel arrêt.

39. Il a été estimé qu'il faudrait peut-être assortir de la même manière la loi par défaut en la matière, par exemple la *lex fori concursus*, de garanties et exceptions. Celles-ci étaient jugées nécessaires pour garantir que : a) la validité et l'opposabilité des droits réels et les attentes et intérêts légitimes des créanciers garantis soient reconnus et protégés de manière adéquate, y compris contre une diminution de la valeur d'un actif grevé, dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et dans d'autres États, dès lors que les effets de l'ouverture auraient été reconnus ; et b) les effets de l'ouverture sur l'exécution de ces droits soient reconnus et appliqués à l'étranger, si nécessaire.

40. Il a été expliqué que les circonstances de l'espèce détermineraient s'il était nécessaire de prévoir des exceptions et des garanties particulières, parmi celles que le texte sur la loi applicable pourrait prévoir. Il a été fait référence aux circonstances suivantes : la question de savoir si le cas d'espèce impliquait une vente en plusieurs étapes ou la préservation de la valeur de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité ; la nature du droit réel en question ; et l'importance de l'actif concerné pour la procédure d'insolvabilité.

41. Le Groupe de travail a accueilli favorablement ces idées et a encouragé les délégations intéressées à poursuivre leurs consultations. On a noté qu'il faudrait évaluer les incidences des différentes approches suggérées et envisager les moyens de les intégrer au texte sur la loi applicable. Pour poursuivre l'examen de la question, il a été jugé utile : a) de mettre ces idées par écrit ; b) de préciser le sens de l'expression « traitement des créanciers garantis » ; et c) de déterminer si les solutions possibles dépendaient du fait que le droit réel porte sur un bien meuble ou immeuble.

4. Autres propositions rédactionnelles

42. Les propositions rédactionnelles suivantes ont été formulées au sujet du projet de commentaire relatif à la liste de la *lex fori concursus* :

a) Prévoir une variante pour le traitement des contrats portant sur des biens immeubles. Il a été souligné que les dispositions figurant dans la refonte du Règlement (CE) à ce sujet étaient complexes et qu'il restait à déterminer la manière dont cette variante pourrait être rédigée ;

b) Envisager de déplacer la référence à l'annulation des compensations effectuées avant l'ouverture de la procédure, figurant actuellement dans le projet de commentaire relatif au point i), pour l'insérer dans le commentaire portant sur le point g) ;

c) Supprimer la première phrase du paragraphe 25 ou expliquer la signification de la compensation équitable et de la compensation bancaire dans une note de bas de page ou dans le texte ;

¹⁰ Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132.

d) Supprimer les notes figurant entre crochets sous les points k) et l) en précisant dans le texte, le cas échéant, que la loi de l'État accordant la reconnaissance prévaudrait en cas de conflit concernant le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de représenter la masse de l'insolvabilité dans l'État de reconnaissance. Il a été estimé qu'il en allait de même pour les droits et obligations du débiteur ;

e) Au paragraphe 37 et dans d'autres parties du commentaire relatif à la liste de la *lex fori concursus*, expliquer en quoi les perspectives de reconnaissance, à l'étranger, des effets de la *lex fori concursus* pourraient avoir des incidences sur le traitement des créanciers garantis et le classement de leurs créances en vertu de la *lex fori concursus*. On a noté le lien qui existait entre ces questions et l'examen inachevé de la question de la loi régissant les effets de la procédure d'insolvabilité sur le traitement des droits réels (voir par. 37 à 41 ci-dessus) ;

f) En ce qui concerne la note contenue entre crochets sous le paragraphe 40, transposer le paragraphe 84 du commentaire accompagnant les recommandations 30 à 34 du Guide, en lui ajoutant une liste indicative des critères habituellement utilisés pour établir l'équivalence fonctionnelle des créances (par exemple, la source de l'obligation, la nature des créanciers et l'intérêt sous-jacent qui justifie le traitement préférentiel de la créance), ainsi que des exemples pratiques indiquant comment établir cette équivalence pour des créances salariales (il a été jugé difficile de montrer comment l'établir pour d'autres créances, en particulier les créances publiques) ;

g) Développer le commentaire relatif au point o) sur la non-discrimination des créances publiques étrangères, en renvoyant à certains instruments¹¹. Il a été jugé souhaitable d'harmoniser au niveau mondial le traitement de ces créances, compte tenu du fait que les pratiques en la matière différaient, les créances publiques étrangères n'étant généralement pas reconnues en l'absence de traités internationaux. Le Groupe de travail n'a pas donné suite à cette suggestion, car l'avis a été exprimé que le commentaire, qui renvoyait à l'article 13-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (LTI)¹², traitait déjà ce point de manière adéquate, et que les détails supplémentaires susceptibles d'être ajoutés sortiraient du cadre du projet. En réponse à l'avis selon lequel il convenait d'aborder le traitement des créances publiques étrangères dans le commentaire relatif au point n) plutôt qu'au point o), il a été considéré que cette question se rapportait aux deux points ;

h) Au paragraphe 43, remplacer le mot « établi » par le mot « définit » ;

i) Supprimer le paragraphe 47 ;

j) Remplacer les mots « les motifs très limités » par « certains motifs spécifiques » au paragraphe 49.

5. Systèmes de paiement et de règlement et marchés financiers réglementés

43. L'avis a été exprimé qu'il faudrait réexaminer la portée des dispositions en faisant référence aux accords de compensation avec déchéance du terme, tant bilatéraux que multilatéraux, ainsi qu'aux systèmes de compensation, tels que ceux envisagés dans le règlement sur l'infrastructure du marché européen¹³. S'il a été jugé suffisant de traiter les questions relatives aux systèmes de compensation dans le commentaire (et d'y ajouter également des références aux mécanismes multilatéraux), il a été jugé nécessaire d'inclure, dans les dispositions législatives, une exception à la *lex fori concursus* pour les accords de compensation avec déchéance du terme. Il a été expliqué que ces accords soulevaient les mêmes questions et nécessitaient la même exception, même s'ils ne présentaient pas les mêmes caractéristiques que les systèmes de paiement et de règlement, les mécanismes de compensation ou les

¹¹ Voir l'article 2-12 de la refonte du Règlement (CE).

¹² Publication des Nations Unies (2014). Disponible à l'adresse : [Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale \(1997\) | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international](#).

¹³ Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux.

marchés financiers réglementés. Il a été estimé que l'exception relative aux accords de compensation avec déchéance du terme pourrait figurer dans la même exception que celle visant les systèmes de paiement et de règlement et les marchés financiers réglementés, ou constituer une exception à part.

44. Selon un autre point de vue, l'exception, telle qu'elle était rédigée, était trop large et devait être limitée aux seules questions qui ne relevaient pas de la *lex fori concursus*. Selon ce point de vue, certaines questions se rapportant aux systèmes de paiement et de règlement et aux marchés financiers réglementés, comme le traitement des clauses *ipso facto*, relèveraient de la *lex fori concursus*. Il a été fait référence au principe C.10 de la Banque mondiale et à la note de bas de page 9 y relative, qui renvoie certaines questions liées aux contrats financiers à la *lex fori concursus*.

45. Au cours des délibérations qui ont suivi, les avis ont divergé sur ces questions, notamment s'agissant de savoir s'il convenait de limiter ou d'élargir la portée de l'exception. Un appui a été exprimé en faveur de la proposition tendant à ajouter les systèmes de compensation de produits dérivés dans l'exception, mais pas les accords de compensation avec déchéance du terme, en particulier les accords bilatéraux. Il a été noté que les accords bilatéraux de ce type seraient couverts de manière appropriée par les dispositions relatives à la compensation figurant sur la liste de la *lex fori concursus*. Il a donc été considéré que telle qu'elle était rédigée, l'exception se concentrait à juste titre sur les systèmes multilatéraux. Il a été noté qu'il faudrait interpréter l'exception de manière très restrictive, que l'on procède ou non à ces modifications.

46. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat d'effectuer des recherches supplémentaires sur ces questions, y compris sur les tendances qui apparaissaient en matière de réglementation des opérateurs de plateformes d'actifs numériques. Il a été noté que ces plateformes présentaient des similitudes avec les systèmes et les marchés censés être couverts par l'exception et que, pour cette raison, elles devraient peut-être faire l'objet de la même exception. Le secrétariat a annoncé son intention d'organiser de nouvelles consultations d'experts sur ces questions. Les représentants et observateurs auprès du Groupe de travail ont été invités à communiquer au secrétariat les noms d'experts compétents, ainsi que les documents de nature législative ou autre qui pourraient faciliter la tâche du secrétariat, et il a été noté que ces questions étaient complexes et qu'elles n'étaient pas encore réglées par la législation ou la réglementation.

6. Procédures arbitrales et judiciaires pendantes ou en cours

47. Les avis ont divergé sur la question de savoir s'il fallait prévoir une exception pour les procédures arbitrales pendantes ou en cours. Parmi les arguments avancés en faveur d'une telle exception figuraient la sécurité juridique, la prévisibilité et la promotion de l'arbitrage commercial, la liberté contractuelle, l'autonomie des parties et la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)¹⁴. Il a également été noté que la poursuite d'une procédure arbitrale en vertu d'une *lex arbitri* étrangère n'équivalait pas à l'exécution d'une sentence à l'encontre de la masse en vertu de la *lex fori concursus*. Parmi les arguments défavorables à l'inclusion de cette exception, il a été dit que celle-ci compromettrait les objectifs du droit de l'insolvabilité, en particulier l'égalité de traitement de créanciers se trouvant dans la même situation dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, et qu'aucune raison de principe ne justifiait de distinguer le traitement de la procédure arbitrale en vertu de la *lex fori concursus* de celui de la procédure judiciaire.

¹⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739, p. 3. Également disponible à l'adresse suivante : Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (la « Convention de New York ») | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

48. D'autres préoccupations liées à l'exception ont été exprimées, notamment le fait que le renvoi à la *lex arbitri* était irréalisable car la masse de l'insolvabilité perdrait le contrôle d'aspects tels que les frais, les dépenses et le temps requis pour l'intervention du représentant de l'insolvabilité dans une procédure arbitrale étrangère. Il a donc été considéré que les questions visées par l'exception étaient étroitement liées aux points inscrits sur la liste de la *lex fori concursus*, tels que l'arrêt des poursuites et les frais. Il a également été jugé nécessaire d'évaluer les incidences pratiques de l'exception, en particulier la force exécutoire de la sentence découlant d'une procédure arbitrale qui était autorisée à se poursuivre en vertu de la *lex arbitri* en violation d'une suspension prononcée en vertu de la *lex fori concursus*.

49. Certaines délégations ont estimé que, si elle devait être maintenue, cette exception devrait être rédigée de manière très étroite, et se référer uniquement à la loi qui régirait les effets de la loi sur l'insolvabilité sur la procédure arbitrale, en particulier s'agissant de savoir si cette dernière serait suspendue du fait de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Selon elles, la détermination de la loi régissant les questions qui se rapportaient uniquement au droit de l'arbitrage, telles que l'arbitrabilité et le règlement d'arbitrage, n'entraînait pas dans la portée du projet. En outre, certaines questions, telles que la loi qui déterminerait le for devant statuer sur les différends ainsi que la validité des conventions d'arbitrage, devraient également être exclues de l'exception. Pour ces raisons, ces délégations ont estimé que le champ d'application du projet de disposition législative était trop large et que la référence à la *lex arbitri* n'était pas claire, en particulier la question de savoir s'il s'agissait de la loi de l'État où avait lieu la procédure d'arbitrage ou de la loi sur l'arbitrage applicable. Il a été suggéré d'affiner le libellé pour le rendre plus nuancé et d'illustrer, dans le commentaire, les nombreuses questions soulevées par cette exception dans différents cas de figure, par exemple lorsque la *lex arbitri* et la *lex fori concursus* étaient identiques et lorsqu'elles ne l'étaient pas.

50. Selon le point de vue opposé, l'exception devrait couvrir non seulement la suspension mais aussi des questions telles que la capacité d'arbitrer et les formalités que le représentant de l'insolvabilité devrait remplir pour pouvoir se joindre à une procédure arbitrale en cours ou pendante. On s'est aussi demandé pourquoi les effets d'une procédure d'insolvabilité sur la validité de la convention d'arbitrage ne relèveraient pas également d'une exception à la *lex fori concursus*.

51. Alors que l'on a appelé à distinguer les questions de procédure et de fond et à n'étendre l'exception qu'aux questions de procédure, la discussion qui a suivi a montré que cette distinction était difficile à établir. Par exemple, certains considéraient la suspension automatique comme une question de procédure alors que pour d'autres, il s'agissait d'une question de fond.

52. Le Groupe de travail s'est demandé s'il devrait exister une exception pour les procédures judiciaires pendantes ou en cours, similaire à celle prévue pour les procédures d'arbitrage, notamment s'agissant de la suspension. Il a été rappelé que l'article 18 de la refonte du Règlement (CE) couvrait les deux types de procédures, et il a été estimé que celles-ci soulevaient les mêmes problèmes et aspects à prendre en compte, par exemple la nécessité d'obtenir l'approbation du comité des créanciers pour participer à une procédure judiciaire ou arbitrale et couvrir les frais liés à cette participation. L'avis a été exprimé que l'un des principaux objectifs de la suspension prononcée à la suite d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la *lex fori concursus* était d'accorder un répit au débiteur par rapport aux procédures judiciaires qui étaient souvent en cours à son encontre.

53. Constatant que certaines délégations penchaient en faveur de la suppression de l'exception tandis que d'autres souhaitaient son maintien, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait examiner les incidences des différentes options de manière plus détaillée, au-delà des répercussions sur la suspension des procédures. Il a été jugé nécessaire d'examiner la portée d'une éventuelle exception à la *lex fori concursus* (*lex arbitri*) en se référant aux aspects tant de procédure que de fond et aux dispositions relatives aux mesures disponibles de la LTI avant de pouvoir évaluer s'il

était nécessaire de modifier l'approche expliquée au paragraphe 180 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI en ce qui concerne l'arbitrage. On a reconnu qu'il fallait prendre en compte les procédures arbitrales en cours ou pendantes en même temps que les procédures judiciaires, comme le faisait l'article 18 de la refonte du Règlement (CE).

VI. Questions diverses

54. Le Groupe de travail a pris note des dates provisoires de sa soixante-troisième session (11-15 décembre 2023) et du fait que celles-ci seraient confirmées par la Commission à sa cinquante-sixième session, en juillet 2023.

55. Pour répondre aux questions posées en ce qui concerne les réunions de groupes d'experts qui pourraient être convoquées par le Secrétariat et les consultations informelles intersessions qui pourraient être tenues par les délégations intéressées, le secrétariat a renvoyé le Groupe de travail aux rapports de la CNUDCI qui traitaient de ces sujets¹⁵.

56. Si certaines délégations se sont félicitées de l'organisation, par le secrétariat, de consultations informelles intersessions entre les délégations intéressées, d'autres ont exprimé des inquiétudes à ce sujet. Les délégations qui y étaient favorables ont estimé que ces consultations étaient essentielles et permettaient d'avancer sur les questions complexes que le Groupe de travail devait examiner. Celles qui ont exprimé des préoccupations à leur sujet ont estimé qu'un recours excessif à de telles consultations pourrait nuire à la transparence et au caractère inclusif des travaux menés sur les projets confiés par la Commission au Groupe de travail, notamment dans la mesure où certains États ne disposeraient pas des ressources nécessaires pour suivre ces consultations informelles et feraient également face à des contraintes de langue et de décalage horaire.

57. S'il a été noté que les questions relatives aux méthodes de travail de la CNUDCI et de ses groupes de travail relevaient de la Commission, l'avis a été exprimé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider de la nécessité de tenir ou non des consultations informelles intersessions et d'examiner également d'autres solutions possibles.

58. Certaines délégations se sont déclarées favorables à la tenue de consultations informelles intersessions avant la session suivante du Groupe de travail. Si aucune objection n'a été exprimée à ce sujet, il a été estimé que la tenue de ces consultations devait rester exceptionnelle. Il a été demandé d'éviter les consultations ouvertes, sans ordre du jour, procès-verbal ni synthèse. En réponse, il a été noté que ces questions devaient être évoquées et approuvées par les délégations participantes. Le Groupe de travail a pris note des propositions de dates pour la tenue de consultations informelles en ligne avant sa session suivante, en plus de celles qui étaient prévues immédiatement après sa session, le 21 avril (6-7 juin 2023 ou 6-7 septembre 2023, voire les deux, en début d'après-midi (heure de Vienne), de façon à permettre la participation la plus large possible).

59. Ayant pris note des éléments nouveaux ressortant des travaux menés par UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé et sur les meilleures pratiques pour des procédures d'exécution efficaces qui avaient trait tant à la localisation et au recouvrement d'actifs qu'à la loi applicable, le Groupe de travail a de nouveau souligné qu'il importait d'assurer la coopération et la coordination avec l'Institut, comme l'avait demandé la Commission¹⁶.

¹⁵ A/65/17, annexe III, par. 11 à 14, et A/77/17, par. 238.

¹⁶ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 17 (A/77/17), par. 190.

Annexe

Contribution de la délégation du Canada relative à la localisation et au recouvrement d'actifs – Éléments à prendre en considération pour la suite des travaux¹⁷

1. L'identification, la localisation et le recouvrement des actifs d'un débiteur au profit des parties prenantes détenant des créances sur ces actifs sont devenus très difficiles à l'ère numérique, en raison de la facilité avec laquelle les actifs circulent entre les pays. Si de nombreux pays disposent d'outils de localisation et de recouvrement d'actifs, ces derniers diffèrent d'un pays à l'autre et bénéficient rarement de la reconnaissance internationale nécessaire pour que l'on puisse localiser et recouvrer les actifs avec la célérité qui s'impose en cas d'insolvabilité. Si leurs noms diffèrent, on peut distinguer trois principaux groupes d'outils qui partagent certains objectifs, caractéristiques et garanties. Ces outils, qui peuvent être qualifiés de manière générique d'ordonnances ou de mesures – sachant que les pays de *common law* parlent souvent d'« ordonnances » tandis que ceux de droit civil parlent de « mesures » ou de « dispositions » – visent à obtenir des informations, à « geler temporairement » des actifs ou à permettre le recouvrement et la réalisation d'actifs¹⁸.

2. Les demandes de localisation et de recouvrement d'actifs adressées à un tribunal étranger sont facilitées par la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (LTI), la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (LTIGE) et les autres lois types et orientations de la CNUDCI. En vertu de la LTI, une fois qu'un « tribunal requis » (tribunal saisi d'une demande de mesures) reconnaît une procédure étrangère principale, le droit de transférer les biens du débiteur ou d'en disposer autrement dans le pays destinataire de la demande est suspendu, et un arrêt des poursuites est imposé (art. 20 de la LTI). Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère principale ou non principale, le tribunal requis peut prononcer des ordonnances ou des mesures en faveur de la localisation et du recouvrement d'actifs, notamment en accordant les mesures nécessaires pour protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers, en faisant interroger des témoins ou en fournissant des renseignements concernant les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur, et en confiant la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur situés dans l'État du tribunal requis au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal (art. 21 de la LTI)¹⁹.

3. Malgré ces mesures qui appuient la localisation et le recouvrement d'actifs et préviennent la fraude, il existe des lacunes et une certaine insécurité juridique, en particulier lorsque les États n'ont pas adopté la LTI ou une loi analogue pour localiser et recouvrer efficacement les actifs, lorsque les mesures discrétionnaires sont définies en termes généraux ou que les dispositions peuvent être interprétées de différentes manières par les tribunaux, ou en cas d'incertitude quant au droit applicable. Cette insécurité peut entraîner des pertes pour les parties prenantes touchées par l'insolvabilité d'entreprises de tailles diverses, et peut être particulièrement préjudiciable dans les procédures d'insolvabilité internationale visant de petites et moyennes entreprises (PME), dont les ressources sont généralement limitées.

¹⁷ Le présent document s'inspire largement d'un article à paraître intitulé « Chasing Assets Abroad: Ideas for More Effective Asset Tracing and Recovery in Cross-Border Insolvency » (À la poursuite des actifs situés à l'étranger : idées pour accroître l'efficacité de la localisation et du recouvrement d'actifs dans le cadre de procédures d'insolvabilité internationale), rédigé par Janis Sarra, Stephan Madaus et Irit Mevorach.

¹⁸ Bien que le terme « ordonnance » soit utilisé dans les pays de *common law*, celui de « mesure » pourrait être considéré comme un terme neutre adapté à tous les pays, couvrant toutes sortes de configurations juridiques et formelles que ces mesures peuvent revêtir.

¹⁹ Les pays de droit civil qui n'ont pas adopté la LTI peuvent disposer d'un ensemble plus précisément défini d'outils de localisation et de recouvrement d'actifs.

4. Dans le cadre de son mandat visant à donner des orientations aux États afin de promouvoir l'utilisation des mécanismes de localisation et de recouvrement d'actifs, y compris dans le contexte international²⁰, le Groupe de travail V a achevé l'examen d'un rapport de colloque, d'un inventaire et d'un texte consolidé illustrant les outils utilisés dans différents États dans ce domaine²¹. S'agissant des prochaines étapes à suivre²², il est avancé dans le présent document que le Groupe de travail est désormais à même d'examiner les outils de localisation et de recouvrement d'actifs disponibles dans différents pays qui partagent certains objectifs, caractéristiques et garanties, et pourraient faire partie d'une boîte à outils destinée à appuyer les demandes de reconnaissance et de mesures au niveau international formulées en vertu des lois types et des lois analogues. Ces outils clefs reposent sur le principe de l'examen par le tribunal de la question de savoir si la mesure demandée est équitable, efficace, opportune et nécessaire à l'intégrité du processus, et si elle contribue à préserver et à accroître la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt des créanciers et des autres parties prenantes. En déterminant les points communs des différents outils de localisation et de recouvrement d'actifs, on renforcera la capacité des États d'accorder la reconnaissance et des mesures internationales.

1. Ordonnances ou mesures visant à obtenir des informations

Objectif: Ordonnances ou mesures reconnaissant les ordonnances ou mesures étrangères qui exigent la communication d'informations sur des actifs situés dans le pays destinataire de la demande, notamment l'audition de témoins, la collecte de preuves et la fourniture de renseignements. En cas de fraude, de tenue déficiente des registres ou de dissimulation d'actifs dans le pays concerné, l'ordonnance ou la mesure relative à la communication d'informations peut faciliter l'identification d'actifs manquants qui devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité.

Caractéristiques

- Les ordonnances ou mesures relatives à la communication d'informations demandées au tribunal requis peuvent inclure l'injonction de fournir des renseignements concernant les actifs du débiteur ou de produire des documents, et l'audition du débiteur et de toute personne ayant eu avec lui des rapports pertinents pour la localisation des actifs, l'objectif étant d'obtenir des informations sur la valeur et l'emplacement des actifs dans le pays étranger, ainsi que sur les opérations passées, qui peuvent être nécessaires aux fins d'actions en annulation ou d'actions contre des administrateurs pour faute commise dans la gestion des actifs (art. 7, 19, 20 et 21 de la LTI).
- Pour être utiles et efficaces, les demandes visant à obtenir des informations sur l'emplacement des actifs avant qu'ils ne soient dispersés doivent être traitées en urgence.
- Le tribunal requis peut exiger des éléments de preuve attestant que le débiteur (personne physique ou entité) et ses responsables (administrateurs, dirigeants, propriétaires) ne respectent pas les obligations qui, en vertu de la loi sur l'insolvabilité ou d'une loi connexe du pays d'origine, leur incombent de fournir des renseignements exacts, fiables et complets sur les actifs du débiteur, ou qu'ils ne coopèrent pas au recouvrement de ces actifs, quel qu'en soit l'emplacement.
- Il est souvent nécessaire de disposer d'informations sur l'emplacement des actifs avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité afin de veiller à ce que leur valeur soit préservée et ne soit pas réduite par les actions du débiteur, des créanciers ou de tiers avant l'ouverture de la procédure.

²⁰ A/CN.9/1088, par. 28; A/CN.9/WG.V/WP.185, partie III ; *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quinzième session, Supplément n° 17 (A/75/17)*.

²¹ A/CN.9/WG.V/WP.185, partie III ; A/CN.9/WG.V/WP.182 ; et A/CN.9/WG.V/WP.186.

²² A/CN.9/WG.V/WP.186, par. 3.

- Sous réserve de garanties, le professionnel de l'insolvabilité peut demander des ordonnances *ex parte* (sans notification), assorties d'une ordonnance de mise sous scellés ou d'une injonction de non-publication de l'ordonnance ou de la mesure relative à la communication d'informations jusqu'à ce qu'elle soit exécutée dans le pays destinataire de la demande.
- Sous réserve de garanties, le tribunal peut rendre des ordonnances ou ordonner des mesures exigeant des renseignements de la part de banques, de fournisseurs de services Internet ou d'autres tiers susceptibles de confirmer des transferts de comptes ou d'actifs.
- Le tribunal peut exiger que le ou les débiteurs, y compris ses ou leurs administrateurs et dirigeants, déposent une liste complète et détaillée des actifs et des passifs ainsi qu'une liste de tous les actifs transférés au cours de l'année précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (ou d'une autre période rétrospective spécifiée), et le tribunal requis peut leur imposer des sanctions s'ils ne s'exécutent pas.

Garanties

- Les mesures provisoires et discrétionnaires sont soumises à des garanties d'ordre public et de protection adéquate (art. 6, 7, 20 et 22 de la LTI).
- Le tribunal requis peut reconnaître une ordonnance ou une mesure prononcée par le tribunal d'origine ou accorder une ordonnance ou une mesure dans le cadre d'une procédure secondaire, au motif que les créanciers risquent de subir un préjudice irréparable si l'accès aux informations n'est pas octroyé.
- Si une ordonnance ou mesure *ex parte* de reconnaissance d'une ordonnance ou mesure étrangère relative à la communication d'informations, ou la mise sous scellés temporaire de cette dernière, est demandée, le tribunal requis peut exiger du demandeur qu'il indemnise les parties concernées ou qu'il dépose auprès de lui une garantie couvrant les dommages au cas où l'ordonnance ou la mesure serait prononcée ou exécutée indûment.
- Une ordonnance ou mesure obligeant un tiers à communiquer des informations doit concerner des renseignements dont il paraît raisonnable de penser qu'il en a le contrôle ; et le tribunal requis peut ordonner qu'un tiers soit indemnisé des coûts qu'il pourrait devoir assumer du fait de cette obligation.
- Permettre un contrôle judiciaire rapide de l'ordonnance ou de la mesure *ex post* lorsqu'une partie conteste la décision serait une façon de respecter les droits du débiteur et des tiers concernés.

2. Gel temporaire des actifs

Objectif: Ordonnances ou mesures préservant la valeur en restreignant temporairement le transfert, la vente ou la disposition d'actifs situés dans le pays destinataire de la demande lorsqu'ils risquent d'être dissimulés, transférés ou dispersés.

Caractéristiques

- Les mesures provisoires de gel peuvent inclure l'interdiction ou la suspension du transfert, de la vente ou de la disposition des actifs du débiteur (art. 7, 19, 20 et 21 de la LTI).
- Ces mesures temporaires d'urgence maintiennent le statu quo en ce qui concerne l'emplacement des actifs, empêchant tout futur transfert international ou toute future dispersion jusqu'à ce que la question de savoir qui détient des droits sur la valeur des actifs soit résolue, généralement dans le pays d'origine.
- Le demandeur a convaincu le tribunal d'origine qu'il existait un commencement de preuve que le défendeur possédait des actifs dans le pays étranger ainsi qu'un

risque sérieux que ce dernier retire, transfère ou disperse des actifs avant le jugement afin de faire obstacle à leur localisation, et le tribunal requis reconnaît cette ordonnance ou mesure.

- Une ordonnance de mise sous scellés ou une injonction de non-publication de l'ordonnance ou de la mesure de gel jusqu'à ce qu'elle ait été exécutée dans le pays requis peuvent être cruciales pour empêcher toute future dispersion ou tout futur transfert d'actifs.
- Si le représentant de l'insolvabilité découvre des actifs non répertoriés par le ou les débiteurs, une ordonnance *ex parte* peut être rendue sous scellés sans autre exigence de preuve.

Garanties

- Les mesures provisoires et discrétionnaires sont soumises à des garanties d'ordre public et de protection adéquate (art. 6, 7, 20 et 22 de la LTI).
- Le tribunal requis peut reconnaître une ordonnance ou une mesure prononcée par le tribunal d'origine ou prononcer une ordonnance ou une mesure dans le cadre d'une procédure secondaire, au motif que les créanciers risquent de subir un préjudice irréparable si l'injonction ou d'autres mesures préservant la valeur ne sont pas accordées.
- Seul un degré élevé d'urgence justifierait une mesure immédiate sans que les parties concernées ne soient entendues ou informées au préalable. Si une ordonnance *ex parte* de reconnaissance d'une mesure ou ordonnance de gel temporaire étrangère, ou la mise sous scellés temporaire de cette dernière, est demandée jusqu'à ce que cette mesure soit exécutée, le tribunal requis peut exiger du demandeur qu'il indemnise les parties concernées ou qu'il dépose auprès de lui une garantie couvrant les dommages au cas où l'ordonnance ou la mesure serait prononcée ou exécutée indûment.
- Une façon de respecter les droits du débiteur et des tiers concernés serait de permettre un contrôle judiciaire rapide de l'ordonnance ou de la mesure *ex post* lorsqu'une partie conteste la décision, en octroyant notamment à celle-ci la possibilité de demander des ordonnances de levée ou d'ajustement de la mesure ou, le cas échéant, des dommages-intérêts²³.

3. Recouvrement et réalisation

Objectif : Ordonnances ou mesures permettant de récupérer les transferts illégaux ou les transferts visant à dissimuler des actifs ou à frauder les créanciers. L'objectif est de recouvrer les actifs cédés ou transférés de manière inappropriée aux personnes impliquées dans les transactions, sous réserve de certaines exigences en matière de preuve et de moyens de défense.

Caractéristiques

- S'il est contesté, le droit d'un représentant de l'insolvabilité de recouvrer ou de réaliser des actifs ne peut être exécuté qu'après une décision définitive sur le

²³ Par exemple, le « Règlement (UE) n° 655/2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale » permet de procéder, de manière rapide, à la saisie conservatoire *ex parte* de fonds détenus sur des comptes bancaires dans des litiges transfrontières entre les États membres. Il protège le droit du débiteur d'accéder à un tribunal impartial après la délivrance de l'ordonnance européenne *ex parte* de saisie conservatoire des comptes en permettant au débiteur de contester l'ordonnance ou son exécution après sa mise en œuvre. Aucune ordonnance de saisie conservatoire ne peut être prononcée contre un débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité telle que définie dans le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil (1), mais de telles ordonnances peuvent être utilisées pour garantir le recouvrement des paiements préjudiciables effectués par ce débiteur à des tiers (actions en annulation).

fond rendue par un tribunal (tribunal d'origine ou tribunal d'un pays destinataire de la demande).

- Recouvrement et réalisation des actifs lorsque la procédure d'insolvabilité ouverte dans un pays peut être reconnue par un tribunal requis comme une procédure étrangère principale (ou non principale) en vertu d'un cadre établi en matière d'insolvabilité internationale (art. 21 de la LTI).
- Afin de faciliter le recouvrement, le transfert d'actifs à des tiers peut être évalué a posteriori, en vertu des règles d'annulation applicables. Sont annulables entre autres les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers (Guide législatif de la CNUDCI, recommandation 87).
- Dans une procédure d'insolvabilité internationale, ces opérations peuvent être annulées en vertu de la loi du for par le tribunal saisi dans la procédure principale et peuvent être reconnues et exécutées à l'étranger (art. 21 de la LTI, LTJI²⁴), ou une procédure d'annulation peut être engagée par le représentant étranger devant le tribunal requis (art. 23 de la LTI).
- S'agissant des opérations annulables dans le contexte d'un groupe d'entreprises, une ordonnance ou une mesure initiale peut être prononcée dans le cadre d'une procédure concernant l'entité mère qui est applicable à une entité du groupe dans un autre pays ; et le tribunal requis peut tenir compte des circonstances dans lesquelles s'est déroulée une opération, notamment la relation entre les parties à l'opération, le fait de savoir si celle-ci a contribué aux activités du groupe dans son ensemble, l'objet de l'opération et le fait de savoir si elle a procuré aux membres du groupe ou à d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec eux des avantages que ne s'accorderaient pas normalement des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles (Guide législatif de la CNUDCI, Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, recommandation 217).

Garanties

- Les mesures discrétionnaires sont soumises à des garanties d'ordre public et de protection adéquate (art. 6 et 22 de la LTI).
- Les ordonnances ou mesures définitives de recouvrement et de réalisation ne sont pas prononcées en l'absence d'un jugement définitif sur la propriété des actifs et les droits sur ces derniers, qui ne peut être rendu qu'à l'issue d'une audience dûment notifiée.
- En ce qui concerne les actions en annulation, dès la reconnaissance d'une procédure étrangère par le tribunal requis, le représentant étranger a capacité pour engager des actions en annulation et, lorsque la procédure étrangère est une procédure étrangère non principale, le tribunal requis doit s'assurer que l'action se rapporte à des biens qui, en vertu de sa loi, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale (art. 23 de la LTI).

²⁴ Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (LTJI) ; renvoie à l'ensemble de la Loi type, y compris l'article X.