



Assemblée générale

Distr. limitée
8 octobre 2013
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies pour
le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Quarante-quatrième session
Vienne, 16-20 décembre 2013

Droit de l'insolvabilité

Informations générales sur les sujets qui relèvent du mandat actuel du Groupe de travail V et les sujets proposés pour les travaux futurs

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-2	3
I. Mandat actuel du Groupe de travail V	3-25	3
A. Faciliter les procédures d'insolvabilité internationale visant des groupes d'entreprises multinationaux	3-6	3
B. Convention sur certaines questions ayant trait à l'insolvabilité internationale .	7-16	5
C. Insolvabilité de grandes institutions financières complexes	17-22	9
D. Obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité	23-25	11
II. Sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs	26-49	12
A. Questions concernant les créanciers et les créances	26-34	12
B. Traitement des contrats financiers et de la compensation globale dans le contexte de l'insolvabilité	35-38	15
C. Réglementation régissant les praticiens de l'insolvabilité	39-41	16
D. Exécution des jugements liés à l'insolvabilité	42-43	17



E.	Traitement des contrats sur la propriété intellectuelle dans les affaires d'insolvabilité internationale	44-49	18
III.	Procédures accélérées et simplifiées, notamment les procédures négociées au préalable et autres mécanismes adaptés au traitement de l'insolvabilité des micro, petites et moyennes entreprises.	50-56	20

Introduction

1. En juillet 2013, la Commission a adopté le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type de la CNUDCI), qui contient des ajouts sur le concept de "centre des intérêts principaux", et la quatrième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité), qui traite des obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité. La Commission a noté toutefois que le mandat actuel du Groupe de travail V relatif notamment au "centre des intérêts principaux" n'était pas épuisé du fait de la finalisation du Guide pour l'incorporation et l'interprétation et que des questions ayant trait aux groupes d'entreprises restaient à traiter. Elle est convenue que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) devrait tenir un colloque les premiers jours de sa session prévue au deuxième semestre 2013 pour préciser comment il traiterait les questions touchant aux groupes d'entreprises et à d'autres parties de son mandat actuel. Il devrait également examiner des thèmes qui pourraient faire l'objet de travaux futurs, y compris les questions d'insolvabilité propres aux micro, petites et moyennes entreprises. Les conclusions du colloque ne seraient pas déterminantes, mais elles devraient être examinées et évaluées par le Groupe de travail pendant les autres jours de sa session, dans le contexte du mandat actuel. Les thèmes pouvant faire l'objet de travaux futurs devraient être indiqués à la Commission en 2014¹.

2. La présente note du secrétariat contient: a) des informations générales sur les sujets qui relèvent du mandat actuel du Groupe de travail V et des références aux documents pertinents de la CNUDCI; et b) des informations et propositions sur les sujets qui pourraient faire l'objet de travaux futurs dans le domaine du droit de l'insolvabilité.

I. Mandat actuel du Groupe de travail V

A. Faciliter les procédures d'insolvabilité internationale visant des groupes d'entreprises multinationaux

1. Références de la CNUDCI

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, troisième partie

Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale

A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, paragraphes 5 à 12

A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, paragraphes 2 à 17

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, paragraphes 10 à 15

A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, paragraphes 3 à 13

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17* (A/68/17), par. 326.

A/CN.9/WG.V/WP.99, paragraphes 55 à 64

A/CN.9/618, paragraphe 54

A/CN.9/666, paragraphes 26 et 27

A/CN.9/671, paragraphes 18 à 23

A/CN.9/738, paragraphes 36 et 37

A/CN.9/WG.V/WP.114

2. Historique

3. Dans une proposition soumise en 2006, il avait été noté que, comme les sociétés menaient de plus en plus souvent leurs activités au niveau national comme international, par l'intermédiaire de "groupes d'entreprises", ceux-ci étaient devenus un élément important de l'économie mondiale et jouaient un rôle majeur dans le commerce international. Comme suite à cette proposition, le Groupe de travail V avait entrepris des travaux dans le domaine du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. Celle-ci soulignait également que, malgré l'importance des groupes d'entreprises dans le commerce international et la nécessité de savoir comment ils seraient traités en cas d'insolvabilité, ainsi que d'adopter des mécanismes rapides et efficaces pour résoudre leurs difficultés financières, très peu d'États, sinon aucun, reconnaissaient ces groupes en tant que personnes morales distinctes et avaient mis en place un régime général pour leur traitement en cas d'insolvabilité.

4. En 2010, la Commission a adopté la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI consacré au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, dans les contextes national et international.

5. Après avoir terminé la troisième partie, le Groupe de travail V a été chargé d'examiner certains aspects du concept de "centre des intérêts principaux" utilisé dans la Loi type de la CNUDCI, afin de donner des orientations et des informations supplémentaires sur son interprétation et son application. À sa quarante-deuxième session (2012), il a estimé qu'il fallait d'examiner la question du centre des intérêts principaux ayant trait aux groupes d'entreprises parce que ces derniers réalisaient actuellement la plus grande partie de l'activité commerciale; que son mandat tel qu'approuvé initialement en ce qui concerne le centre des intérêts principaux incluait bien le centre des intérêts principaux dans le contexte des groupes d'entreprises; et que cette question devrait être traitée lorsque seraient terminées les révisions qu'il était proposé d'apporter au Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type (A/CN.9/763, par. 13 et 14).

6. Le document A/CN.9/WG.V/WP.114 (quarante-troisième session du Groupe de travail) contient un résumé des documents de travail examinés lors de précédentes sessions du Groupe de travail sur la question de la détermination du centre des intérêts principaux ou d'un centre de coordination des groupes d'entreprises, en particulier au niveau international, et les conclusions formulées par le Groupe de travail à l'issue de cet examen. Il n'est pas possible de reproduire dans la présente note les informations fournies dans ces documents, mais les conclusions du Groupe de travail mettent en évidence les difficultés que soulève l'application de cette notion aux groupes d'entreprises et rend compte de l'approche adoptée dans la

troisième partie du Guide législatif, qui privilégie la coopération et la coordination dans le cadre des procédures internationales touchant les groupes d'entreprises.

B. Convention sur certaines questions ayant trait à l'insolvabilité internationale²

1. Références de la CNUDCI

A/CN.9/686

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, deuxième partie, chapitre premier, paragraphes 80 à 91 et recommandations 30 à 34

Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, chapitre XII, paragraphes 14 à 17 et recommandation 223

2. Historique

7. À sa trente-septième session (2009), le Groupe de travail était saisi:

“127. ... d'une proposition de l'Union internationale des avocats (UIA) concernant une éventuelle convention internationale dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale, qui pourrait aborder les questions suivantes:

- a) L'accès des représentants de l'insolvabilité étrangers aux tribunaux;
- b) La reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère (qui permettrait de conférer à cette procédure les droits d'une procédure nationale ou qui entraînerait l'ouverture d'une procédure secondaire); et
- c) La coopération et la communication entre représentants de l'insolvabilité et tribunaux.

128. Si un accord sur ces questions semblait possible, la convention internationale pourrait également, selon cette proposition, contenir des dispositions sur:

- a) La compétence directe (“convention double”) [pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale ou non principale];
- b) La loi applicable (“convention triple”, pourrait faire l'objet d'un protocole séparé).³”

8. L'élaboration d'une convention internationale a été appuyée par le Groupe de travail, mais des réserves ont été exprimées sur la possibilité de parvenir à un accord, compte tenu en particulier des difficultés rencontrées dans le passé dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale.

² Cette question a été initialement proposée par l'Union internationale des avocats (UIA) avec le soutien de l'Association internationale du barreau (IBA). Le texte figurant dans le présent document a été révisé pour tenir compte des informations supplémentaires soumises par ces deux organisations.

³ Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-septième session (A/CN.9/686).

9. À sa trente-huitième session (2010), dans le cadre de la poursuite de l'examen des sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs, le Groupe de travail a noté que la proposition d'entreprendre des travaux pour donner des orientations et des informations supplémentaires sur le concept de centre des intérêts principaux tel qu'il est employé dans la Loi type de la CNUDCI (le projet de révision du Guide pour l'incorporation de la Loi type adopté par la Commission en 2013) et la proposition d'élaborer une convention étaient liées. Selon un avis qui a recueilli un soutien considérable, le Groupe de travail pourrait, comme il l'avait fait lors de précédents travaux, aborder les sujets de manière à ne pas exclure l'élaboration d'une convention. Le mandat confié par la Commission en 2010 tenait compte de cette possibilité⁴.

10. Toujours à sa trente-huitième session, le Groupe de travail était saisi de commentaires (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6) par lesquels l'Association internationale du barreau exprimait le soutien de juristes du monde entier à la proposition de l'Union internationale des avocats (UIA) visant à élaborer une convention internationale sur l'insolvabilité pour encourager la coopération et la coordination judiciaires et administratives dans les affaires d'insolvabilité internationale, y compris celles concernant les groupes d'entreprises. L'Association internationale du barreau a noté que la coopération internationale dans les affaires d'insolvabilité internationale restait insuffisante en dépit de la Loi type de la CNUDCI et que cette situation menaçait le développement du commerce international et la croissance économique. Les conflits judiciaires et administratifs transnationaux entraînaient souvent la suppression d'emplois, la dévalorisation des entreprises, une mauvaise utilisation des ressources et des litiges transfrontaliers onéreux. Les lignes directrices sur la communication et la coopération entre les tribunaux et d'autres outils similaires, bien que très utiles, n'étaient pas systématiquement utilisés. Une convention sur l'insolvabilité traitant essentiellement des questions de procédure comme la reconnaissance et l'exécution transfrontalière des décisions et la coopération et la communication judiciaires et administratives internationales pourrait permettre de traiter efficacement ces problèmes.

11. Dans d'autres documents, l'UIA a fait les observations suivantes:

a) En raison de différences entre les régimes d'insolvabilité de certains États, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale n'a été incorporée dans les systèmes juridiques nationaux que de manière limitée. Eu égard à cette situation, une convention internationale⁵ serait la solution technique la plus adaptée

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 259.

⁵ Le Groupe de travail se souviendra peut-être que les rédacteurs de la Loi type étaient partis du principe que le texte final serait une loi type et non une convention. Ce choix était dicté par l'existence d'un lien étroit entre le droit de l'insolvabilité et les règles nationales de procédure civile et judiciaire, qui variaient considérablement d'un État à l'autre. Il l'était aussi par la volonté d'achever les travaux en 1997; à la trentième session de la Commission en 1997, lors de la finalisation de la Loi type, il a été généralement reconnu qu'un traité exigerait des négociations supplémentaires, et serait beaucoup plus complexe sur le plan technique qu'une loi type et que le texte final serait difficile à accepter du fait d'une procédure d'adoption plus compliquée, sans pour autant améliorer à court terme de quelque façon que ce soit la situation de l'insolvabilité internationale. L'Association internationale du barreau a noté en particulier que l'on n'avait pas encore réussi à élaborer des traités multilatéraux de large portée dans le

pour harmoniser et codifier le droit international de l'insolvabilité, et faciliter la reconnaissance mutuelle des procédures d'insolvabilité étrangères dans les États parties;

b) La nécessité d'élaborer une convention internationale est devenue encore plus manifeste dans le contexte des procédures d'insolvabilité touchant des groupes d'entreprises. En raison de l'absence d'instruments contraignants régissant les aspects internationaux de l'insolvabilité des groupes d'entreprises, il est impossible de trouver des solutions cohérentes en appliquant la législation interne des États et cela n'est pas propice à la mise au point de procédures d'insolvabilité internationales et de plans de redressement des groupes d'entreprises. Une convention internationale apporterait des solutions pour les groupes d'entreprises dans la mesure où elle permettrait la reconnaissance des procédures étrangères, donnerait aux représentants de l'insolvabilité étrangers accès aux tribunaux des autres États parties et assurerait la coopération et la coordination entre les diverses procédures d'insolvabilité des groupes d'entreprises;

c) L'élaboration d'une convention internationale se ferait sur la base des articles de la Loi type de la CNUDCI et de son Guide pour l'incorporation et l'interprétation, auxquels pourraient être associées les recommandations figurant dans le Guide législatif de la CNUDCI, y compris les dispositions de la troisième partie portant sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. Dans le cadre de ces travaux préliminaires, on pourrait également prendre en considération d'autres textes de référence sur la question comme le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil européen en date du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui s'est révélé extrêmement utile et efficace au sein de l'Union européenne;

d) Le consensus au sein du Groupe de travail V sur les textes de la CNUDCI déjà adoptés dans le domaine de l'insolvabilité internationale a facilité l'émergence de l'*opinio juris* nécessaire pour l'élaboration d'une convention internationale;

e) Surtout dans le contexte international, l'approche du droit souple a atteint les limites de son efficacité. La crise mondiale a montré que des instruments juridiques contraignants étaient nécessaires pour donner davantage de garanties et assurer une plus grande sécurité juridique en cas d'insolvabilité internationale, en particulier dans les procédures concernant les groupes d'entreprises internationaux; et

f) Si le Groupe de travail V de la CNUDCI est l'organisme international le plus compétent et le mieux adapté pour élaborer une telle convention internationale, une coopération et une coordination avec d'autres organisations régionales et

domaine de l'insolvabilité internationale et que "l'élaboration de dispositions législatives types [offrait] les meilleures chances de voir adopter des dispositions de nature à améliorer réellement, dans la pratique, les procédures d'insolvabilité transnationale" (Annuaire de la CNUDCI, vol. XXVIII: 1997, troisième partie, par. 41, p. 356). D'autres représentants ont estimé qu'il fallait avant d'adopter des dispositions types examiner la possibilité d'élaborer un traité. Lors de l'adoption de la Loi type, la Commission a décidé qu'elle en évaluerait l'impact et l'expérience résultant de son application, avant de se prononcer sur l'élaboration d'un traité (Annuaire de la CNUDCI, vol. XXVIII: 1997, deuxième partie, par. 20, p. 47). Aucune autre activité n'a été entreprise à ce jour.

internationales spécialisées comme la Conférence de La Haye de droit international privé et avec la Commission européenne seraient nécessaires.

12. La proposition de l'UIA a été complétée par une proposition de l'International Insolvency Institute (III) sur la question du choix de la législation applicable en cas de faillite internationale, qui soulève les points supplémentaires présentés ci-dessous.

13. Une approche harmonisée pour le choix de la législation applicable dans les affaires d'insolvabilité internationale pourrait nettement améliorer la coordination de la liquidation et du sauvetage d'entreprises transnationales. Les questions centrales qui pourraient être examinées en premier lieu pourraient être la loi applicable pour déterminer le rang de priorité des créances non garanties ou le choix de la loi applicable à la propriété intellectuelle ou d'autres droits incorporels sur des biens. Ces questions ont été soulevées dans de nombreuses affaires d'insolvabilité internationale et d'importants problèmes subsistent en ce qui concerne la cohérence et la prévisibilité des démarches utilisées. Même sans aller jusqu'à harmoniser les dispositions de fond du droit de l'insolvabilité, l'harmonisation des règles en matière de choix de la législation applicable aux affaires d'insolvabilité internationale permettrait de renforcer la cohérence, la sécurité et la prévisibilité et d'améliorer et de rationaliser le contenu de ces règles.

14. Ces travaux pourraient compléter les efforts que déploie la CNUDCI pour mieux coordonner l'administration des affaires internationales et dont la Loi type et le Guide législatif sont le résultat. Une large préséance accordée à la loi du centre des intérêts principaux du débiteur pourrait faciliter une gouvernance coordonnée en centralisant l'administration et la direction d'une affaire d'insolvabilité, mais est également susceptible d'étendre les principes de répartition des pertes au-delà des frontières nationales. Donner un champ d'application étendu à la législation locale pourrait compromettre l'administration d'une affaire d'insolvabilité, mais limiterait la mesure dans laquelle le choix du for de l'insolvabilité porterait atteinte aux droits définis à l'échelle nationale. Des solutions permettant de faire une distinction entre les règles "de procédure" en matière d'insolvabilité et celles qui touchent aux droits fondamentaux, ou de déterminer les aspects particuliers pour lesquels les intérêts locaux priment pourraient être envisagées.

15. On pourrait d'abord étudier si la loi du for déterminerait de manière incontestable les principes d'insolvabilité applicables (selon qu'il s'agit d'une procédure principale ou non principale). On pourrait ensuite examiner dans quel cas le tribunal compétent dans une procédure non principale devrait appliquer la loi sur l'insolvabilité de la procédure principale et déterminer d'autres circonstances dans lesquelles un tribunal compétent pourrait donner la préséance à la loi sur l'insolvabilité d'un autre pays (indépendamment de la question de savoir si une procédure était pendante dans cet autre pays). Les principes ordinaires du droit international privé pourraient continuer de régir les questions ne relevant pas du droit de l'insolvabilité comme celle de la validité ou de la non-validité des créances.

16. Ces travaux pourraient influencer et renforcer ceux qui seront entrepris sur l'application du concept de centre des intérêts principaux aux groupes d'entreprises. Ils pourraient également faciliter l'adoption de la Loi type et des principes qui la sous-tendent. Si la loi du for principal détermine la loi applicable au groupe, la coordination sera facilitée. Une application plus étroite pourrait réduire les risques

d'inobservation des droits et principes locaux et encourager la coopération, mais rendre la coordination plus difficile. Il a été estimé que la CNUDCI était dans une situation unique pour entreprendre de tels travaux compte tenu de son expérience et de ses compétences dans le domaine du droit de l'insolvabilité, mais que ceux-ci pourraient être menés en coordination avec d'autres organisations internationales compétentes dans le domaine du choix de la loi applicable comme la Conférence de La Haye de droit international privé.

C. Insolvabilité de grandes institutions financières complexes

1. Références de la CNUDCI

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5

A/CN.9/709

A/CN.9/WG.V/WP.109

A/CN.9/WG.V/WP.118

2. Historique

17. À sa quarante-troisième session (2010), la Commission a examiné une proposition de la délégation suisse en vue de la réalisation d'une étude sur la faisabilité d'un instrument relatif à la résolution⁶ internationale des défaillances de grandes institutions financières complexes (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 et A/CN.9/709, par. 5). Il a été convenu que le Secrétariat établirait un rapport détaillé sur tout ou partie d'un ensemble de questions⁷.

18. Une première note établie par le Secrétariat porte essentiellement sur le paragraphe c) de la proposition et décrit les travaux entrepris (et en cours) dans le cadre d'organisations internationales à savoir le Conseil de la stabilité financière, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, le Fonds monétaire international (FMI) et, à l'échelle régionale, l'Union européenne. On y examine également la relation entre ces travaux et ceux accomplis par la CNUDCI dans le domaine international et en ce qui concerne les groupes d'entreprises, sachant que les institutions financières sont

⁶ Il faut entendre par "résolution" la restructuration d'une institution aux fins d'assurer la poursuite de ses fonctions essentielles, d'en préserver la stabilité financière et d'en rétablir la viabilité en tout ou en partie.

⁷ Ces questions étaient les suivantes: "a) Recensement des questions se rattachant ou spécifiques à la liquidation de grandes institutions financières complexes; b) Réalisation d'une étude comparative de certains ordres juridiques s'agissant des mécanismes visant à assurer la coopération internationale lors de la liquidation de grandes institutions financières complexes; c) Recensement et récapitulation des travaux réalisés ou actuellement entrepris par d'autres organismes, et exposé succinct de la teneur des travaux menés, le cas échéant, dans ce domaine; d) Identification des domaines et des questions juridiques auxquels les principes énoncés dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité de 2004 et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997 pourraient ou devraient s'appliquer directement ou par analogie; e) Recensement d'autres solutions qui pourraient être mises à profit pour faciliter et assurer la coopération internationale lors de la liquidation de grandes institutions financières complexes; f) Diffusion de recommandations portant sur les travaux que pourraient entreprendre la CNUDCI ou d'autres organismes, ainsi que les législateurs nationaux ou les organismes de réglementation dans les domaines recensés."

actuellement exclues du champ d'application de tous les instruments pertinents adoptés par la CNUDCI. Le Secrétariat a établi, pour la quarante-quatrième session du Groupe de travail, une deuxième note qui donne des informations actualisées sur les travaux présentés dans la première (A/CN.9/WG.V/WP.118).

19. La première note souligne en particulier l'utilité pratique des Caractéristiques principales d'un régime de résolution efficace pour les institutions financières (Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions) (les "Caractéristiques principales")⁸, élaborées par le Conseil de la stabilité financière et approuvées par le G-20 en 2011⁹. Les Caractéristiques principales visent à établir des normes internationales pour des régimes de résolution efficaces et à encourager la convergence internationale, et leur application exige des modifications législatives dans de nombreux pays. La Caractéristique principale 7.5 contient une règle spéciale sur la reconnaissance et la coopération transfrontières qui est ainsi libellée:

"Les pays devraient prévoir des processus transparents et rapides pour donner effet aux mesures de résolution étrangères, soit par le biais d'une reconnaissance mutuelle, soit en adoptant dans le cadre du régime de résolution interne, des mesures qui appuient les mesures de résolution prises par l'autorité de résolution étrangère d'origine et qui sont compatibles avec elles. Cette reconnaissance ou ces mesures d'appui permettraient à une autorité de résolution étrangère d'origine de prendre rapidement le contrôle de l'entreprise (de ses succursales ou des actions de ses filiales) ou de ses avoirs qui se situent dans le pays d'accueil, le cas échéant, lorsque l'entreprise fait l'objet de mesures de résolution conformément à la législation du pays d'origine. [...]"

20. Bien que l'importance de la question ait été largement reconnue, aucune mesure concrète n'ayant donné des résultats tangibles n'a été prise à ce jour pour élaborer plus avant un tel cadre juridique à l'échelle mondiale. Au niveau régional, la Directive de l'UE sur la liquidation¹⁰ prévoit la reconnaissance mutuelle et l'exécution dans tous les États membres de l'UE des décisions concernant l'assainissement ou la liquidation des banques et sociétés d'assurance ayant des filiales dans des États membres autres que ceux où se trouve leur siège statutaire. En outre, le projet de directive européenne sur le redressement et la résolution des défaillances¹¹ prévoit la création future d'un mécanisme de reconnaissance entre les pays de l'Union européenne et des pays tiers.

⁸ http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf (7 octobre 2013).

⁹ Se fondant sur cette décision, les dirigeants du G-20 ont notamment fait la déclaration suivante le 6 septembre 2013: "Nous réaffirmons notre volonté d'entreprendre toutes les réformes nécessaires pour appliquer pleinement les Caractéristiques principales du Conseil de la stabilité financière [...]. Nous prendrons les mesures voulues pour éliminer les obstacles à la résolution transfrontière [...]" (<<http://www.g20.org/documents/>> (7 octobre 2013)), par. 68.

¹⁰ Directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, accessible à l'adresse: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:125:0015:0023:fr:PDF>

¹¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement, accessible à l'adresse: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/13/st11/st11148-re01.fr13.pdf> (7 octobre 2013)

21. Le démantèlement non ordonné d'institutions financières s'est révélé très nuisible pour les économies nationales. Étant donné qu'un mécanisme efficace de résolution internationale pourrait limiter ces dommages à l'avenir, il semble fortement souhaitable d'élaborer un tel mécanisme à l'échelle mondiale. Celui-ci devrait prévoir un cadre juridique qui permette aux pays de donner effet à des mesures de résolution étrangères concernant des institutions financières en difficulté. En revanche, il ne devrait pas régir les questions ayant trait à la coordination internationale entre les autorités de supervision ni les particularités réglementaires concernant exclusivement les institutions financières d'importance systémique (SIFI). Un instrument non contraignant sous forme d'une loi type ou de recommandations figurant dans un guide législatif (ou un additif à celui-ci) serait la solution la mieux adaptée pour parvenir à un consensus.

22. Il a été dit que compte tenu de ses 20 années d'expérience des questions d'insolvabilité internationale et de sa capacité à traiter de grandes questions difficiles du point de vue technique et sensibles sur le plan politique grâce à ses compétences législatives et ses méthodes de travail, la CNUDCI semblait être l'organisme le mieux placé pour concevoir un cadre juridique pour la résolution internationale des défaillances d'institutions financières. Les travaux en la matière peuvent se fonder sur des projets antérieurs de la CNUDCI ainsi que sur les activités d'autres institutions et être menés en coordination et en coopération étroites avec d'autres organismes internationaux spécialisés.

D. Obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité

1. Références de la CNUDCI

A/CN.9/WG.V/WP.115

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, quatrième partie

2. Historique

23. La quatrième partie du Guide législatif de la CNUDCI, qui a été adopté par la Commission en 2013, traite des obligations des administrateurs d'une entité unique pendant la période précédant l'insolvabilité. Il ne traite pas de l'exécution de ces obligations dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

24. À sa quarante-deuxième session (2012), le Groupe de travail s'est penché sur les questions concernant les administrateurs et dirigeants d'entreprises membres d'un groupe (A/CN.9/763, para. 92). Il a été convenu que même si ce sujet soulevait des questions difficiles et complexes, en particulier au point d'articulation du droit de l'insolvabilité et du droit des sociétés, une fois que le Groupe de travail aura terminé l'examen de ces questions dans le contexte des entreprises individuelles, la possibilité de travaux supplémentaires dans ce domaine devrait être examinée avec soin. Des informations sur la manière dont les régimes juridiques nationaux traitent les obligations des administrateurs ont été soumises à la quarante-troisième session (2013) du Groupe de travail (voir A/CN.9/WG.V/WP.115).

25. Vu que la plupart des activités commerciales sont aujourd'hui menées par l'intermédiaire de groupes d'entreprises, ce qui oblige souvent les administrateurs à

concilier les intérêts de leur propre entreprise et ceux du groupe dans son ensemble, il serait peut-être opportun d'examiner l'impact de la structure du groupe d'entreprises sur les obligations énoncées dans la quatrième partie du Guide législatif. Il pourrait être nécessaire d'opter pour une démarche différente, que viendrait nuancer, par exemple, la reconnaissance de l'existence du groupe, de sa structure et des réalités de ses opérations quotidiennes – en d'autres termes, une démarche qui tienne compte non seulement des intérêts de chacune des entités membres du groupe d'entreprises, mais aussi de ceux de l'ensemble du groupe et qui les concilie.

II. Sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs

A. Questions concernant les créanciers et les créances

1. Normes internationales pour le règlement des litiges relatifs aux créances

a) Historique

26. L'absence de cohérence entre les procédures suivies dans les différents pays crée une insécurité à la fois pour les débiteurs et pour les créanciers (en particulier lorsque plusieurs pays peuvent être compétents pour un litige portant sur une créance), est une source de difficultés pour les juges et les praticiens et fait naître des doutes quant à la possibilité de faire exécuter (et reconnaître) une décision d'un tribunal étranger dans un pays qui applique une norme différente. Ce problème a été une source de préoccupation majeure dans de grandes procédures d'insolvabilité concernant plusieurs pays comme celle de Lehman Brothers.

27. Le fait d'œuvrer à l'élaboration d'un processus standard à l'échelle mondiale encouragerait l'efficacité et la sécurité dans les affaires d'insolvabilité internationale et au sein de la communauté mondiale des professionnels de la restructuration et de l'insolvabilité.

2. Classement des créances¹²

a) Références de la CNUDCI

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, deuxième partie, chapitre V, paragraphes 62 à 79 et recommandations 189 et 190

b) Historique

28. Des lignes directrices uniformisées pour le classement de créances de nature différente et le traitement de créanciers "inhabituels" (comme les fonds de pension, le personnel et les fonds de garantie des dépôts) seraient utiles pour prendre des décisions en cas de faillite et d'insolvabilité. Il n'existe actuellement aucune cohérence entre les démarches adoptées par les pays à cet égard – en effet, certains pays accordent des droits extraordinaires à certains créanciers "inhabituels", ce qui modifie largement les régimes de priorité "en cascade" qui s'appliqueraient autrement (et s'appliquent toujours dans d'autres pays).

¹² Ce sujet a été proposé par INSOL International.

29. En raison des facteurs politiques dans certains pays, il est peu probable qu'une norme mondiale uniforme puisse être adoptée; néanmoins, l'élaboration de lignes directrices générales pourrait contribuer à une plus grande sécurité dans les procédures de faillite et d'insolvabilité et permettrait d'éviter que les droits des créanciers varient fortement d'un pays à l'autre.

3. Droits de vote respectifs des créanciers et des actionnaires¹²

a) Références de la CNUDCI

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, deuxième partie, chapitre IV, paragraphes 26 à 55 et recommandations 145 à 151

b) Historique

30. Les droits des créanciers et des actionnaires lorsqu'il s'agit de voter un plan de redressement varient considérablement entre certains pays et peuvent inciter à rechercher le for le plus avantageux et compromettre l'exécution de ces plans d'un pays à l'autre. En particulier, lorsqu'un régime d'insolvabilité national permet d'imposer un redressement en l'absence de consensus (c'est-à-dire en dépit du vote dissident d'une catégorie de créanciers ou d'actionnaires), et qu'un autre pays ne le permet pas, la question de savoir si un plan de redressement fondé sur ce régime devrait être reconnu par un tribunal étranger peut jouer un rôle important dans certaines procédures d'insolvabilité internationale. En outre, si le régime d'insolvabilité d'un pays ne fait pas de distinction entre les droits de vote attachés aux créances de tiers et ceux de personnes disposant d'informations privilégiées, alors qu'un autre pays en fait, la question de savoir si le redressement devrait être reconnu par un tribunal étranger peut être tout aussi importante.

31. Récemment, dans l'affaire internationale *Vitro S.A.B. de C.V. v I. C. (Vitro, S.A.B. de C.V. c. ACP Master, Ltd)*, le tribunal des États-Unis a estimé que plusieurs dispositions d'un plan de redressement mexicain homologué éteignant les créances des détenteurs d'effets à payer à l'égard des filiales non débitrices et des garants de ces effets étaient manifestement contraires aux politiques fondamentales des États-Unis en matière de protection des créances de tiers en cas d'insolvabilité. Si la procédure mexicaine a été reconnue en tant que procédure étrangère en vertu de la législation appliquant la Loi type de la CNUDCI aux États-Unis (chapitre 15 du Code des faillites), le tribunal a refusé de mettre en œuvre le plan de redressement au motif qu'il n'était pas conforme aux politiques publiques fondamentales des États-Unis.

32. Des orientations appropriées concernant les droits de vote respectifs (et la primauté à accorder à un mécanisme d'un autre pays) permettraient d'éviter des différends sur des questions complexes dans certaines procédures d'insolvabilité.

4. Coordonner l'accès des créanciers à l'information et à la représentation collective¹³**a) Références de la CNUDCI**

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, deuxième partie, chapitre III, paragraphes 75 à 115 et recommandations 126 à 136

b) Historique

33. Un objectif commun aux régimes d'insolvabilité est de maximiser les montants recouvrés par les créanciers. Un objectif connexe est de faire en sorte que les créanciers aient accès aux informations afin qu'ils puissent participer à la procédure et protéger leurs intérêts ainsi que ceux de créanciers dont la situation est similaire. Si certains créanciers peuvent consulter un représentant de l'insolvabilité sur place, ceux qui sont géographiquement éloignés du lieu de la procédure n'ont pas toujours cette possibilité ou ne savent pas comment accéder à la procédure, contacter le représentant ou se renseigner sur l'avancement de la procédure. En outre, dans certains pays, le représentant n'est pas toujours tenu de communiquer avec les créanciers, ce qui rend la procédure opaque. Un certain nombre de pays ont une approche bien établie consistant à nommer des comités officiels de créanciers pour représenter les intérêts collectifs des créanciers non garantis ou à recourir à d'autres types de représentation collective, mais les principes directeurs régissant ces nominations varient d'un pays à l'autre. S'agissant de procédures concurrentes concernant le même débiteur ou de procédures internationales connexes concernant les membres d'un groupe d'entreprises, la Loi type de la CNUDCI régit la coopération entre les tribunaux et entre les représentants étrangers, mais elle ne traite pas de la coopération entre les représentants (officiels ou officieux) des créanciers. Les recommandations 126 à 136 du Guide législatif de la CNUDCI, qui portent sur la participation des créanciers aux procédures d'insolvabilité, n'ont été suivies que dans un nombre limité de législations sur l'insolvabilité. Une approche coordonnée de l'accès des créanciers et, le cas échéant, de la représentation collective, permettrait d'assurer la libre circulation des informations, d'encourager la participation des créanciers et de maximiser les montants recouvrés ainsi que la transparence.

34. Le Groupe de travail V pourrait envisager d'élaborer une approche coordonnée concernant l'accès des créanciers auprès des représentants de l'insolvabilité en vue d'améliorer leur accès aux informations et leur participation. Ces travaux pourraient faire fond sur les recommandations 126 à 136 du Guide législatif de la CNUDCI ou déboucher sur un guide des meilleures pratiques. Leurs résultats pourraient également être incorporés aux paragraphes consacrés à la coopération au titre de l'article 27 dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type. Cette question pourrait aussi être traitée dans le cadre des travaux futurs sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises.

¹³ Ce sujet a été proposé par l'International Women's Insolvency & Restructuring Confederation (IWIRC).

B. Traitement des contrats financiers et de la compensation globale dans le contexte de l'insolvabilité¹⁴

1. Références de la CNUDCI

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, deuxième partie, chapitre II, paragraphes 208 à 215 et recommandations 71, 92 et 101 à 107

2. Historique

35. Un traitement juridique efficace des contrats financiers est essentiel pour le bon fonctionnement des marchés financiers. On considère qu'il est indispensable de savoir avec certitude ce qui va se passer lorsqu'une partie à un tel contrat ne s'acquitte pas de ses obligations, notamment pour cause d'insolvabilité, et on estime généralement que ces contrats devraient bénéficier d'un traitement ou d'une protection spéciaux en cas d'insolvabilité. Toutefois, un traitement spécial peut être contraire à d'autres objectifs de la loi sur l'insolvabilité. En outre, la crise financière mondiale a montré que l'approche consistant à soustraire les contrats financiers des effets de la procédure d'insolvabilité est controversée.

36. L'approche traditionnelle tendant à protéger les contrats financiers est également celle adoptée dans le Guide législatif de la CNUDCI. Celui-ci a) exclut les contrats financiers (au sens large) de toute suspension visant la résiliation de contrats ou de toute limitation de la force exécutoire de clauses contractuelles prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (règles *ipso facto*); b) exclut également ces contrats de toute restriction de l'exercice des droits à compensation et de la compensation globale dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; c) limite l'application des règles d'annulation à cet égard; et d) exclut les sûretés réelles garantissant les obligations découlant de contrats financiers de toute suspension s'appliquant à la réalisation d'une sûreté. Ces exceptions s'appliquent indépendamment de la question de savoir si le cocontractant est une institution financière ou non (voir recommandations 71, 92, 101 à 107). Dans le Guide législatif, il est expliqué que ces exceptions visent principalement à réduire le risque systémique qui pourrait menacer la stabilité des marchés financiers si le débiteur était autorisé à choisir d'exécuter les contrats qui lui conviennent et de rompre les autres et s'il existait une insécurité juridique quant à l'effet de l'insolvabilité sur les contrats financiers.

37. Il serait utile de réexaminer ce postulat en s'appuyant sur l'expérience tirée de la crise financière et de la pratique acquise dans les différents régimes juridiques prévoyant des exceptions pour les contrats financiers. Un fait important qui pourrait avoir une incidence sur cette question est l'évolution constante des règles régissant la résolution des défaillances d'institutions financières. Ces règles comprennent certaines restrictions limitant l'exercice des droits découlant de contrats financiers afin qu'ils ne compromettent pas la mise en œuvre efficace de mesures de résolution (voir Conseil de la stabilité financière, Caractéristiques principales d'un régime de résolution efficace pour les institutions financières, quatrième partie et annexe IV¹⁵;

¹⁴ Ce sujet a été proposé par la Banque mondiale.

¹⁵ Accessibles à l'adresse: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf

voir également les Principes d'UNIDROIT concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation, principes 7 et 8¹⁶). Exempter largement les contrats financiers de l'application des règles en matière d'insolvabilité pourrait également être contreproductif dans d'autres cas de réorganisation.

38. Dans le contexte du Guide législatif de la CNUDCI, la question centrale pourrait être de savoir si celui-ci parvient à la fois à préserver les avantages sociaux nets et à réduire l'effet néfaste potentiel de l'exemption de ces contrats de diverses règles sur l'insolvabilité. À cet égard, les incidences particulières du traitement spécial réservé aux contrats financiers en cas d'insolvabilité pourraient être examinées, notamment:

- a) Le risque que des créanciers qui ne sont pas de véritables partenaires financiers esquivent la procédure d'insolvabilité;
- b) Le risque que les créanciers ne soient pas incités à vérifier la solidité financière de leurs partenaires commerciaux;
- c) Le risque que les créanciers soient incités à donner à des opérations la forme de contrats financiers afin d'obtenir des sûretés occultes;
- d) Le risque de léser l'ensemble des créanciers (par une répartition inéquitable des pertes) et de porter préjudice à la masse de l'insolvabilité;
- e) Le risque d'abus du processus d'insolvabilité par des créanciers frivoles (dont les intérêts économiques et le droit de vote en tant que créanciers divergent), ce qui peut être préjudiciable aux tentatives de restructuration; et
- f) Le risque d'extension des exceptions au-delà de leur champ d'application prévu.

C. Règlements régissant les praticiens de l'insolvabilité¹²

1. Références de la CNUDCI

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, deuxième partie, chapitre III, paragraphes 36 à 43 et 48 et recommandations 115 à 117

2. Historique

39. En 2007, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) a fixé un ensemble de principes pour aider les législateurs à définir des normes concernant les qualifications, la nomination, la conduite et la supervision des titulaires d'une charge, de même que la réglementation pertinente, dans les affaires d'insolvabilité. Les principes de la BERD relatifs aux titulaires d'une charge en cas d'insolvabilité¹⁷ visent à promouvoir l'intégrité, l'équité et l'efficacité du régime juridique de l'insolvabilité en s'assurant que des professionnels qualifiés sont chargés des affaires d'insolvabilité. Ils fournissent une liste de contrôle pour la plupart des grandes questions qui doivent être traitées dans un régime juridique de l'insolvabilité prévoyant la nomination d'un responsable en cas d'insolvabilité ou de

¹⁶ Accessibles à l'adresse: <http://www.unidroit.org/french/governments/councildocuments/2013session/cd92-06a-f.pdf>

¹⁷ Accessibles à l'adresse www.ebrd.com/downloads/legal/insolvency/ioh_principles.pdf

redressement et ne prétendent donc pas à l'exhaustivité. Ils s'appuient sur les dispositions pertinentes du Guide législatif de la CNUDCI et des Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers¹⁸ et donnent des précisions et des orientations sur l'application des normes élaborées par ces institutions.

40. En dépit des différences existantes dans les systèmes juridiques, les titulaires d'une charge en cas d'insolvabilité, également appelés fiduciaires, administrateurs (judiciaires), liquidateurs, représentants de l'insolvabilité, sont un élément central de la capacité institutionnelle qui détermine l'efficacité de la plupart des systèmes d'insolvabilité dans le monde. Ils doivent agir honnêtement et de manière responsable et faire preuve de professionnalisme. Ils contrôlent généralement les actifs et peuvent, dans une large mesure, décider de la manière dont ceux-ci doivent être gérés, réalisés et distribués et du moment où ils doivent l'être. Un cadre de responsables de l'insolvabilité ayant les qualifications et la formation nécessaires et soumis à une réglementation adaptée est essentiel pour le fonctionnement transparent et efficace de ces systèmes. Des évaluations et des enquêtes montrent toutefois que de nombreux régimes juridiques de l'insolvabilité n'ont pas les éléments centraux nécessaires à leur bon fonctionnement.

41. Il faudrait envisager de développer ces principes en vue de leur application à l'échelle mondiale.

D. Exécution des jugements liés à l'insolvabilité¹²

1. Références de la CNUDCI

Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, article 21, et Guide pour l'incorporation et l'interprétation, paragraphes 189 à 195

Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge (version de 2012), paragraphes 138 à 146

CLOUT, décision n° 1269: *Rubin c. Eurofinance SA*

2. Historique

42. Dans l'affaire *Rubin c. Eurofinance SA*¹⁹, les représentants étrangers de l'entreprise débitrice ont demandé, outre la reconnaissance de la procédure étrangère, l'exécution d'un jugement rendu par le Tribunal des faillites des États-Unis contre des tiers, concernant un paiement dû aux créanciers de la société débitrice. Saisie en appel d'une décision de la Cour d'appel ordonnant l'exécution du jugement, la Cour suprême anglaise a examiné à titre principal la question de savoir si la reconnaissance et l'exécution de jugements rendus lors de procédures d'insolvabilité (par exemple, dans le cas d'actions en annulation) étaient soumises aux règles traditionnelles de *common law* régissant la reconnaissance de jugements

¹⁸ Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, accessibles à l'adresse:
<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/LAWANDJUSTICE/GILD/0,,pagePK:181022~theSitePK:215006,00.html>

¹⁹ [2012] UKSC 46 (appel de [2010] EWCA Civ 895 et [2011] EWCA Civ 971); CLOUT, décision n° 1270.

in personam et *in rem* ou si des règles distinctes s'appliquaient aux jugements concernant l'insolvabilité. La Cour a estimé que des règles distinctes ne s'appliquaient pas et que le Règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale (Cross-Border Insolvency Regulations, qui incorpore la Loi type en Grande-Bretagne) ne prévoyait pas la reconnaissance ni l'exécution de jugements étrangers à l'encontre de tiers. Elle a déclaré qu'il serait surprenant que la Loi type vise à traiter de jugements sur des questions d'insolvabilité de façon implicite. Les articles 21, 25 et 27 de la Loi type portaient sur des questions de procédure et même s'il convenait assurément de les interpréter au sens large à la lumière des objectifs de la Loi type, la Cour a estimé que rien ne permettait de dire qu'ils s'appliquaient à la reconnaissance et à l'exécution de jugements étrangers à l'encontre de tiers. Elle a aussi fait observer que la Loi type ne visait pas à l'exécution réciproque de jugements.

43. On pourrait examiner si la Loi type de la CNUDCI devrait traiter en particulier l'exécution de jugements liés à l'insolvabilité dans le cadre des mesures discrétionnaires prévues à l'article 21 et également si elle devrait faire référence à la "procédure d'aménagement de la dette" dans la définition du terme "procédure étrangère" pour tenir compte des modifications qu'il est proposé d'apporter au Règlement (CE) du Conseil de l'Union européenne n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, ainsi que la manière dont la Loi type a été incorporée dans le droit interne de certains États. Une telle révision encouragerait la reconnaissance internationale d'accords de restructuration volontaire.

E. Traitement des contrats sur la propriété intellectuelle dans les affaires d'insolvabilité internationale²⁰

1. Références de la CNUDCI

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, deuxième partie, chapitre II, paragraphe 115

Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (2011)

2. Historique

44. Le Guide législatif de la CNUDCI note qu'une exception pourrait être nécessaire pour le traitement des licences sur la propriété intellectuelle en ce qui concerne la continuation, le rejet et la résiliation de contrats²¹ mais ne traite pas cette question de quelque manière que ce soit ni ne donne de recommandations à cet égard. Compte tenu de l'évolution récente en ce qui concerne la propriété intellectuelle dans les affaires d'insolvabilité et de l'importance croissante de la propriété intellectuelle dans les actifs d'entreprises insolubles, le traitement des actifs de propriété intellectuelle dans les procédures d'insolvabilité pourrait être examiné plus avant et des lignes directrices spécifiques pourraient être élaborées.

²⁰ Ce sujet a été proposé par l'International Insolvency Institute (III).

²¹ Voir, par exemple, le Guide législatif, deuxième partie, chapitre II, par. 115.

45. Les contrats sur la propriété intellectuelle jouent un rôle de plus en plus important dans les activités commerciales et font donc souvent partie intégrante des actifs visés par une procédure d'insolvabilité. Dans les affaires comme celles concernant les sociétés Nortel Networks et Eastman Kodak, les droits de propriété intellectuelle des débiteurs constituaient leurs principaux actifs. Le traitement de ces droits exige souvent de tenir compte d'éléments importants qui sont différents de ceux qui jouent un rôle dans le traitement d'autres formes de contrats. Si les règles régissant la résiliation, la continuation et la cession de contrats classiques sont souvent dictées par le bon sens commercial du représentant de l'insolvabilité, des créanciers et du tribunal, le traitement des contrats de propriété intellectuelle peut avoir des incidences plus vastes.

46. Les différentes approches suivies à cet égard ont été mises en avant par la procédure d'insolvabilité de la société Qimonda AG²², un producteur allemand de puces informatiques DRAM qui opère à l'échelle mondiale et détient plus de 12 000 brevets. Qimonda avait obtenu de nombreux brevets par le biais d'accords de concession réciproque de licences conclus avec ces homologues. En janvier 2009, la société a ouvert une procédure d'insolvabilité en Allemagne, et en vertu du droit de l'insolvabilité allemand, les licences sur la propriété intellectuelle qu'elle avait concédées ont été résiliées. Les licences sur la propriété intellectuelle sont soumises à un traitement similaire dans d'autres pays, notamment en Italie, où elles ont été résiliées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité visant l'entreprise think3. Lorsque le représentant de l'insolvabilité de Qimonda a demandé, en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (qui incorpore la Loi type dans le droit interne), l'exécution de la résiliation des accords de licence sur la propriété intellectuelle, le tribunal des États-Unis a estimé que la mesure demandée était "manifestement contraire" aux principes d'ordre public des États-Unis protégeant l'innovation technologique et a noté l'enchevêtrement des brevets dans l'industrie des semi-conducteurs. Cette affaire montre les incohérences dans le traitement des contrats sur la propriété intellectuelle entre différents régimes et est un facteur de confusion pour l'application de la Loi type de la CNUDCI.

47. Si la résiliation de contrats peut présenter des avantages pour les créanciers d'un débiteur insolvable et est autorisée dans de nombreux pays, la résiliation de contrats sur la propriété intellectuelle peut avoir des incidences considérables. Par exemple, si un donneur de licences de brevets insolvable met fin à une licence de brevet pour un processus de fabrication de semi-conducteurs, cela pourrait entraîner l'arrêt de la production dans une usine d'une valeur de plusieurs milliards de dollars appartenant au preneur de licence et créer une pénurie mondiale pour les fabricants qui utilisent ces semi-conducteurs dans leurs propres produits. L'effet en cascade de la résiliation d'un contrat a poussé certains pays à prévoir des mesures de protection permettant aux preneurs de licences de continuer à utiliser la propriété intellectuelle.

48. À l'inverse, si un débiteur insolvable peut conserver et céder des licences sur la propriété intellectuelle dans certains pays lorsque le débiteur est le preneur de licence, le donneur de licences non débiteur peut dans d'autres pays mettre fin à ces contrats. Compte tenu de l'importance croissante des licences sur la propriété intellectuelle pour le redressement d'entités insolubles, la capacité d'un preneur de licence insolvable de conserver, voire de vendre ou de céder les droits de propriété

²² *Affaire Qimonda AG Bankr. Lit.*, 433 B.R. 547; 462 B.R. 165 (2011); CLOUT, décision n° 1213.

intellectuelle est devenue un facteur important dans les procédures d'insolvabilité. Des complications supplémentaires surviennent si la licence porte sur des marques et d'autres formes de propriété intellectuelle et que le droit de la propriété intellectuelle prévoit la participation continue des deux parties au contrat. D'autres complications surviennent lorsque la propriété intellectuelle est liée à la fourniture de services personnels comme dans les accords de franchisage. Des questions générales comme la possibilité de remédier à des défaillances autres que monétaires et de garantir l'exécution continue par le débiteur ou un cessionnaire devraient également être examinées.

49. Les travaux pourraient comprendre une analyse comparative du traitement des licences sur la propriété intellectuelle lors des procédures d'insolvabilité dans différents pays et l'élaboration de recommandations pour harmoniser le traitement des parties à ces licences dans différents régimes. Les questions liées à la vente, la résiliation, la continuation, le rejet et la cession de contrats sur la propriété intellectuelle pourraient être examinées. Les conclusions formulées devraient tenir compte des objectifs des parties à un contrat sur la propriété intellectuelle dans le commerce traditionnel. La possibilité de prévoir des exceptions aux règles générales sur la non-exécution de contrats est mentionnée dans le Guide législatif, mais comme il a été noté ci-dessus, celui-ci ne contient aucune recommandation concernant le traitement des contrats sur la propriété intellectuelle. En raison de l'importance croissante de ces contrats pour le bon fonctionnement des procédures d'insolvabilité, il faudrait examiner plus avant ces questions et élaborer des lignes directrices cohérentes sur le traitement des contrats de propriété intellectuelle. Les résultats de cet examen pourraient prendre la forme d'un supplément au Guide législatif, d'une loi type ou d'une déclaration de principes et devraient être coordonnés avec les efforts des autres groupes de travail et organisations qui s'intéressent aux questions liées à la propriété intellectuelle.

III. Procédures accélérées et simplifiées, notamment les procédures négociées au préalable et autres mécanismes adaptés au traitement de l'insolvabilité des micro, petites et moyennes entreprises

1. Références de la CNUDCI

A/CN.9/780 (Rapport sur le colloque de la CNUDCI sur la microfinance tenu du 16 au 18 janvier 2013)

Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17), paragraphes 316 à 322 et 326

2. Historique

50. La CNUDCI a organisé deux colloques sur la microfinance et la création d'un environnement juridique propice aux micro, petites et moyennes entreprises. À sa quarante-sixième session (2013), la Commission s'est penchée sur les travaux menés à cet égard et en particulier sur les résultats du colloque tenu du 16 au 19 janvier 2013. Elle est convenue d'ajouter à son programme des travaux sur le droit commercial international visant à réduire les obstacles juridiques que

rencontrent les micro, petites et moyennes entreprises tout au long de leur cycle de vie, en particulier dans les économies en développement. Elle est également convenue que ces travaux devraient s'attacher en premier lieu aux questions juridiques touchant la simplification de la constitution en société et que le Secrétariat devrait préparer la documentation nécessaire pour réunir rapidement un groupe de travail. Le Groupe de travail I, auquel ces travaux ont été confiés, tiendra sa première réunion du 10 au 14 février 2014 à New York.

51. À sa quarante-sixième session, la Commission a également examiné les questions liées à l'insolvabilité des micro, petites et moyennes entreprises, et a prié le Groupe de travail V d'effectuer, à sa session prévue au premier semestre de 2014, un examen préliminaire des questions pertinentes, en particulier celle de savoir si le Guide législatif de la CNUDCI fournissait des solutions suffisantes et adaptées à ces entreprises. Dans le cas contraire, le Groupe de travail était prié d'examiner quels travaux et produits éventuels pourraient être nécessaires, comme il a été noté plus haut, pour rationaliser et simplifier les procédures d'insolvabilité pour ces entreprises. Ses conclusions sur ces questions devraient figurer dans le rapport d'activité qu'il présenterait à la Commission en 2014 de manière suffisamment détaillée pour que celle-ci puisse déterminer si des travaux futurs pourraient être nécessaires.

52. Pour un certain nombre de raisons, les micro, petites et moyennes entreprises rencontrent des problèmes en cas de difficultés financières que les grandes entreprises n'ont pas. Ces raisons sont notamment les suivantes:

a) Un risque excessif lié à la pénurie de fonds de roulement. Cette situation est également liée à la diminution des fonds propres, à une augmentation du taux de demandes de financement rejetées, à un accroissement des taux d'intérêt et à l'exigence de garanties plus importantes;

b) Un modèle de gouvernance centralisée dans lequel la participation et le contrôle (qui sont souvent l'apanage d'une famille) se confondent. Ainsi, la direction n'a pas souvent la capacité ou la volonté de faire face en temps voulu à une crise financière et de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Lorsqu'une entreprise appartient à une famille, la direction refuse souvent d'accepter un règlement d'insolvabilité qui pourrait lui faire perdre le contrôle de l'entreprise. Un propriétaire voudra parfois dissimuler une crise de peur de nuire à l'image de marque de son entreprise et aux relations avec ses employés, ses fournisseurs et le marché et de compromettre ses lignes de crédit existantes. Même si une micro, petite et moyenne entreprise appartenant à une famille ou une personne devient une société anonyme, les créanciers ne seront souvent pas en mesure de connaître sa véritable situation économique. En raison de ces facteurs, une crise peut ne devenir visible que lorsqu'elle ne peut plus être dissimulée et que l'entreprise a dépassé le stade auquel il aurait été possible d'empêcher la perte de sa valeur économique. S'ils souhaitent recourir à des solutions informelles, les propriétaires de petites entreprises n'ont souvent pas l'expérience nécessaire pour trouver la solution adaptée, et il se peut que l'aide professionnelle spécialisée dont ils auraient besoin soit trop onéreuse;

c) En raison de leur taille, il se peut que les petites entreprises ne puissent pas bénéficier des procédures de réorganisation et de liquidation prévues dans le droit de l'insolvabilité, en particulier lorsque ces procédures ont été conçues pour de

plus grandes entreprises et qu'elles ne permettent pas de tenir compte du caractère unique d'un grand nombre d'entre elles. Par ailleurs, les procédures d'insolvabilité prévues pour les personnes physiques ne permettent pas de faire face aux difficultés financières des entreprises ayant des activités industrielles ou commerciales, même très petites. D'une manière générale, les types de procédures visant les personnes physiques portent sur le règlement des dettes de consommation et ne tiennent pas compte de la dimension commerciale de l'entreprise, qui en cas de sauvetage pourrait poursuivre ses activités et satisfaire ses créanciers.

53. Il est généralement admis qu'un régime d'insolvabilité pour les micro, petites et moyennes entreprises pourrait s'inspirer à la fois des régimes régissant l'insolvabilité des entreprises plus grandes et de ceux régissant l'insolvabilité des personnes physiques. Il devrait avoir pour objet d'une part de maximiser les actifs de l'entreprise et lui permettre de poursuivre ses activités et, d'autre part, de la désendetter et lui offrir un nouveau départ. Un tel régime devrait aussi tenir compte de la culture sociale et économique d'un pays, en particulier en ce qui concerne la définition des micro, petites et moyennes entreprises. Pour les entités dotées de la personnalité morale, mêmes petites, il devrait être possible d'assurer la continuité de leur activité. Pour les exploitations individuelles qui ne disposent pas de la protection dont bénéficient les sociétés (cette catégorie comprend également les partenaires qui répondent des dettes de l'entreprise), il est plus difficile d'envisager la poursuite de l'activité. Il faut toutefois concilier les intérêts des différentes parties et éviter les approches punitives.

54. L'expérience montre que si de nombreuses lois sur l'insolvabilité offrent des instruments souples et efficaces qui permettent aux entreprises de surmonter des crises réversibles, elles ne prévoient aucune procédure pour les micro et petites entreprises. Elles fixent parfois des seuils arbitraires pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, comme un certain niveau d'endettement, qui exclut les entreprises plus petites. Les entreprises qui sont légèrement au-dessus de ce seuil peuvent également être dans l'incapacité de trouver des solutions adaptées si les banques et les institutions financières ne sont pas disposées à financer leur réorganisation ou leur restructuration. Les micro, petites et moyennes entreprises peuvent avoir accès à un financement que si leur propriétaire est en mesure de donner des garanties suffisantes; pour les bailleurs de fonds, il peut être plus important de recouvrer leurs créances par la vente des garanties que de financer le sauvetage d'une entreprise.

55. Certains États comme l'Italie ont adopté des lois sur l'insolvabilité des personnes physiques qui visent les consommateurs et les petites entreprises. Si la législation italienne prévoit aussi bien un accord avec les créanciers que la liquidation avec extinction des dettes, la complexité de la procédure, les coûts qui en résultent, les conditions auxquelles l'extinction est soumise et le temps nécessaire pour obtenir cette extinction découragent le recours à cette procédure.

56. Les objectifs d'un régime d'insolvabilité applicable aux micro, petites et moyennes entreprises devraient notamment être d'encourager les débiteurs à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité lorsque cela est nécessaire; d'inciter les institutions financières à participer activement au processus; de prévoir des procédures simplifiées de réorganisation et de liquidation, avec une réduction des délais, un allègement des critères de preuve, un raccourcissement des

procédures et une réduction des possibilités d'appel; et de permettre aux entrepreneurs individuels de se désendetter et de prendre un nouveau départ.
