

11 décembre 2023
Français
Original : anglais/français

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Soixante-troisième session
Vienne, 11-15 décembre 2023

Exceptions à la *lex fori concursus* – procédures arbitrales en cours

Contribution du GRIP 21

I. Introduction

1. Les documents de travail du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) de la CNUDCI communiqués contiennent des éléments intéressants, qui méritent un examen dans la perspective comparative des projets de texte et des principes du droit français.

II. Remarques générales

2. La distinction faite entre les trois phases mentionnées (convention d'arbitrage, procédure arbitrale et exécution de la sentence) est pertinente.
3. De même, une distinction justifiée est faite entre la loi du siège du tribunal arbitral (pour les questions procédurales bien que la loi du « site » de l'arbitrage, s'il ne coïncide pas avec l'État où le tribunal est établi (« le siège » de l'arbitrage »), peut également avoir un effet sur certains aspects procéduraux tel que la comparution obligatoire d'un témoin, etc. ...) et la loi choisie par les parties (pour l'arbitrage proprement dit).
4. Cela devrait permettre au Groupe de travail d'établir une matrice pour chacune des trois parties (convention, procédure et exécution) avec les propositions de droit applicable.

III. Remarques sur l'application de la *lex fori concursus* en matière d'arbitrage

5. En ce qui concerne la convention d'arbitrage, il faut sans doute faire prévaloir la loi de l'arbitrage pour sa définition et sa validité, tout en introduisant une sous-distinction, selon que le débiteur partie à la procédure d'arbitrage est *in possession* ou dessaisi.



6. En effet, au paragraphe 22 (A/CN.9/WG.V/WP.190, p. 22 (FR)), la référence à la Convention de New York (qui oblige les tribunaux des États parties à donner pleinement effet aux conventions d'arbitrage en renvoyant les parties à un litige en violation de leur convention d'arbitrage à la loi de l'arbitrage) ne précise pas la situation du débiteur insolvable (*in possession* ou dessaisi).

7. En outre, il pourrait être utile également de faire figurer cette sous-distinction à tous les stades dans la matrice.

8. Le projet de dispositions législatives intègre également les conventions d'arbitrage au sein de la catégorie du « traitement des contrats (...) » au point 1 h) (A/CN.9/WG.V/WP.190, p. 16 (FR)).

9. Une convention d'arbitrage ne devrait pas être, selon nous, qualifiée de contrat en cours, elle est un accord limité aux modalités de règlement d'un litige et non un cadre contractuel relatif à la fourniture de prestations au débiteur.

10. À ce titre, (cf. *infra*) la comparaison devrait sans doute avoir lieu avec une instance judiciaire en cours d'autant plus que la sentence arbitrale équivaut pour l'essentiel à un jugement et se distingue ainsi du contrat en cours contenant la clause compromissoire.

IV. Remarques sur l'exception à l'application de la *lex fori concursus* en matière d'arbitrage

1. Remarque générale

11. Concernant la phase de l'exécution d'une sentence arbitrale, la *lex fori concursus* devrait primer, sauf application de la loi du lieu d'exécution, en raison de la règle impérative de l'arrêt des poursuites découlant de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et de l'ordre public.

12. La situation procédurale d'une procédure d'arbitrage en cours et de son processus nécessite un examen particulier, puisqu'il faut ici combiner la procédure d'arbitrage et la *lex fori concursus* ; un renvoi pur et simple à la loi de l'arbitrage n'est pas satisfaisant (une remarque similaire pourrait être faite pour une instance judiciaire), à l'instar de la proposition de reformulation de la CNUDCI soumise à la prochaine réunion du Groupe de travail :

« Les effets de la procédure d'insolvabilité sur [*limites du champ d'application de la présente exception dont conviendra le Groupe de travail*] des procédures arbitrales en cours concernant la masse de l'insolvabilité qui est administrée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité en question sont régis par la *lex arbitri* ».

13. À notre avis, il serait opportun d'abord de distinguer selon la situation du débiteur et le type de procédure.

14. La solution serait différente :

- a) selon que le débiteur est *in possession* ou dessaisi ;
- b) selon sa position procédurale, comme demandeur ou défendeur ;
- c) selon les règles de la procédure d'insolvabilité ouverte.

2. Si l'exception à la *lex fori concursus* devait être conservée mais avec le souci d'en réduire sa portée

15. À ce stade, le Groupe de travail a débattu de la loi qui régirait la suspension d'une procédure arbitrale en cours lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, et notamment la conduite de l'arbitrage.

16. Il a toutefois été indiqué que d'autres questions devraient être abordées, comme celle de savoir quelle loi régirait les effets de la procédure d'insolvabilité sur la capacité du débiteur à recourir à l'arbitrage.

17. Le GRIP 21 propose de procéder à une « distribution » des lois selon la matière. Cette distribution pourrait conduire à envisager les orientations suivantes :

a) Conserver dans le domaine de la *lex fori concursus* :

- i) l'effet de l'ouverture de la procédure sur la capacité à agir du débiteur ;
- ii) les pouvoirs du praticien de l'insolvabilité ;
- iii) l'effectivité de l'arrêt des poursuites individuelles ;
- iv) l'exception d'ordre public (y compris lors de la demande de reconnaissance de la sentence arbitrale) ;
- v) l'annulation éventuelle d'un paiement obtenu en exécution d'une sentence arbitrale (dans le cadre d'une action révocatoire).

18. À noter que l'arrêt des poursuites individuelles s'applique en règle générale à une procédure d'arbitrage sauf dans le cas où la loi de l'insolvabilité ne considère pas cette règle comme étant absolue. En ce cas, le tribunal saisi de la procédure d'insolvabilité pourrait autoriser par une décision motivée la poursuite de la procédure d'arbitrage. Cela pourrait viser notamment les cas suivants :

- a) lorsque le débiteur est demandeur dans la procédure d'arbitrage et n'est pas dessaisi par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité,
- b) lorsque la poursuite de la procédure d'arbitrage est dans l'intérêt des créanciers,
- c) lorsque l'arrêt des poursuites individuelles produit des effets anormalement préjudiciables à l'autre partie,
- d) dans le cas d'une procédure d'arbitrage international (condition à discuter).

19. En ce qui concerne la phase de l'exécution d'une sentence arbitrale, l'arrêt des poursuites résultant de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité fait normalement obstacle à l'exécution de cette sentence à l'égard du patrimoine du débiteur situé dans l'État où la procédure d'insolvabilité est ouverte, ainsi que dans le cas où la procédure d'insolvabilité a un effet universel ou a été expressément reconnue dans l'État où l'exécution est poursuivie.

b) Renvoyer à la « *lex arbitri* » :

- i) la définition du moment où la procédure arbitrale commence (saisine de l'institution arbitrale, constitution du tribunal, acceptation des arbitres, etc...) ;
- ii) les modalités d'intervention du praticien de l'insolvabilité dans la procédure arbitrale ;
- iii) les restrictions éventuelles du pouvoir du débiteur à demander la reconnaissance internationale de la procédure collective devant le tribunal arbitral ;
- iv) les aspects procéduraux de l'arrêt des poursuites individuelles ;
- v) l'application éventuelle du droit de l'insolvabilité de l'État où le tribunal arbitral est établi, (au sens du « siège de l'arbitrage ») ou, selon la question posée, le droit de l'insolvabilité de l'État où l'arbitrage a lieu (« le site de l'arbitrage », par exemple pour la convocation des témoins).

3. Sur l'impact de l'article 18 du Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité (2015)

20. Les dispositions correspondantes du Règlement (UE) 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité du 20 mai 2015 sont rédigées de manière très générale :

« Les effets de la procédure d'insolvabilité sur une instance ou une procédure arbitrale en cours concernant un bien ou un droit qui fait partie de la masse de l'insolvabilité d'un débiteur sont régis exclusivement par la loi de l'État membre dans lequel l'instance est en cours ou dans lequel le tribunal arbitral a son siège » (Règlement UE 2015/848, art. 18).

21. Cette règle n'aborde pas les difficultés évoquées ci-dessus.

22. Tout au plus, un rapprochement pourrait être envisagé par le Groupe de travail de la CNUDCI entre une instance arbitrale et une instance judiciaire en cours, par exemple en considérant que les règles relatives à l'instance judiciaire en cours s'appliquent sauf dispositions spéciales de la loi applicable à la procédure d'arbitrage.

AUTRES QUESTIONS EN SUSPENS :

4. Faut-il limiter l'exception à la *lex fori concursus* aux procédures arbitrales étrangères se déroulant en dehors de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ?

23. Selon le document de travail (A/CN.9/WG.V/WP.190, par. 27, p. 39 (FR)), le projet de disposition législative à adopter pourrait se lire comme suit :

« Lorsque la procédure arbitrale étrangère se déroule sur le territoire d'un État autre que l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte », « les effets de la procédure d'insolvabilité sur [*limites du champ d'application de la présente exception dont conviendra le Groupe de travail*] des procédures arbitrales en cours concernant la masse de l'insolvabilité qui est administrée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité en question sont régis par la *lex arbitri* ».

24. Le GRIP 21 propose les modifications suivantes :

« Lorsque la procédure arbitrale ~~étrangère~~ se déroule ~~sur le territoire d'un~~ **devant un tribunal arbitral établi dans un** État autre que l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte », « les effets de la procédure d'insolvabilité sur [*limites du champ d'application de la présente exception dont conviendra le Groupe de travail*] des procédures arbitrales en cours concernant la masse de l'insolvabilité qui est administrée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité en question sont régis par la *lex arbitri* ».

25. La référence à la procédure arbitrale « étrangère » n'est pas nécessaire en raison du fait que celle-ci se « déroule sur le territoire d'un État autre que l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte ».

26. Si la disposition législative ci-dessus ne devait pas se limiter aux procédures arbitrales étrangères, il faudrait veiller à conserver une cohérence avec l'incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur une procédure arbitrale interne soumise au droit français.

27. La procédure se déroule devant un tribunal et non sur le territoire d'un État ; ce qui rejoint les préoccupations de la CNUDCI à propos du « lieu de l'arbitrage ».

28. Il conviendrait d'ailleurs dans le commentaire des dispositions législatives, et à chaque fois que cela est nécessaire, de rappeler la différence entre la loi du « siège » de l'arbitrage (loi applicable aux questions de procédure) et la loi du « site » de l'arbitrage (loi applicable à certaines questions afférentes au déroulement de la procédure, par ex. la comparution obligatoire d'un témoin (cf. *infra*).

5. Si la référence à la « *lex arbitri* » devait apparaître dans les dispositions législatives, il conviendrait d'en proposer une définition

29. Au paragraphe 28 (A/CN.9/WG.V/WP.190, p. 39 (FR)), il est dit ce qui suit :

Il pourrait être utile de préciser dans cette définition, ou dans le commentaire correspondant, que la *lex arbitri* engloberait non seulement la loi de l'arbitrage mais aussi la loi sur l'insolvabilité de l'État où a lieu l'arbitrage, et que la référence au lieu d'arbitrage devrait être comprise comme désignant le lieu juridique de l'arbitrage, et non l'emplacement géographique physique ni un lieu en ligne où la procédure est susceptible d'être conduite.

30. Le GRIP 21 est en accord avec la nécessité de différencier la loi du « siège de l'arbitrage » (l'examen de l'arbitrage proprement dit) de la loi du « site » de l'arbitrage étant donné que le lieu de l'arbitrage n'est pas nécessairement celui où se tiennent les audiences ou les réunions, qui peuvent se tenir dans un lieu différent ou à distance, bien que cette dissociation puisse être source de difficultés dans le cadre d'un recours contre la sentence arbitrale, de son annulation ou de la phase d'exécution.

31. En définitive, la « *lex arbitri* » devrait être, sauf disposition contraire, la loi de l'État où le tribunal arbitral est établi (où il a son « siège »), indépendamment du lieu où la procédure arbitrale est effectivement conduite (la loi du « site »).

32. Quant à la référence à la « *lex arbitri* » qui engloberait « *la loi sur l'insolvabilité de l'État où a lieu l'arbitrage* », cette interprétation devrait être examinée avec soin car elle peut créer une confusion¹.

IV. Modifications du commentaire

33. Il est proposé d'apporter les modifications suivantes (en gras et souligné) au paragraphe 34 du document A/CN.9/WG.V/WP.190 (p. 41 (FR)) :

« Le commentaire pourrait indiquer que :

i) tous les États ne prévoient pas une suspension des procédures arbitrales en cours, certains prévoyant plutôt une suspension de l'exécution des sentences arbitrales ;

ii) des difficultés pratiques peuvent apparaître lorsqu'il est donné effet à la suspension d'une procédure arbitrale en cours, en raison de l'indépendance relative des procédures arbitrales étrangères par rapport au système juridique de l'État dans lequel ces procédures se déroulent (Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 180) ;

iii) les sentences rendues dans des procédures arbitrales qui se sont déroulées au mépris de la suspension ou d'autres règles imposées par la *lex fori concursus* (par exemple, le dessaisissement du débiteur qui n'est plus autorisé à exploiter l'entreprise et n'a plus capacité pour représenter la masse de l'insolvabilité dans la procédure arbitrale) sont nulles **ou peuvent être annulées** dans certains États, alors que dans d'autres elles peuvent être reconnues et exécutées **dans des situations particulières** ;

¹ Voir point IV.2 de la présente note relative à la proposition du GRIP 21 de procéder à une distribution des lois selon la matière, et en particulier b) « renvoi à la « *lex arbitri* » », dernier tiret où il est proposé de renvoyer à la « *lex arbitri* » : « - l'application éventuelle du droit de l'insolvabilité de l'État où le tribunal arbitral est établi, (au sens du « siège de l'arbitrage ») ou, selon la question posée, le droit de l'insolvabilité de l'État où l'arbitrage a lieu (« le site de l'arbitrage », par exemple pour la convocation des témoins) ».

iv) dans la plupart des États, il existe un nombre limité de motifs pour annuler une sentence arbitrale étrangère ou en refuser la reconnaissance ou l'exécution (Voir article V de la Convention de New York et articles 34 et 36 de la LTA) ; et

v) il peut ne pas être nécessaire de faire reconnaître et exécuter la sentence, par exemple lorsque celle-ci est exécutée volontairement, d'où le risque accru que l'exécution se fasse au profit de la mauvaise personne (le débiteur dessaisi, par exemple), ce qui obligera ensuite à localiser et recouvrer les actifs, tout cela allant à l'encontre des objectifs d'une procédure d'insolvabilité efficace et effective **et à l'ordre public.** »

V. Conclusion

34. La distinction parfois faite entre le droit substantiel et la procédure résulte de l'essence même du droit international privé mais certaines recommandations prévoyant le cumul des règles applicables (application distributive des règles en fonction de la situation du débiteur) devraient être acceptables par tous.
