

Titre	Aspects de droit international privé de la restructuration et de l'insolvabilité : Actualisation
Document	Doc. préél. No 6 de décembre 2023
Auteur	BP
Point de l'ordre du jour	Point II.7
Mandat(s)	C&D Nos 10, 11 et 12 du CAGP de 2023
Objectif	Faire état des progrès réalisés par le BP dans le cadre de ses travaux en cours concernant les aspects de droit international privé de la restructuration et de l'insolvabilité, y compris la coopération entre le BP 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"/>
Annexes	S.O.
Document(s) connexes(s)	Doc. préél. No 4 de février 2023 à l'attention du CAGP de 2023 – Droit international privé et insolvabilité : Actualisation

Aspects de droit international privé de la restructuration et de l'insolvabilité : Actualisation

I. Introduction

- 1 Lors de sa réunion de mars 2023, le Conseil sur les affaires générales et la politique (CAGP) de la HCCH a exprimé à nouveau son soutien au Bureau Permanent (BP) en vue d'établir une collaboration avec le Secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (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 incité le BP à poursuivre sa collaboration avec les Secrétariats de la CNUDCI et de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) sur les projets liés à l'insolvabilité. Sous réserve des ressources disponibles, le CAGP a également confié au BP le mandat de continuer à suivre de près les évolutions concernant les questions de droit international privé ayant trait à l'insolvabilité, y compris les questions liées au traitement des transactions et des actifs numériques dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Le BP rendra compte au CAGP lors de sa réunion de 2024¹.
- 2 La section II du présent document fait état des progrès et des évolutions réalisés 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 section III fournit des informations sur l'évolution des questions de droit international privé relatives aux transactions et aux actifs numériques et à leur traitement dans les procédures d'insolvabilité. Cette section permet également d'observer que les récents développements ont mis en lumière le besoin d'examiner les aspects de droit international privé des procédures de restructuration (également désignées sous le terme de « procédures de pré-insolvabilité » dans certains ressorts). La section IV fournit des informations concernant les aspects de droit international privé des procédures de restructuration. La section V propose de nouvelles pistes de réflexion à l'attention du CAGP.

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

- 3 Comme approuvé par le CAGP en 2020², le BP a organisé, en collaboration avec le Secrétariat de la CNUDCI, un Colloque sur la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité, qui s'est tenu le 11 décembre 2020, avant de présenter un rapport oral lors de la réunion du CAGP de 2021. Ce Colloque a permis d'examiner diverses questions liées à la loi applicable et à ses implications dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Lors de sa 59^e session en 2021, suite à l'examen des rapports du Colloque susmentionné et du Colloque sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs, la CNUDCI a décidé de renvoyer les deux sujets au Groupe de travail V de la CNUDCI. Depuis 2021, le BP continue de participer en tant qu'observateur au sein du Groupe de travail V de la CNUDCI, même si cette collaboration entre la HCCH et la CNUDCI dans ce domaine remonte à une période antérieure.

A. Localisation et recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité

- 4 Lors de sa 62^e session, tenue du 17 au 20 avril 2023, le Groupe de travail V de la CNUDCI a lu et examiné diverses propositions relatives à l'avant-projet de texte descriptif informatif sur la

¹ Conclusions et Décisions (C&D) Nos 10 et 12 du CAGP de 2023, 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 (2000-2023) ».

² 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).

localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité³, prenant également note des évolutions pertinentes intervenues à la HCCH et à UNIDROIT⁴. En ce qui concerne le chapitre proposé consacré aux aspects numériques, le Groupe de travail a noté que certains aspects numériques, tels que ceux liés aux régimes réglementaires, au double comptage, aux distributions gratuites de jetons non fongibles (NFT), à l'intelligence artificielle, à l'Internet des objets (IoT) et aux aspects ayant trait à la prévention de la fraude, devraient être examinés en temps utile⁵. Les normes applicables à l'admissibilité des données en tant qu'éléments de preuve, notamment en ce qui concerne les stades de la création, de la collecte, de la transmission, du stockage et de l'utilisation des données, ainsi que 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 ont également fait l'objet de discussions⁶.

- 5 Lors de sa 63^e session, tenue du 11 au 15 décembre 2023, le Groupe de travail V de la CNUDCI a examiné la deuxième version⁷ d'un projet de texte descriptif sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité⁸, ainsi qu'une boîte à outils qui avait été proposée précédemment.

B. Loi applicable dans les procédures d'insolvabilité

- 6 Lors de sa 62^e session, le Groupe de travail V de la CNUDCI 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 internationales⁹. Le Groupe de travail V de la CNUDCI est convenu de l'importance d'éviter les incohérences inutiles et a également entendu des avis selon lesquels il convenait de réviser le projet de texte sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité¹⁰ 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'insolvabilité¹¹. Des commentaires ont été entendus sur les projets de dispositions, en particulier celles relatives à l'annulation et aux sûretés¹². Le Groupe de travail V de la CNUDCI a également discuté de l'interaction du projet de texte avec les systèmes de paiement et de règlement et les marchés financiers réglementés¹³, ainsi qu'avec les procédures arbitrales et judiciaires pendantes ou en cours¹⁴.
- 7 Lors de sa 63^e session, le Groupe de travail V de la CNUDCI a examiné un projet révisé de dispositions législatives et le commentaire l'accompagnant¹⁵.

³ CNUDCI, Outils de localisation et de recouvrement d'actifs civils utilisés dans les procédures d'insolvabilité, [A/CN.9/WG.V/WP.186](#), 6 février 2023.

⁴ CNUDCI, [Rapport du Groupe de travail V de la CNUDCI \(Droit de l'insolvabilité\) sur les travaux de sa soixantième session](#) (New York, 17-20 avril 2023), A/CN.9/1133, para. 12 et 13.

⁵ *Ibid.*, para. 14.

⁶ *Ibid.*, para. 15.

⁷ CNUDCI, Localisation et recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité : Note du Secrétariat, [A/CN.9/WG.V/WP.189](#), 28 août 2023.

⁸ CNUDCI, Ordre du jour provisoire annoté, [A/CN.9/WG.V/WP.188](#), 19 septembre 2023, para. 18. Au moment de la rédaction du présent document, le rapport de la 63^e session du Groupe de travail V de la CNUDCI n'avait pas été finalisé.

⁹ CNUDCI, *supra*, note 4, para. 24.

¹⁰ CNUDCI, Loi applicable dans les procédures d'insolvabilité : Note du Secrétariat, [A/CN.9/WG.V/WP.187](#), 7 février 2023.

¹¹ CNUDCI, *supra*, note 4, para. 27.

¹² CNUDCI, *supra*, note 4, p. 29 à 41.

¹³ CNUDCI, *supra*, note 4, p. 43 à 46.

¹⁴ CNUDCI, *supra*, note 4, p. 47 à 53.

¹⁵ CNUDCI, *supra* note 8, para. 23, se référant à CNUDCI, Loi applicable dans les procédures d'insolvabilité : Note du Secrétariat, [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), 4 septembre 2023. Au moment de la rédaction du présent document, le rapport de la 63^e session du Groupe de travail V de la CNUDCI n'avait pas été finalisé.

III. Évolutions liées au traitement des transactions et des actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité

- 8 Conformément aux recommandations formulées par les experts lors de la Conférence inaugurale CODIFI, qui s'est déroulée du 12 au 16 septembre 2022, et conformément au mandat que le CAGP a confié au BP à la suite des conclusions de ladite Conférence, le BP a continué de suivre de près les questions relatives au traitement des transactions et des actifs numériques dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Ces questions comprennent :
- a. la qualification des actifs numériques et le choix de la loi applicable ;
 - b. la question de savoir s'il convient ou non d'appliquer à l'insolvabilité impliquant une technologie de registre distribué ou des cryptomonnaies les règles de droit commun en matière d'insolvabilité ou des lignes directrices spécifiques ;
 - c. les conséquences de l'insolvabilité des prestataires de services sur les tiers ;
 - d. les mécanismes de localisation et de recouvrement d'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 »¹⁶.
- 9 Dans les documents préparés par le Secrétariat de la CNUDCI en vue de la 63^e session du Groupe de travail V de la CNUDCI, une section distincte consacrée aux actifs numériques a été insérée pour examen. La section indique que certains actifs numériques peuvent ou non être susceptibles de faire l'objet de droits réels et que les « textes de la CNUDCI sur la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité renvoient les questions relatives à la composition et à l'étendue de la masse de l'insolvabilité à la *lex fori concursus* »¹⁷. La Note du Secrétariat de la CNUDCI indique également que « [s]i de nombreuses considérations pratiques permettant d'évaluer la faisabilité et l'opportunité de localiser et de recouvrer des actifs numériques au profit de tous les créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité seront les mêmes que pour d'autres actifs, la localisation et le recouvrement d'actifs numériques, en raison des caractéristiques inhérentes à ces actifs et de l'environnement particulier dans lequel ils circulent, soulèvent des questions distinctes »¹⁸. Lors de sa 63^e session, le Groupe de travail V de la CNUDCI a examiné cette Note et a décidé de demander à la Commission de la CNUDCI de lui confier un mandat élargi pour examiner l'interaction entre les actifs numériques et l'insolvabilité.
- 10 Afin d'éviter tout chevauchement avec les travaux du Groupe de travail V de la CNUDCI sur l'interaction des actifs numériques avec la localisation et le recouvrement d'actifs, et la loi applicable, dans les procédures d'insolvabilité, le BP maintient une coordination étroite avec le Secrétariat de la CNUDCI. De plus, il continue de participer en qualité d'observateur au sein du Groupe de travail V de la CNUDCI.

IV. Aspects de droit international privé de la restructuration

- 11 Au cours des consultations avec le Secrétariat de la CNUDCI, le BP et le Secrétariat de la CNUDCI ont noté l'importance croissante des procédures de restructuration (également désignées sous le terme de « procédures de pré-insolvabilité » dans certains ressorts). Le Secrétariat de la CNUDCI a confirmé au BP que, pour le moment, le Groupe de travail V de la CNUDCI exclut toute considération des questions portant sur les procédures de restructuration.

¹⁶ « Droit international privé et insolvabilité : Actualisation », Doc. préI. No 4 du CAGP de 2023, disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net (voir chemin d'accès indiqué à la note 1).

¹⁷ CNUDCI, *supra* note 8, para. 236.

¹⁸ CNUDCI, *ibid.* para. 240, citations omises.

- 12 Les développements récents liés aux crises financières mondiales et aux effets de la pandémie ont incité les décideurs nationaux et les institutions internationales à édicter des normes à rechercher de nouvelles procédures de sauvegarde visant à préserver les entreprises viables confrontées à des difficultés financières. Il est actuellement plus largement admis que le recours à des procédures formelles de résolution des dettes, en substitution à la liquidation, est nécessaire. Les procédures de restructuration ou de pré-insolvabilité sont définies comme des « procédures de restructuration dont les entreprises débitrices peuvent bénéficier avant de devenir insolubles dans le but d'éviter l'insolvabilité »¹⁹. Ces procédures impliquent « une restructuration ciblée de la dette et une intervention dès les premiers signes de détresse, se concentrant sur les créanciers financiers plutôt que sur les créanciers de l'entreprise en activité, ne permettant pas ou peu d'intervention des tribunaux, et évitant une stigmatisation et une atteinte à la réputation »²⁰.
- 13 Il a été suggéré qu'il serait opportun d'entreprendre des travaux sur les aspects de la restructuration ayant trait au droit international privé, en particulier en ce qui concerne la loi applicable et la compétence. Certaines considérations ont mis en évidence la nécessité de disposer d'une approche distincte de la loi applicable aux procédures de restructuration et de pré-insolvabilité par rapport aux procédures d'insolvabilité²¹, particulièrement en raison de l'objectif escompté des procédures de restructuration et de pré-insolvabilité, à savoir un « redressement » plutôt qu'une liquidation des actifs avec répartition des produits entre les créanciers²². Parmi les autres considérations pouvant justifier une analyse distincte de la loi applicable pour les procédures de restructuration par rapport aux procédures d'insolvabilité, on peut citer les difficultés de coordination et les risques de rétention susceptibles de survenir dans le cadre de restructurations traditionnelles à l'amiable²³, la catégorie restreinte de créanciers ciblés par la restructuration²⁴ (les créanciers financiers plutôt que les créanciers d'une entreprise en activité)²⁵ entraînent potentiellement des problèmes liés au critère de collectivité²⁶.
- 14 Une tendance récente a été observée en ce qui concerne une combinaison de procédures de pré-insolvabilité ou de restructuration avec une procédure formelle de restructuration, communément désignée sous le terme de « procédure de redressement ». Cette procédure, qui trouve son origine dans le chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis²⁷, offre une gamme de résultats, allant de redressements financiers mineurs à d'importantes réorganisations, voire à des ventes d'actifs suivies d'une distribution²⁸. Plusieurs ressorts, dont l'Union européenne, Singapour et le Royaume-Uni, ont adapté leurs cadres de restructuration afin de mettre en œuvre des mécanismes de restructuration similaires à ceux présents dans le chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis²⁹.
- 15 Il a été proposé que l'examen des questions de loi applicable devrait être abordé à la lumière des considérations politiques et macroéconomiques entourant les procédures de restructuration et de

¹⁹ Traduction du BP. I. Mevorach et A. Walters, « [The Characterization of Pre-Insolvency Proceedings in Private International Law](#) », (2020) (*en anglais uniquement*), 21 Eur. Bus. Org. Conference Series, 855, p. 858.

²⁰ Traduction du BP. *Ibid.*

²¹ Par ex., que les procédures de restructuration ou de pré-insolvabilité seraient ouvertes sans test d'insolvabilité préalable, et qu'elles diffèrent des procédures d'insolvabilité complète, voir généralement Commission européenne, [Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices](#) (*en anglais uniquement*), mai 2014.

²² Voir, pour un exemple d'accords de pré-insolvabilité par opposition aux procédures d'insolvabilité en Belgique, M. Vanmeenen, « Pre-Insolvency Arrangements: The Belgian Experience » (*en anglais uniquement*), dans R. Parry et P. Omar (eds.), [Reimagining Rescue](#), (2016 : INSOL Europe) p. 161 à 174, p. 163.

²³ U.S. Das, M.G. Papaioannou et C. Trebesch, « [Restructuring Sovereign Debt: Lessons from Recent History](#) » (*en anglais uniquement*), août 2012, p. 8 et 20.

²⁴ H. Eidenmüller, « What is an insolvency proceeding? » (*en anglais uniquement*), [2018] 92 Am. Bank. L.J. 53, p. 54 et 56.

²⁵ I. Mevorach and A. Walters, *supra* note 19, p. 858 et 864.

²⁶ *Ibid.*, p. 876 et 881.

²⁷ *Ibid.* p. 858.

²⁸ A. Gurrea-Martínez, « [The Future of Reorganization Procedures in the Era of Pre-insolvency Law](#) » (*en anglais uniquement*), (2020) 21 Eur. Bus. Org. L.R. 829, p. 834 et 835.

²⁹ *Ibid.*

pré-insolvabilité, étant donné que les procédures de pré-insolvabilité pourraient être considérées comme une résolution privée *de facto*, pouvant s'inscrire dans le cadre d'arrangements contractuels³⁰. Toutefois, des interrogations persistent quant à la nécessité d'une reconnaissance universelle des procédures de restructuration et aux implications de la collectivisation des procédures de restructuration, susceptibles de compromettre l'autonomie privée des débiteurs contractuels et les attentes légitimes des créanciers concernant l'instance pour la résolution des litiges et la loi applicable aux procédures de restructuration³¹.

V. Proposition soumise au CAGP

16 Compte tenu de ce qui précède et des ressources disponibles, le BP propose les C&D suivantes :

- Le CAGP se félicite de la collaboration instaurée 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, et enjoint au BP de continuer à contribuer aux travaux de la CNUDCI sur ce sujet. Le CAGP remercie le Professeur Francisco Garcimartín pour son engagement, qui vient s'ajouter à 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 mandat de continuer à suivre de près les évolutions concernant les questions de droit international privé ayant trait à l'insolvabilité et à la restructuration, y compris les questions liées au traitement des transactions et des actifs numériques dans les procédures d'insolvabilité. Le BP fera rapport au CAGP lors de sa réunion de 2025.

³⁰ I. Mevorach and A. Walters, *supra* note 8, p. 874.

³¹ G. Cuniberti, *supra*, note 24, p. 67 et 68.