



Assemblée générale

Distr. générale
29 décembre 2021
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 cinquante-neuvième session (Vienne, 13-17 décembre 2021)

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Organisation de la session	2
III. Délibérations	3
IV. Finalisation du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises (A/CN.9/WG.V/WP.174)	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.175)	5
A. Déclarations générales	5
B. Objectif et nature du projet	6
C. Portée du projet	6
D. Éléments à prendre en compte en vue de l'élaboration d'un texte	7
E. Étapes suivantes	11
VI. Examen de la question de la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.176)	12
A. Déclarations générales	12
B. Approche du projet	12
C. Commentaires relatifs aux recommandations 30 à 34 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	12
D. Étapes suivantes	17
VII. Questions diverses	18



I. Introduction

1. À sa cinquante-neuvième session, le Groupe de travail a achevé l'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises (MPE) et commencé l'examen de deux nouveaux sujets que la Commission lui avait attribués (localisation et recouvrement civils d'actifs et loi applicable dans la procédure d'insolvabilité)¹. On trouvera dans le document [A/CN.9/WG.V/WP.173](#) un historique des travaux relatifs à chacun de ces sujets.

II. Organisation de la session

2. Conformément à la décision prise par la Commission à sa cinquante-quatrième session², le Groupe de travail V, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-neuvième session du 13 au 17 décembre 2021. Celle-ci a été organisée conformément aux dispositions relatives aux sessions des groupes de travail de la CNUDCI pendant la pandémie de COVID-19, telles que décrites dans les documents [A/CN.9/1078](#) et [A/CN.9/1038](#) (annexe, I), prolongées par décision de la Commission jusqu'à sa cinquante-cinquième session³. Des dispositions ont été prises afin de permettre aux délégations de participer à la session à distance ou en présentiel au Centre international de Vienne.

3. Ont assisté à la session des représentants des États membres ci-après du Groupe de travail : Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Canada, Chili, Chine, Colombie, Côte d'Ivoire, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Hongrie, Inde, Indonésie, Israël, Italie, Japon, Kenya, Liban, Malaisie, Mali, Maurice, Mexique, Ouganda, Pérou, Pologne, République de Corée, République dominicaine, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Sri Lanka, Suisse, Tchèque, Thaïlande, Turquie, Ukraine, Viet Nam et Zimbabwe.

4. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants : Arménie, Bahreïn, Bulgarie, Burkina Faso, Danemark, El Salvador, Grèce, Guatemala, Jordanie, Koweït, Lettonie, Lituanie, Madagascar, Maldives, Malte, Maroc, Népal, Oman, Panama, Pays-Bas, Portugal, Qatar, République de Moldova, Sierra Leone, Slovaquie, Slovénie et Tunisie.

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

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

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

b) *Organisations gouvernementales internationales invitées* : Conférence de La Haye de droit international privé, Conseil de coopération du Golfe, 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 assureurs-crédit (ICISA), Association internationale du barreau (IBA), Association juridique de l'Asie et du Pacifique (LAWASIA), Barreau de Paris, Center for International Legal Studies (CILS), Conférence on European Restructuring and Insolvency Law (CERIL),

¹ Pour ce qui est du mandat que la Commission a confié au Groupe de travail concernant ces trois sujets, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 17 (A/76/17)*, par. 76 c), 77 (décision de la Commission, par. 3 et 4) et 217.

² Ibid., par. 389.

³ Ibid., par. 248.

Conseil chinois pour la promotion du commerce international (CCPIT), Fondation pour le droit continental (FDC), INSOL Europe, INSOL International, Institut européen du droit (ELI), International Insolvency Institute (III), International Swaps and Derivates Association (ISDA), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC), Kozolchyk National Law Center (NatLaw), Moot Alumni Association (MAA), PRIME Finance Foundation, Union internationale des avocats (UIA) et Union internationale des huissiers de justice et officiers judiciaires (UIHJ).

7. Conformément aux dispositions relatives aux sessions des groupes de travail de la CNUDCI pendant la pandémie de COVID-19, telles que décrites dans les documents [A/CN.9/1078](#) et [A/CN.9/1038](#) (annexe, I), prolongées par décision de la Commission jusqu'à sa cinquante-cinquième session (voir par. 2 ci-dessus), les personnes suivantes sont restées en fonction :

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.173](#)) ;
- b) Note du Secrétariat : projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises ([A/CN.9/WG.V/WP.174](#)) ;
- c) Note du Secrétariat : localisation et recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité ([A/CN.9/WG.V/WP.175](#)) ; et
- d) Note du Secrétariat : loi applicable dans la procédure d'insolvabilité ([A/CN.9/WG.V/WP.176](#)).

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. Finalisation du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises.
4. Examen des questions juridiques soulevées par la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité.
5. Examen de la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité.
6. Questions diverses.

III. Délibérations

10. Le Groupe de travail a commencé par examiner le projet révisé de commentaire relatif aux *Recommandations législatives de la CNUDCI sur l'insolvabilité des micro- et petites entreprises*⁴ figurant dans le document [A/CN.9/WG.V/WP.174](#). Les délibérations qu'il a tenues au sujet du texte sont résumées au chapitre IV ci-après. Après avoir approuvé le commentaire, tel que modifié à la session en cours, le Groupe de travail, conformément au mandat que lui avait confié la Commission⁵, a considéré le texte comme final. Il a prié le Secrétariat de publier le commentaire conjointement avec les *Recommandations législatives de la CNUDCI sur l'insolvabilité des micro- et petites entreprises*, sous le titre et dans le style et sous la forme qui avaient déjà été arrêtés par la Commission (voir par. 17 et 18 ci-après)⁶.

⁴ Ibid., par. 77 et annexe II.

⁵ Ibid., par. 77 (décision de la Commission, par. 4).

⁶ Ibid., par. 74 et 76 d), e) et f).

11. Le Groupe de travail a entamé un premier examen de deux nouveaux sujets (voir par. 1 ci-dessus), en se fondant sur les notes du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.175 et A/CN.9/WG.V/WP.176). 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 V ci-après ; celles qu'il a tenues au sujet de la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité, au chapitre VI ci-après.

IV. Finalisation du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises (A/CN.9/WG.V/WP.174)

12. Le Groupe de travail était saisi du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises (A/CN.9/WG.V/WP.174). Comme la Commission le lui avait demandé, il a procédé à la finalisation du texte, en limitant son examen au nouveau texte figurant dans le projet de commentaire.

13. Aucun commentaire n'a été fait sur le projet de texte, si ce n'est en ce qui concerne les paragraphes 114, 149, 150, 167, 302 et 303. Concernant le paragraphe 114, le secrétariat a été prié de préciser le lien entre la dernière phrase et le reste du paragraphe. En ce qui concerne les paragraphes 149 et 150, l'avis a été exprimé que, tels qu'ils étaient rédigés, ils transmettaient des recommandations supplémentaires et entraînaient une incohérence avec le paragraphe 169. Le Groupe de travail a approuvé ces paragraphes sans les modifier. En ce qui concerne le paragraphe 167, on s'est interrogé sur la référence faite à l'approbation du débiteur dans ce paragraphe. Le Groupe de travail a approuvé ce paragraphe sans le modifier. Concernant le paragraphe 302, le secrétariat a été prié de rectifier le renvoi à la recommandation 75 qui y figurait.

14. En ce qui concerne le paragraphe 303, le Groupe de travail a reçu la proposition du Royaume-Uni, des États-Unis et du Groupe de la Banque mondiale qui tendait à remplacer le contenu de ce paragraphe par le libellé suivant :

« Compte tenu de l'importance d'établir un processus d'insolvabilité simplifié et efficace pour les MPE, tout en assurant la protection des droits de toutes les parties intéressées, le Guide sur l'insolvabilité des MPE cherche à assurer un équilibre approprié entre les objectifs concurrents a) d'une approche fondée sur la présomption d'approbation, qui vise à la fois à accélérer le processus de redressement et à remédier au problème de la non-participation des créanciers et b) de l'importance que revêt le vote des créanciers sur un plan de redressement soumis à approbation. Si la présomption d'approbation recommandée dans le présent Guide sur l'insolvabilité des MPE prévoit les garanties nécessaires pour les créanciers, elle exige des capacités institutionnelles et une infrastructure juridique suffisantes pour contrôler la participation des créanciers de manière appropriée. Les États qui craignent que les garanties mises en place pour les créanciers ou leurs capacités institutionnelles et leur infrastructure juridique soient insuffisantes pour protéger les droits de toutes les parties intéressées à l'échelle nationale pourront se demander si les procédures de vote obligatoire pour les créanciers sont nécessaires pour protéger ces droits de manière suffisante dans certains, voire tous les cas d'insolvabilité qui concernent des MPE. Ces procédures de vote sont abordées dans les principes spécifiques à l'insolvabilité des MPE qui figurent dans la version révisée des Principes régissant le traitement de l'insolvabilité et les relations entre créanciers et débiteurs élaborés par la Banque mondiale*. Les Principes de la Banque mondiale recommandent que lorsqu'une forme ou une autre de vote majoritaire des créanciers est requise, les États envisagent que les abstentions et les votes blancs comptent comme des votes en faveur du plan de redressement dans un régime d'insolvabilité simplifié. Ils recommandent également que les lois sur l'insolvabilité simplifient les procédures de vote, notamment par l'utilisation de moyens électroniques, le cas échéant.

* Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et les relations entre créanciers et débiteurs (2021), principe C19.7 et note 25. La note 25 des Principes de la Banque mondiale prévoit que le Principe C14 s'applique aux procédures d'insolvabilité simplifiées visant des MPE, et que "l'acceptation du plan par une majorité de créanciers affectés par celui-ci devrait être requise". En outre, le Principe C19.7 prévoit, entre autres, que "le silence des créanciers ou l'absence de vote négatif sur un plan de redressement qui leur a été dûment notifié doit être considéré comme une acceptation du plan et compté comme un vote positif" ».

15. À l'appui du nouveau texte, il a été expliqué qu'il opérerait un meilleur équilibre entre les diverses considérations de politique générale impliquées lorsqu'il s'agissait de décider de l'opportunité d'appliquer le mécanisme de présomption d'approbation, ou d'autres possibilités lorsque ce mécanisme risquait de ne pas convenir. Il a notamment été jugé important que les décideurs évaluent les capacités institutionnelles de leur pays lorsqu'ils décident de mettre en œuvre ce mécanisme, et estimé que le nouveau libellé du paragraphe attirait leur attention sur ce point de manière appropriée.

16. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 303 tel qu'il avait été modifié. Il a été proposé de supprimer la phrase « Si la présomption d'approbation recommandée dans le présent Guide sur l'insolvabilité des MPE prévoit les garanties nécessaires pour les créanciers, elle exige des capacités institutionnelles et une infrastructure juridique suffisantes pour contrôler la participation des créanciers de manière appropriée », proposition qui n'a pas été appuyée.

17. Le Groupe de travail a rappelé que la Commission l'avait prié, à sa cinquante-quatrième session, en 2021, de déterminer si le texte approuvé devait être considéré comme final ou s'il devait être transmis à la Commission afin qu'elle en achève l'élaboration et l'adopte à sa session suivante, en 2022⁷. Ayant débattu de cette question, le Groupe de travail est convenu que le texte, tel qu'il l'avait approuvé à sa session en cours, devait être considéré comme final et ne pas être renvoyé à la Commission à sa cinquante-cinquième session, en 2022, aux fins de son adoption. On a souligné qu'il importait de parachever ce texte et de le publier afin que les États puissent commencer à l'utiliser dès que possible, surtout dans les circonstances actuelles, alors que les MPE du monde entier étaient confrontées à des difficultés financières et que les États prenaient des mesures pour y remédier. Selon un autre point de vue, il convenait de renvoyer le texte à la Commission pour finalisation et adoption à sa session suivante, en 2022.

18. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat de publier le texte consolidé, comme l'avait envisagé la Commission⁸. Il a été estimé que la Commission, puis l'Assemblée générale, pourraient souhaiter, en temps voulu, prendre acte de la finalisation du texte par le Groupe de travail.

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.175)

A. Déclarations générales

19. Le Groupe de travail était saisi d'une note du Secrétariat portant sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.175) et a débattu des questions qui y étaient abordées. Il a noté qu'il convenait de lire ce document conjointement avec le rapport du Colloque sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs (Vienne, 6 décembre 2019) (A/CN.9/1008).

⁷ Ibid., par. 77 (décision de la Commission, par. 4).

⁸ Ibid., par. 74 et 76 d), e) et f).

20. On a souligné l'importance du projet pour ce qui était de préserver et d'accroître la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt des créanciers. On a noté les difficultés pratiques que rencontraient les praticiens de l'insolvabilité pour localiser et recouvrer les actifs, en particulier à l'ère du commerce numérique, qui nécessitait que les outils mis à leur disposition soient modernisés pour qu'ils puissent jouer leur rôle en matière de préservation et de protection de la masse de l'insolvabilité de manière efficace. Il a été estimé que le projet constituait un prolongement naturel des autres projets menés par la CNUDCI dans le domaine de l'insolvabilité.

B. Objectif et nature du projet

21. Il a été estimé que le projet poursuivrait de multiples objectifs, notamment pédagogiques et informatifs au sujet des avantages que présentaient un régime efficace de localisation et recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité, et du fait qu'il comblerait les lacunes existant dans les pays qui n'avaient aucune expérience de la localisation et du recouvrement d'actifs dans le cadre de procédures d'insolvabilité. Par ailleurs, il a été estimé qu'un cadre efficace de localisation et de recouvrement constituait un moyen de décourager la dissipation d'actifs.

22. Les avis ont divergé quant à savoir si le projet devait viser à fournir des orientations aux praticiens de l'insolvabilité (et donc prendre la forme d'un guide pratique) ou aux décideurs et aux législateurs (et donc prendre la forme d'un guide législatif, d'une loi type ou de dispositions législatives types). Si l'on a fait preuve d'une certaine souplesse en faveur d'un produit final qui prendrait la forme d'un guide pratique ou d'un guide législatif, plusieurs avis ont été exprimés selon lesquels il ne serait pas possible d'élaborer une loi type ou un autre instrument qui tenterait d'unifier ou d'harmoniser des approches législatives diverses en ce qui concerne les aspects de procédure civile impliqués dans la localisation et le recouvrement d'actifs dans le cadre de procédures d'insolvabilité.

23. Il a été jugé souhaitable de proposer une panoplie d'outils lors de la rédaction du texte, ce qui impliquerait d'expliquer les différents outils existants, y compris ceux que l'on trouve dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Il a été jugé important et utile d'assurer un équilibre adéquat entre les outils de *common law* et ceux de droit civil dans la boîte à outils, de manière notamment à améliorer la compréhension et à rapprocher autant que possible les différents outils. On a estimé qu'en élaborant un texte de nature pédagogique, on garantirait que la boîte à outils issue des travaux ne serait pas de nature directive et respecterait la souveraineté judiciaire des États.

24. Selon un autre point de vue, il était prématuré de décider de la forme et de la nature du texte qui serait élaboré. On a estimé qu'il faudrait tout d'abord d'élaborer les outils destinés à faciliter et à rationaliser la localisation et le recouvrement d'actifs, ce qui permettrait de déterminer s'il serait possible de formuler des orientations à l'intention des législateurs. On a reconnu le rôle que jouait la Commission en fournissant des orientations sur ces questions.

C. Portée du projet

25. Il a été estimé qu'il faudrait limiter la portée du projet, compte tenu des difficultés qu'il soulevait et du large éventail de questions qu'il abordait, ce qu'avait d'ailleurs reconnu la Commission lorsqu'elle avait confié ce sujet au Groupe de travail⁹. Il a été rappelé qu'elle était déjà convenue que, dans un premier temps, la portée serait limitée aux procédures d'insolvabilité¹⁰. Selon une proposition, une approche plus large ne serait pas souhaitable car elle rendrait les travaux

⁹ Ibid., par. 217.

¹⁰ Ibid.

excessivement difficiles compte tenu des différents aspects qui entrent en jeu. On a noté qu'une approche plus restrictive permettrait d'éviter les doubles emplois avec d'autres instances et groupes de travail de la CNUDCI. Le Groupe de travail a néanmoins estimé qu'il serait inévitable d'aborder les relations entre les procédures d'insolvabilité et d'autres domaines du droit.

26. En particulier, l'avis a été exprimé que le projet devait se concentrer sur l'interaction entre les règles d'insolvabilité et les règles de procédure civile. De plus, même si, de l'avis général, le projet ne devait pas traiter des mesures de droit pénal, on a reconnu qu'il existait une interaction entre ces mesures et les mesures d'insolvabilité et de procédure civile. On a notamment noté que des sanctions de droit pénal étaient généralement imposées en cas de violation des règles d'insolvabilité ou de procédure civile. En outre, en référence au paragraphe 37 du document [A/CN.9/WG.V/WP.175](#), il a été rappelé que les représentants de l'insolvabilité étaient assistés par des outils de procédure pénale dans certains pays. Il a également été souligné que la localisation et le recouvrement d'actifs dans le cadre de procédures d'insolvabilité pouvaient être déclenchés par des infractions (par exemple, une fraude) commises avant l'ouverture de la procédure ou pendant celle-ci.

27. Si les avis ont divergé sur la question de savoir si le projet devait couvrir l'exécution des sentences arbitrales et des jugements, il a été estimé qu'il ne serait pas possible d'éviter ces questions, en particulier dans le contexte d'un recouvrement d'actifs résultant d'une annulation ou d'une décision relative à une créance contestée. Il a été jugé essentiel de conserver une certaine souplesse à cet égard, car de nombreux facteurs pouvaient influencer le choix d'un outil particulier de localisation et de recouvrement, y compris le recours à l'arbitrage ou au règlement judiciaire lorsque cela était nécessaire et justifié par les coûts et d'autres considérations.

28. On s'est demandé s'il était opportun d'inclure des aspects liés à la reconnaissance internationale dans la portée du projet. Néanmoins, il a été reconnu que, dans ce monde interconnecté, on ne pourrait le limiter aux aspects purement nationaux de l'insolvabilité, et qu'il faudrait donc s'attendre à ce que le projet aborde également l'utilisation des outils de localisation et de recouvrement des actifs dans les affaires internationales, y compris l'ouverture de procédures secondaires, la coordination de procédures concurrentes, ainsi que la coordination et la coopération entre tribunaux et praticiens de l'insolvabilité, comme l'envisageaient les textes pertinents de la CNUDCI dans le domaine de l'insolvabilité internationale.

29. On a recommandé d'envisager une éventuelle extension de la portée du projet avec prudence et de manière progressive. De manière générale, il a été estimé que les objectifs de la loi sur l'insolvabilité et des textes existants de la CNUDCI sur l'insolvabilité établiraient des limites appropriées et que le projet, pour être utile et compréhensible, ne devait pas devenir trop complexe.

30. Le Groupe de travail a reconnu qu'il serait important de collaborer étroitement avec d'autres groupes de travail de la CNUDCI, en particulier le Groupe de travail IV, ainsi qu'avec UNIDROIT et la Conférence de La Haye de droit international privé, afin d'éviter les doubles emplois et les résultats contradictoires. Il a entendu des déclarations des représentants des deux organisations à cet effet. Par ailleurs, il a été estimé que le projet était étroitement lié au projet parallèle qui avait été attribué au Groupe de travail, à savoir la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, et devait être étroitement coordonné avec celui-ci.

D. Éléments à prendre en compte en vue de l'élaboration d'un texte

31. Le secrétariat a été prié de regrouper les dispositions des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs, en les classant dans différentes catégories selon qu'elles concernaient : a) les mesures provisoires, b) l'identification des actifs revenant à la masse, c) la localisation des actifs, d) le recouvrement des actifs, et e) les éventuels outils auxiliaires. On a estimé

qu'une telle compilation était nécessaire pour permettre au Groupe de travail de repérer d'éventuelles dispositions manquantes dans les orientations déjà fournies par la CNUDCI en matière de pratiques optimales.

32. Il a été jugé utile d'établir une liste illustrative d'outils à partir d'exemples provenant à la fois de pays de *common law* et de droit civil, en les regroupant selon les catégories a) à e) énumérées au paragraphe 31 ci-dessus. Il a été signalé que de nombreux outils avaient déjà été mentionnés dans le document [A/CN.9/WG.V/WP.175](#) et dans le rapport du Colloque. On a estimé qu'il serait peut-être bon d'ajouter à cette boîte à outils le pouvoir du représentant de l'insolvabilité d'ouvrir une procédure secondaire. Il a également été souligné que certains outils dépendraient du type d'actifs à localiser et pourraient être classés suivant ce critère (par exemple, un outil pouvait être ou non approprié selon qu'il s'agissait de localiser des biens meubles ou immeubles, ou des actifs corporels ou incorporels). On a particulièrement insisté sur les difficultés liées à la localisation des actifs financiers et numériques.

33. Il a été noté que certains outils de *common law* mentionnés dans le document [A/CN.9/WG.V/WP.175](#) étaient d'application générale. Il a été proposé que le Groupe de travail se demande, en temps voulu, s'il serait nécessaire de les adapter aux particularités de la localisation et du recouvrement d'actifs dans les procédures d'insolvabilité.

34. Concernant le paragraphe 49 du document [A/CN.9/WG.V/WP.175](#), il a été proposé d'insérer, dans un texte qui serait élaboré par le secrétariat, des clauses types traitant de l'objectif des outils ainsi que des conditions et garanties relatives à leur utilisation. Il a été jugé important de prévoir des garanties pour toutes les personnes concernées, sans se limiter au débiteur et aux créanciers. La nécessité de protéger les secrets d'affaires a été particulièrement soulignée au vu de la nature de certains des outils de localisation et de recouvrement d'actifs envisagés. S'agissant du point b) du paragraphe 49, on a estimé qu'il importait de fournir des critères pour guider le praticien de l'insolvabilité dans sa décision de commencer la localisation et le recouvrement d'actifs (par exemple, coûts et difficultés à prévoir, chances de succès, et valeur fluctuante des actifs à localiser et à recouvrer).

35. Les recommandations 35 et 36 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et la recommandation 44 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises, dont la version finale a été établie à la session en cours (voir par. 17 et 18 ci-dessus) ont été considérées comme de bons points de départ. Il a été proposé de les renforcer au moyen de dispositions exigeant du débiteur qu'il déclare les informations relatives à ses actifs ainsi que tout transfert de ces derniers survenant pendant une période définie par la loi. À cela, il a été opposé que, dans certains pays, une telle obligation de déclaration ne serait imposée que dans le contexte de procédures pénales. On a estimé que le projet pourrait utilement souligner l'importance de différents types de registres et prévoir un accès sans entrave des praticiens de l'insolvabilité aux archives qui s'y trouvaient.

Mesures provisoires

36. Il a été convenu qu'il serait essentiel, logique et conforme aux approches suivies dans les textes de la CNUDCI et les lois nationales sur l'insolvabilité, d'inclure dans le projet des outils visant à prévenir la dissipation des actifs. Il a été estimé que les mesures provisoires, y compris la nomination d'un représentant provisoire de l'insolvabilité, faisaient partie de ces outils, et étaient particulièrement utiles en cas d'insolvabilité non volontaire et dans les pays où une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par le débiteur ne déclenchait pas l'ouverture automatique de la procédure.

37. On a pris note des difficultés liées à la demande de mesures provisoires et de la nécessité de prévoir des garanties appropriées pour prévenir le recours abusif à ces mesures, notamment en limitant la durée. À cet égard, les recommandations 39

à 45 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, qui traitaient déjà de ces questions, ont été mentionnées. Il a été proposé de s'en servir comme point de départ pour aborder le sujet.

38. Compte tenu de la portée limitée du projet, il a été souligné que celui-ci ne traiterait des mesures provisoires que dans la mesure où elles concerneraient les procédures d'insolvabilité. On a rappelé que ce type de mesures était exclu du champ d'application de certains instruments internationaux, y compris la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (2018) et la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale. On a expliqué que, malgré ces exclusions, dans la mesure où des chevauchements ou des conflits pourraient avoir lieu, il serait important d'assurer la cohérence entre les différents textes.

39. Il a été dit que le Groupe de travail, dans le cadre de ses travaux sur le projet, pourrait décider d'élaborer des dispositions sur la coopération et la coordination internationales entre tribunaux et praticiens de l'insolvabilité dans le contexte particulier des mesures provisoires octroyées pendant la période intérimaire. On a estimé que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) ne traitait peut-être pas suffisamment de cet aspect.

40. Lors de la discussion qui a suivi, on a précisé que les définitions des termes « procédure étrangère » et « représentant étranger » figurant dans la Loi type couvraient respectivement la procédure provisoire et le représentant désigné à titre provisoire. On a toutefois noté qu'aucune procédure provisoire ne pouvait être ouverte ni aucun représentant être nommé à titre provisoire entre la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. L'avis a été exprimé que le Groupe de travail pourrait compléter la Loi type ou le Guide pour son incorporation et son interprétation, sans chercher à modifier leurs dispositions à cet égard, en formulant des orientations utiles qui seraient axées sur les mesures et pouvoirs provisoires des représentants provisoires de l'insolvabilité et des tribunaux pendant cette période.

41. Compte tenu des risques élevés de dispersion d'actifs au cours de cette période, il a été jugé important de mettre au point des outils appropriés (par exemple, dans les dispositions du droit de la procédure civile relatives à la coopération internationale), qui : a) donneraient aux représentants provisoires de l'insolvabilité des pouvoirs en matière de localisation et de recouvrement d'actifs à l'échelle internationale ; et b) autoriseraient les tribunaux et les praticiens de l'insolvabilité à coopérer et à coordonner leurs efforts avec leurs homologues étrangers pendant cette période. On a également reconnu l'utilité d'ouvrir des procédures étrangères dans ce contexte.

42. Selon un point de vue, il convenait d'adopter une approche prudente dans ce domaine compte tenu des différentes approches suivies en matière de mesures provisoires et de leur traitement à l'échelle internationale dans les différents systèmes et traditions juridiques. Lors de la discussion qui a suivi, le Groupe de travail a noté qu'il serait peut-être également nécessaire de prévoir des outils appropriés de coopération et de coordination internationales entre les tribunaux et les praticiens de l'insolvabilité pour la période suivant la clôture de la procédure d'insolvabilité, lors de laquelle les actions de localisation et de recouvrement des actifs pouvaient se poursuivre et influencer la décision de l'autorité compétente de rouvrir la procédure et d'annuler une décharge déjà accordée.

43. Le Groupe de travail a confirmé que les choix de politique générale effectués dans les recommandations 39 à 45 du Guide restaient valables, y compris en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire donné au tribunal de prononcer des mesures provisoires envisagé dans la recommandation 39 du Guide. La nomination d'un représentant provisoire de l'insolvabilité avant le dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pourrait constituer une mesure supplémentaire.

Fondement et financement de l'action en justice, et mesures incitatives

44. Le Groupe de travail est convenu que les approches adoptées dans les recommandations 93 et 263 du Guide seraient valables dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs. Le commentaire accompagnant ces recommandations a été jugé utile pour comprendre les approches adoptées dans les différents pays pour ce qui est d'autoriser les créanciers à engager des actions individuelles, y compris en dehors de la procédure d'insolvabilité.

45. Le Groupe de travail a entendu différents exemples de mesures prévues dans la législation nationale pour inciter les créanciers à engager des actions en vue de localiser et de recouvrer des actifs. Notant qu'il n'y avait pas de recommandation à ce sujet dans le Guide sur laquelle on pourrait s'appuyer, il a été estimé que le projet pourrait utilement combler cette lacune.

46. Selon d'autres points de vue, la question de l'intervention des créanciers dans la localisation et le recouvrement d'actifs était controversée et il fallait, pour l'aborder, trouver un équilibre entre diverses considérations. On a rappelé à ce sujet les objectifs de l'égalité de traitement des créanciers, de la maximisation de la valeur recouvrée au profit de tous les créanciers et de la rapidité de la procédure. On a jugé utile le commentaire relatif aux recommandations pertinentes du Guide, qui mettait en évidence ces différentes considérations.

47. Tout en partageant ces points de vue, certaines délégations ont fait observer qu'il serait peut-être préférable d'autoriser un ou plusieurs créanciers à engager une action, sous réserve de certaines garanties et à titre exceptionnel, plutôt que de ne prévoir aucune action. À titre de garantie, on pourrait envisager des obligations d'information et un contrôle. Il a été estimé que des considérations similaires s'appliqueraient au représentant de l'insolvabilité, qui serait responsable envers le tribunal et les créanciers des actions de localisation et de recouvrement qu'il aurait engagées et serait tenu de leur divulguer : a) des informations sur les actifs qu'il entendait localiser et recouvrer ; b) les différentes options disponibles en la matière ; et c) les incidences de chaque option.

48. Dans ce contexte se posait aussi la question des autres possibilités de financement, y compris le financement du contentieux, et la vente d'une cause d'action à des tiers. La recommandation 265 et le commentaire y relatif ont été jugés suffisants pour couvrir ces questions.

49. Tout en reconnaissant que les outils ne seraient pas tous acceptables dans tous les pays, il a été estimé que, compte tenu de la dimension pédagogique du projet, il faudrait proposer diverses options, que les pays et praticiens de l'insolvabilité intéressés pourraient examiner. On a mentionné, à titre de possibilités supplémentaires, l'accord négocié et l'accord issu de la médiation. Il a été jugé essentiel d'assortir tous les outils de garanties, y compris des garanties de transparence et d'inclusivité, le cas échéant.

Commentaires sur le document A/CN.9/WG.V/WP.175 et le rapport du Colloque (A/CN.9/1008)

50. On a noté que de nombreux termes figurant dans le glossaire du Guide seraient utiles dans le contexte du projet¹¹. De plus, il a été estimé que l'objectif pédagogique du projet pourrait être appuyé par d'autres recommandations du Guide, qui n'étaient pas mentionnées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.175¹². Certaines d'entre elles ont été jugées pertinentes pour l'obtention d'ordonnances de localisation et de

¹¹ Il a été fait expressément référence aux termes c), m), v), x), y), dd), e), ee), ff), gg), jj), oo), nn), pp) et uu).

¹² Il a été fait référence aux recommandations 1, 5, 7 a), c), d), h), i), k) et l), 8 à 16, 52 et 55 à 61, ainsi qu'aux dispositions les accompagnant qui expliquent l'objectif des recommandations. La recommandation 256 du Guide et la recommandation 44 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises, dont la version finale a été établie à la session en cours (voir par. 17 et 18) ont été considérées pertinentes.

recouvrement d'actifs auprès de pays étrangers (par exemple, celles qui établissent le pouvoir du représentant de l'insolvabilité, qui fournissent des informations générales sur la procédure et qui concernent la collecte des éléments de preuve). D'autres ont été jugées pertinentes en ce qui concerne la dispersion d'actifs pendant la procédure d'insolvabilité.

51. On a suggéré des critères de classement des outils, en plus de ceux qui avaient déjà été mentionnés au cours de la session (voir par. 31 ci-dessus), par exemple selon qu'il s'agissait d'outils *ad personam* ou *in rem*. On a souligné qu'il était difficile de surmonter les différences entre eux dans le contexte de la reconnaissance internationale. On a également estimé qu'il serait utile de classer les outils en fonction du moment où ils étaient utilisés pour localiser et récupérer des actifs dispersés, à savoir avant ou pendant la procédure d'insolvabilité, ou après la clôture de celle-ci (par exemple, pendant l'exécution du plan de redressement).

52. Les commentaires supplémentaires suivants ont été faits au sujet des questions soulevées dans le document [A/CN.9/WG.V/WP.175](#) : a) il ressortait de la jurisprudence relative au traitement des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur en cas d'insolvabilité qu'il était souhaitable d'adopter une définition ouverte de ce terme ; b) il serait peut-être souhaitable d'habiliter les praticiens de l'insolvabilité à accéder directement à des informations confidentielles ou autrement classifiées, même si cela ne serait peut-être pas possible dans certains pays pour des raisons de protection des données ou autres ; c) en cas de violation des mesures provisoires ou de l'arrêt des poursuites après l'ouverture de la procédure, il était important de prévoir des sanctions efficaces, y compris leur application et leurs effets extraterritoriaux, même si tel n'était pas le cas dans certains pays ; et d) certaines lois nationales prévoyaient des motifs d'annulation en sus de ceux énumérés dans la recommandation 87 du Guide.

53. Il a été estimé que la protection des sociétés étrangères en dehors de leur pays d'origine devait figurer parmi les objectifs du projet. Il a été noté que celles-ci faisaient face à de nombreuses difficultés en cas de dispersion d'actifs : a) il était difficile d'accéder à des informations sur les sociétés étrangères qui leur étaient associées et par l'intermédiaire desquelles les actifs de la société pouvaient avoir été dissipés ; b) avec les techniques modernes (telles que les services de livraison rapide et les outils numériques), il devenait de plus en plus difficile de localiser et de recouvrer des actifs ; c) il était difficile d'obtenir la reconnaissance et l'exécution à l'étranger de mesures accordées à des sociétés étrangères par des tribunaux nationaux ; et d) il faudrait prévoir d'autres solutions que l'obtention de la reconnaissance et de l'exécution à l'étranger, par exemple la collaboration des représentants de sociétés étrangères avec des acteurs locaux et l'accès des actionnaires de sociétés étrangères aux voies de recours locales, en tant que parties civiles. Il a été jugé souhaitable de mettre à jour le Guide en ce qui concerne les outils de localisation et de recouvrement d'actifs ; les États pourraient utiliser le texte ainsi actualisé pour améliorer leur cadre juridique national.

E. Étapes suivantes

54. Le Groupe de travail a noté que le secrétariat pourrait, lorsqu'il élaborerait un document révisé sur le sujet, ajouter d'autres termes et dispositions et ajuster le classement des outils, et qu'il examinerait le texte ainsi révisé à une session future. On a reconnu qu'il faudrait accorder une certaine souplesse au secrétariat dans le cadre de ses travaux préparatoires.

55. En réponse aux vues exprimées au cours de la session selon lesquelles il convenait de développer les outils de localisation et de recouvrement d'actifs mentionnés dans le rapport du Colloque et le document [A/CN.9/WG.V/WP.175](#), le Groupe de travail a noté que le secrétariat prévoyait de demander aux États de lui communiquer des informations sur les outils supplémentaires utilisés par les praticiens de l'insolvabilité dans leur pays. Il a noté qu'un inventaire des outils tenant

compte des contributions ainsi reçues des États pourrait être mis à sa disposition au plus tôt à la session qu'il tiendrait au second semestre de 2022.

VI. Examen de la question de la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.176)

A. Déclarations générales

56. Le Groupe de travail était saisi d'une note du Secrétariat relative à la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.176) et a procédé à un échange de vues sur les questions qui y étaient abordées. Il a noté que le document A/CN.9/WG.V/WP.176 devait être lu conjointement avec le rapport du Colloque sur la loi applicable aux procédures d'insolvabilité (Vienne, 11 décembre 2020) (A/CN.9/1060).

57. Le Groupe de travail a souligné l'importance du projet, tout en notant sa complexité. Il a été dit qu'en harmonisant la loi applicable aux procédures d'insolvabilité et en renforçant l'application de la *lex fori concursus*, on renforcerait la sécurité juridique et la prévisibilité, tout en empêchant le « tourisme judiciaire » et en réduisant la complexité et les coûts des procédures d'insolvabilité. Il a été estimé qu'une loi type ou des dispositions législatives types pourraient être élaborées sur la base des recommandations 30 à 34 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

B. Approche du projet

58. Le Groupe de travail a approuvé l'approche proposée au paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.V/WP.176. De l'avis général, le projet devait compléter les textes existants de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et être cohérent avec eux. On a noté les incidences des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale sur le projet. Selon un autre avis, les travaux du Groupe de travail devraient se limiter à mettre à jour, au besoin, les recommandations 30 à 34 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

59. Les avis ont divergé quant à l'opportunité de transposer les solutions trouvées dans un instrument régional à un texte de la CNUDCI. Selon un avis, l'instrument en question avait fait ses preuves et nombre de ses dispositions avaient fait l'objet d'une jurisprudence abondante, y compris au niveau régional. Selon le point de vue inverse, certaines dispositions de cet instrument, qui étaient pertinentes pour le projet, faisaient l'objet d'intenses débats parmi les universitaires, tandis que les questions découlant d'autres dispositions n'avaient pas encore été tranchées par la jurisprudence¹³. Il a été expliqué que certaines solutions trouvées dans cet instrument pouvaient s'expliquer par d'autres dispositions qu'il contenait, notamment celles qui assuraient la reconnaissance automatique des procédures étrangères et harmonisaient les règles d'établissement de la compétence dans les cas d'insolvabilité internationale. On a également rappelé les facteurs historiques et autres qui justifiaient certaines dispositions de ce texte présentant un intérêt pour le projet.

C. Commentaires relatifs aux recommandations 30 à 34 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

60. Le Groupe de travail est passé à l'examen des questions recensées au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.V/WP.176.

¹³ À cet égard, il a été fait spécifiquement référence aux mots « n'affecte pas » figurant à l'article 8 du 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) »).

Recommandation 30

61. En ce qui concerne la question a), les avis ont divergé sur la question de savoir si la recommandation 30 devait être retravaillée. Selon un avis, elle était suffisamment claire, surtout si elle était lue avec le commentaire qui l'accompagnait et les recommandations 3 et 4 du Guide. Selon l'avis inverse, elle devait apporter plus de certitude et de prévisibilité, notamment en ce qui concerne les droits réels, l'élection de for et les obligations des administrateurs. Des préoccupations ont été exprimées au sujet des mots « et à l'opposabilité » figurant dans la disposition. Constatant les divergences de vues exprimées et notant le lien de cette recommandation avec la recommandation 31, le Groupe de travail a reporté l'examen des questions soulevées à un stade ultérieur.

Recommandation 31

62. En ce qui concerne les questions b) et c), le Groupe de travail a d'abord examiné le sens des termes « loi » et « procédure d'insolvabilité » figurant dans le chapeau de la recommandation 31. Il a ensuite étudié les modifications qui pourraient être apportées à la liste indicative donnée dans cette recommandation.

Interprétation des termes « loi » et « procédure d'insolvabilité »

63. En réponse aux points soulevés aux paragraphes 13 à 16 du document [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), on s'est déclaré largement favorable à ce que le mot « loi » figurant dans le chapeau de la recommandation 31 soit interprété comme englobant toutes les lois relatives à l'insolvabilité qui pouvaient exister dans l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité était ouverte. Il a été jugé suffisant de préciser cette interprétation dans le commentaire modifié qui pourrait être établi en temps utile en relation avec cette disposition. Dans ce contexte, il a expressément été fait référence aux dispositions du droit des sociétés relatives aux obligations et aux responsabilités des administrateurs.

64. Selon un avis, il convenait de préciser les mots « procédure d'insolvabilité » figurant dans le chapeau de la recommandation 31. Il a été noté que l'explication du terme figurant dans le Guide ne faisait pas référence aux mesures provisoires, ce qui était incompatible avec la définition de la « procédure étrangère » donnée à l'article 2 a) de la Loi type sur l'insolvabilité internationale.

Modification des éléments de la liste

65. Le Groupe de travail a examiné les modifications suivantes, qui bénéficiaient d'un appui :

a) Ajout d'une référence aux clauses *ipso facto* au point h) ou sous un point distinct ;

b) Ouverture du point i) par les mots « le traitement de », en notant qu'il y avait deux raisons d'inclure ce point dans la liste : i) la compensation elle-même pouvait être une question ne relevant pas uniquement du droit de l'insolvabilité, car elle pouvait être liée au droit des contrats et éventuellement aux droits réels ; et ii) l'inclusion des mots « le traitement de » permettrait de se concentrer sur la question essentielle, à savoir si la compensation était autorisée ;

c) En ce qui concerne le point j), on a relevé différentes approches concernant le traitement des droits réels dans les procédures d'insolvabilité. Il a été rappelé que l'une d'entre elles, qui soumettait le droit réel à la *lex fori concursus*, a été critiquée au motif qu'elle lésait les droits des créanciers garantis en établissant la prévalence de la *lex fori concursus* d'un pays susceptible de n'avoir aucun lien, ou alors seulement un lien très distant, avec l'opération en question. On a noté qu'une autre approche, qui isolait les droits réels des effets de toute procédure d'insolvabilité, a été critiquée au motif qu'elle entravait tout effort notable de restructuration, en particulier dans le contexte international. Selon une proposition, une solution serait

de trouver un moyen terme entre les deux approches, par exemple en soumettant les droits réels aux effets de la loi sur l'insolvabilité de la *lex rei sitae* ;

d) Ajout du texte suivant au point n) ; « des créances qui doivent être produites sur la masse de l'insolvabilité du débiteur et des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité », « des règles régissant la déclaration, la vérification et l'admission des créances » et « des droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité » ;

e) Ajout d'une référence aux obligations et aux responsabilités des administrateurs, conformément à la quatrième partie du Guide ;

f) Ajout d'un point distinct faisant référence au « redressement » ou à la « législation relative au redressement » (autrement, un commentaire pourrait expliquer que les mots « loi » ou « procédure d'insolvabilité » figurant dans le chapeau englobent les aspects liés au redressement).

66. Le Groupe de travail a reporté à un stade ultérieur l'examen des questions liées au traitement des actifs numériques, des droits de propriété intellectuelle et des licences (pour l'examen ultérieur de ces questions, voir par. 90 ci-dessous). Il a entendu les points suivants : a) il faudrait peut-être également intégrer les aspects environnementaux dans le champ d'application de la *lex fori concursus*, compte tenu de l'évolution récente concernant le traitement des dommages causés à l'environnement et des responsabilités environnementales en cas d'insolvabilité ; et b) il serait souhaitable de trouver des solutions aux problèmes découlant de l'absence d'« équivalence » mentionnée au paragraphe 84 du commentaire.

67. Compte tenu de la règle supplétive énoncée dans le chapeau de la recommandation 31, de la liste indicative d'éléments qui suivent cette règle et du lien existant entre cette recommandation et les recommandations 32 à 34, il a été estimé qu'il faudrait recentrer les délibérations sur les exceptions à la *lex fori concursus*. À la lumière de ces mêmes considérations, il a été estimé que la liste indicative d'éléments ne devait pas devenir trop longue. Il a été jugé nécessaire de rédiger la recommandation 31 en tenant compte du fait que la *lex fori concursus* ne serait pas nécessairement celle de l'État dans lequel se situait le centre des intérêts principaux du débiteur. Selon un autre avis, le Groupe de travail devrait revoir la liste figurant dans la recommandation 31 à une session ultérieure et déterminer s'il convient ou non de l'élargir.

Conclusion

68. Rappelant qu'il avait été convenu à la session en cours d'interpréter le terme « loi » de manière large (voir par. 63 ci-dessus), ce qui était conforme à l'approche adoptée également lors de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité, il a été estimé qu'il ne devrait pas être nécessaire de modifier davantage la liste figurant dans la recommandation 31. Il a également été estimé que les procédures provisoires et toute autre procédure préalable à l'insolvabilité ayant un lien suffisant avec l'insolvabilité seraient couvertes par la recommandation 31.

69. Après avoir précisé que la référence au centre des intérêts principaux n'était pas nécessaire dans la recommandation 31 et ayant examiné par la suite d'autres questions pertinentes pour la recommandation 31 (voir par. 78, 80 et 81 ci-dessous), le Groupe de travail a mis un terme à l'examen des questions que soulevait la recommandation 31.

Recommandations 32 et 33

70. En ce qui concerne la question d), le Groupe de travail est convenu de traiter les recommandations 32 et 33 séparément.

Recommandation 32

71. Le Groupe de travail a estimé que, compte tenu de l'évolution des marchés financiers et de la numérisation des systèmes financiers, le contenu de la recommandation devrait être actualisé. On a rappelé les dispositions pertinentes de textes internationaux plus récents¹⁴, en notant les incohérences entre ces textes et la recommandation, et la nécessité d'éliminer celles-ci en temps utile.

72. Étant entendu que ces aspects seraient traités ultérieurement, le Groupe de travail a conclu pour l'heure l'examen des questions soulevées par la recommandation 32.

Recommandation 33

73. Le Groupe de travail a entendu le traitement réservé aux contrats de travail dans un instrument régional¹⁵. Il a été suggéré d'adopter la même approche dans la recommandation, ce qui reviendrait à remplacer les mots « peuvent être » par les mots « sont » ou « devraient être ».

74. Étant entendu que l'application de la *lex contractus* dans les procédures d'insolvabilité était le moyen le plus efficace de protéger les droits des salariés et de garantir la sécurité juridique, on a appuyé la proposition tendant à remplacer le mot « peuvent » par le mot « devraient ».

75. Selon le point de vue inverse, le mot « peuvent » figurant dans cette recommandation conférerait une plus grande latitude dans le choix de la protection des salariés. Le but étant de leur offrir la meilleure protection possible, un certain appui a été exprimé en faveur de la solution tendant à rendre la *lex fori concursus* applicable, à moins que la *lex contractus* n'offre une meilleure protection aux salariés, et vice versa. On a toutefois noté que l'approche suggérée risquait d'impliquer de comparer les différents régimes de protection, tâche complexe qui prenait du temps. Il a été rappelé à cet égard que les régimes de protection des salariés pouvaient inclure des dispositions de droit impératif, qui traitaient de questions telles que le rang de priorité des créances salariales et les garanties de paiement minimum.

76. Lors de la discussion qui a suivi, si l'on est convenu que les salariés devaient bénéficier d'une protection suffisante, il a été estimé qu'il était également important de trouver un juste équilibre entre les intérêts des salariés et ceux des autres parties prenantes à l'insolvabilité. Pour ces raisons, conjuguées à la sécurité juridique, on a préféré le mot « sont ».

77. Constatant les divergences de vues exprimées et la nécessité de les rapprocher ultérieurement, le Groupe de travail a conclu pour l'heure l'examen des questions soulevées par la recommandation 33.

Recommandation 34

78. En ce qui concerne la question e), l'avis a été exprimé que le commentaire relatif aux recommandations 30 à 34 n'expliquait pas clairement pourquoi les exceptions à la *lex fori concursus* n'englobaient pas l'annulation, la compensation, ni les sûretés. On a noté qu'il existait un lien étroit entre ces dispositions et la recommandation 32.

79. Le Groupe de travail a entendu des avis qui concernaient l'opportunité : a) d'inclure des exceptions supplémentaires à la *lex fori concursus* ; b) de confirmer les effets de la *lex fori concursus* sur la procédure arbitrale ; c) de préciser l'interaction entre la *lex fori concursus* de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité et la *lex fori concursus* ou la *lex processus* de l'État accordant la reconnaissance en vertu de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité

¹⁴ Principes d'UNIDROIT concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation et principe C10.4 des Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et les relations entre créanciers et débiteurs.

¹⁵ Refonte du Règlement (CE), art. 13.

internationale ; et d) d'imposer, dans certains cas, des conditions à l'application de la *lex fori concursus*.

80. L'avis a été exprimé qu'il serait justifié d'ajouter des exceptions supplémentaires à la *lex fori concursus* compte tenu des articles 28 à 32 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises. Le Groupe de travail a estimé qu'il faudrait remettre à plus tard l'examen de ces éventuelles exceptions, conformément à l'approche progressive dont il était convenu.

81. En ce qui concerne les effets de la *lex fori concursus* sur la procédure arbitrale, il a été noté que les textes législatifs de la CNUDCI ne traitaient pas expressément de cette question. Compte tenu du rôle que jouait l'arbitrage dans le commerce international, il a été jugé important de combler cette lacune en s'appuyant sur les commentaires pertinents qui figuraient déjà dans les textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité, comme le commentaire relatif à l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Cette proposition a été appuyée.

82. En ce qui concerne l'interaction entre la *lex fori concursus* de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et la *lex fori concursus* ou la *lex processus* de l'État accordant la reconnaissance en vertu de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, il a été fait référence à l'article 24 de la Loi type, qui autorisait le représentant étranger, dès la reconnaissance de la procédure étrangère et sous réserve des conditions prévues par l'État accordant la reconnaissance, à intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur était partie. Le Groupe de travail a noté les difficultés pratiques qui découlaient de l'application de cette disposition, car les pays n'appliquaient pas le même traitement au débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il a été jugé nécessaire de préciser si c'était la *lex fori concursus* de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité ou la *lex fori concursus* ou la *lex processus* de l'État accordant la reconnaissance qui prévaudrait en ce qui concerne les procurations et d'autres questions pertinentes.

83. En ce qui concerne l'imposition de certaines conditions à l'application de la *lex fori concursus*, on a expliqué l'approche suivie dans un instrument régional¹⁶, avec la principale raison qui la motivait, à savoir la protection des attentes légitimes des parties à des opérations. Le Groupe de travail a été invité à prendre en compte cette approche pour le texte qui pourrait être élaboré par la CNUDCI.

84. En réponse, il a été noté que certaines approches étaient sujettes à débat, ne seraient pas applicables au niveau mondial et étaient peut-être inutiles compte tenu du cadre d'insolvabilité mis en place par la CNUDCI. Selon un avis, le Groupe de travail devait faire preuve de prudence s'il envisageait de s'écarter des choix généraux faits par la CNUDCI au moment d'adopter les recommandations 30 à 34 ; tout écart de ce type devrait se justifier par rapport aux besoins réels et à l'objectif tendant à simplifier les règles déterminant la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité.

85. On s'est notamment demandé si la protection des attentes légitimes des parties à des opérations constituait une préoccupation valable dans tous les cas. On a opposé la situation visée dans la recommandation 33 au cas où l'on ne pouvait raisonnablement affirmer que les parties n'auraient pas anticipé les effets de la *lex fori concursus* sur leurs opérations commerciales.

86. L'avis a été exprimé qu'une telle approche protégerait également contre l'application d'une loi déraisonnable. Toutefois, les avis ont divergé sur la question de savoir si l'on pouvait, ou même devait, formuler les règles déterminant la loi applicable en tenant compte de cette considération. Certains ont estimé qu'avec la convergence des règles de fond du droit de l'insolvabilité qui était encouragée par le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, l'application de la *lex fori concursus* devenait moins problématique. On a rappelé, par exemple, que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité imposait une suspension

¹⁶ Il a été fait référence aux articles 9 (compensation), 16 (annulation) et 11 (traitement des biens immobiliers) de la Refonte du Règlement (CE).

de la réalisation des sûretés, sous réserve d'une éventuelle levée dans des circonstances justifiées et d'une protection contre la diminution de la valeur du bien grevé. On a jugé que d'autres garanties prévues dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, telles que les exceptions d'ordre public et les dispositions appelant à une protection adéquate des intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, étaient également pertinentes. L'avis a été exprimé que le Groupe de travail pourrait envisager de renforcer ces garanties en temps utile, le cas échéant. Il a notamment été jugé nécessaire d'aborder les difficultés pratiques découlant de l'imposition et de la mise en œuvre d'un arrêt des poursuites à l'échelle internationale, visant par exemple un créancier garanti en ce qui concerne des biens grevés situés à l'étranger ou une procédure arbitrale se déroulant à l'étranger.

87. D'autres propositions ont été faites au sujet du texte : a) la troisième phrase du paragraphe 23 du document [A/CN.9/WG.V/WP.176](#) soulevait des questions importantes, qu'il convenait de traiter de manière appropriée dans une disposition législative, plutôt que dans un simple commentaire ou dans l'historique de la disposition ; et b) il faudrait revoir la référence faite à la « loi sur l'insolvabilité » dans la recommandation 34, car l'on pouvait aussi trouver des exceptions à la *lex fori concursus* dans d'autres lois que la loi sur l'insolvabilité.

88. Le Groupe de travail a achevé, pour l'heure, l'examen des questions soulevées par la recommandation 34, tout en notant que de nombreuses questions méritaient d'être étudiées plus avant. On a souligné la nécessité d'adopter une approche graduelle, prudente et approfondie pour ces questions.

Autres questions relatives aux recommandations 30 à 34

89. En ce qui concerne le point f), il a été jugé suffisant que le commentaire figurant dans un texte futur indique les questions distinctes que pourraient soulever les règles déterminant la loi applicable dans le contexte d'un redressement, par opposition à une liquidation.

90. En ce qui concerne le point g), il a été considéré que la question de savoir s'il fallait prévoir une exception d'ordre public dépendrait de la forme de l'instrument qui serait élaboré. Les avis ont divergé sur la question de savoir si cette exception devait être incluse dans le Guide dans le cadre des dispositions sur la loi applicable. S'il fallait, de l'avis général, l'inclure dans un texte législatif autonome consacré à ce sujet, il serait inutile de le faire dans une annexe aux lois types existantes de la CNUDCI relatives au droit de l'insolvabilité, car celles-ci prévoyaient déjà cette exception. Il a été noté que, dans les cas où elle était effectivement incluse, la CNUDCI avait pour habitude de lui donner un sens étroit. Notant qu'il n'avait pas encore décidé de la forme que prendrait l'instrument, le Groupe de travail a reporté l'examen de cette question à une session ultérieure.

91. En ce qui concerne le point h), le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé précédemment, au cours de la session, de reporter à un stade ultérieur l'examen des questions liées au traitement des actifs numériques, des droits de propriété intellectuelle et des licences dans les procédures d'insolvabilité (voir par. 66 ci-dessus). Notant que la validité et l'opposabilité des droits sur ces biens relevaient de la recommandation 30, le Groupe de travail est convenu que, comme indiqué dans la note 67 du document [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), il n'était pas nécessaire de prévoir une exception à la *lex fori concursus* pour ces biens. Compte tenu de leurs particularités (notamment les difficultés liées à leur localisation et à l'établissement de la compétence), il a été jugé utile de renforcer l'application de la *lex fori concursus* à l'égard de ces biens, en tant qu'éléments de la masse de l'insolvabilité du débiteur.

D. Étapes suivantes

92. Différents avis ont été exprimés sur la forme que pourrait prendre un futur instrument sur le sujet. Parmi les options proposées figuraient une convention, une

loi type, des dispositions législatives types, une annexe ou un supplément aux lois types existantes de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ou une version modifiée des recommandations 30 à 34 du Guide.

93. On a appuyé l'élaboration d'une annexe ou d'un supplément aux lois types existantes de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale au motif qu'un tel instrument relèverait du droit international privé plutôt que du droit matériel interne sur l'insolvabilité. D'autres délégations ont estimé que l'élaboration d'un texte autonome serait une meilleure solution. Selon un autre avis encore, il suffirait de mettre à jour les parties pertinentes du Guide, ce qui serait une solution efficace compte tenu en particulier du fait qu'elle permettrait d'éviter au Groupe de travail d'entreprendre des travaux sur plusieurs textes et de devoir résoudre les éventuelles incohérences entre, d'une part, un texte distinct et, d'autre part, les recommandations 30 à 34 du Guide et le commentaire qui les accompagne. D'autres délégations ont fait preuve de souplesse quant à l'idée d'entamer des travaux en vue de modifier les recommandations 30 à 34 et le commentaire qui les accompagne, à condition que ceux-ci tiennent dûment compte des questions touchant aux lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Certaines délégations ont estimé que la mise à jour des recommandations 30 à 34 et du commentaire qui les accompagne ne devait pas être au centre des travaux réalisés dans ce domaine.

94. Estimant qu'il était trop tôt pour déterminer la forme que pourrait prendre le futur instrument et qu'il fallait tout d'abord parvenir à un accord sur les points essentiels, il a été proposé de reporter l'examen de cette question. Selon un autre avis, la forme que pourrait prendre le futur instrument aurait des incidences sur l'approche qu'adopterait le Secrétariat pour élaborer le document qui serait soumis pour examen au Groupe de travail à ses sessions suivantes. Par le passé, des difficultés avaient été rencontrées lorsque les versions initiales ne tenaient pas assez compte du texte final. Selon une autre proposition, il faudrait tout d'abord examiner les principes généraux, comme cela avait été fait lors de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises.

95. Confirmant qu'il était convenu à la session en cours d'adopter une approche progressive et compte tenu des questions non résolues concernant la forme du futur instrument et son contenu, le Groupe de travail a laissé au secrétariat le soin de décider de la manière dont les documents rendant compte des délibérations qu'il avait eues sur le sujet à la session en cours devraient lui être présentés pour qu'il les examine à une session suivante. On a confirmé que lorsqu'il se pencherait sur le sujet à sa session suivante, le Groupe de travail devrait uniquement examiner les points concernant la première étape du projet, mentionnés au paragraphe 2 du document [A/CN.9/WG.V/WP.176](#).

VII. Questions diverses

96. Le Groupe de travail a pris note des dates et du lieu de sa soixantième session, ainsi que des dispositions préliminaires prises à cet égard. Notant que le Secrétariat devait recevoir ultérieurement en 2022 les informations qu'il avait demandées aux États concernant les autres outils de localisation et de recouvrement d'actifs utilisés dans leur pays par les praticiens de l'insolvabilité dans les procédures d'insolvabilité (voir par. 55 ci-dessus), il a été proposé de consacrer la majeure partie de la session suivante du Groupe de travail à l'examen de la question de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité, et de consacrer une journée à l'examen de la question de la localisation et du recouvrement civils d'actifs. Il était entendu que la compilation des dispositions existantes des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs qu'il avait été demandé au secrétariat d'établir (voir par. 31 ci-dessus) servirait de base à l'examen de la question de la localisation et du recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité à la session suivante du Groupe de travail. Ce dernier a invité les délégations à soumettre des documents et des propositions en vue de l'examen de ces deux questions et a noté

que le secrétariat envisageait de lui soumettre pour examen une version actualisée du texte sur le point de vue du juge avant de la transmettre à la Commission pour approbation.

97. Le Groupe de travail a entendu des déclarations relatives à d'autres points de l'ordre du jour. En particulier, concernant le point 3, il a entendu une déclaration sur les sanctions envisagées dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises dont la version finale a été établie à la session en cours (voir par. 17 et 18 ci-dessus). Notant que ladite déclaration portait essentiellement sur des questions de droit pénal qui ne relevaient pas du mandat de la CNUDCI, il a confirmé que le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises avait été considéré comme final à la session en cours, rappelant également les délibérations et décisions pertinentes de la Commission à sa cinquante-quatrième session, en 2021¹⁷. S'agissant des autres questions évoquées dans cette déclaration, on a fait remarquer qu'elles avaient déjà été soulevées au cours de la session et que le projet de synthèse de la session rendrait dûment compte des délibérations tenues à ce sujet. Concernant le point 4 de l'ordre du jour, le Groupe de travail a entendu une proposition selon laquelle on pourrait, pour éviter les retards dans les procédures d'insolvabilité, concevoir une procédure distincte, ne relevant pas des procédures d'insolvabilité ni de la loi sur l'insolvabilité, pour la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité.

¹⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 17 (A/76/17)*, par. 56 à 77 et annexe II.