

Titre	Droit international privé et insolvabilité : Actualisation
Document	Doc. préél. No 4 de février 2023
Auteur	BP
Point de l'ordre du jour	Point II.3
Mandat	C&D No 12 du CAGP de 2021 C&D Nos 8 et 9 du CAGP de 2022
Objectif	Faire état des avancées réalisées dans les travaux en cours du BP, ainsi que de la collaboration entre ce dernier et le Secrétariat de la CNUDCI dans le domaine du droit international privé et de l'insolvabilité.
Mesure à prendre	Pour décision <input checked="" type="checkbox"/> Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour discussion <input type="checkbox"/> Pour action / achèvement <input type="checkbox"/> Pour information <input type="checkbox"/>
Annexe(s)	N/A
Document(s) connexes(s)	Doc. préél. No 6 de septembre 2021 à l'attention du CAGP de 2022

Table des matières

I.	Introduction	2
II.	Avancées au sein du Groupe de travail V de la CNUDCI.....	2
	A. Loi applicable dans les procédures d’insolvabilité	3
	B. Localisation et recouvrement d’actifs dans les procédures d’insolvabilité	4
III.	Évolutions et questions de droit international privé liées au traitement des opérations et actifs numériques dans les procédures d’insolvabilité	5
IV.	Proposition soumise au CAGP	6

Drout international privé et insolvabilité : Actualisation

I. Introduction

- 1 À sa réunion de mars 2022, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la HCCH (CAGP) a réitéré son soutien au Bureau Permanent (BP) pour ce qui est de la coordination et de la collaboration avec le Secrétariat de la CNUDCI sur les questions relatives à la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité et à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité. Sous réserve des ressources disponibles, le CAGP a encouragé le BP à poursuivre sa collaboration avec les Secrétariats de la CNUDCI et d'UNIDROIT sur les projets liés à l'insolvabilité lorsque les instruments existants de la HCCH sont pertinents. Afin de soutenir cette collaboration, le CAGP a fait appel aux experts externes pour qu'ils apportent leur contribution *pro bono* afin d'aider le BP¹. Conformément au mandat confié, le BP a poursuivi son étroite collaboration avec le Secrétariat de la CNUDCI et a suivi les travaux de cette Organisation en matière d'insolvabilité impliquant des questions de droit international privé, qu'il s'agisse des travaux relatifs aux procédures d'insolvabilité ou à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité.
- 2 Conformément à la Conclusion et Décision (C&D) No 33 du CAGP de mars 2022 et dans le prolongement du mandat confié², la Conférence inaugurale de la HCCH sur le droit commercial, numérique et financier transfrontière (Conférence CODIFI) s'est déroulée en ligne avec succès du 12 au 16 septembre 2022. Dans le cadre des discussions de la Conférence CODIFI relatives aux instruments existants de la HCCH et aux problématiques émergentes soulevées par l'économie numérique, les experts ont suggéré d'examiner plus avant les questions de droit international privé liées aux opérations et actifs numériques, y compris leur pertinence dans les procédures d'insolvabilité. S'appuyant sur les résultats de la Conférence CODIFI, ce Document préliminaire évoque également les liens entre insolvabilité et opérations et actifs numériques, et propose d'éventuels sujets et domaines de travaux futurs. Le rapport de la Conférence CODIFI figure à l'annexe I du Doc. prélim. No 3A à l'attention de la réunion du CAGP de 2023³.
- 3 La partie II fait état des avancées et des évolutions au sein du Groupe de travail V de la CNUDCI : Droit de l'insolvabilité (Groupe de travail V de la CNUDCI), auquel le BP participe en qualité d'observateur. La partie III fournit des informations sur les évolutions quant aux questions de droit international privé liées aux opérations et actifs numériques et leur traitement dans les procédures d'insolvabilité, notamment les résultats de la Conférence CODIFI. La partie IV propose d'éventuelles voies à suivre à l'attention du CAGP.

II. Avancées au sein du Groupe de travail V de la CNUDCI

- 4 Comme cela a été approuvé par le CAGP en 2020⁴, avant de faire l'objet d'un rapport oral à la réunion du CAGP de 2021, le BP a organisé, conjointement avec le Secrétariat de la CNUDCI, un Colloque sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité qui s'est déroulé le

¹ Conclusions et Décisions (C&D) Nos 8 et 9 du CAGP de 2022, disponibles sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net, sous les rubriques « Gouvernance » puis « Conseil sur les affaires générales et la politique » puis « Archives (2000-2022) ».

² C&D No 33 du CAGP de 2022 ; voir aussi C&D No 38 du CAGP de 2021, disponibles sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net (voir chemin d'accès indiqué à la note 1).

³ « Économie numérique et Conférence de la HCCH sur le droit commercial, numérique et financier transfrontière (Conférence CODIFI) : Rapport », Doc. prélim. No 3A de janvier 2023 à l'attention du CAGP de 2023, disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net, sous les rubriques « Gouvernance » puis « Conseil sur les affaires générales et la politique ».

⁴ C&D No 40 du CAGP de 2020, disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net (voir chemin d'accès indiqué à la note 1).

11 décembre 2020. Ce Colloque s'est penché sur des questions liées à la loi applicable et aux conséquences de celle-ci dans les procédures d'insolvabilité. À sa cinquante-quatrième session en 2021, après examen des rapports des deux Colloques sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité et sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs, la CNUDCI est convenue de renvoyer les deux sujets au Groupe de travail V.

A. Loi applicable dans les procédures d'insolvabilité

- 5 Le Groupe de travail V de la CNUDCI s'est récemment intéressé au rôle du droit international privé dans le cadre de son projet sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. Dans sa Note relative à la cinquante-neuvième session quant à l'éventuelle portée du projet, le Secrétariat de la CNUDCI a écrit que les « règles de localisation des actifs, [...] la loi applicable aux droits et créances qui existent au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité [...] ou d'autres règles de droit international privé » peuvent ne pas relever du champ d'application du projet du Groupe de travail V de la CNUDCI, qui se concentre sur les recommandations 31 à 34 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité⁵. D'autre part, il a été noté qu'en fonction de la décision du Groupe de travail quant à la portée du projet, ces questions pourraient « faire l'objet d'une étude distincte qu'il faudrait entreprendre en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé »⁶.
- 6 Dans son commentaire relatif à la recommandation 31, « Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité : *lex fori concursus* », le Secrétariat a suggéré que la « loi » renvoyait généralement au droit matériel d'un État et non à ses règles de droit international privé⁷. En outre, la pertinence du droit international privé a également été soulevée dans des discussions sur la forme que pourrait prendre l'instrument préparé par le Groupe de travail. Si « [d]ifférents avis ont été exprimés sur la forme que pourrait prendre un futur instrument sur le sujet », une position soutenue était « 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 »⁸.
- 7 Au cours de la soixantième session du Groupe de travail V, la CNUDCI a fait savoir que « [d]ifférents avis ont été exprimés sur la question de savoir s'il fallait également tenir compte des règles de droits international privé » en ce qui concerne la signification de la *lex fori concursus*. « L'avis a prévalu que le renvoi devrait être exclu », mais « [o]n a fourni des exemples [supplémentaires] de cas dans lesquels les règles de droit international privé pourraient néanmoins s'appliquer dans une procédure d'insolvabilité, notamment en ce qui concerne les créances, la compensation et les contrats de travail »⁹. Par conséquent, l'examen initial mené par le Groupe de travail V de la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité fait abstraction des questions générales de droit international privé, dans la mesure où son projet se concentre sur des règles de droit applicable ciblées en matière d'insolvabilité complétant les lois types existantes de la CNUDCI.
- 8 Lors de sa soixante et unième session, le Groupe de travail V de la CNUDCI a évoqué l'inclusion d'une disposition dans le projet d'instrument, en vertu de laquelle celui-ci ne déterminerait pas la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances existant au

⁵ Groupe de travail V de la CNUDCI (Droit de l'insolvabilité), Note du Secrétariat sur la cinquante-neuvième session, A/CN.9/WG.V/WP.176, para. 2.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, para. 16.

⁸ Rapport du Groupe de travail V de la CNUDCI (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa cinquante-neuvième session (Vienne, 13-17 décembre 2021), A/CN.9/1088, para. 92 et 93.

⁹ Rapport du Groupe de travail V de la CNUDCI (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa soixantième session (New York, 18-21 avril 2022), A/CN.9/1094, para. 70.

moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Cette disposition insisterait sur le fait que la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité continuerait à être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure, comme le prévoit la recommandation 30 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité¹⁰.

B. Localisation et recouvrement d'actifs dans les procédures d'insolvabilité

- 9 Le Groupe de travail V de la CNUDCI a abordé plusieurs problématiques découlant des procédures d'insolvabilité internationale liées aux opérations et actifs numériques dans le cadre du deuxième projet sur lequel il travaille actuellement, intitulé Localisation et recouvrement d'actifs. En particulier, il a abordé le fait que la *lex fori concursus* devrait s'appliquer au traitement des actifs numériques, des droits de propriété intellectuelle et des licences en tant qu'éléments de la masse de l'insolvabilité du débiteur. Il a noté que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité fait spécialement référence aux droits de propriété intellectuelle lorsqu'il décrit les « actifs incorporels » qui constituent la masse de l'insolvabilité, bien qu'il ne contienne aucune référence aux « actifs numériques »¹¹. Le Secrétariat de la CNUDCI a suggéré que le Groupe de travail considère que les actifs numériques et les licences relèvent de la même catégorie et devraient recevoir le même traitement que les droits de propriété intellectuelle¹². Lors de sa soixante et unième session, le Groupe de travail V de la CNUDCI est convenu qu'aucune exception à la *lex fori concursus* quant au traitement des droits de propriété intellectuelle et des licences dans les procédures d'insolvabilité n'était nécessaire¹³. S'agissant des actifs numériques, il a pris acte des évolutions nationales, régionales et internationales en matière de réglementation des actifs numériques, notamment au sein d'UNIDROIT et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Le Groupe de travail V est convenu d'attendre les résultats des travaux d'Unidroit avant de se prononcer définitivement sur ce point¹⁴.
- 10 Le projet consacré aux questions juridiques relatives à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité a également porté sur le traitement des opérations et actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité. À la cinquante-neuvième session du Groupe de travail V de la CNUDCI, « [o]n a particulièrement insisté sur les difficultés liées à la localisation des actifs financiers et numériques »¹⁵. À sa soixante et unième session, des questions spécifiques découlant de la localisation et du recouvrement des actifs numériques ont été abordées, notamment le fait que « toutes les plateformes numériques ne sont pas réglementées ; lorsqu'elles le sont, les opérateurs de plateformes semblent respecter les obligations en matière de communication d'informations. Il a toutefois été noté que de nombreux ressorts juridiques ne disposent d'aucune norme concernant le fonctionnement des plateformes numériques et que les portefeuilles privés soulèvent des difficultés supplémentaires pour la localisation et le recouvrement des actifs » [traduction du BP]¹⁶. Le Groupe de travail est convenu que l'examen de ces questions devrait attendre les résultats des travaux dans d'autres forums¹⁷.

¹⁰ A/CN.9/1126, para. 60 (à paraître). Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, Première et deuxième parties (2004), p. 81, disponible à l'adresse https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law.

¹¹ Groupe de travail V de la CNUDCI (Droit de l'insolvabilité), Note du Secrétariat sur la soixantième session, A/CN.9/WG.V/WP.179, para. 19.

¹² *Ibid.*

¹³ A/CN.9/1126, para. 38.

¹⁴ A/CN.9/1126, para. 39.

¹⁵ A/CN.9/1088, para. 32.

¹⁶ A/CN.9/1126, para. 22.

¹⁷ *Ibid.*

III. Évolutions et questions de droit international privé liées au traitement des opérations et actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité

- 11 La volatilité des actifs numériques basés sur la technologie du registre distribué (TRD) a suscité des préoccupations quant au besoin de sécurité juridique et de prévisibilité sur ces marchés. Très récemment, en novembre 2022, l'effondrement de FTX, l'une des premières bourses de cryptomonnaies du moment, et l'insolvabilité qui en a découlé, a eu d'importantes répercussions, d'autres bourses de cryptomonnaies ayant suspendu les retraits par peur d'éventuelles faillites ultérieures¹⁸. Parmi d'autres échecs de produits, on peut citer des « cryptomonnaies stables » comme TerraUSD (UST), qui était liée au jeton Luna. Ces jetons étaient conçus pour conserver leur valeur dans un contexte de fluctuations des prix. Ils ont néanmoins attiré beaucoup d'attention lorsque les algorithmes d'évaluation automatisée n'ont pas réussi à maintenir leur indexation sur le dollar des États-Unis, à la suite de quoi les prix des jetons se sont effondrés¹⁹. Ces actifs ont perdu jusqu'à 99 % de leur valeur, entraînant une cascade de faillites et des répercussions sur les investisseurs de détail et les fonds spéculatifs axés sur les cryptomonnaies²⁰. La nature transfrontière de ces procédures d'insolvabilité suscite inévitablement des questions de droit international privé non résolues.
- 12 À la Conférence CODIFI, les discussions des experts ont mis en lumière un certain nombre de questions transfrontières relatives au traitement des opérations et actifs numériques. Ces questions sont pertinentes en matière d'insolvabilité des entreprises, comme indiqué ci-dessus, et dans les procédures d'insolvabilité de manière plus générale. Elles peuvent également inclure des considérations de droit international privé. Les experts ont relevé des difficultés suscitées par la dimension transfrontière, notamment :
- la qualification des actifs numériques et le choix de la loi applicable aux fins de la procédure d'insolvabilité²¹ ;
 - la question de savoir s'il convient ou non d'appliquer à l'insolvabilité impliquant de la TRD ou des cryptomonnaies, les règles ordinaires en matière d'insolvabilité ou des lignes directrices spécifiques²² ;

¹⁸ M. Sigalos (novembre 2022), « Sam Bankman-Fried Steps Down as FTX CEO as his Crypto Exchange Files for Bankruptcy », *CNBC*, disponible à l'adresse <https://www.cnbc.com/2022/11/11/sam-bankman-frieds-cryptocurrency-exchange-ftx-files-for-bankruptcy.html>, (en anglais uniquement). Voir aussi <https://web3isgoinggreat.com/>: Parmi les entités qui ont suspendu les retraits de fonds par les consommateurs et autres services connexes par suite de l'effondrement de FTX, on peut citer : BlockFi, la bourse de cryptomonnaies implantée à Hong Kong AAX, Huobi Exchange, l'entreprise de prêt de cryptomonnaies SALT, la bourse de cryptomonnaies australienne Digital Surge, les services de prêt de cryptomonnaies Genesis Global Trading, la plateforme de cryptomonnaies Gemini et le courtier français en cryptomonnaies Coinhouse.

¹⁹ A. John, E. Howcraft et H. Lang (mai 2022), « Collapsed stablecoin TerraUSD announces recovery plan as token flounders », *Reuters*, <https://www.reuters.com/technology/dollar-pegged-stablecoin-terrausd-falls-30-cents-2022-05-11/>, (en anglais uniquement). Voir aussi : A. Briola, D. Vidal-Tomás, Y. Wang, T. Aste, « Anatomy of a Stablecoin's Failure: The Terra-Luna Case », disponible à l'adresse <https://ssrn.com/abstract=4184502>, (en anglais uniquement).

²⁰ L. Wintermeyer (mai 2022), « From Hero to Zero: How Terra was Topped in Crypto's Darkest Hour », *Forbes Digital Assets*, disponible à l'adresse <https://www.forbes.com/sites/lawrencewintermeyer/2022/05/25/from-hero-to-zero-how-terra-was-topped-in-cryptos-darkest-hour/>, (en anglais uniquement). Voir aussi : A. Kharpal (juin 2022), « Crypto hedge fund Three Arrows Capital plunges into liquidation as market crash takes toll », *CNBC*, disponible à l'adresse <https://www.cnbc.com/2022/06/29/crypto-hedge-fund-three-arrows-capital-plunges-into-liquidation.html>, (en anglais uniquement) ; S. Patel, S. Cruise et T. Wilson (juillet 2022), « Crypto Lender Voyager Digital Files for Bankruptcy », *Reuters*, disponible à l'adresse <https://www.reuters.com/technology/crypto-lender-voyager-files-bankruptcy-2022-07-06/>, (en anglais uniquement) ; H. Lang (juillet 2022), « Crypto Lender Celsius Network Reveals \$1.19b Hole in Bankruptcy Filing », *Reuters*, disponible à l'adresse <https://www.reuters.com/business/finance/crypto-lender-celsius-network-reveals-119-billion-hole-bankruptcy-filing-2022-07-14/>, (en anglais uniquement).

²¹ Conférence CODIFI, M. Haentjens et J. Estrella Faria, « Digital Economy Frameworks Closing: Concurrent Design Facility », 16 septembre 2022.

²² Conférence CODIFI, F. Heindler, « PIL & DLT: What Challenges Lie Ahead? », 15 septembre 2022.

- les conséquences sur les tiers de l'insolvabilité des prestataires de services liés aux actifs numériques, soulevant des considérations de protection des consommateurs et des questions d'insolvabilité²³ ; et
 - les mécanismes de localisation et de recouvrement des actifs numériques et les techniques d'injonction, en particulier lorsque l'on s'intéresse à des caractéristiques propres aux actifs numériques, à l'instar des utilisateurs recourant à des pseudonymes et l'estimation d'actifs « uniques »²⁴.
- 13 Au vu des évolutions liées aux actifs numériques et des conclusions des experts à la Conférence CODIFI telles que résumées dans cette partie, le CAGP est invité, sous réserve des ressources disponibles, à envisager de confier au BP le soin de suivre les évolutions du droit international privé en matière d'insolvabilité, y compris sur des questions liées au traitement des opérations et actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité.

IV. Proposition soumise au CAGP

- 14 Compte tenu des recommandations des experts à la Conférence CODIFI, gardant à l'esprit que les travaux de la CNUDCI devraient vraisemblablement continuer à s'appuyer sur des instruments existants ou aboutir à la création de nouveaux instruments non contraignants et sans oublier les ressources disponibles au BP ainsi que le programme de travail assigné à la Division du droit international commercial, numérique et financier, le BP propose les C&D suivantes :

Le CAGP se félicite de la collaboration entre le BP et le Secrétariat de la CNUDCI sur les questions relatives à la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité et à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité. Le CAGP remercie le Professeur Francisco Garcimartín pour son implication, qui vient compléter la participation du BP à ces projets.

Sous réserve des ressources disponibles, le CAGP encourage le BP à poursuivre sa collaboration avec les Secrétariats de la CNUDCI et d'UNIDROIT sur les projets liés à l'insolvabilité.

Sous réserve des ressources disponibles, le CAGP confie également au BP le soin de continuer à suivre les évolutions du droit international privé en matière d'insolvabilité, y compris sur des questions liées au traitement des opérations et actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité. Le BP présentera un rapport au CAGP lors de sa réunion de 2024.

²³ Conférence CODIFI, K. Low, « Digital Economy Frameworks Closing: Concurrent Design Facility », 16 septembre 2022.

²⁴ A. Hinkes, H. Liu, et C. Reyes, « Digital Economy Relationships/ Digital Assets Remedies », 15 septembre 2022.