

**Assemblée générale**

Distr. limitée
13 mars 2009
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-sixième session
New York, 18-22 mai 2009**

**Projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération,
la communication et la coordination dans les procédures
d'insolvabilité internationale**

Note du Secrétariat

1. Le présent Aide-mémoire a été établi par le Secrétariat suite à une proposition, faite à la trente-huitième session de la Commission (2005), d'entreprendre des travaux sur la coordination et la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment sur la négociation et l'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale, ce thème ayant une relation non seulement étroite mais également complémentaire avec la promotion et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après la "Loi type de la CNUDCI") et, en particulier, l'application de son article 27, alinéa d).
2. À sa trente-neuvième session (2006), la Commission est convenue que des travaux initiaux de compilation d'informations sur l'expérience pratique de la négociation et de l'utilisation des accords d'insolvabilité internationale devraient être facilités de manière informelle par le biais de consultations avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité et qu'un rapport préliminaire sur l'avancement de ces travaux devrait lui être présenté pour qu'elle puisse examiner plus avant la question à sa quarantième session, en 2007¹.
3. À la première partie de sa quarantième session (2007), la Commission a examiné un rapport préliminaire résumant l'expérience dans le domaine de la négociation et de l'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale (A/CN.9/629). Elle s'est déclarée satisfaite des progrès réalisés dans les travaux de compilation des données d'expérience pratique en matière de négociation et

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17), par. 209 c).*



d'utilisation des accords d'insolvabilité internationale et a réaffirmé que le Secrétariat devrait poursuivre ces travaux de manière informelle, en consultation avec des juges, des praticiens et d'autres experts².

4. À sa quarante et unième session, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat rendant compte des nouveaux progrès accomplis dans le cadre de ces travaux (A/CN.9/654). Elle a noté que des consultations supplémentaires avaient été menées avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité, et que le Secrétariat avait réalisé une compilation des données d'expérience pratique, organisée d'après le plan annexé au rapport précédent dont elle avait été saisie (A/CN.9/629). Elle a décidé que la compilation devrait être présentée sous forme de document de travail au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008) pour un premier examen. Le Groupe pourrait alors décider de poursuivre son examen à sa trente-sixième session en avril et mai 2009 et formuler des recommandations à la quarante-deuxième session de la Commission, en 2009, sans perdre de vue que la coordination et la coopération fondées sur des accords d'insolvabilité internationale revêtraient probablement une importance considérable dans la recherche de solutions dans le traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. La Commission a décidé de planifier les travaux de sa quarante-deuxième session en 2009, de sorte qu'elle puisse, si nécessaire, consacrer du temps à l'examen des recommandations du Groupe de travail V³.

5. À sa trente-cinquième session, en novembre 2008, le Groupe de travail V a commencé son examen de la coopération, de la communication et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.83, qui contient le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale ("l'Aide-mémoire") (voir A/CN.9/666, par. 12 à 22). À cette session, il est convenu que l'Aide-mémoire devait être distribué aux gouvernements pour commentaire avant sa trente-sixième session devant se tenir en mai 2009. Une version révisée devrait lui être présentée à cette session, en vue de son examen et adoption par la Commission à sa quarante-deuxième session en 2009, conformément au mandat de la Commission (voir A/CN.9/666, par. 22).

6. Les commentaires reçus des gouvernements sont présentés dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.1 à 3. Le Secrétariat en a tenu compte pour réviser le projet d'aide-mémoire.

7. La version révisée de l'Aide-mémoire est présentée ci-après. L'introduction explique la structure, la portée et le contenu de l'Aide-mémoire.

² Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, 1^{re} partie, par. 190 et 191.

³ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 321.

Aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-17	6
A. Structure et portée de l'Aide-mémoire	1-5	6
B. Glossaire	6-17	7
I. Contexte général	1-22	12
A. Le cadre législatif de l'insolvabilité internationale	1-3	12
B. Initiatives internationales	4-22	13
II. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: formes possibles de coopération en vertu de l'article 27.	1-21	20
A. Article 27 a): Nomination d'une personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal.	2-3	20
B. Article 27 b): Communication d'informations jugées appropriées par le tribunal.	4-10	21
C. Article 27 c): Coordination de l'administration et de la surveillance des biens du débiteur.	11	23
D. Article 27 d): Approbation ou application d'accords concernant la coordination des procédures.	12-13	24
E. Article 27 e): Coordination des procédures concurrentes	14-16	24
F. Article 27 f): Autres formes de coopération	17-21	25
III. Accord internationaux	1-190	28
A. Questions préliminaires	1-34	28
1. Qu'entend-on par accord international?	4-9	28
2. Circonstances pouvant justifier le recours à un accord international	10	30
3. Calendrier des négociations	11-12	31
4. Parties à un accord international	13-15	32
5. Capacité de conclure un accord international	16-20	33
6. Forme des accords	21-23	35
7. Dispositions figurant généralement dans les accords internationaux	24-26	36
8. Effet juridique des accords internationaux	27-29	37
9. Mesures de protection	30-32	38

10. Problèmes éventuels et moyens de les résoudre	33-34	38
B. Comparaison d'accords d'insolvabilité internationale	35-190	39
1. Dispositions liminaires	36-47	39
a) Parties	37-39	39
b) Rappel des faits ou historique de l'insolvabilité	40-41	40
c) Champ d'application	42	40
d) Objet	43-46	41
e) Langue de l'accord et langue de communication	47	42
2. Terminologie et règles d'interprétation	48-51	45
a) Terminologie	48-49	45
b) Règles d'interprétation	50-51	46
3. Tribunaux	52-85	46
a) Courtoisie internationale et indépendance des tribunaux	53-54	47
b) Répartition des rôles entre les tribunaux	55-70	48
c) Limitation volontaire de compétence	71-74	52
d) Droit de comparaître et d'être entendu	75-83	53
e) Procédures à venir	84-85	55
4. Administration des procédures	86-101	59
a) Ordre de priorité des procédures	87-88	60
b) Arrêt des poursuites	89-95	60
c) Loi applicable	96-101	62
5. Répartition des rôles entre les parties à l'accord	102-137	65
a) Moyens généraux de coopération	104-106	65
b) Supervision du débiteur	107	67
c) Plans de redressement	108-112	67
d) Traitement des actifs	113-117	69
e) Répartition des rôles en ce qui concerne l'ouverture de procédures	118-119	71
f) Traitement des créances	120-134	72
g) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	135-137	75
6. Communication	138-171	80
a) Communication entre tribunaux	140-150	81
b) Communication entre les parties	151-167	84
c) Confidentialité des communications	168-171	89

7.	Effacité, modification, révision et résiliation des accords.	172-180	93
	a) Effacité et conditions requises pour l'efficacité.	172-176	93
	b) Modification, révision et résiliation d'un accord	177-180	94
8.	Frais et rémunérations	181-184	96
9.	Clauses d'encadrement	185-190	97
	a) Préservation des droits et de la compétence	186-188	98
	b) Limitation de la responsabilité	189	99
	c) Garanties	190	99
Annexe			
	Résumé des affaires		101

Introduction

A. Structure et portée de l'Aide-mémoire

1. Le présent Aide-mémoire vise à fournir aux praticiens et aux juges des conseils sur des aspects pratiques de la coopération et de la communication dans les affaires d'insolvabilité internationale, en d'autres termes les affaires dans lesquelles des procédures d'insolvabilité sont ouvertes dans plusieurs États où le débiteur insolvable a des actifs ou dans lesquelles certains de ses créanciers ne se trouvent pas dans l'État d'ouverture de la procédure. Ces affaires concernent parfois des débiteurs autonomes, mais plus généralement des groupes d'entreprises dont les locaux, les activités commerciales et les actifs sont situés dans de multiples États. Les conseils se fondent sur une description des expériences et des pratiques qui ont été recensées et accordent une place particulière à l'utilisation et à la négociation d'accords internationaux, dont certains sont analysés ici, qu'il s'agisse d'accords écrits homologués par les tribunaux ou d'arrangements verbaux entre les parties aux procédures, conclus dans le cadre d'affaires d'insolvabilité internationale au cours des dix dernières années. Le présent Aide-mémoire n'a aucune vocation normative mais vise plutôt à illustrer comment l'utilisation de ces accords, adaptés en fonction des besoins de chaque affaire et des dispositions particulières de la loi applicable, pourrait faciliter la résolution des problèmes et des conflits susceptibles de surgir dans des affaires d'insolvabilité internationale.

2. La première partie de l'Aide-mémoire examine l'importance grandissante de la coordination et de la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale et présente brièvement les divers textes internationaux élaborés en la matière ces dernières années. Ces textes abordent différents aspects de l'insolvabilité internationale: certains constituent un cadre législatif visant à faciliter la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale, d'autres énoncent des principes qui pourraient être inclus dans des accords internationaux ou être adoptés par les tribunaux pour servir de cadre de référence aux communications internationales.

3. La deuxième partie développe l'article 27, notamment son alinéa d), de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après la "Loi type de la CNUDCI" ou la "Loi type"), en examinant différents moyens de coopérer dans les affaires d'insolvabilité internationale.

4. La troisième partie examine en détail le recours à l'un des moyens de coopération, évoqué à l'article 27, alinéa d), de la Loi type de la CNUDCI, à savoir les accords internationaux. L'analyse réalisée dans cette partie se fonde sur l'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation de ces accords, notamment dans les affaires mentionnées en annexe. Elle comporte également un certain nombre de ce que l'on appellera ici "exemples de clauses", inspirés à divers degrés des dispositions prévues dans ces différents accords internationaux. Ces clauses illustrent comment diverses questions ont été traitées ou pourraient l'être. Il ne s'agit toutefois pas de dispositions types destinées à être incorporées directement dans un accord international (voir aussi "*Exemples de clauses*", par. 16 et 17 ci-dessous).

5. L'annexe inclut les résumés des affaires dans lesquelles ont été utilisés les accords internationaux qui ont servi de base au présent Aide-mémoire. Les résumés donnent un aperçu de la teneur de ces accords et, le cas échéant, des raisons pour lesquelles ils ont été négociés. Les motifs détaillés de l'utilisation de l'accord ne figurent généralement pas dans l'accord lui-même.

B. Glossaire

1. Notes sur la terminologie

6. Les définitions suivantes visent à fournir des orientations au lecteur. De nombreux termes employés ici ayant des sens fondamentalement différents selon les systèmes juridiques, l'acception que leur donne l'Aide-mémoire est expliquée ci-après, de sorte que les concepts considérés soient clairs et compris de tous. L'Aide-mémoire utilise, lorsqu'il y a lieu, une terminologie commune à la Loi type de la CNUDCI et au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (ci-après le "Guide législatif de la CNUDCI"). Pour la commodité du lecteur, cette terminologie est reproduite ci-dessous.

a) Emploi du terme "tribunal" dans l'Aide-mémoire

7. L'Aide-mémoire emploie le terme "tribunal" de la même manière que le Guide législatif, en partant du principe qu'un tribunal exerce tout au long de la procédure d'insolvabilité une surveillance qui peut comprendre la faculté d'ouvrir la procédure, de nommer le représentant de l'insolvabilité, de superviser ses activités et de prendre des décisions au cours de la procédure. Bien que ce principe soit valable en règle générale, d'autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas en mesure de traiter les affaires d'insolvabilité (que ce soit par manque de ressources ou d'expérience en la matière) ou que l'on préfère confier cette surveillance à une autre autorité (voir Guide législatif, première partie, chap. III, Cadre institutionnel).

8. Par souci de simplicité, le terme "tribunal" est employé dans l'Aide-mémoire dans le même sens qu'à l'alinéa e) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI, à savoir qu'il désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure d'insolvabilité. Une autorité qui apporte un appui à la procédure d'insolvabilité ou qui y joue un rôle déterminé sans toutefois y exercer un pouvoir de décision ne serait pas considérée comme un "tribunal" au sens de l'Aide-mémoire.

b) Emploi du terme "accord international" dans l'Aide-mémoire

9. Les accords internationaux sont le plus souvent appelés "protocoles" dans certains États, bien que d'autres appellations soient utilisées, comme contrat d'administration de l'insolvabilité, accord de coopération et de compromis et mémorandum d'accord. Le présent Aide-mémoire vise à compiler des exemples de pratiques en tenant compte du plus large éventail possible d'accords internationaux et, comme le terme "protocole" ne reflète pas forcément la diversité des accords utilisés dans la pratique, il emploie le terme générique "accord international".

c) Règles d'interprétation

10. Le singulier inclut le pluriel; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents.

11. Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l'État du for et les créanciers étrangers, sauf indication contraire.

12. Le terme "personnes" devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire.

2. Termes et définitions

13. On trouvera ci-après la définition de certains termes fréquemment employés dans l'Aide-mémoire. La plupart de ces termes sont définis dans le Guide législatif de la CNUDCI ou dans la Loi type de la CNUDCI. Ils ont la même acception dans l'Aide-mémoire que dans les autres textes. Leur définition est reproduite ici pour la commodité du lecteur:

a) "Accord international": accord, conclu verbalement ou par écrit, qui vise à faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité internationale ainsi que la coopération entre les tribunaux, entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité et entre les représentants de l'insolvabilité, et auquel participent aussi parfois d'autres parties intéressées;

b) "Actif grevé": actif sur lequel un créancier a une sûreté réelle;

c) "Actifs du débiteur": biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

d) "Arrêt des poursuites": mesure qui empêche l'introduction, ou suspend la continuation, des actions individuelles, judiciaires, administratives ou autres, visant les actifs, les droits, les obligations ou les dettes du débiteur, y compris les actions visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers ou à la réaliser; et qui empêche les mesures d'exécution contre les actifs de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, ainsi que le transfert des actifs ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces actifs ou droits ou d'autres actes de disposition de ces actifs ou droits;

e) "Centre des intérêts principaux": lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers;

f) "Comité des créanciers": organe représentatif des créanciers dont les membres sont désignés conformément à la loi sur l'insolvabilité et qui est doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans ladite loi;

g) "Cours normal des affaires": opérations réalisées à la fois:

i) dans le cadre de l'activité de l'entreprise du débiteur avant la procédure d'insolvabilité; et

ii) dans des conditions commerciales normales;

h) “Créance”: droit à paiement sur la masse du débiteur, qu’il naisse d’une dette, d’un contrat ou d’un autre type d’obligation juridique, qu’il soit d’un montant déterminé ou indéterminé, échu ou non échu, contesté ou non contesté, garanti ou non garanti, certain ou conditionnel;

i) “Créancier”: personne physique ou morale qui a contre le débiteur une créance née au moment de l’ouverture de la procédure d’insolvabilité ou avant;

j) “Débiteur non dessaisi”: débiteur qui, dans une procédure de redressement, garde les rênes de son entreprise, en conséquence de quoi le tribunal ne nomme pas de représentant de l’insolvabilité;

k) “Dispositions d’annulation”: dispositions de la loi sur l’insolvabilité permettant d’annuler ou de priver d’effet d’une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant une procédure d’insolvabilité et de recouvrer l’un quelconque des actifs transférés ou sa valeur dans l’intérêt collectif des créanciers;

l) “Établissement”: tout lieu d’opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services;

m) “Insolvabilité”: état d’un débiteur qui est généralement dans l’incapacité d’acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs;

n) “Limitation volontaire de compétence”: fait pour un tribunal d’accepter de limiter, en faveur d’un autre tribunal, l’exercice de sa compétence sur certaines questions, notamment par exemple la faculté de connaître de certaines demandes et d’ordonner certaines décisions;

o) “Masse de l’insolvabilité”: actifs du débiteur qui font l’objet de la procédure d’insolvabilité;

p) “Ouverture de la procédure”: date effective de la procédure d’insolvabilité, qu’elle soit définie par la loi ou par une décision de justice;

q) “Partie intéressée”: toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d’insolvabilité ou des aspects particuliers d’une procédure d’insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l’insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d’insolvabilité aurait des incidences;

r) “Plan de redressement”: plan par lequel la prospérité et la viabilité financières de l’entreprise d’un débiteur peuvent être rétablies;

s) “Priorité”: droit d’une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l’effet de la loi;

t) “Procédure d’insolvabilité”: procédure collective, soumise à la supervision d’un tribunal, en vue d’un redressement ou d’une liquidation;

u) “Procédure non principale”: procédure d’insolvabilité, autre qu’une procédure principale, qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement. Les procédures non principales ouvertes dans les États membres de l’Union européenne conformément au Règlement CE sont appelées “procédures secondaires”⁴;

v) “Procédure principale”: procédure d’insolvabilité qui a lieu dans l’État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux⁵;

w) “Procédure secondaire”: procédure non principale conduite dans les États membres de l’Union européenne conformément au Règlement CE;

x) “Redressement”: processus par lequel la prospérité et la viabilité financières de l’entreprise d’un débiteur peuvent être rétablies et l’entreprise continuer de fonctionner par le recours à différents moyens pouvant comprendre la remise des dettes, le rééchelonnement des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l’entreprise en vue de la poursuite de l’activité;

y) “Représentant de l’insolvabilité”: personne ou organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d’insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l’insolvabilité;

z) “Tribunal”: autorité judiciaire ou autre compétente pour contrôler ou superviser une procédure d’insolvabilité⁶;

3. Références

a) Affaires citées

14. L’Aide-mémoire et, en particulier, les notes de bas de page, font référence à certaines affaires. En général, il s’agit d’affaires qui sont citées et résumées en annexe et qui ne sont mentionnées dans le corps de l’Aide-mémoire que sous forme abrégée (par exemple: GBFE pour Greater Beijing First Expressways Limited ou Systech pour Systech Retail Systems Corporation). Les numéros de page ou de paragraphe mentionnés en rapport avec ces affaires correspondent aux numéros de page ou de paragraphe de la version anglaise accessible au public de l’accord international considéré; un grand nombre de ces accords n’existe qu’en version anglaise. Les affaires qui ne figurent pas en annexe ne sont citées que dans les notes en bas de page.

b) Textes cités

15. Le présent Aide-mémoire renvoie, lorsqu’il y a lieu, à plusieurs textes internationaux qui traitent divers aspects de la coordination des affaires d’insolvabilité internationale, à savoir:

i) Le “Concordat”: Concordat sur l’insolvabilité internationale (Cross-Border Insolvency Concordat), adopté par la Section du droit des affaires de l’Association internationale du barreau (Paris, 17 septembre 1995) et par le Conseil de l’Association (Madrid, 31 mai 1996);

⁴ Voir Loi type de la CNUDCI, art. 2 c) et f).

⁵ Voir Loi type de la CNUDCI, art. 2 b) et 16-3.

⁶ Voir ci-dessus par. 7 et 8.

ii) La “Loi type de la CNUDCI”: Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation (1997);

iii) Les “Directives sur les communications entre tribunaux”: Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers, publiées par l’American Law Institute (16 mai 2000) et adoptées par l’International Insolvency Institute (10 juin 2001);

iv) Le “Règlement CE”: Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d’insolvabilité;

v) Le “Guide législatif de la CNUDCI”: Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité (2004);

vi) Les “Directives Co-Co”: Directives européennes pour la communication et la coopération en matière d’insolvabilité transfrontalière (European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency), élaborées par INSOL Europe, Branche universitaire (2007).

c) Exemples de clauses

16. Les exemples de clauses figurant dans l’Aide-mémoire ne servent que d’illustrations. Ils montrent comment pourraient être rédigées les dispositions d’un accord international abordant les thèmes examinés à la partie III, à partir d’accords internationaux existants. Il est recommandé de les lire en même temps que l’examen du thème correspondant, présenté dans les paragraphes qui précèdent. Il est à noter que ces exemples de clauses ne sont pas destinés à servir de clauses types et ne sauraient être exhaustifs. Ils ne sauraient non plus servir de base à ce que l’on pourrait considérer comme un protocole type. Certaines dispositions vaudront peut-être uniquement pour une affaire particulière tandis que d’autres plus générales seront utilisées plus souvent. Enfin, certains exemples de clauses n’ont effet que s’ils sont approuvés par les tribunaux concernés, par exemple quand ils se rapportent aux rôles des tribunaux ou répartissent les rôles entre tribunaux.

17. L’Aide-mémoire souligne par conséquent la nécessité d’une approche individualisée pour chaque accord international, en reconnaissant qu’un tel accord doit être rédigé pour une affaire particulière, compte tenu des circonstances de l’espèce et des intérêts des parties, ainsi que de la situation locale, notamment la loi applicable.

I. Contexte général

A. Le cadre législatif de l'insolvabilité internationale

1. Bien que le nombre d'affaires d'insolvabilité internationale ait considérablement augmenté depuis les années 1990, l'adoption de régimes juridiques, internes ou internationaux permettant de traiter ces affaires n'a pas progressé au même rythme. L'absence de régimes adaptés a souvent conduit à des approches inadéquates et non coordonnées dont l'application est imprévisible et qui ont empêché non seulement le sauvetage d'entreprises en difficulté financière et l'administration équitable et efficace des procédures d'insolvabilité internationale, mais également la protection et la maximisation de la valeur des actifs du débiteur insolvable. De plus, les disparités et, dans certains cas, les conflits entre lois nationales ont inutilement entravé la réalisation des objectifs économiques et sociaux fondamentaux des procédures d'insolvabilité. La transparence a souvent fait défaut, en l'absence de règle claire sur la reconnaissance des droits et des priorités des créanciers existants, le traitement des créanciers étrangers et la loi applicable aux questions internationales. Si nombre de ces carences sont également manifestes dans les régimes d'insolvabilité interne, elles risquent d'avoir un impact plus important dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment en cas de redressement.

2. À l'inadéquation des lois existantes s'ajoute l'absence de prévisibilité concernant non seulement la façon dont celles-ci seront appliquées mais aussi les dépenses et le temps que pourrait exiger une telle application, d'où un surcroît d'incertitude qui risque de se répercuter sur les flux de capitaux et les investissements internationaux. L'acceptation des différents types de procédures de même que l'interprétation des concepts clés et le traitement accordé aux parties concernées par une procédure d'insolvabilité diffèrent. Les procédures de redressement ou de sauvetage, par exemple, sont plus courantes dans certains pays que dans d'autres. La participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité, ainsi que le traitement qui leur est accordé dans le cadre de cette procédure, varient considérablement. Différents pays reconnaissent également différents types de procédures avec des effets différents. Par exemple, s'agissant du redressement, la loi d'un État envisagera la possibilité pour un débiteur non dessaisi de continuer à gérer son entreprise, tandis que la loi d'un autre État, dans lequel ce débiteur fait également l'objet d'une procédure, prévoira l'éviction des dirigeants en place ou la liquidation de l'entreprise. De nombreuses lois nationales sur l'insolvabilité prétendent appliquer, à leurs propres procédures, le principe de l'universalité aux fins d'une procédure unifiée dans laquelle les décisions de justice produiraient leurs effets sur les actifs situés à l'étranger. Dans le même temps, ces lois ne reconnaissent pas le principe d'universalité auquel les procédures d'insolvabilité étrangères se disent soumises. Aux différences entre les concepts fondamentaux et dans le traitement des participants vient s'ajouter le fait que certaines conséquences de la procédure d'insolvabilité, telles que l'arrêt des poursuites contre le débiteur ou ses actifs, considéré comme un élément essentiel dans de nombreuses lois, sont sans effet au niveau international.

3. Parallèlement à l'absence d'initiatives visant à réformer les lois nationales, on constate une absence de traités multilatéraux ayant des effets mondiaux. Quelques traités ont été négociés au niveau régional. En règle générale, toutefois, ce type d'arrangement n'est possible (et ne convient) que pour les pays de la région dont les régimes d'insolvabilité et les règles de droit commercial général sont similaires (voir par. 20 ci-dessous). Les faits montrent que si les traités internationaux peuvent constituer un outil d'harmonisation à grande échelle, leur négociation exige généralement des efforts considérables et, comme l'a noté un commentateur, plus le degré d'utilité recherchée au moyen d'un traité est important, plus les difficultés pour faire aboutir ce dernier sont grandes et plus le risque d'échouer en définitive est élevé. La volonté d'instaurer le principe de courtoisie internationale dans les procédures d'insolvabilité en Europe constitue à cet égard un bon exemple. On s'est attaché à partir de 1960 à élaborer une convention sur la faillite qui devait faire pendant à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (1968). Ces efforts ont abouti à l'adoption, en 1990, de la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite (Convention d'Istanbul). Ratifiée par un seul pays (Chypre), cette convention a été remplacée par un projet de convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité. Bien que sur le point d'être adoptée par les États membres de l'Union en novembre 1995, cette convention n'a pu finalement être appliquée. Elle a repris vie sous la forme d'un règlement en mai 1999, qui a été adopté par le Conseil le 29 mai 2000 et qui est entré en vigueur le 31 mai 2002 (voir par. 21 ci-dessous).

B. Initiatives internationales

4. Face à l'absence de réforme des lois nationales, certaines organisations non gouvernementales ont lancé, au cours des dix dernières années environ, plusieurs initiatives internationales afin de mettre en place un cadre juridique pour harmoniser les procédures d'insolvabilité internationale.

1. Loi type sur la coopération internationale en matière d'insolvabilité

5. Un premier projet lancé par une organisation non gouvernementale était la Loi type sur la coopération internationale en matière d'insolvabilité (Model International Insolvency Cooperation Act ou MIICA), élaborée sous les auspices du Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau et approuvée par le Conseil de l'Association et le Conseil de la Section du droit des affaires en 1989. Il s'agissait d'une loi type destinée à être adoptée au niveau national, qui prévoyait des mécanismes permettant à un tribunal d'appuyer des procédures d'insolvabilité menées dans d'autres États ou y d'apporter une aide. Bien qu'elle n'ait pas suscité une acceptation large et active de la part des États et des législateurs, elle a permis que le concept de loi type soit considéré comme un moyen viable de sortir de l'impasse où l'on se trouvait du fait de l'impossibilité persistante de conclure un traité mondial dans le domaine de l'insolvabilité. Cette loi type a aussi montré que le succès d'un projet dépendait de la participation des États au processus de négociation (élément essentiel des méthodes de travail de la CNUDCI), en particulier lorsque le texte élaboré exigeait que les États prennent certaines dispositions, législatives ou autres, en vue de son adoption.

2. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

6. La CNUDCI a adopté en 1997 la Loi type sur l'insolvabilité internationale, qui traite du cadre législatif nécessaire pour faciliter la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale, afin de promouvoir les objectifs généraux suivants:

a) Assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes de l'État [adoptant] et des États étrangers intervenant dans les affaires d'insolvabilité internationale;

b) Garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;

c) Administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur;

d) Protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur; et

e) Faciliter le redressement des entreprises en difficulté financière, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois⁷.

7. Ces principes soulèvent un certain nombre de questions, à savoir: dans quelle mesure les tribunaux, dans l'exercice de leurs pouvoirs pour administrer les affaires dont ils sont saisis, sont autorisés à entretenir des échanges ou à entrer en relation avec des tribunaux étrangers susceptibles d'administrer une procédure analogue visant le même débiteur? Les tribunaux peuvent-ils, par exemple, traiter équitablement les parties prenantes communes, peuvent-ils être saisis par des parties prenantes étrangères suivant les mêmes conditions que des parties prenantes nationales ou peuvent-ils permettre à une autre juridiction de jouer le rôle principal dans l'administration d'une procédure de redressement? On constate par exemple que, dans de nombreux cas, certains tribunaux sont peu disposés à limiter l'exercice de leur compétence en faveur d'un tribunal étranger, ou ne sont pas en mesure de le faire, et par conséquent préféreront des procédures d'insolvabilité parallèles ou considéreront les procédures principale et non principale, lorsque celles-ci sont prévues dans le régime d'insolvabilité applicable, comme des procédures concurrentes ou parallèles. Cette préférence peut se fonder sur la loi applicable ou tenir au désir de protéger les intérêts des créanciers nationaux.

8. Dans sa résolution de 1997⁸ où elle recommandait aux États d'adopter la Loi type de la CNUDCI, l'Assemblée générale des Nations Unies a souligné la nécessité de ce texte, son caractère opportun et son objet fondamental. Elle a noté en particulier que, du fait de l'expansion du commerce et des investissements internationaux, les entreprises et les particuliers disposent plus fréquemment qu'auparavant de biens dans plus d'un État et que la coopération et la coordination internationales en matière de surveillance et d'administration des biens et des affaires du débiteur insolvable deviennent souvent une nécessité impérieuse. Le manque de coordination et de coopération internationales dans les cas d'insolvabilité internationale amenuise les chances de sauvetage de sociétés aux prises avec des difficultés financières mais néanmoins viables, entrave

⁷ Préambule de la Loi type de la CNUDCI.

⁸ Résolution 52/158 du 15 décembre 1997, de l'Assemblée générale.

l'administration équitable et efficace des insolvabilités internationales, est de nature à faciliter la dissimulation ou la dispersion des biens du débiteur et fait obstacle au redressement ou à la liquidation des biens et affaires du débiteur selon les modalités qui seraient les plus avantageuses pour les créanciers et les autres intéressés, y compris le débiteur et ses employés.

9. L'Assemblée générale a également noté que nombre d'États ne disposent pas d'un cadre législatif qui rendrait possible ou faciliterait une coordination et une coopération internationales efficaces. Elle s'est dite convaincue qu'une législation équitable en matière d'insolvabilité internationale, harmonisée au plan international, respectueuse des procédures et systèmes juridiques nationaux, et rencontrant l'agrément d'États ayant des régimes juridique, économique et social divers, contribuerait à l'expansion du commerce et des investissements internationaux, mais aiderait également les États à moderniser leurs lois en la matière.

10. Un groupe de travail intergouvernemental, composé de représentants de 72 États, de 7 organisations intergouvernementales et de 10 organisations non gouvernementales, a négocié la Loi type de la CNUDCI entre 1995 et 1997. Celle-ci, par sa nature même, doit être incorporée dans le droit interne afin de constituer un cadre législatif unilatéral pour l'insolvabilité internationale. La Loi type de la CNUDCI se concentre sur les éléments qui sont nécessaires pour faciliter l'administration des affaires d'insolvabilité internationale et établir des liens entre juridictions. De ce fait, elle respecte les différences entre les règles de procédure nationales et ne tente pas d'unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité (les règles matérielles sur l'insolvabilité font l'objet du Guide législatif de la CNUDCI).

11. Le texte de la Loi type de la CNUDCI propose des solutions qui peuvent être utiles à plusieurs titres, modestes mais importants, et qui s'articulent autour de quatre éléments essentiels: a) la possibilité pour les représentants de la procédure d'insolvabilité étrangère et pour les créanciers de saisir les tribunaux locaux; b) la reconnaissance de certaines décisions ordonnées par des tribunaux étrangers; c) les mesures à prendre à l'appui d'une procédure étrangère; et d) la facilitation de la coopération entre les tribunaux des États où se trouvent les biens du débiteur.

12. Les solutions proposées par la Loi type de la CNUDCI sont les suivantes:

a) Assurer l'accès de la personne administrant une procédure d'insolvabilité étrangère ("le représentant étranger") aux tribunaux de l'État adoptant, ce qui lui permet de demander un "répit" et donne aux tribunaux la possibilité de déterminer quelle coordination assurer entre les juridictions ou quelles autres mesures accorder pour régler au mieux l'insolvabilité;

b) Déterminer dans quel cas une procédure d'insolvabilité étrangère doit se voir accorder la "reconnaissance" et quelles peuvent être les conséquences de cette reconnaissance;

c) Établir des procédures de reconnaissance simplifiées;

d) Prévoir un régime transparent pour ce qui est du droit des créanciers étrangers d'entamer une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant, ou d'y participer;

e) Autoriser les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité de l'État adoptant à coopérer plus efficacement avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers participant à une insolvabilité;

f) Autoriser les tribunaux de l'État adoptant et les personnes administrant une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant à demander une assistance à l'étranger;

g) Établir des règles de coordination en cas de procédures d'insolvabilité concurrentes dans l'État adoptant et un État étranger.

13. L'absence d'un cadre législatif ou les incertitudes quant à la portée des pouvoirs législatifs en matière de coopération avec les tribunaux étrangers ont pour conséquence de limiter très souvent la coopération et la coordination entre juges de différentes juridictions dans les affaires d'insolvabilité internationale. Ainsi qu'il est noté plus haut, la Loi type de la CNUDCI vise à aider les États à doter leurs lois sur l'insolvabilité de ce cadre législatif moderne et harmonisé.

14. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI insiste sur le rôle central de la coopération dans les procédures d'insolvabilité internationale pour conduire ces procédures efficacement et pour obtenir des résultats optimaux. Un élément clef est la coopération entre les tribunaux participant aux différentes procédures (article 25) et entre ces tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés dans les différentes procédures (article 26). Un aspect essentiel de la coopération peut être l'instauration d'une communication entre les autorités chargées d'administrer les procédures d'insolvabilité dans les États concernés. Si la Loi type de la CNUDCI prévoit que les juges sont autorisés à coopérer et à communiquer entre eux au niveau international, elle ne précise pas les modalités de cette coopération et communication, laissant le soin à chaque État de définir ou d'appliquer ses propres règles. Elle note cependant que la capacité donnée aux tribunaux, avec due participation des parties, de communiquer "directement" avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, ou de leur demander "directement" des informations ou une assistance, vise à éviter le recours aux longues procédures traditionnellement suivies, telles que les commissions rogatoires. Étant donné que les procédures d'insolvabilité sont par nature chaotiques et que la valeur diminue rapidement à mesure que le temps passe, cette capacité est fondamentale lorsque les tribunaux estiment devoir agir très vite⁹.

15. En mars 2009, des lois fondées sur la Loi type de la CNUDCI avaient été adoptées par l'Afrique du Sud (2000); l'Australie (2008); la Colombie (2006); l'Érythrée (1998); les États-Unis d'Amérique (2005); la Grande-Bretagne (2006); les Îles Vierges britanniques, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2005); le Japon (2000); le Mexique (2000); le Monténégro (2002); la Nouvelle-Zélande (2006); la Pologne (2003); la République de Corée (2006); la Roumanie (2003); la Serbie (2004) et la Slovénie (2008)¹⁰.

⁹ Loi type de la CNUDCI, Guide pour son incorporation, par. 179.

¹⁰ Ces informations sont régulièrement actualisées sur le site Web de la CNUDCI sous la rubrique "Textes de la CNUDCI, état des ratifications" à l'adresse <http://www.uncitral.org>.

3. Concordat sur l'insolvabilité internationale de l'Association internationale du barreau

16. Le Concordat sur l'insolvabilité internationale, élaboré par le Comité J de l'Association internationale du barreau au début des années 1990 à partir de règles du droit international privé, est une initiative différente. Il a pour objectif de suggérer des principes généraux pour les cas d'insolvabilité et de redressement internationaux, que les participants ou les tribunaux pourraient adopter afin de régler diverses questions. Ces principes portent notamment sur la désignation du for où sera administrée l'insolvabilité; l'application des règles de priorité de ce for; les règles en cas de pluralité des fors; et la désignation des règles applicables à l'annulation de certaines opérations réalisées avant l'insolvabilité. Le Concordat a d'abord été appliqué dans des affaires concernant le Canada et les États-Unis par certains des juges qui avaient activement contribué à son élaboration. Des accords d'insolvabilité internationale fondés sur le Concordat ont été conclus à plusieurs reprises entre ces deux pays ainsi qu'entre les États-Unis et Israël, les Bahamas, les Îles Caïmanes, l'Angleterre, les Bermudes et la Suisse.

17. Cette forme de coopération est devenue pratique courante du moins dans certains États. L'absence de traités officiels ou de législation interne réglant les problèmes soulevés par l'insolvabilité internationale a incité les praticiens de l'insolvabilité à mettre au point, au cas par cas, des stratégies et des techniques pour résoudre les conflits qui surgissent lorsque les tribunaux de différents États tentent de mettre en œuvre des lois et d'appliquer des règles différentes aux mêmes parties. Le contenu et la durée de ces accords varient, et les modifications apportées en cours de procédure tiennent compte de la dynamique changeante d'une insolvabilité internationale afin de résoudre plus facilement des problèmes uniques qui se posent pendant la procédure.

18. Ce type d'accord international a été utilisé pour la première fois en 1992 dans l'affaire *Maxwell Communication Corporation*, qui a été placée sous administration en Angleterre et soumise en même temps à la procédure du chapitre 11 à New York, avec désignation respectivement de plusieurs "*administrators*" et d'un "*examiner*". Un accord n'est peut-être pas un remède universel: en effet, son contenu est défini au cas par cas et il exige du temps pour être négocié, ainsi que des actifs suffisants pour justifier les coûts de la négociation et d'une coopération entre les deux tribunaux et entre les praticiens de l'insolvabilité dans chaque État. Toutefois, les affaires dans lesquelles ont été utilisés ces accords illustrent la manière dont la coopération et la coordination entre juges, tribunaux et professionnels de l'insolvabilité peuvent améliorer le régime international de l'insolvabilité en l'absence de grande réforme du droit au niveau national, régional ou international. Les accords élaborés ont souvent apporté des solutions novatrices à des problèmes internationaux et ont permis aux tribunaux de traiter les questions particulières se posant dans chaque cas d'espèce. Bien que leur rôle éventuel dans une harmonisation plus large du droit et de la pratique en matière d'insolvabilité internationale soit limité, les accords sont de plus en plus souvent utilisés et des informations les concernant de plus en plus largement diffusées.

4. Arrangements régionaux

19. Quelques traités ont été négociés au niveau régional. D'une manière générale, ces arrangements ne sont possibles (et ne conviennent) que pour les pays d'une région donnée dont les régimes de l'insolvabilité et les règles de droit commercial général sont similaires. Leur application se limite nécessairement au groupe régional des États contractants.

20. Parmi ces traités multilatéraux régionaux figurent: en Amérique latine, les Traités de Montevideo de 1889 et de 1940 et, dans les pays nordiques, la Convention entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède relative aux faillites (conclue en 1933, modifiée en 1977 et 1982). Ces traités améliorent sans nul doute la situation entre les États contractants. Il n'en reste pas moins que la mondialisation croissante du commerce et des investissements et la multiplication des cas d'insolvabilité internationale qui en résulte risquent de faire entrer en jeu des États non participants, ce qui montre bien les limites inhérentes à tout régime de traité régional. Les arrangements régionaux peuvent néanmoins être un point de départ utile pour une plus large coopération.

21. Comme on l'a vu plus haut, le Règlement CE régit les problèmes complexes que pose l'insolvabilité internationale en créant un cadre obligatoire dans lequel une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre de l'Union européenne peut être reconnue et produire ses effets dans les autres États membres de l'Union. Il reconnaît que le bon fonctionnement du marché intérieur exige que les procédures d'insolvabilité transfrontalières fonctionnent efficacement et effectivement. Ce bon fonctionnement est compromis par une pratique que le Règlement tente de prévenir, laquelle consiste pour les parties à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État membre à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique ("forum shopping")¹¹. Le Règlement impose un régime obligatoire en ce qui concerne l'exercice de la compétence pour l'ouverture de procédures d'insolvabilité et les règles sur le choix de la loi, lesquelles déterminent la loi qui régira chaque aspect de la procédure à laquelle il s'applique. Il reconnaît également l'importance de la coopération entre procédures. L'article 31 fait obligation aux syndicats des différentes procédures concurrentes de coopérer et de se communiquer des informations, mais ne donne pas beaucoup d'indications sur les modalités de cette communication et de cette coopération. Celles-ci sont examinées dans les "Directives Co-Co", élaborées sous l'égide de la Branche universitaire d'INSOL Europe. Ces Directives forment un ensemble de principes de communication et de coopération entre les représentants de l'insolvabilité dans les affaires d'insolvabilité internationale.

5. Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers¹²

22. En 2000, l'American Law Institute (ALI) a élaboré les Directives sur les communications entre tribunaux dans le cadre de son travail sur l'insolvabilité transnationale dans les pays de l'Accord de libre-échange nord américain (ALENA). Une équipe de juges, d'avocats et d'universitaires des trois pays de l'ALENA (Canada, États-Unis et Mexique) a participé à ce projet. Ces Directives ont pour but

¹¹ Préambule du Règlement CE, considérants 2 et 4.

¹² Les Directives sur les communications entre tribunaux sont accessibles en ligne à l'adresse suivante: http://www.insolvency.ca/papers/ALI-CourtGuidelines_francais.doc.

d'encourager et de faciliter la coopération dans les affaires internationales. Elles ne visent pas à modifier les règles ou procédures internes applicables dans les pays, ni à affecter ou limiter les droits fondamentaux des parties à une procédure devant les tribunaux. Elles ont été approuvées par l'International Insolvency Institute (III) et par l'Institut d'insolvabilité du Canada et avalisées par plusieurs tribunaux. En outre, elles ont servi à des tribunaux dans diverses affaires d'insolvabilité internationale, comme *PSINet* et *Matlack* (voir annexe).

II. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: formes possibles de coopération en vertu de l'article 27¹³

1. L'absence d'un cadre législatif, ou les incertitudes quant à la portée des pouvoirs législatifs en matière de coopération avec les tribunaux étrangers ont pour conséquence de limiter très souvent la coopération et la coordination entre juges de différentes juridictions dans les cas d'insolvabilité internationale. Comme mentionné plus haut, la Loi type de la CNUDCI prévoit précisément ce cadre législatif autorisant la coopération et la communication entre les tribunaux à l'échelle internationale. Elle ne précise toutefois pas comment cette coopération et cette communication pourraient s'exercer. Pour aider les États n'ayant pas une longue tradition de coopération judiciaire internationale directe et ceux où la compétence discrétionnaire est traditionnellement restreinte, l'article 27 de la Loi type énumère des formes possibles de coopération, examinées ci-après, qui pourraient être utilisées pour coordonner les affaires d'insolvabilité internationale.

A. Article 27 a): Nomination d'une personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal

2. Une telle personne peut être nommée par un tribunal pour faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité lorsque celles-ci ont lieu dans différents pays et concernent le même débiteur. Cette personne peut exercer diverses fonctions, notamment: agir en qualité d'intermédiaire pour les tribunaux intéressés, en particulier lorsque des questions de langue sont en jeu; élaborer un accord; et promouvoir le règlement amiable des problèmes entre parties. Lorsque le tribunal nomme une telle personne, il précise en général dans son ordonnance les conditions régissant cette nomination et les pouvoirs dévolus à ladite personne. Celle-ci peut être tenue de faire régulièrement rapport au tribunal ou aux tribunaux associés aux procédures, ainsi qu'aux parties.

3. Dans l'affaire *Maxwell*, par exemple, le tribunal des États-Unis avait désigné un "examiner" doté de pouvoirs étendus en vertu du chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis (United States Bankruptcy Code) et l'avait chargé de faciliter la coordination des différentes procédures. Dans l'affaire *Nakash*, un "examiner" avait également été désigné par le tribunal des États-Unis pour, notamment, essayer d'élaborer un protocole visant à harmoniser et coordonner la procédure au titre du

¹³ Article 27. Formes de la coopération

La coopération visée aux articles 25 et 26 peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

- a) La nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal;
- b) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal;
- c) La coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur;
- d) L'approbation ou l'application par les tribunaux des accords concernant la coordination des procédures;
- e) La coordination des procédures concurrentes concernant le même débiteur;
- f) [L'État adoptant voudra peut-être énumérer des formes supplémentaires ou des exemples de coopération].

chapitre 11 susmentionné avec certaines procédures engagées en Israël et, en fin de compte, favoriser un règlement amiable de l'affaire en vertu dudit chapitre. Dans l'affaire *Matlack*, un accord international prévoyait que l'intermédiaire soumettrait, périodiquement ou sur demande, au tribunal des rapports résumant l'état d'avancement de la procédure d'insolvabilité étrangère et donnant d'autres informations que le tribunal pouvait demander.

B. Article 27 b): Communication d'informations jugées appropriées par le tribunal

4. L'établissement de liens de communication entre les autorités administrant les procédures d'insolvabilité dans les États concernés peut être un élément essentiel de la coopération. Les articles 25 et 26 de la Loi type de la CNUDCI autorisent la communication directe entre les tribunaux, entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité et entre les représentants de l'insolvabilité. Là où la Loi type de la CNUDCI a été adoptée, ces dispositions établissent le cadre législatif nécessaire pour autoriser cette communication, sans pour autant indiquer dans le détail comment devrait être assurée cette dernière. L'article 27 indique toutefois que celle-ci peut consister, par exemple, en la communication d'informations par tout moyen que le tribunal juge approprié. La Loi type prévoit que la communication ainsi autorisée serait soumise à toutes règles impératives applicables dans l'État adoptant, comme les règles limitant la communication d'informations afin, notamment, de protéger la vie privée ou la confidentialité¹⁴. La capacité donnée aux tribunaux de communiquer "directement" et de demander "directement" information et assistance à des tribunaux étrangers ou à des représentants étrangers pour leur éviter de recourir aux longues procédures traditionnellement suivies, telles que les commissions rogatoires, est fondamentale lorsque lesdits tribunaux estiment devoir agir très vite¹⁵.

5. L'instauration d'une communication dans les affaires internationales peut faciliter les procédures d'insolvabilité internationale de nombreuses manières. Elle peut aider les parties à mieux comprendre les effets ou l'application du droit étranger, en particulier les différences ou les chevauchements qui pourraient donner naissance à des litiges; faciliter la résolution des problèmes moyennant une issue négociée acceptable par tous; susciter des réponses plus fiables de la part des parties et éviter ainsi le manque d'objectivité inhérent à de telles situations et la tendance à déformer les faits, qui peuvent se manifester lorsque les parties représentent leurs propres intérêts dans leur propre pays. Elle peut aussi servir des intérêts internationaux en favorisant une meilleure compréhension qui contribuera à promouvoir le commerce international et à prévenir la perte de valeur qui résulterait d'une action judiciaire fragmentée. Il est probable que certains des avantages potentiels seront difficiles à cerner d'emblée, mais ceux-ci peuvent devenir évidents une fois que les parties ont communiqué. La communication internationale peut révéler, par exemple, certains faits ou mesures qui contribueront sensiblement à la recherche du meilleur règlement de l'affaire et qui, sur le long terme, pourront favoriser une réforme du droit.

¹⁴ Loi type de la CNUDCI, Guide pour son incorporation, par. 182.

¹⁵ Ibid, par. 179.

6. La communication d'informations peut se faire par l'échange de documents (par exemple, copies d'ordonnances officielles, de jugements, d'opinions, de motivations de décisions, de transcriptions des débats, de déclarations sous serment et d'autres moyens de preuve), ou oralement. Les moyens de communication peuvent être la voie postale, la télécopie ou le courrier électronique, ou encore le téléphone ou la visioconférence. Copie des communications écrites peut aussi être remise aux parties conformément aux dispositions applicables en matière de notification. La communication peut se faire soit directement entre les juges, soit entre les auxiliaires de justice (ou un intermédiaire désigné par le tribunal, comme mentionné plus haut) ou les représentants de l'insolvabilité, ou par leur truchement, sous réserve des règles locales. Le développement des nouvelles technologies de la communication favorise divers aspects de la coopération et de la coordination, offre la possibilité de réduire les retards et, le cas échéant, facilite les contacts face à face. Dans un monde où les litiges se multiplient, ces méthodes de communication directe sont de plus en plus utilisées. On privilégie les visioconférences plutôt que les conférences téléphoniques car elles permettent de mieux maîtriser le processus et favorisent une organisation disciplinée de la communication du fait que les participants peuvent se voir et s'entendre.

7. La communication d'informations entre les juges ou d'autres parties intéressées soulève un certain nombre de questions qu'il faut prendre en considération pour assurer une communication ouverte, efficace et crédible et faire en sorte que des procédures appropriées soient appliquées. D'une manière générale, il pourrait être indiqué d'établir si la communication devrait faire systématiquement partie de la procédure internationale ou s'il faut y recourir uniquement lorsqu'elle est jugée strictement nécessaire; si elle devrait seulement porter sur les questions de procédure ou si elle peut également être étendue aux questions de fond; si un juge peut préconiser qu'une ligne de conduite particulière soit adoptée; et, s'agissant des mesures de protection, comme celles mentionnées ci-après (voir la partie III, par. 30 à 32 et 185 à 188), si elles devraient s'appliquer en toutes circonstances ou s'il peut y avoir des exceptions.

8. Dans chaque cas d'espèce, il faudra déterminer, pour une juridiction donnée: la procédure correcte à suivre, notamment les personnes qui seront parties à la communication et toute limite susceptible de s'appliquer; les questions à examiner; si les parties partagent les mêmes intentions concernant la communication ou ont la même conception de cette communication; toute mesure qui s'appliquera pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties; la langue de la communication et, par voie de conséquence, la nécessité de traduire les documents écrits ou d'interpréter les communications orales; et des méthodes acceptables de communication. En général, les accords internationaux visent à concilier les intérêts des différentes parties prenantes et veillent à ce que personne ne voit ses droits fondamentaux lésés par les modalités qu'ils prévoient. Les mesures de protection pourraient prévoir que les parties ont le droit d'être avisées de toute communication proposée (par exemple toutes les parties et leurs représentants ou avocats), de s'opposer à la communication proposée, d'être présentes lorsque la communication a lieu et d'y participer, et qu'un procès-verbal de la communication devra être établi pour être versé au dossier de la procédure et mis à la disposition des avocats dans les deux tribunaux, sous réserve de toute mesure tendant à protéger la confidentialité que les tribunaux pourraient juger appropriée.

9. Dans les cas où la Loi type de la CNUDCI n'a pas été adoptée, il est probable que la législation n'autorise pas la communication dans les procédures internationales. Les différentes approches retenues à l'égard de la communication entre les tribunaux et les parties permettent d'illustrer certains des problèmes qui risquent de se poser. À l'absence d'autorisation spécifique s'ajoute très souvent le fait que les tribunaux de différents pays hésitent ou ne sont guère disposés à communiquer directement entre eux. Cette hésitation ou cette réticence peut avoir plusieurs causes: des considérations d'ordre éthique; la culture juridique; la langue; ou une connaissance insuffisante des lois étrangères et de leur application. Certains États ont une approche plutôt souple de la communication entre les juges, alors que dans d'autres, les juges ne sont pas autorisés à communiquer directement avec les parties ou les représentants de l'insolvabilité, ni même avec d'autres juges. Si dans certains États, les communications *ex parte* avec le juge sont considérées comme normales et nécessaires, dans d'autres, elles ne sont pas acceptables¹⁶. À l'intérieur d'un même État, les juges et les avocats peuvent avoir des avis très différents sur le point de savoir s'il est opportun que les juges nouent des contacts entre eux sans que les avocats des parties en aient connaissance ou y soient associés. Certains juges, par exemple, acceptent sans difficulté l'idée d'avoir entre eux des contacts directs, alors que certains avocats désapprouvent vivement cette pratique. En général, les tribunaux concentrent leur attention sur les questions dont ils sont saisis et peuvent être réticents à apporter une aide à des procédures connexes dans d'autres États, en particulier lorsque la procédure dont ils ont la charge ne semble pas comporter un élément international, à savoir un débiteur étranger, des créanciers étrangers ou des activités menées à l'étranger.

10. Les tribunaux peuvent adopter des directives, comme les Directives sur les communications entre tribunaux, pour coordonner leurs activités, promouvoir l'efficacité et faire en sorte que les parties prenantes dans chaque État soient traitées de manière uniforme. En général, ces directives n'ont pas pour objet de modifier ou de changer les règles ou procédures internes applicables dans un pays donné ni de porter atteinte ou de faire obstacle aux droits fondamentaux d'une partie quelconque à la procédure dont les tribunaux sont saisis. Au contraire, elles visent à promouvoir la transparence de la communication entre les tribunaux, ce qui permet aux juridictions de différents pays de communiquer entre elles, et elles peuvent être adoptées par un tribunal à des fins générales ou incorporées dans des accords internationaux particuliers.

C. Article 27 c): Coordination de l'administration et de la surveillance des biens du débiteur

11. La conduite des procédures d'insolvabilité internationale exige souvent que l'on continue d'utiliser et de réaliser les actifs des différentes masses de l'insolvabilité ou d'en disposer au cours de la procédure. La coordination de cette utilisation, réalisation et disposition contribuera à éviter les différends et à faire en

¹⁶ Par exemple, dans les pays membres de l'ALENA, les communications *ex parte* avec le juge sont acceptées au Mexique, alors qu'elles ne le sont pas au Canada et aux États-Unis. Voir The American Law Institute's Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries, Procedural Principle 10, Topic IV.B, Comment (Principes de coopération entre pays de l'ALENA, Principe procédural 10, Point IV.B, Commentaire), p. 57 et 58.

sorte que le bénéfice de toutes les parties intéressées soit au cœur des préoccupations, notamment en cas de redressement. Les questions à prendre en considération pour faciliter la coordination sont notamment les suivantes: l'emplacement des différents actifs; la détermination de la loi régissant les actifs et des parties chargées d'établir comment utiliser ces actifs ou en disposer (par exemple, le représentant de l'insolvabilité, les tribunaux ou dans certains cas le débiteur), y compris les approbations requises; la mesure dans laquelle la responsabilité de ces actifs peut être répartie entre ces différentes parties dans différents États; et la manière dont les informations peuvent être échangées pour assurer la coordination et la coopération. La coordination peut également être utile pour enquêter sur les actifs du débiteur et envisager d'éventuelles actions en annulation.

D. Article 27 d): Approbation ou application d'accords concernant la coordination des procédures

12. Comme noté ci-dessus, les spécialistes s'occupant d'insolvabilité qui, quotidiennement, doivent faire face à la nécessité de traiter des affaires d'insolvabilité et d'essayer de coordonner l'administration d'affaires d'insolvabilité internationales en l'absence d'adoption généralisée de règles de droit nationales ou internationales propres à faciliter le processus, ont élaboré des accords internationaux. L'objectif de ces derniers est de traiter les conflits de procédure et de fond pouvant surgir dans ces affaires d'insolvabilité internationale, de manière à en faciliter le règlement par l'instauration entre les tribunaux, le débiteur et d'autres parties prenantes de liens de coopération internationale afin de permettre aux intéressés de travailler efficacement et d'accroître le montant des réalisations pour les parties prenantes quand il risque d'y avoir conflit de compétences.

13. Ces accords internationaux ne remplacent pas l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI comme moyen de faciliter la coopération et la coordination internationales, mais peuvent être utilisés parallèlement à cette loi une fois incorporée et, en fait, la compléter. Ils sont examinés de façon détaillée dans la partie III ci-après.

E. Article 27 e): Coordination des procédures concurrentes

14. En cas de procédures internationales concurrentes à l'encontre d'un même débiteur, la Loi type de la CNUDCI vise à encourager l'adoption de décisions permettant d'atteindre au mieux les objectifs des deux procédures. L'article 29 donne au tribunal ayant à connaître d'une affaire où le débiteur fait l'objet de deux procédures, l'une étrangère, l'autre locale, des orientations sur la manière dont ces procédures devraient être coordonnées, en particulier en ce qui concerne les mesures prises, pour faire en sorte que les différentes procédures puissent se poursuivre sans être inutilement suspendues du fait de l'application de l'arrêt des poursuites. Par exemple, les actifs du débiteur peuvent être situés dans différents États et la recherche les concernant peut être entravée par un arrêt des poursuites dans un ou plusieurs de ces États. Pour procéder à cette recherche, la levée de l'arrêt des poursuites pourrait être nécessaire. De même, la procédure ouverte dans un État pourrait être appuyée par l'application d'un arrêt des poursuites dans un autre État

où aucune procédure d'insolvabilité n'a été ouverte à l'encontre du débiteur mais où celui-ci a des actifs. La reconnaissance de l'arrêt des poursuites dans ce deuxième État contribuerait à protéger les actifs dans l'intérêt de tous les créanciers. En reconnaissant et en mettant en œuvre un arrêt des poursuites ordonné par un autre tribunal, le tribunal concerné pourrait consulter le tribunal ayant ordonné l'arrêt sur les points suivants: a) l'interprétation et l'application de l'arrêt des poursuites et l'éventualité de son aménagement ou de sa mainlevée, et b) l'exécution de l'arrêt.

15. Des procédures concurrentes peuvent également être coordonnées par le biais d'audiences conjointes (voir la partie III, par. 145 à 150 ci-dessous) et, dans le cas d'un redressement, par la coordination des plans de redressement, en particulier lorsque le même plan ou un plan similaire est requis dans chaque État concerné par la procédure d'insolvabilité. La coordination peut être utile pour l'élaboration du plan, la négociation avec les créanciers, les procédures d'approbation et le rôle devant être joué par les tribunaux, s'agissant en particulier de l'approbation du plan et de son exécution.

16. Le chapitre V de la Loi type de la CNUDCI (articles 28 à 32) porte sur certains aspects de la coordination des procédures concurrentes, à savoir l'ouverture d'une procédure locale après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale; la coordination des mesures prises; la coordination de plusieurs procédures; la présomption de l'insolvabilité; et les règles de paiement en cas de pluralité de procédures.

F. Article 27 f): Autres formes de coopération

17. Les formes de coopération qui ne sont pas expressément visées à l'article 27 pourraient être notamment celles mentionnées ci-après.

a) Questions de la compétence et de la répartition des litiges entre les tribunaux coopérants en vue de leur règlement

18. Pour parvenir à un niveau approprié de coopération, les tribunaux dans les États desquels une procédure d'insolvabilité a été ouverte doivent parfois coordonner leurs efforts pour éviter les types de conflits auxquels pourraient donner lieu les approches traditionnelles que sont la réciprocité et la règle attribuant la priorité au premier jugement (selon cette règle, des procès impliquant les mêmes parties et portant sur les mêmes questions peuvent se dérouler parallèlement dans deux pays, le jugement retenu étant celui qui est prononcé en premier). Dans certains pays, les injonctions anti-poursuites, qui empêchent une partie d'engager ou de poursuivre une procédure dans un autre pays, peuvent aussi être source de

conflit¹⁷ et entraver le bon déroulement de procédures parallèles d'insolvabilité. Les procédures associées à ce type d'injonctions sont généralement longues. La coopération peut prendre, par exemple, les formes suivantes: la détermination des différentes questions dont chaque tribunal sera saisi (ce dont pourraient convenir les parties, sans décision de justice); le fait pour un tribunal de s'en remettre à la compétence ou à la décision d'autres tribunaux; et dans la mesure où cela est autorisé, la répartition du traitement de diverses questions entre les tribunaux afin de favoriser la coordination et d'éviter les chevauchements. Dans certains États, certains tribunaux dans des affaires multinationales ont tendance à rechercher le for le plus approprié dans chaque cas d'espèce, plutôt que de s'en remettre aux règles traditionnelles. Cette solution a été retenue le plus souvent dans des affaires d'insolvabilité en raison du principe de compétence universelle qui s'y rattache.

19. Dans la recherche du for le plus approprié, il se peut qu'un tribunal soit amené à limiter volontairement sa compétence en faveur d'un autre tribunal. Cette limitation volontaire de compétence pourrait consister en l'abandon d'une action engagée auprès d'un tribunal pour permettre à un autre tribunal auprès duquel une action parallèle a également été engagée de trancher¹⁸. Elle pourrait aussi consister pour un tribunal à donner compétence à un autre tribunal lorsque, par exemple, une action est possible auprès du deuxième tribunal, mais pas du premier. Ainsi, dans l'affaire *Maxwell*, un créancier aurait été visé par une action en annulation aux États-Unis, mais non en Angleterre. Le tribunal anglais a attribué la compétence au tribunal des États-Unis, toutes les parties étant convenues que l'application du droit américain aurait en l'espèce un caractère territorial. Après avoir examiné la question, toutefois, le tribunal des États-Unis a conclu que le droit de l'État principalement intéressé par l'issue du litige, en l'espèce le droit anglais, devait prévaloir. Il a reconnu "qu'à l'ère des sociétés multinationales, deux pays ou plus pouvaient également prétendre être le pays d'origine du débiteur".

20. La limitation volontaire de compétence n'est pas possible dans tous les cas, parce que les tribunaux sont souvent obligés d'exercer leur compétence ou un contrôle exclusif sur certaines questions. Certains systèmes juridiques, en particulier les systèmes de droit civil, peuvent aussi avoir des règles de procédure qui restreignent cette possibilité. Toutefois, il peut être laissé à la discrétion du représentant de l'insolvabilité de renoncer tout simplement à exercer une action donnée auprès du tribunal de son pays et de choisir de laisser au représentant d'une procédure connexe dans un autre État le soin d'exercer cette action dans cet État.

¹⁷ Dans une affaire où des procédures d'insolvabilité se déroulaient parallèlement aux États-Unis et en Belgique, la cour d'appel des États-Unis a appliqué de manière restrictive le principe de l'interdiction des procédures étrangères en reconnaissant que les tribunaux pourraient prononcer une injonction anti-poursuites uniquement dans les rares cas où elle était nécessaire pour "protéger la compétence ou un principe d'ordre public majeur". Le tribunal a cité en exemple une affaire où la procédure étrangère avait été lancée "dans le seul but de mettre fin à l'action engagée aux États-Unis et où la juridiction étrangère avait enjoint les parties de ne pas poursuivre leur action aux États-Unis", voir *Stonington Partners, Inc. contre Lernout & Hauspie Speech Products N.V.*, 310 F.3d 118, 127 (3d Cir. 2002).

¹⁸ Voir, par exemple: *Victrix Steamship Co., S.A. contre Salen Dry Cargo A.B.*, 825 F.2d 709 (2d Cir. 1987), affaire dans laquelle un tribunal des États-Unis a approuvé le rejet d'une créance à l'encontre d'un débiteur dans une procédure d'insolvabilité suédoise par égard pour cette procédure; *Cunard Steamship Co. contre Salen Reefer Serv. A. B.*, 773 F.2d 452 (2d Cir. 1985), affaire dans laquelle un arbitrage a de même été rejeté en faveur d'une procédure d'insolvabilité.

b) Coordination de la production, de l'admission ou du rejet et du classement des créances

21. La coordination des procédures de vérification et d'admission des créances peut faciliter l'administration de plusieurs procédures d'insolvabilité internationale impliquant un grand nombre de créanciers dans différents États. Diverses mesures pourraient être adoptées, notamment: choisir un seul État pour la déclaration, la vérification et l'admission des créances et attribuer ces tâches au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité; coordonner ce processus lorsque les créances doivent être déclarées dans plus d'une procédure, ce qui suppose notamment d'exiger des représentants de l'insolvabilité qu'ils s'échangent les listes de créanciers et de créances admises et d'harmoniser les délais et les procédures de déclaration; veiller à ce que les créances vérifiées et admises dans un État soient reconnues dans d'autres États; établir un classement des créances; et ainsi de suite. La coordination du traitement des créances est une des questions généralement abordées dans les accords internationaux (voir partie III, par. 120 à 131 ci-dessous).

III. Accord internationaux

A. Questions préliminaires

1. Comme noté précédemment (voir ci-dessus, Introduction, par. 4, et partie II, par. 12), l'accord international est un moyen de faciliter la gestion de multiples procédures d'insolvabilité internationale.
2. Comme indiqué plus haut également, certains des projets internationaux visant à faciliter les procédures d'insolvabilité internationale se rapportent plus ou moins explicitement à ces accords, et mentionnent en particulier les "protocoles" internationaux dont ils recommandent l'usage dans certains cas. Certains, par exemple, ont élaboré des principes pour appuyer la négociation d'accords internationaux, y compris en particulier le Concordat. Les Directives Co-Co recommandent l'utilisation d'un accord international, considéré comme le meilleur moyen de promouvoir la coopération, tandis que les Directives sur les communications entre tribunaux mentionnent l'utilisation d'un accord international dans le contexte des audiences conjointes. Comme examiné plus bas, certains accords incorporent par référence les dispositions de ces instruments; d'autres contiennent des clauses spécifiques qui s'inspirent du libellé employé dans ces textes.
3. S'appuyant sur l'expérience pratique, la partie suivante examine la nature et l'utilisation des accords internationaux, donne un aperçu de certaines des conditions régissant leur utilisation et recense l'ensemble des questions abordées dans les accords existants, en indiquant la manière dont elles ont été traitées dans différents cas.

1. Qu'entend-on par accord international?

4. Les accords internationaux sont généralement des accords conclus pour faciliter la coopération et la coordination internationales dans le cadre de plusieurs procédures d'insolvabilité engagées dans différents États à l'encontre d'un même débiteur. Pour reprendre les propos du tribunal dans l'affaire *MacFadyen*, un accord international est "un arrangement commercial approprié et de bon sens qui bénéficie de toute évidence à toutes les parties intéressées". Les accords internationaux sont habituellement conçus pour faciliter la gestion de ces procédures et visent à contribuer à l'harmonisation des questions de procédure plutôt que des questions de fond entre les États concernés (bien que, dans un petit nombre de cas, des questions de fond puissent également être abordées). Ils peuvent prendre diverses formes (écrite ou orale), avoir des champs d'application différents (génériques ou spécifiques) et peuvent être conclus par différentes parties. Les accords génériques simples peuvent insister sur la nécessité d'une étroite coopération entre les parties sans traiter de questions particulières, alors que les accords plus détaillés et spécifiques établissent un cadre de principes destinés à régir plusieurs procédures d'insolvabilité et peuvent être approuvés par les tribunaux concernés. Ils peuvent prévoir des dispositions dans lesquelles les parties s'entendent pour prendre certaines mesures ou effectuer certains actes ou pour s'abstenir de certaines mesures ou de certains actes.

5. Bien que revêtant des formes différentes, ces accords ont presque toujours vocation à s'imposer aux parties qui les concluent et à régir des questions similaires. Ils sont le plus souvent dénommés "protocoles", encore que d'autres dénominations soient utilisées, notamment contrat d'administration de l'insolvabilité, accord de coopération et de compromis et memorandum d'accord. Étant donné que le terme "protocole" ne reflète pas nécessairement la diversité des accords utilisés dans la pratique, le présent Aide-mémoire emploie le terme plus général d'"accord international".

6. Des accords internationaux ont été utilisés avec succès dans des procédures d'insolvabilité concernant le redressement ou la liquidation et dans diverses situations, notamment: procédures plénières multiples; procédures accessoires ouvertes dans différents États et concernant les mêmes parties; procédures principales et non principales; procédure d'insolvabilité dans un État et procédure autre qu'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du même débiteur dans un autre État; et procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises. Ils ont également été utilisés dans des affaires concernant des États de traditions juridiques différentes, à savoir tant dans les pays de *common law* que les pays de droit civil.

7. Les accords internationaux ne visent pas seulement à promouvoir une coordination et un règlement efficaces à l'échelle mondiale de procédures multiples engagées à l'encontre d'un débiteur; ils ont également pour objet de protéger les droits fondamentaux dont chacune des parties associées à ces procédures jouit dans son État. Leur utilisation a réduit de manière efficace le coût des procédures judiciaires¹⁹ et permis aux parties de se concentrer sur la conduite des procédures d'insolvabilité plutôt que sur la résolution de conflits de lois et d'autres litiges du même ordre. Aussi sont-ils considérés par de nombreux praticiens qui ont participé à leur utilisation comme la condition *sine qua non* pour élaborer des solutions appropriées à des situations particulières sans laquelle les procédures n'auraient très probablement pas connu d'issue favorable. Le recours croissant à ce type d'accords laisse penser qu'avec le temps ils pourraient devenir la norme dans les affaires comportant un important élément d'internationalité, encore que leur utilisation ne soit pas universelle puisqu'elle se limite actuellement à un petit nombre d'États.

8. En général, les accords internationaux sont conçus pour répondre aux problèmes particuliers d'une affaire et aux besoins des parties concernées. Ils peuvent être prévus pour faciliter l'élaboration d'un cadre de principes généraux pour traiter les questions clés d'ordre administratif liées à la nature transfrontalière et internationale des procédures d'insolvabilité et peuvent être utilisés pour:

- a) Promouvoir la sécurité juridique et l'efficacité en matière de gestion et d'administration des procédures;
- b) Aider à clarifier les attentes des parties;
- c) Réduire les litiges et promouvoir leur règlement efficace lorsqu'ils se manifestent;

¹⁹ Dans l'affaire *Everfresh*, par exemple, on a estimé que l'accord, qui associait les créanciers et avait empêché les créanciers chirographaires de prendre des mesures préjudiciables, avait permis d'accroître la valeur de l'ordre de 40 %.

- d) Aider à prévenir les conflits de compétence²⁰;
- e) Faciliter la restructuration;
- f) Aider à réaliser des économies en évitant les chevauchements et la “course” aux actifs et contribuer à éviter les retards inutiles;
- g) Promouvoir le respect mutuel de l’indépendance et de l’intégrité des tribunaux et éviter les conflits de compétence;
- h) Promouvoir la coopération internationale et la compréhension entre les juges chargés des procédures et entre les représentants de l’insolvabilité dans le cadre de ces procédures; et
- i) Contribuer à maximiser la valeur de la masse.

9. Une connaissance insuffisante de l’application de ces accords a fait craindre à tort qu’ils ne soient utilisés pour permettre à une partie de se soustraire aux obligations, devoirs ou restrictions d’ordre juridique qui lui sont imposés ou de les transférer ou les imposer aux parties d’un autre État d’une manière qui n’est pas autorisée par le droit interne de l’une ou l’autre partie. Or, un accord international sert non pas à se soustraire aux obligations juridiques, mais à définir les meilleurs moyens possibles de coordonner les procédures dans les États concernés, dans les limites du régime juridique interne desdits États. Ce principe s’applique à toutes les parties, y compris aux tribunaux, qui doivent respecter leur droit interne. La mesure dans laquelle les tribunaux pourraient interpréter ce droit pour faciliter la coopération internationale est une autre question.

2. Circonstances pouvant justifier le recours à un accord international

10. Malgré la spécificité des accords internationaux, l’existence de certaines circonstances dans un cas donné pourrait être considérée comme justifiant l’utilisation d’un accord propre à faciliter la coopération et la coordination internationales. Il ne faut pas voir dans les circonstances mentionnées ci-après une liste exhaustive ou déterminante mais plutôt une série d’éléments montrant qu’un accord pourrait être utile. Nonobstant l’existence d’un certain nombre de ces facteurs dans un cas donné, il peut être décidé, pour d’autres raisons, qu’un accord international n’est pas nécessaire ou souhaitable. Les circonstances justifiant le recours à un accord seraient notamment les suivantes, sous réserve de ce qu’autoriserait le droit de chaque État:

- a) Procédure d’insolvabilité internationale comprenant un très grand nombre d’éléments internationaux, comme des actifs importants situés dans plusieurs pays;
- b) Structure complexe du débiteur (par exemple, un groupe d’entreprises comptant un grand nombre de filiales);
- c) Différents types de procédures d’insolvabilité dans les États concernés, par exemple, redressement avec remplacement de la direction par les représentants de l’insolvabilité dans un for et débiteur non dessaisi dans l’autre;

²⁰ Par exemple, grâce à l’accord conclu dans l’affaire *Maxwell*, les représentants de l’insolvabilité en Angleterre et aux États-Unis ont agi de telle sorte qu’aucun conflit nécessitant un règlement judiciaire n’a surgi.

- d) Suffisance d'actifs pour couvrir les frais afférents à l'élaboration de l'accord;
- e) Temps suffisant pour les négociations. Les accords internationaux ne seront pas toujours possibles car il faut du temps pour les négocier. Cela pourrait poser des problèmes lorsqu'il faut agir très rapidement²¹;
- f) Similarité des dispositions matérielles du droit de l'insolvabilité;
- g) Incertitude juridique concernant le règlement des questions portant sur le choix de la loi ou le choix du for;
- h) Arrêts de poursuites contradictoires ordonnés dans les différentes procédures;
- i) Existence d'un système de gestion de trésorerie prévoyant le dépôt des fonds sur un compte centralisé et leur partage entre les membres d'un groupe international de sociétés; et
- j) Emploi des représentants de l'insolvabilité désignés pour les différentes procédures par la même société internationale. Cette situation est survenue, par exemple, dans des affaires concernant la Région administrative spéciale de Hong Kong (RAS de Hong Kong) et les îles Vierges britanniques, ou encore la RAS de Hong Kong et les Bermudes²².

3. Calendrier des négociations

11. Comme le tribunal l'a fait remarquer dans l'affaire *Calpine*, négocier un accord international consiste pour les parties à discuter, négocier et coopérer avant de soumettre ce dernier aux tribunaux en vue de son examen et de son approbation. Cette négociation peut avoir lieu au début d'une affaire ou pendant son déroulement à mesure que des questions se posent, et plusieurs accords peuvent être négociés pour traiter différentes questions. Bien qu'il existe quelques exemples d'accords négociés au cours de la procédure, par exemple dans l'affaire *Maxwell*, la plupart des accords internationaux examinés dans l'Aide-mémoire ont été négociés avant l'ouverture de la procédure. Cette approche peut contribuer à prévenir d'emblée d'éventuels litiges. Le calendrier des négociations dépend du temps disponible avant l'ouverture de la procédure ou pour le règlement des litiges lorsque la procédure est déjà ouverte. Par exemple, dans l'affaire *Federal-Mogul*, les parties avaient six mois pour négocier l'accord international, l'ouverture d'une procédure judiciaire offrant toujours une solution de rechange. Le temps disponible pour les négociations, dont témoigne le niveau de détail de l'accord, a permis aux parties de négocier un certain nombre de questions complexes et sensibles, comme la mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité pourrait déléguer ses pouvoirs à un autre représentant de l'insolvabilité ou à une partie, y compris au débiteur non dessaisi dans un autre

²¹ Les accords précédents peuvent aider à arrêter de telles décisions, comme cela est indiqué à la partie III B et brièvement expliqué dans les résumés des accords internationaux en annexe.

²² Voir, par exemple, GBFE et Peregrine.

pays. Dans l'affaire *Collins et Aikman*²³, aucun accord n'a pu être négocié car les parties ne disposaient que de quelques jours avant l'ouverture de la procédure. Dans d'autres cas, des procédures comme les procédures non principales peuvent être ouvertes à la demande du représentant de l'insolvabilité de la procédure principale dans le seul but d'apporter un appui à cette dernière²⁴. Le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale peut avoir une idée précise de la nature de la coopération et de la coordination qui vont être requises avant de demander l'ouverture de la procédure non principale et, par conséquent, les négociations nécessaires à la conclusion d'un accord international peuvent être relativement rapides et non controversables.

12. Le temps requis pour la négociation d'un accord varie selon les cas et dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment de ce que les parties savent des principales caractéristiques du débiteur et des conflits potentiels susceptibles de surgir au cours de la procédure. Dans les cas simples, il peut suffire de quelques jours pour que les parties prennent connaissance de ces éléments et pour que la négociation soit engagée, mais en général le délai est plus long.

4. Parties à un accord international

13. Très souvent, la négociation d'accords internationaux est engagée par les parties à la procédure, notamment les praticiens de l'insolvabilité ou les représentants de l'insolvabilité et dans certains cas le débiteur (y compris le débiteur non dessaisi), ou sur proposition ou encouragement du tribunal. Certains tribunaux encouragent expressément les parties à négocier un accord international et à rechercher leur approbation²⁵. Une intervention rapide des tribunaux peut dans certains cas être un facteur déterminant du succès de l'accord.

14. En règle générale, les parties qui concluent un accord international varient en fonction de la loi applicable et de ce qui est autorisé s'agissant, par exemple, des pouvoirs dont disposent les représentants de l'insolvabilité, les tribunaux et d'autres parties intéressées. Les accords sont souvent conclus par les représentants de l'insolvabilité, parfois par le débiteur (habituellement le débiteur non dessaisi). Peut y participer le comité des créanciers (pour plus de détails, voir la partie B où l'on trouvera une comparaison du contenu de différents accords internationaux). Il arrive rarement qu'un accord international soit conclu entre tribunaux, bien que dans certains pays cela soit possible. Toutefois, les négociations entre les parties dans les affaires internationales bénéficient souvent du concours des tribunaux et ceux-ci peuvent donner l'impulsion qui permettra de parvenir à un accord.

²³ Le Groupe Collins et Aikman était un des principaux fournisseurs de pièces automobiles, qui, uniquement en Europe, comptait 24 sociétés réparties dans 10 pays et employant environ 4 000 personnes sur 27 sites. En mai 2005, des demandes ont été déposées par le débiteur lui-même aux États-Unis pour le redressement de la partie du groupe implantée aux États-Unis. En juillet 2005, le sous-groupe européen de sociétés a demandé à la High Court d'Angleterre de rendre des ordonnances d'administration visant toutes les sociétés exploitées en Europe. Les représentants anglais de l'insolvabilité ont immédiatement reconnu les liens étroits entre les sociétés européennes et ont développé une approche coordonnée de la poursuite de leurs activités, bien qu'il ne fût pas possible de conclure un accord international du fait des contraintes de temps, voir *In the Matter of Collins & Aikman Europe, SA*, the High Court of England and Wales, Chancery Division in London, [2006] EWHC 1343 (Ch).

²⁴ Voir, par exemple, SENDO, EMTEC.

²⁵ Voir, par exemple, Solv-Ex, p. 2 (dispositions liminaires), Nakash.

15. Certains arrangements établis par écrit sont signés par les parties qui les ont conclus, d'autres non. Bien que la signature témoigne de l'accord réalisé entre les parties, dans la pratique, de nombreux accords écrits prennent effet suite à leur approbation du tribunal en revêtant ainsi la forme d'une ordonnance. Certains accords abordent la question de la signature des différentes copies établies, dont chacune devrait être considérée comme un original faisant également foi, et envisagent la manière dont elles peuvent être signées, y compris par fac-similé, de manière à être considérées comme un original²⁶. L'identification des parties qui doivent signer un accord ou être liées par cet accord est déterminée par l'effet de l'accord, tant sur le fond que du point de vue de la procédure. C'est pourquoi, en général, les créanciers ne sont pas parties à un accord, bien que l'on trouve des exemples d'accords associant des créanciers ou le comité des créanciers. Étant donné qu'ils connaissent souvent mal le droit de l'insolvabilité des autres États, les créanciers peuvent compromettre le succès de la procédure de redressement global, et une étroite coopération avec le comité des créanciers et les créanciers en général sera souhaitable, comme l'illustre l'affaire *Singer*²⁷. L'appui des créanciers à un accord international est souvent obtenu par le biais de dispositions sur la notification et la possibilité qui leur est donnée de soumettre des commentaires ou des objections eu égard à l'accord. D'autres parties peuvent s'associer à un accord par la suite, mais il est préférable que l'accord ne soit pas modifié par l'adjonction de ces parties et que celles-ci ne cherchent pas à changer ce qui avait été précédemment convenu.

5. Capacité de conclure un accord international

16. Pour qu'un accord produise ses effets, les parties qui le négocient doivent avoir le pouvoir ou la capacité requise pour négocier et être liées par ce dont elles ont convenu. Cette capacité dépend de ce que les parties sont autorisées à faire en vertu de la loi applicable, ce qui peut différer d'un État à l'autre. Dans certains États, par exemple, le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de négocier et de conclure un accord relève des pouvoirs qui lui sont dévolus en vertu du droit de l'insolvabilité. Dans d'autres États, le représentant de l'insolvabilité peut avoir besoin du consentement des créanciers ou de l'autorisation du tribunal²⁸.

17. Un accord exigeant l'approbation d'un tribunal dans un pays de droit civil peut obliger ledit tribunal à rechercher dans la loi l'autorisation dont il a besoin pour une telle approbation, car celle-ci ne relève pas nécessairement de son pouvoir général de statuer en équité ou des pouvoirs généraux inhérents à ses fonctions. Certains commentateurs sont sceptiques quant au fait que de tels accords puissent être approuvés par des tribunaux de pays de droit civil en raison, lorsque la Loi type de la CNUDCI n'a pas été adoptée, de l'absence de pouvoir judiciaire discrétionnaire

²⁶ Voir, par exemple, *Inverworld, Federal-Mogul*.

²⁷ Voir *The Singer Company N.V.*, n° 99-10578 (Bankr. S.D.N.Y., demande déposée le 13 septembre 1999).

²⁸ Voir, par exemple, la décision autorisant les représentants de l'insolvabilité dans l'affaire *AKAI Holdings Limited* à conclure et à appliquer un protocole, dans *Matter of AKAI Holdings Limited*, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, Companies (Winding-up) n° 49 of 2000. Voir aussi l'accord *ISA-Daisytek*, qui stipule qu'en vertu du droit allemand, l'efficacité de l'accord est soumise à l'approbation des créanciers (voir par. 10.1). Dans l'affaire *Swissair*, voir par. 11.3, le protocole a dû être homologué par les tribunaux anglais, mais non par les tribunaux suisses.

comparable à celui dont jouissent les tribunaux dans les pays de *common law*. D'autres estiment que certains types d'accords internationaux, comme ceux portant uniquement sur des questions administratives, pourraient être conclus par les représentants de l'insolvabilité voire par les tribunaux eux-mêmes. Ils font valoir que ces accords relèveraient de la compétence légale des représentants de l'insolvabilité, en s'inscrivant dans leur obligation de protéger et de maximiser la valeur de la masse, sous réserve que celle-ci ne constitue pas une obligation juridique personnelle. Certains commentateurs sont d'avis que les devoirs du représentant de l'insolvabilité envers la masse de l'insolvabilité pourraient constituer une obligation de conclure un tel accord.

18. Il a également été estimé qu'un juge dans un pays de droit civil pourrait conclure un accord international avec un tribunal étranger eu égard à son obligation légale de prévenir les actions préjudiciables à la masse. Comme indiqué ci-dessus à propos des représentants de l'insolvabilité, il convient de prendre en considération le fait que dans certains pays de droit civil les juges pourraient être tenus personnellement responsables. Bien qu'une telle issue soit peu probable lorsque l'objet de l'accord international est d'accroître la valeur de la masse dans les limites de la loi applicable, l'existence de telles dispositions pourrait contribuer à expliquer une certaine réticence à conclure des accords internationaux dans certains pays de droit civil. Une autre raison pourrait être une connaissance insuffisante des accords internationaux et l'absence de pouvoir discrétionnaire nécessaire pour les conclure.

19. La pratique montre que de tels accords peuvent être conclus entre pays de droit civil et pays de *common law*. Dans l'affaire *Nakash*, par exemple, le tribunal israélien a estimé que la loi autorisait la conclusion d'un tel accord. Dans l'affaire *AIOC*, un accord a été conclu entre les représentants de l'insolvabilité des États-Unis et de la Suisse, avec l'approbation expresse de l'autorité suisse chargée de la procédure d'insolvabilité. Les accords conclus dans le cadre des affaires *ISA-Daisytek*, *SENDO* et *Swissair* sont d'autres exemples d'accords entre des pays de droit civil et des pays de *common law*, à savoir l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni et la Suisse. Des accords concernant uniquement des pays de droit civil ont également été conclus, par exemple dans l'affaire *EMTEC* entre l'Allemagne et la France.

20. Un facteur déterminant pour l'utilisation de tels accords entre pays de droit civil et pays de *common law* est la volonté des tribunaux et des représentants de l'insolvabilité de s'efforcer de lever les éventuels problèmes de compétence. Dans l'affaire *Nakash*, par exemple, le tribunal israélien a demandé aux représentants de l'insolvabilité d'élaborer un tel accord, exprimant l'avis qu'il "pourrait être souhaitable que les parties intéressées et les tribunaux des États-Unis et de l'État d'Israël parviennent à un accord"²⁹. Nombre des obstacles imputables aux différences entre régimes de l'insolvabilité des fors concernés ont pu être levés du fait que

²⁹ Voir en outre l'affaire *SunResorts Ltd.*, qui mettait en jeu un tribunal des États-Unis et un tribunal des Antilles néerlandaises et au cours de laquelle ce dernier a réagi positivement aux préoccupations exprimées par le tribunal des États-Unis et a resserré les dispositions en matière de garde dans une mesure inhabituelle au regard du droit des Antilles néerlandaises, voir *Petition of Husang and DePaus, trustees of SunResorts, Ltd. N.V.*, case No. 97-42811 (BRL) (Bankr. S.D.N.Y. 1999) et *SunResorts Ltd N.V.*, Court of First Instance, Netherlands Antilles, Seat St. Maarten, 1997. Cette réaction positive tenait au fait que le tribunal des Antilles néerlandaises avait connaissance de la Loi type de la CNUDCI et du Concordat.

l'accent avait été mis sur l'objectif commun des deux régimes, à savoir maximiser la valeur pour les parties. Néanmoins, dans la pratique, les accords sont plus fréquents entre les pays de *common law*, dans lesquels les tribunaux ont une plus grande marge de manœuvre que dans les autres pays, où une autorisation légale, comme celle que donnerait l'adoption de la Loi type de la CNUDCI, est nécessaire pour conclure de tels accords. Toutefois, les commentateurs dans les pays de droit civil sont généralement d'avis que les accords internationaux deviendront plus courants à l'avenir en raison de leur utilisation concluante dans le cadre des procédures d'insolvabilité internationale.

6. Forme des accords

21. Comme indiqué ci-dessus, il n'existe pas de forme imposée pour ces accords. Dans la pratique, on a eu recours à la fois à des accords conclus oralement ou par écrit, bien que les accords oraux ne semblent pas être la pratique la plus courante, du fait peut-être que certaines législations exigent la forme écrite pour que les accords soient valides et aient force obligatoire, ou que les accords écrits sont plus faciles à prouver et à appliquer. Chaque arrangement correspond à une affaire particulière et vise à recenser et à favoriser des solutions aux problèmes qui sont ou qui risquent de devenir importants dans cette affaire dont sont saisis les tribunaux en vertu du droit des pays concernés. Avec un accord verbal, il se peut que les parties se limitent à procéder par étape, au lieu de s'appuyer sur un cadre général que leur offrirait un accord écrit. Le respect et l'application des accords verbaux reposent habituellement sur la confiance des parties, et il peut être difficile de lier des parties à un accord verbal conclu dans un contexte international. Le caractère obligatoire des accords internationaux écrits est fonction de leur nature juridique. Lorsqu'ils sont approuvés par un tribunal, ils constituent généralement une ordonnance de ce dernier et sont de ce fait exécutoires. S'ils ne sont pas approuvés par un tribunal, ils sont alors considérés comme des contrats entre les parties et devraient avoir force obligatoire en tant que contrats.

22. Une affaire donnée peut faire l'objet d'un seul accord ou d'une série d'accords abordant les différentes questions qui se posent, comme noté ci-dessus, à mesure que l'affaire progresse. Dans l'affaire *Maxwell*, par exemple, un protocole de fonctionnement a été convenu dès le début de l'affaire afin d'aborder les questions de stabilisation et de préservation des actifs et un deuxième protocole à la fin de l'affaire afin de répartir le produit des actifs entre les créanciers et de clore la procédure.

23. La réalisation d'un consensus sur la teneur d'un accord international peut être l'étape la plus importante pour faciliter la coopération et la coordination, car le processus de négociation contribue souvent à prendre en compte les attentes des parties et à favoriser une conclusion heureuse de la procédure d'insolvabilité. Une fois négocié, un accord international pourrait simplement constituer le cadre dans lequel s'inscrira l'administration de l'affaire et ne plus être mentionné. Il peut aussi permettre de régler certaines questions de manière à limiter au minimum l'intervention des tribunaux, les juges n'étant pas alors tenus de communiquer entre eux de façon permanente à mesure que l'affaire progresse³⁰.

³⁰ Voir, par exemple, *Maxwell*.

7. Dispositions figurant généralement dans les accords internationaux

24. Les accords internationaux peuvent se limiter à poser des principes généraux sur la manière dont la coopération et la coordination devraient s'exercer, ou aborder aussi des questions précises, comme la limitation volontaire de compétence en faveur d'un autre tribunal, les procédures de règlement des créances, les procédures à suivre par les tribunaux pour communiquer, etc., selon les besoins de l'affaire et les problèmes à résoudre. Les questions examinées ci-après à la section B donnent un bon exemple des domaines qui peuvent être abordés dans les accords internationaux. Étant donné que ces accords sont très ciblés, il n'est pas nécessaire, dans chaque accord, de prendre en compte toutes les questions examinées ci-dessous.

25. Il ressort d'une étude des accords conclus à ce jour que les questions habituellement traitées sont notamment les suivantes: a) la répartition des rôles concernant divers aspects de la conduite et de l'administration des procédures entre les différents tribunaux concernés et entre les représentants de l'insolvabilité, y compris les limites au pouvoir d'agir sans l'approbation des autres tribunaux ou représentants de l'insolvabilité; b) la disponibilité et la coordination des mesures; c) la coordination du recouvrement des actifs dans l'intérêt des créanciers en général; d) la déclaration et le traitement des créances; e) l'utilisation et la disposition des actifs; f) les méthodes de communication, notamment la langue, la fréquence et les moyens de communication; g) les notifications; h) la coordination et l'harmonisation des plans de redressement; i) les questions portant uniquement sur l'accord, notamment sa modification et sa résiliation, son interprétation, son efficacité et le règlement des différends; j) l'administration des procédures, en particulier en ce qui concerne l'arrêt des poursuites ou la décision concertée des parties de ne pas engager certaines actions en justice; k) le choix de la loi applicable; l) la répartition des rôles entre les parties à l'accord; m) les frais et les rémunérations; n) et les clauses d'encadrement. Les accords peuvent également aborder des questions telles que la composition du conseil d'administration, les mesures que le conseil peut prendre et les procédures à suivre, les relations entre les actionnaires et la direction et entre les actionnaires et le conseil d'administration et la gestion de la circulation de l'information³¹.

26. Le choix des questions à traiter dans l'accord peut être influencé par les similitudes ou les différences entre les règles de droit et de procédure des États concernés par une affaire internationale donnée. Lorsque les tribunaux sont de même tradition juridique, par exemple, l'accord visera peut-être à donner des détails plus précis sur les questions de fond. Lorsque les traditions juridiques sont différentes, il pourra alors être davantage axé sur les questions de procédure et définir un cadre pour la communication et la coopération. Un accord peut exiger que soient analysées les règles de droit des États concernés afin de déterminer si et comment un résultat particulier peut être obtenu sans pour autant amener les représentants de l'insolvabilité ou d'autres parties à violer leurs obligations en vertu desdites règles. Les questions à aborder peuvent également exiger qu'elles soient réparties entre différents tribunaux en vue de leur règlement, en fonction des règles matérielles qui doivent s'appliquer à une question donnée. La détermination des règles matérielles applicables pourrait dépendre de l'État qui est le plus intéressé par l'issue de telle ou telle question et peut amener un tribunal à limiter

³¹ Voir, par exemple, Olympia & York.

volontairement sa compétence en faveur d'un autre, sous réserve que cette limitation ne prive pas les créanciers locaux d'une procédure régulière ou d'autres droits fondamentaux (voir ci-dessus la partie II, par. 18 à 20, et ci-dessous la partie III, par. 71 à 74), ou encore avoir pour effet qu'une action donnée soit engagée devant un tribunal plutôt qu'un autre. Les accords approuvés par les tribunaux comportent en général des dispositions qui mettent l'accent sur l'indépendance de ces derniers et sur le principe de la courtoisie internationale, et qui exposent en détail la répartition des rôles entre eux, en particulier en ce qui concerne le droit des parties intéressées de comparaître et d'être entendues dans les différentes procédures.

8. Effet juridique des accords internationaux

27. Les accords internationaux peuvent comprendre différents types de dispositions, dont certaines viseront à produire un effet juridique et à lier les parties et d'autres seront simplement des déclarations de bonne foi ou d'intention. Les déclarations de bonne foi ou d'intention, par exemple, peuvent renfermer des dispositions sur l'objectif de l'accord, alors que les dispositions censées en général avoir un effet juridique peuvent traiter des obligations des représentants de l'insolvabilité, des coûts ou de la procédure à suivre pour que l'accord produise ses effets (par exemple, moyennant l'approbation du tribunal).

28. Pour qu'il produise ses effets, un accord international requiert le consentement des parties auxquelles ils s'appliquent. Dans certains accords, il est expressément stipulé que les parties sont tenues de s'y conformer, de même que leurs successeurs, cessionnaires, représentants, héritiers, exécuteurs testamentaires et représentants de l'insolvabilité respectifs³². Certains accords autorisent aussi expressément les parties à prendre les mesures et à établir les documents qui peuvent être nécessaires et appropriés pour lui donner effet et le mettre en œuvre ou contiennent une déclaration d'où il ressort que les parties sont convenues de prendre les mesures appropriées pour lui donner effet. Dans certains pays, il peut suffire que les représentants de l'insolvabilité concluent un accord international en vertu de leurs pouvoirs propres, sans qu'il soit nécessaire que le tribunal donne ensuite son approbation. Il convient de noter que l'approbation de tels arrangements par les tribunaux n'est pas toujours prévue dans la loi applicable. Certains pays, en particulier les pays de droit civil, peuvent exiger que les créanciers donnent leur approbation pour que l'accord produise effet. Par exemple, dans la procédure *ISA-Daisytek*, l'accord prévoyait qu'il produirait ses effets sous réserve de l'approbation des créanciers conformément au droit allemand. L'accord stipulait en outre que le représentant de l'insolvabilité ferait rapport sur les clauses de l'accord au tribunal allemand concerné, suite à l'approbation des créanciers.

29. L'accord peut exiger l'approbation de chacun des tribunaux associés à la procédure d'insolvabilité conformément au droit et à la pratique de chaque État concerné. Il n'est pas rare qu'un accord stipule qu'il n'aura pas d'effet juridique contraignant ou obligatoire tant qu'il n'aura pas été approuvé par les tribunaux spécifiés, les parties concernées devant être avisées en bonne et due forme afin de réduire au minimum le risque de contestations. Dès lors qu'il est approuvé, l'accord a généralement l'effet d'une ordonnance et s'impose aux parties désignées. L'un des

³² Voir, par exemple, Everfresh, Financial Asset Management.

avantages de l'approbation par les tribunaux est qu'elle empêche les parties ou les créanciers opposants de plaider dans un sens qui serait préjudiciable à l'accord.

9. Mesures de protection

30. Parmi les mesures de protection à inclure dans un accord international, on peut distinguer entre celles qui devraient toujours y figurer et celles qui pourraient y figurer selon les besoins.

31. Les mesures devant figurer dans un accord pourraient viser à interdire de se soustraire à l'autorité du tribunal et de déroger aux dispositions d'ordre public.

32. Les mesures pouvant figurer dans un accord concernent l'information des parties intéressées; la protection des droits des tiers non signataires; et la possibilité de soumettre tout litige au tribunal. Les parties qui concluent un accord international veulent être certaines que les autres parties ont capacité pour conclure un tel accord, sans avoir à réaliser une analyse longue et coûteuse de la loi applicable dans l'autre for. En conséquence, un accord peut prévoir une disposition garantissant que les parties audit accord ont la capacité voulue ou, lorsque le représentant de l'insolvabilité doit obtenir l'autorisation du tribunal pour conclure l'accord, une disposition considérant cette autorisation comme une condition préalable aux obligations lui incombant en vertu de l'accord³³. De même, les accords disposent souvent expressément que certaines actions ou répartitions des pouvoirs sont autorisées ou limitées dans la mesure prévue par la loi applicable ou que les parties désignées doivent respecter et honorer les obligations qui leur sont imposées par les lois nationales applicables.

10. Problèmes éventuels et moyens de les résoudre

33. Les procédures d'insolvabilité s'inscrivent dans un processus évolutif et des événements imprévus peuvent se manifester et modifier le cours de l'affaire. De ce fait, un accord international doit être souple et pouvoir être révisé pour tenir compte de l'évolution des circonstances à mesure que l'affaire progresse. Outre la révision des accords existants, les parties peuvent reconnaître la nécessité de conclure des accords supplémentaires portant sur des questions qui n'étaient pas prévues.

34. Des conflits peuvent surgir au cours de la mise en œuvre de l'accord. Ils peuvent prendre diverses formes, et porter sur les termes de l'accord et leur interprétation, l'application de ses dispositions, etc. Il est donc important que l'accord prévoie des procédures appropriées pour le règlement des différends, de manière à préserver ce qui a été acquis au moment où surgit le conflit et à prévenir l'apparition d'autres problèmes. Ces dispositions pourraient préciser quels sont les tribunaux compétents pour résoudre certains problèmes ou renvoyer à d'autres mécanismes de règlement des différends.

³³ Voir, par exemple, Financial Asset Management.

B. Comparaison d'accords d'insolvabilité internationale

35. La présente section donne un aperçu du contenu et de la structure d'un certain nombre d'accords utilisés dans de récentes affaires d'insolvabilité internationale. Elle recense les questions qui y sont abordées et examine leur traitement. Comme il a été indiqué plus haut, ces accords sont élaborés au cas par cas, de sorte qu'il n'existe pas de norme ou de forme unique que l'on pourrait présenter ici comme modèle. Néanmoins, si certaines questions étudiées ci-après ne figurent que dans un petit nombre d'accords, d'autres sont communes à la plupart des accords examinés. La comparaison du contenu de ces derniers vise à mieux faire comprendre l'utilisation de ces outils pour la coopération, la communication et la coordination internationales, et à guider ceux qui rédigeront de tels accords dans une affaire donnée, de façon à pouvoir écourter considérablement le temps de négociation nécessaire à leur élaboration. Cette comparaison se fonde surtout sur des accords écrits, car ce sont ceux les plus fréquents, mais, lorsque cela est possible, il est fait référence à d'autres formes d'accords.

1. Dispositions liminaires

36. Les dispositions liminaires présentent généralement le dispositif d'un accord, en décrivant les événements qui ont conduit à sa négociation, en indiquant sa raison d'être, en désignant les parties, et ainsi de suite. Ces dispositions varient certes d'un accord à l'autre, mais en règle générale elles abordent tout ou partie des questions suivantes.

a) Parties

37. La plupart des accords présentent les parties aux procédures avec plus ou moins de détails, en indiquant par exemple le nom et la nature de leurs entreprises, le lieu de leur constitution, le lieu de leur établissement et, le cas échéant, leur situation par rapport à d'autres membres d'un groupe³⁴. Certains accords ne désignent pas explicitement les personnes qui y sont parties, mais précisent que le texte devrait régir la conduite de toutes les parties intéressées dans le cadre des procédures d'insolvabilité, en faisant référence au débiteur, aux représentants de l'insolvabilité et au comité des créanciers³⁵.

38. Différentes personnes concernées par les procédures peuvent participer à l'accord, selon les questions qui y sont abordées et les parties auxquelles il doit s'imposer. Toutefois, en règle générale, on peut dire que sont parties à un accord les personnes dont les obligations sont visées et dont le consentement est nécessaire. Certains accords sont conclus entre les représentants de l'insolvabilité³⁶ tandis que d'autres concernent un plus grand nombre de parties intéressées, notamment le comité des créanciers³⁷, un prêteur garanti du débiteur³⁸ et le débiteur lui-même³⁹.

³⁴ Voir, par exemple, Solv-Ex, Quebecor.

³⁵ Voir, par exemple, Laidlaw, Matlack.

³⁶ Voir, par exemple, AIOC, Inverworld, Maxwell, Swissair. Si les représentants de l'insolvabilité conviennent de conclure un protocole, on peut passer outre à l'opposition du débiteur, voir, par exemple, Nakash.

³⁷ Voir, par exemple, Commodore.

³⁸ Voir, par exemple, Everfresh.

39. L'accord *Commodore* montre que les accords sont adaptés à chaque cas d'espèce: le comité des créanciers a demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux États-Unis. Les représentants de l'insolvabilité aux Bahamas ont répondu en demandant au tribunal de ne pas connaître de l'affaire et d'ordonner des mesures à l'appui de la procédure étrangère. Par la suite, les représentants bahamiens et le comité des créanciers ont conclu un accord pour régler les litiges envisagés et mettre en place un cadre favorisant l'administration efficace des procédures d'insolvabilité dans les deux États. La participation du comité des créanciers peut certes renforcer la légitimité des accords qui concernent directement le comité ou les créanciers, mais elle n'est pas indispensable dans tous les cas.

b) Rappel des faits ou historique de l'insolvabilité

40. Un exposé de l'affaire, qui dresse l'historique de l'insolvabilité, peut clarifier et mieux faire comprendre l'accord. Souvent, à la présentation des parties succède un résumé des différentes procédures d'insolvabilité impliquant les parties, qui ont déjà été ouvertes ou qui sont imminentes. Encore une fois, ce résumé sera plus ou moins détaillé, certains accords précisant les dates et lieux de dépôt des demandes, les ordonnances qui ont été prononcées, etc.

41. S'agissant des entreprises multinationales, deux situations peuvent se présenter lorsque des procédures d'insolvabilité ont lieu dans des États différents: dans la première, le débiteur est le même dans les deux procédures. Dans la seconde, différents membres d'un groupe d'entreprises sont visés et les débiteurs sont distincts et séparés dans chaque procédure. La coopération entre ces procédures peut néanmoins être importante en raison des liens entre les membres du groupe, même s'ils constituent des entités séparées et distinctes sur le plan juridique. Lorsqu'il y a un redressement notamment, cette coopération pourrait faire augmenter la valeur de revente. L'accord pourrait expliquer ces différentes situations.

c) Champ d'application

42. Généralement, les accords internationaux traitent de leur champ d'application. Diverses approches sont toutefois retenues. Certains accords commencent par une déclaration générale selon laquelle le texte doit régir la conduite de toutes les parties intéressées dans le cadre des procédures d'insolvabilité. D'autres décrivent ce champ d'application plus précisément. Ainsi, les dispositions sur le champ d'application peuvent poser un cadre général de principes dont les parties sont convenues pour régler diverses questions telles que: le recouvrement et la disposition ou la réalisation sous une autre forme des actifs du débiteur, notamment la vente à une personne déterminée⁴⁰; l'admission, la vérification et le classement des créances, notamment leur rang de priorité; la coordination de la préparation, de l'approbation, de l'homologation et de l'application d'un plan de redressement ou d'un autre arrangement semblable; la stratégie à suivre sur le plan judiciaire en ce qui concerne toute question qui ne pourrait être réglée tout de suite de bonne foi; la répartition du produit; les questions générales concernant l'administration. Ces dispositions peuvent également tendre à faciliter la coordination, par exemple en prévoyant des procédures coordonnées pour le traitement des questions énumérées

³⁹ Voir, par exemple, *Federal-Mogul, 360Networks*.

⁴⁰ Voir, par exemple, *Solv-Ex*.

ci-devant. Souvent le champ d'application d'un accord coïncide avec son but ou son objet; en indiquant l'objectif visé, l'accord définit dans le même temps son champ d'application.

d) **Objet**

43. Une disposition relative à la volonté qui anime les parties rédigeant un accord et, notamment aux objectifs à atteindre, permet d'indiquer l'objet qu'elles se sont fixé ensemble dans cet accord et de faire connaître clairement cet objet au tribunal dont l'approbation pourrait être sollicitée.

44. De nombreux accords ont en commun plusieurs buts et objectifs généraux, notamment⁴¹:

a) Harmoniser et coordonner les activités auprès des tribunaux qui connaissent des différentes procédures d'insolvabilité;

b) Favoriser l'administration équitable, transparente, ordonnée et efficace des procédures d'insolvabilité, au profit de tous les débiteurs, de leurs créanciers et d'autres parties intéressées, où qu'ils se trouvent, afin de réduire les coûts et d'éviter les chevauchements;

c) Protéger les droits et les intérêts de toutes les parties;

d) Favoriser la coopération internationale et le respect de l'indépendance judiciaire et de la courtoisie internationale; et

e) Mettre en application un cadre de principes généraux pour régler les questions essentielles d'administration découlant de la nature transfrontière et internationale des procédures d'insolvabilité.

45. D'autres buts peuvent être poursuivis, notamment: a) faciliter le redressement de l'entreprise du débiteur en tant qu'entreprise multinationale; b) protéger l'intégrité du processus d'administration; c) consulter et informer les créanciers au sujet de l'évolution de la situation; d) s'assurer que les questions appropriées sont portées devant les tribunaux compétents et que ces actions ont lieu de manière rapide et efficace; e) coordonner les activités entre les représentants de l'insolvabilité, afin de limiter les coûts et d'éviter les chevauchements; et f) consigner divers accords mutuels, concernant notamment la coordination des mesures, dans lesquels les parties s'engagent à respecter les obligations imposées par le droit de chaque pays ou à agir conformément à certains principes, par exemple la confiance mutuelle, le respect du devoir de coopération et d'information⁴².

46. Certains accords précisent également ce qu'ils ne visent pas, à savoir créer un précédent ayant une valeur contraignante, ou constituer une solution appropriée à toutes les procédures dans une affaire donnée, tout en reconnaissant qu'ils pourraient être considérés comme un exemple de bonne pratique⁴³. Ce type de

⁴¹ Les Directives Co-Co comportent des dispositions semblables qui ont trait aux buts et objectifs premiers (Directives 1 et 2).

⁴² Ces principes sont également énoncés à l'Article 31 du règlement CE, qui fait obligation au représentant de la procédure principale et à ceux des procédures non principales de coopérer entre eux et de se communiquer des informations.

⁴³ Voir, par exemple, SENDO.

disposition vient répondre à la défiance des parties en ce qui concerne le champ d'application et la recevabilité de tels accords en droit interne et pourrait dès lors faciliter leur acceptation par les parties.

e) Langue de l'accord et langue de communication

47. Comme les procédures d'insolvabilité internationale concernent souvent des États dont la langue n'est pas la même, on pourrait prévoir une disposition relative à la langue ou aux langues à utiliser dans l'accord et dans les communications entre les parties. Bon nombre des accords examinés dans le présent Aide-mémoire ont été rédigés en anglais ou existent en deux langues (en anglais et en français, par exemple), sans stipuler aucun choix de langue à proprement parler⁴⁴. Lorsque des documents doivent être déposés dans le cadre de procédures multiples dans des États dont la langue diffère, une traduction peut être exigée⁴⁵.

Exemples de clauses

Parties

Le présent accord est conclu entre

1) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A [nom et adresse], en qualité de représentant de l'insolvabilité dans la procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur dans l'État A, désigné par décision du tribunal de l'État A en date du [...], (ci-après appelé "Représentant de l'insolvabilité de l'État A")⁴⁶,

d'une part

ET

2) Le représentant de l'insolvabilité de l'État B [nom et adresse], en qualité de représentant de l'insolvabilité dans la procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur dans l'État B, désigné par décision du tribunal de l'État B en date du [...], (ci-après appelé "Représentant de l'insolvabilité de l'État B"),

d'autre part

Ci-après dénommés les "Représentants de l'insolvabilité".

⁴⁴ Voir, par exemple, SENDO; les Directives Co-Co abordent aussi la question de la langue (Directives 10.1 et 10.2).

⁴⁵ Voir, par exemple, l'article 15-4 de la Loi type de la CNUDCI.

⁴⁶ Les parties peuvent, si elles le souhaitent, préciser en outre, s'il y a lieu du fait de l'adoption de la Loi type CNUDCI ou en vertu du règlement CE, quelles sont la procédure principale et la procédure non principale et qui sont le "Représentant de la procédure d'insolvabilité principale" et le "Représentant de la procédure d'insolvabilité non principale".

Rappel des faits ou historique de l'insolvabilité**Variante A**

1) La société X, [constituée/dont le siège statutaire se trouve] dans l'État A, est la société mère à la tête d'un groupe d'entreprises qui exerce son activité par l'intermédiaire de ses diverses filiales et sociétés apparentées dans les États A, B, C et D.

2) La société X et certaines de ses filiales et sociétés apparentées directes et indirectes dans l'État A ont chacune engagé des procédures d'insolvabilité auprès du tribunal de l'État A conformément au droit de l'insolvabilité de cet État, et ces actions font l'objet d'une coordination procédurale. Les débiteurs de l'État A gardent la possession de leurs biens respectifs, exercent et gèrent leur activité conformément au droit de l'insolvabilité de l'État A. Des comités de créanciers chirographaires (le "comité des créanciers") ont été désignés dans le cadre des procédures de l'État A.

3) La société Y (filiale indirecte de la société X dans l'État B) et certaines de ses filiales et sociétés apparentées directes et indirectes dans l'État B ont engagé des procédures d'insolvabilité auprès du tribunal de l'État B conformément au droit de l'insolvabilité dans cet État. Des ordonnances ont été prononcées en vertu desquelles a) les débiteurs de l'État B sont admis à bénéficier des mesures prévues dans le droit de l'insolvabilité de l'État B, et b) Z a été désigné représentant de l'insolvabilité des débiteurs de l'État B, avec les droits, pouvoirs, devoirs et limitations de responsabilité énoncés dans le droit de l'insolvabilité de l'État B et dans l'ordonnance du tribunal de l'État B.

4) Les procédures dans les États A et B sont séparées et distinctes. Ni les débiteurs de l'État A ni ceux de l'État B n'ont demandé la reconnaissance de leur procédure dans l'autre État. Ni les débiteurs de l'État A ni ceux de l'État B ne sont débiteurs dans le cadre des autres procédures, bien qu'ils y aient comparu et déclaré des créances en tant que créanciers.

Variante B

1) La société X, de l'État A, est la société mère d'une entreprise dans l'État B qui exerce son activité dans les États A et B, par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés apparentées dans ces États. La société X et certaines de ses filiales et sociétés apparentées (appelées collectivement les "sociétés X") sont le plus important prestataire indépendant de services N dans la région, réalisant environ 90 % de leurs revenus dans l'État A.

2) Les sociétés X ont pour activité le développement, l'intégration et le support de systèmes pour les services N. Elles assurent des services N à leurs clients à l'aide de nouveaux logiciels fournis par d'importants fabricants d'ordinateurs.

3) Les sociétés X ont engagé une procédure d'insolvabilité auprès du tribunal de l'État A en vertu du droit de l'insolvabilité de l'État A. Elles gardent la possession de leurs biens respectifs, continuent d'exercer et de gérer leur activité conformément au droit de l'insolvabilité de l'État A. Aucun comité de créanciers chirographaires n'a été désigné, mais devrait l'être dans le cadre de la procédure de l'État A (le "comité des créanciers").

4) Certaines sociétés X, dont la société mère, X, ont des actifs et exercent leur activité dans l'État B. La société X et cinq de ses filiales et sociétés apparentées dans l'État B (appelées collectivement les "demandeurs") ont engagé une procédure auprès du tribunal de l'État B en vertu du droit de l'insolvabilité de l'État B. À leur demande, le tribunal de l'État B a ordonné a) que la procédure de l'État A est la "procédure étrangère" aux fins du droit de l'insolvabilité de l'État B et que b) les actions contre les demandeurs et leurs biens sont interdites ou suspendues.

5) Les demandeurs sont parties aux procédures dans les États A et B.

Champ d'application, objet et objectifs

Variante A

Le débiteur faisant l'objet de procédures parallèles et concurrentes dans les États A et B, des mesures d'administration essentielles s'imposent pour coordonner certaines activités dans les deux procédures, protéger les droits des parties et préserver la compétence indépendante des tribunaux. Un cadre de principes généraux devrait être établi d'un commun accord pour régler les questions suivantes:

- a) La vente des actifs du débiteur;
- b) L'admissibilité et la priorité des créances à l'encontre du débiteur;
- c) L'harmonisation de la soumission, de l'approbation et de l'application d'un plan de redressement conformément au droit de l'insolvabilité de l'État A et au droit de l'insolvabilité de l'État B; et
- d) Les questions générales concernant l'administration.

Variante B

Les représentants de l'insolvabilité du débiteur dans les États A et B ont décidé d'un commun accord d'établir le présent accord pour définir les modalités pratiques de la répartition des actifs entre les créanciers de la société. Le présent accord a pour but d'organiser la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, notamment d'organiser l'échange d'informations entre eux en ce qui concerne la vérification des créances et la répartition des actifs.

Variante C

Le débiteur faisant l'objet de procédures d'insolvabilité dans les États A et B et ailleurs, des mesures d'administration essentielles s'imposent afin de coordonner certaines activités dans le cadre des procédures d'insolvabilité, de protéger les droits des parties et de préserver la compétence indépendante des tribunaux et la courtoisie internationale. Le présent accord a donc été élaboré pour favoriser la réalisation des buts et objectifs ci-après, jugés souhaitables par l'ensemble des parties, dans les procédures des États A et B et, si nécessaire, dans d'autres procédures:

- a) Harmoniser et coordonner les activités dans les procédures d'insolvabilité;
- b) Favoriser l'administration ordonnée et efficace des procédures d'insolvabilité, afin, notamment, de les optimiser, de réduire leurs coûts et d'éviter les chevauchements;
- c) Préserver l'indépendance et l'intégrité des tribunaux des États A, B et d'autres États;
- d) Favoriser la coopération internationale et le respect de la courtoisie internationale entre les tribunaux, le débiteur, le comité des créanciers, les représentants de l'insolvabilité et les parties intéressées dans le cadre des procédures d'insolvabilité;
- e) Faciliter l'administration équitable, transparente et efficace des procédures d'insolvabilité au profit de tous les créanciers du débiteur et des autres parties intéressées, où qu'ils se trouvent; et
- f) Mettre en application un cadre de principes généraux pour régler les questions administratives essentielles découlant de la nature transfrontière et internationale des procédures d'insolvabilité.

Langue

Le présent accord est conclu en ... et en ... (les deux textes faisant également foi).
La langue de communication entre les parties est [...].

2. Terminologie et règles d'interprétation

a) Terminologie

48. Le droit de l'insolvabilité repose sur une terminologie et des concepts dont la signification peut varier considérablement d'un État à l'autre. Même lorsque les parties parlent la même langue, un terme peut être interprété différemment suivant le système juridique. Afin d'assurer une compréhension commune, de nombreux accords définissent certains termes qu'ils emploient. Les méthodes utilisées à cette fin varient cependant. Parfois, une section complète est consacrée aux définitions⁴⁷, parfois une approche au cas par cas est retenue, de brèves explications étant données au fil du texte, en tant que de besoin⁴⁸.

49. Les termes souvent expliqués sont notamment: les lois nationales applicables, les tribunaux nationaux compétents, les professionnels de l'insolvabilité, les représentants de l'insolvabilité, les procédures engagées par les créanciers, l'arrêt des poursuites, les types de procédures, le débiteur et les parties.

⁴⁷ Voir, par exemple, GBFE, Swissair, par. 1.

⁴⁸ Voir, par exemple, Commodore, Everfresh. Le Concordat comporte un glossaire qui comprend les termes suivants: règles d'administration, créance ordinaire, redressement, décharge, répartition, procédure d'insolvabilité/for de l'insolvabilité, droit international, procédure limitée, liquidation, for principal/procédure principale, créanciers non locaux, représentant officiel, for plénier/procédure plénière, créance privilégiée, règles de classement, créance garantie, règles sur les nullités; les Directives Co-Co comportent une définition du représentant de l'insolvabilité (Directive 4).

b) Règles d'interprétation

50. Des règles générales d'interprétation sont souvent énoncées, à savoir par exemple que le singulier englobe le pluriel et inversement; que les titres insérés ne répondent qu'à un souci de commodité et n'ont pas de signification particulière; que les références à une partie sont réputées, s'il y a lieu, désigner le cas échéant ses successeurs ou cessionnaires; que le masculin englobe le féminin ou le genre neutre⁴⁹.

51. Certains accords font une référence explicite aux principes énoncés dans le Concordat⁵⁰, ou aux Directives sur les communications entre tribunaux⁵¹, en les incorporant dans leurs propres dispositions pour régir certaines questions.

Exemples de clauses

Terminologie

Dans le présent accord, sauf si le contexte exige qu'il en soit autrement, les termes suivants sont définis comme suit: [...]

Règles d'interprétation

- a) Lorsque le contexte l'exige, le singulier englobe le pluriel et inversement. De même, le masculin englobe le féminin et le genre neutre;
- b) L'index et les titres des clauses du présent accord ne répondent qu'à un souci de commodité, et n'ont pas d'incidence sur l'interprétation de l'accord;
- c) Les références aux clauses, paragraphes et dispositions liminaires ne concernent que le présent accord, sauf indication contraire;
- d) Les références à une partie sont réputées, s'il y a lieu, désigner ou englober ses successeurs ou cessionnaires le cas échéant;
- e) Sauf disposition contraire expresse, les références au présent accord ou à tout autre document renvoient aussi à cet accord, à ses dispositions liminaires et à ses tableaux ou tous autres documents tels qu'ils auront été modifiés, complétés et/ou remplacés par la suite en toutes manières;
- f) S'agissant de la computation des délais depuis une date déterminée jusqu'à une date ultérieure déterminée, les termes "depuis le" signifient "depuis le ... inclus" et "jusqu'au" signifie "jusqu'au ... exclus".

3. Tribunaux

52. La coopération judiciaire est de plus en plus considérée comme essentielle à la bonne conduite des affaires d'insolvabilité internationale, en rendant plus prévisible leur déroulement – les débiteurs et les créanciers n'ayant pas à anticiper les réactions judiciaires aux procédures étrangères – et en favorisant le traitement équitable de toutes les parties. Les accords internationaux se sont fondés sur

⁴⁹ Voir, par exemple, GBFE.

⁵⁰ Voir, par exemple, AIOC, Everfresh.

⁵¹ Voir, par exemple, Systech.

diverses approches pour faciliter la coordination et la coopération entre les tribunaux de différents États afin d'assurer la bonne administration des procédures et d'éviter les litiges.

a) Courtoisie internationale et indépendance des tribunaux

53. “La *courtoisie internationale*, au sens juridique, n'est ni une obligation absolue ni une simple forme de politesse et de bonne volonté, mais la reconnaissance qu'un État accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'un autre État, en tenant dûment compte des devoirs et des convenances au niveau international, ainsi que des droits de ses propres ressortissants, ou d'autres personnes qui sont sous la protection de ses lois⁵².” De nombreux accords soulignent l'importance de la courtoisie internationale et de l'indépendance des tribunaux en précisant que leur approbation et application ne doivent en rien compromettre ou diminuer cette indépendance. Ils soulignent aussi que chaque tribunal a le droit d'exercer sa compétence et son autorité en toute indépendance et à tout moment en ce qui concerne les affaires dont il est saisi et la conduite des parties qui comparaissent devant lui⁵³. Cette disposition vise à donner l'assurance que chaque partie à l'accord agit aux termes (partant dans les limites) du droit interne applicable.

54. Souvent, les accords indiquent expressément que, conformément à la courtoisie internationale, ils ne sauraient être interprétés notamment comme:

- a) Portant atteinte à l'indépendance, à la souveraineté ou à la compétence des tribunaux;
- b) Faisant obligation aux débiteurs, au comité des créanciers ou aux représentants de l'insolvabilité de se soustraire à tout devoir que leur impose le droit national en vertu duquel ils ont été constitués ou désignés;
- c) Autorisant toute action qui exige l'approbation expresse de l'un des tribunaux ou des deux; ou
- d) Empêchant tout créancier ou autre partie intéressée de faire valoir ses droits fondamentaux en vertu des lois applicables⁵⁴.

⁵² Voir *Hilton contre Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), décision dans laquelle un tribunal des États-Unis traite de la reconnaissance d'une décision rendue par un tribunal français et donne une première définition de la courtoisie internationale. Dans certains pays de *common law*, les tribunaux se sont appuyés sur une interprétation du terme “courtoisie internationale” pour refuser la coopération, au motif que le droit étranger en matière d'insolvabilité n'était pas suffisamment “proche” de leur droit interne. Voir alinéa a) du préambule de la Loi type de la CNUDCI, qui établit que l'un des objectifs de celle-ci est d'“assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes du présent État et des États étrangers intervenant dans les affaires d'insolvabilité internationale”. Voir également l'article 7 de la Loi type, qui permet aux États de prévoir des dispositions sur l'assistance venant s'ajouter à celles prévues par la Loi type.

⁵³ Voir, par exemple, 360Networks, Matlack.

⁵⁴ Voir, par exemple, ABTC, Pioneer; les Directives Co-Co prévoient une déclaration similaire (Directive 3).

b) Répartition des rôles entre les tribunaux

55. Lorsque des procédures d'insolvabilité visant le même débiteur sont ouvertes dans différents États, il faudra souvent déterminer les questions que les différents tribunaux devront traiter. Dans certains cas, un seul et même tribunal sera chargé de trancher ou de régler certaines questions. Dans d'autres, la situation ne sera pas aussi claire et plusieurs tribunaux pourraient jouer un rôle égal, partagé ou conjoint pour prendre certaines décisions⁵⁵. Nonobstant l'indépendance et la souveraineté de chaque tribunal, les accords internationaux "répartissent" souvent les rôles entre tribunaux compétents pour le traitement de différentes questions afin d'assurer la coordination efficace des procédures et d'éviter chevauchements, litiges et doubles emplois. Pour ce faire, les tribunaux peuvent approuver l'accord ou alors, les parties peuvent de manière informelle convenir de porter certaines questions devant certains tribunaux. Le rôle attribué peut être défini de manière assez large, par exemple l'utilisation et la disposition des actifs du débiteur en général, ou de manière plus précise, par exemple la vérification et l'admission des créances ou l'approbation de certaines opérations en ce qui concerne l'utilisation et la disposition de certains actifs, notamment le fait de nantir ou de grever des actifs⁵⁶.

56. Même lorsque certaines questions relèvent d'un tribunal particulier, l'accord peut demander que ce tribunal, dans l'examen de ces questions, sollicite et prenne en compte les vues des autres tribunaux et participants. Ainsi, dans une affaire comportant des procédures principale et non principale, il a été demandé au tribunal chargé des actifs dans le contexte de la procédure non principale de prendre en compte toutes propositions émanant des représentants de l'insolvabilité dans la procédure principale⁵⁷. Un accord peut également prévoir qu'il est souhaitable que la décision concernant une question particulière soit prise par un seul tribunal et ce, au moyen d'une coopération entre les tribunaux⁵⁸.

57. D'autres exemples montrent comment des accords internationaux peuvent faciliter cette coordination et cette coopération entre les tribunaux. Dans l'affaire *Inverworld*, un accord international approuvé par les tribunaux a conduit à l'abandon de la procédure d'insolvabilité anglaise, sous réserve de certaines conditions relatives au traitement des réclamants dans le cadre de cette procédure et à la répartition des fonctions entre les deux autres tribunaux restant saisis. Le tribunal américain devait régler les questions de droit et de fait en suspens concernant les montants auxquels pouvaient prétendre les différentes classes d'investisseurs, tandis que le tribunal caïmanais devait superviser l'administration de la répartition du produit entre les réclamants. Chaque tribunal devait considérer les actions de l'autre comme contraignantes, pour éviter des procédures judiciaires parallèles. Dans l'affaire *Maxwell*, un accord approuvé par les tribunaux tant anglais qu'américain a réparti les fonctions entre les tribunaux et prévu une coopération

⁵⁵ Le Concordat recommande de confier à un seul for la responsabilité principale de coordonner toutes les procédures d'insolvabilité se rapportant à un débiteur (Principe 1). Lorsqu'il y a un for principal, il recommande que ce for coordonne l'administration et la récupération des actifs (Principe 2A); à défaut de for principal, le Concordat traite du rôle de chaque tribunal en ce qui concerne la décision relative à la valeur et à l'admissibilité des créances (Principe 8) et l'administration des actifs (Principe 4).

⁵⁶ Voir, par exemple, Maxwell, Pioneer.

⁵⁷ Voir, par exemple, SENDO.

⁵⁸ Voir, par exemple, Laidlaw.

pour l'administration des procédures. Entre autres, l'accord conférait au représentant anglais de l'insolvabilité le pouvoir notamment d'administrer tous les actifs et toutes les opérations de l'entreprise du groupe débiteur, d'engager des dépenses, sous réserve de l'approbation par le représentant américain de l'insolvabilité concernant des questions particulières et de l'approbation du tribunal américain.

58. Certains accords précisent les facteurs qui déterminent la compétence de chaque tribunal pour intervenir sur certaines questions. Il peut s'agir du lieu de situation du débiteur, de ses actifs ou de ses créanciers; de l'application de règles de conflit de lois; d'un accord sur la loi applicable; ou d'autres facteurs de rattachement. Ainsi, la conduite de la procédure d'insolvabilité peut incomber au tribunal de l'État où elle a été ouverte⁵⁹; l'approbation des opérations peut être confiée au tribunal de l'État où sont situés les actifs faisant l'objet de l'opération⁶⁰; la distribution du produit des actifs et la charge de donner des instructions aux représentants de l'insolvabilité concernant le traitement des actifs peuvent être confiées au tribunal de l'État où sont situés les actifs⁶¹; l'examen des créances à l'égard du débiteur peut être confié au tribunal de l'État dont le débiteur est un ressortissant, de l'État où les créanciers résident, sont domiciliés ou exercent leur activité et disposent de bureaux, ou de l'État où les créances sont nées de la fourniture de biens ou services au débiteur⁶², ou selon le type de contrat et la nationalité du cocontractant⁶³.

59. Certains accords prévoient que les tribunaux doivent agir conjointement pour certaines opérations, par exemple la disposition des actifs du débiteur ou plus précisément leur vente. Un accord peut disposer aussi que des audiences conjointes devraient être tenues pour régler certaines questions, comme l'utilisation et la disposition des actifs et la répartition du produit, lorsque ces actifs sont situés dans les deux États⁶⁴ ou dans un État tiers⁶⁵. En raison de la nature de l'entreprise du débiteur et, en particulier, de l'interconnexion et de l'interdépendance des lignes de communication de ses activités commerciales et Internet mondiales, un accord a retenu la méthode consistant à déterminer les questions qui devaient être réglées avec l'aide des différents tribunaux. Les tribunaux pouvaient tenir des audiences conjointes pour trancher ces questions et ont pu régler ensemble d'autres questions à inclure à mesure que progressait la procédure d'insolvabilité⁶⁶. En cas de désaccord entre les tribunaux, une solution de repli prévoyait que certaines questions qui n'avaient pas été réglées dans le cadre d'une audience conjointe tenue par les deux tribunaux le seraient par un seul tribunal.

60. Un moyen pratique de régler des questions découlant de différences entre systèmes juridiques est de permettre aux tribunaux de rendre des ordonnances sur une base réciproque, c'est-à-dire à condition que l'autre juridiction rende des ordonnances appropriées. Cette approche a été adoptée dans l'affaire *360Networks*,

⁵⁹ Voir, par exemple, *Federal-Mogul, Financial Asset Management*.

⁶⁰ Voir, par exemple, *Everfresh*.

⁶¹ Voir, par exemple, *Everfresh*.

⁶² Voir, par exemple, *Solv-Ex*.

⁶³ Voir, par exemple, *ABTC, Livent*.

⁶⁴ Voir, par exemple, *Everfresh*.

⁶⁵ Voir, par exemple, *Inverworld*.

⁶⁶ Voir, par exemple, *PSINet*.

où les fournisseurs étaient réticents à renégocier des contrats sans décision officielle du débiteur garantissant qu'il ne serait pas mis fin ensuite à ces contrats dans la procédure américaine, ce qui est permis par le droit américain, au détriment de leurs droits. De tels arrangements pourraient nécessiter l'approbation des tribunaux.

i) Traitement des créances

61. Le traitement des créances peut consister à vérifier, admettre et classer des créances ainsi qu' à déterminer le sort qui doit leur être réservé dans un plan de redressement. Un accord peut disposer que chaque créance doit être examinée par un seul des tribunaux concernés, sauf si elle est étroitement liée à un autre État, en vertu des règles de conflit de lois, s'il s'agit d'une créance pour laquelle une sûreté ou une priorité est revendiquée en vertu des lois d'un autre État ou s'il a été convenu expressément que la créance serait régie par les lois d'un autre État⁶⁷.

62. Lorsqu'une créance est déclarée dans le cadre d'une procédure, certains accords prévoient que le créancier est réputé avoir choisi de faire vérifier sa créance et d'en faire déterminer l'admissibilité par le tribunal qui administre cette procédure. Si la créance est déclarée dans le cadre de plusieurs procédures, l'accord peut désigner le tribunal qui en assurera la vérification et l'admission⁶⁸. Les tribunaux peuvent également convenir d'élaborer des règles relatives au traitement de certains aspects de la déclaration des créances, par exemple la preuve des créances⁶⁹. Les parties aux procédures peuvent également choisir de reporter l'examen de ces questions et d'élaborer ultérieurement une procédure de règlement des créances en général ou de certains types de créances en particulier (par exemple les créances entre sociétés du même groupe)⁷⁰.

ii) Action en annulation

63. Certains accords déterminent qui doit se charger de rechercher et de poursuivre les actifs supposés faire partie de la masse du débiteur dans le ressort du tribunal⁷¹. La répartition des rôles dans ce domaine peut dépendre des dispositions pertinentes de la loi applicable, y compris les dispositions sur le conflit de lois.

iii) Représentants de l'insolvabilité

64. Les accords traitent souvent des pouvoirs de chaque tribunal en ce qui concerne le représentant de l'insolvabilité désigné dans la procédure qu'il administre. Ces pouvoirs peuvent concerner la désignation, la conduite et la rémunération, ainsi que l'audition et le règlement de toute question se posant à ce sujet dans le cadre de la procédure d'insolvabilité dont ce tribunal est saisi⁷². Dans certains cas, ils peuvent concerner aussi le représentant de l'insolvabilité désigné dans l'autre procédure. Ainsi, dans une affaire sans accord international écrit impliquant les États-Unis et les Pays-Bas, le recrutement et la rémunération des professionnels ont fait l'objet d'une coordination. Le recrutement et la rémunération

⁶⁷ Voir, par exemple, Solv-Ex.

⁶⁸ Voir, par exemple, Pioneer.

⁶⁹ Voir, par exemple, Philip.

⁷⁰ Voir, par exemple, Calpine, Quebecor.

⁷¹ Voir, par exemple, Nakash, par. 7 à 12.

⁷² Voir, par exemple, Laidlaw, Mosaic.

de l'avocat néerlandais pour le débiteur et le comité des créanciers chirographaires ont été approuvés par le tribunal des États-Unis, tandis que le représentant de l'insolvabilité néerlandais a participé à l'approbation de la rémunération des professionnels américains⁷³.

iv) *Règlement des différends*

65. Afin d'assurer une coopération continue entre les procédures et de faire respecter le cadre établi par l'accord, celui-ci peut préciser la façon dont seront réglés les différends qui peuvent en naître⁷⁴. Deux sortes de différends peuvent être abordés dans un accord international: d'une part, les litiges susceptibles de naître quant à l'objet, l'interprétation, l'application ou l'exécution de l'accord et, d'autre part, certaines catégories de conflit (potentiel) dans les procédures d'insolvabilité, pour la résolution desquels l'accord peut prévoir des règles spéciales. Un exemple de mode de résolution de cette seconde catégorie de différends consiste à établir un dispositif de déclaration des créances spéciales (par exemple les créances nées du bénéficiaire d'une garantie) auprès d'un tribunal spécial ou d'un groupe d'arbitrage, afin de traiter des questions qui risquent de soulever des problèmes délicats et incertains de conflits de lois ou d'élection du for.

66. Les accords internationaux adoptent diverses approches pour le règlement de ces différends. Ils peuvent par exemple exiger des parties qu'elles fassent tous les efforts raisonnables pour trouver un arrangement avant de porter la question devant un tribunal. Faute d'arrangement, le différend pourrait être soumis au tribunal désigné, dans l'accord, pour en faire respecter l'application⁷⁵ ou pour régler certains litiges, concernant par exemple tout acte ou toute décision du représentant de l'insolvabilité⁷⁶. Un accord peut aussi prévoir qu'un différend relatif à une question découlant d'une procédure ouverte dans un État sera soumis au tribunal compétent de cet État ou, lorsque le différend concerne toutes les procédures visées par un accord, que le différend sera réglé par le tribunal le plus approprié⁷⁷.

67. Un accord peut également prévoir une disposition permettant aux tribunaux de régler ensemble les différends, lorsqu'il y a lieu, au moyen d'une audience conjointe. Si, nonobstant cette disposition, le différend est porté auprès d'un seul des tribunaux, l'accord peut alors autoriser le tribunal i) à rendre une décision contraignante après avoir consulté l'autre tribunal; ii) à limiter volontairement sa compétence en renvoyant la question, en tout ou en partie, à l'autre tribunal; ou iii) à solliciter une audience conjointe avec l'autre tribunal⁷⁸.

68. Une autre approche peut consister à désigner un tiers pour régler les différends. L'accord peut préciser la procédure de médiation à suivre, en abordant des questions telles que l'ouverture, la possibilité de dérogation, le calendrier, le choix et la

⁷³ Voir United Pan-Europe.

⁷⁴ Voir, par exemple, Systech; les Directives Co-Co conseillent aux tribunaux de coopérer pour régler tout différend se rapportant à la finalité ou à l'application des dispositions de tout accord ou protocole de coopération (Directive 16.2).

⁷⁵ Voir, par exemple, ISA-Daisytek.

⁷⁶ Voir, par exemple, GBFE.

⁷⁷ Voir, par exemple, Federal-Mogul.

⁷⁸ Voir, par exemple, Financial Asset Management, Laidlaw.

désignation du médiateur, la rémunération et l'immunité ainsi que la confidentialité de cette procédure⁷⁹.

69. Certains accords recommandent en outre aux tribunaux de se donner des avis ou des conseils et précisent la procédure applicable. Dans un souci de plus grande transparence, les règles de notification prévues par l'accord s'appliqueraient généralement et le débiteur, le comité des créanciers ou les représentants de l'insolvabilité pourraient faire valoir leurs observations auprès du tribunal compétent en réponse à un avis ou conseil écrit reçu de l'autre tribunal⁸⁰.

70. Un accord peut aussi indiquer les parties autorisées à soulever une question au sujet de l'accord, par exemple les représentants de l'insolvabilité⁸¹ ou d'autres parties intéressées.

c) Limitation volontaire de compétence

71. La limitation volontaire de compétence désigne le fait pour un tribunal d'accepter de limiter, en faveur d'un autre tribunal, l'exercice de sa compétence sur certaines questions, notamment par exemple la faculté de connaître de certaines demandes et d'ordonner certaines décisions. Elle pourrait également consister pour un tribunal à attendre qu'un autre tribunal ait rendu sa décision et, après avoir entendu les différents arguments sur la question, à suivre celle-ci en rendant une décision "indépendante" et néanmoins similaire. Lorsqu'elle est possible, elle peut servir à éviter des jugements contradictoires entre les tribunaux concernés. La limitation volontaire de compétence en faveur d'un autre tribunal est une question délicate, qui touche à la souveraineté et à l'indépendance. Elle ne peut se produire que si les tribunaux concernés sont d'accord et aura souvent un caractère de réciprocité, à savoir que le tribunal d'un État accepte de renvoyer certaines questions à un autre tribunal concerné ou de faire exécuter la décision de cet autre tribunal car ce dernier accepte d'en faire autant. Cette limitation volontaire de compétence est souvent facilitée par le fait que les tribunaux reconnaissent que, sans elle, les procédures ne pourraient pas progresser et qu'il en résulterait une perte de valeur au détriment des créanciers. Les accords internationaux qui prévoient une telle limitation ne produisent généralement leurs effets que lorsqu'ils ont été approuvés par les tribunaux concernés.

72. Il ne sera peut-être pas possible pour un tribunal de limiter volontairement sa compétence dans tous les cas, car souvent les tribunaux sont tenus d'exercer leur compétence ou un contrôle exclusif sur des points particuliers. Certains systèmes juridiques prévoient aussi des règles de procédure qui restreignent cette possibilité. Les accords internationaux prévoient souvent des dispositions stipulant que les tribunaux ne peuvent limiter volontairement leur compétence en faveur d'un autre tribunal que si le droit interne les y autorise. En outre, il peut être laissé à l'appréciation du représentant de l'insolvabilité de renoncer tout simplement à exercer une action auprès du tribunal de son pays et de laisser au représentant d'une procédure connexe dans un autre pays le soin d'exercer cette action dans cet autre pays.

⁷⁹ Voir, par exemple, Manhatinv.

⁸⁰ Voir, par exemple, Mosaic.

⁸¹ Voir, par exemple, GBFE, Peregrine Investment.

73. Les accords internationaux peuvent prévoir des dispositions très précises sur la limitation volontaire de compétence, en stipulant les questions pour lesquelles un tribunal devrait s'en remettre à la décision d'un autre tribunal, par exemple le règlement des différends pouvant naître de l'accord, l'arrêt des poursuites ou encore les questions de droit étranger⁸². Ils peuvent aussi contenir des dispositions générales, en prévoyant qu'un tribunal doit s'en remettre à la décision d'un autre tribunal, lorsqu'il y a lieu ou lorsque cela est faisable⁸³. Dans l'affaire *Inverworld* évoquée ci-dessus, l'accord conclu a conduit l'un des trois tribunaux concernés à limiter sa compétence en faveur des deux autres tribunaux en abandonnant la procédure dont il était saisi, sous certaines conditions relatives au traitement des réclamants et à la répartition des fonctions entre les deux autres tribunaux.

74. Les dispositions sur la limitation volontaire de compétence peuvent prévoir par exemple: qu'il est dans l'intérêt des débiteurs et des parties prenantes que l'un des tribunaux assure l'administration principale du redressement⁸⁴; que le tribunal de l'État dont les lois régissent la créance doit connaître de la décision faisant appel du rejet de la créance⁸⁵; que, si un tribunal différent est saisi en appel, la question sera renvoyée au tribunal compétent; et que, dans certains cas, l'approbation du tribunal de l'État concerné sera réputée accordée⁸⁶.

d) Droit de comparaître et d'être entendu

i) Qui a ce droit?

75. L'article 9 de la Loi type de la CNUDCI dispose qu'un représentant étranger est habilité à s'adresser directement à un tribunal de l'État adoptant, ce qui lui évite des formalités telles que licences ou actions consulaires. Généralement, ces formalités sont longues et complexes, entravant l'action rapide qui est souvent nécessaire dans les procédures d'insolvabilité, qu'elles soient nationales ou internationales. Dans les États qui n'ont pas adopté la Loi type, ce droit d'accès direct pourrait être limité par des conditions de forme ou par le droit interne.

76. Les accords qui traitent la question de l'accès direct le font à des degrés différents et à l'égard de parties intéressées différentes⁸⁷. Certains abordent cette question explicitement, en reconnaissant aux parties le même droit de comparaître et d'être entendues dans chacun des États concernés par l'accord que celui dont jouissent leurs homologues domiciliés dans ces États. Cet accès pourrait être accordé aux représentants de l'insolvabilité ou à d'autres parties intéressées, notamment les créanciers, le débiteur, le comité des créanciers et les prêteurs qui fournissent un financement après l'ouverture de la procédure. S'agissant de l'accès des créanciers, de nombreux accords leur confèrent le droit de comparaître, que la partie concernée ait ou non déclaré une créance dans le cadre de la procédure en question. D'autres accords font référence aux principes du Concordat qui accordent

⁸² Voir, par exemple, *Olympia & York*.

⁸³ Voir, par exemple, *Loewen, 360Network Group*.

⁸⁴ Voir, par exemple, *Pioneer*.

⁸⁵ Voir, par exemple, *GBFE*.

⁸⁶ Voir, par exemple, *GBFE*.

⁸⁷ Les Directives Co-Co recommandent un accès direct pour le représentant de l'insolvabilité étranger (Directive 5).

à chaque partie, créancier et comité des créanciers le droit, mais non l'obligation, de comparaître dans le cadre des procédures dans les différents fors⁸⁸.

77. Certains accords prévoient que les représentants de l'insolvabilité d'un État acceptent que leurs homologues étrangers aient qualité pour agir dans la procédure d'insolvabilité locale ou que les représentants de l'insolvabilité d'un État appuieront la demande faite par le représentant de l'insolvabilité d'un autre État de comparaître dans le cadre de la procédure locale⁸⁹. Les accords entre les représentants de l'insolvabilité sur l'accès direct au tribunal produiront effet en fonction de la loi applicable et pourraient ne constituer qu'une marque de bonne volonté ou une garantie qu'un représentant de l'insolvabilité ne s'opposera pas à la comparution de son homologue devant le tribunal de son État.

78. Certains accords apportent aussi des précisions en indiquant notamment où il faut adresser une demande de comparution, en donnant l'adresse exacte du tribunal⁹⁰.

ii) *Soumission à la compétence des tribunaux*

79. L'article 10 de la Loi type constitue une "clause de sauvegarde" visant à garantir que le tribunal de l'État adoptant n'étendra pas sa compétence à l'ensemble des actifs du débiteur ou au représentant étranger au seul motif que ce dernier a demandé la reconnaissance d'une procédure étrangère. Lorsque la Loi type n'a pas été adoptée, un représentant de l'insolvabilité ou une autre partie comparissant devant les tribunaux d'un autre État serait assujetti aux règles de cet État sur cette question. Un accord qui traite du droit de comparution dans les différents États qu'il vise pourrait aborder la question de la soumission à la compétence des tribunaux dans la mesure où le permet le droit interne applicable afin de parer à d'éventuels conflits si l'État du for n'a pas adopté la Loi type. Un accord comportant une telle disposition nécessitera l'approbation du tribunal pour produire ses effets.

80. Le traitement de cette question varie d'un accord à l'autre. Certains prévoient que la comparution devant le tribunal d'un État ou l'introduction d'une demande dans cet État pourrait assujettir la partie intéressée à la compétence des tribunaux de cet État aux seules fins de la procédure en question⁹¹. D'autres disposent qu'une partie n'est assujettie à la compétence des tribunaux d'un autre État que si elle a déclaré une créance dans le cadre de la procédure ouverte dans cet État⁹². Si une partie n'a pas déjà comparu devant un tribunal étranger, ou ne souhaite pas comparaître devant ce tribunal, un accord peut disposer qu'elle est admise à déposer des moyens de preuve écrits à l'appui de ses arguments sans qu'il soit considéré qu'elle a comparu devant le tribunal étranger où ces moyens sont produits, pourvu que le tribunal ne soit pas saisi d'une demande reconventionnelle.

⁸⁸ Voir, par exemple, le Concordat, principes 3A et 3C; voir également AIOC.

⁸⁹ Voir, par exemple, Manhatinv, Federal-Mogul.

⁹⁰ Voir, par exemple, Everfresh.

⁹¹ Voir, par exemple, Loewen, Matlack.

⁹² Voir, par exemple, Inverworld.

81. Certains accords disposent que les représentant de l'insolvabilité ne sont pas soumis à la compétence des tribunaux étrangers de manière générale⁹³, tandis que d'autres prévoient que le tribunal a compétence sur le représentant de l'insolvabilité mais seulement en ce qui concerne les questions pour lesquelles il comparaît devant le tribunal⁹⁴. Cette disposition permet de tenir compte de la réticence d'un représentant de l'insolvabilité à se soumettre à la compétence personnelle d'un État étranger. Cette réticence pourrait venir d'une mauvaise connaissance du droit de l'État étranger ou de disparités entre les régimes juridiques des deux États. Le représentant de l'insolvabilité veillera à s'abstenir de tout acte dans un pays étranger qui l'amènerait à manquer à ses devoirs nationaux ou à contrevenir au droit de l'État étranger du fait qu'il ne pourrait y accomplir un acte qui irait à l'encontre de ses devoirs nationaux.

82. Certains accords prévoient que le comité des créanciers ne se soumet pas non plus à la compétence des tribunaux étrangers, en disposant que la comparution devant l'autre for ne doit pas constituer un chef de compétence personnelle sur les différents membres du comité⁹⁵.

83. Certains accords contiennent des mesures de protection en disposant que nul ne sera soumis aux règles de droit matériel d'un for sauf si, aux termes des règles de conflit de lois du for, il est assujéti à ces lois dans une procédure autre que d'insolvabilité portant sur la même opération⁹⁶.

e) Procédures à venir

84. Les accords peuvent traiter des questions susceptibles de se poser lorsque des procédures d'insolvabilité supplémentaires sont ouvertes à l'encontre du débiteur (par exemple dans d'autres États ou, dans le cas d'un groupe d'entreprises, en ce qui concerne un membre supplémentaire du groupe). Un accord peut aborder la question de sa relation avec d'éventuelles procédures d'insolvabilité futures qu'il ne couvre pas expressément, en disposant qu'en cas d'ouverture d'une procédure étrangère, les mesures et principes qu'il énonce s'étendront aux opérations liées à cette procédure étrangère, à condition que tous les créanciers dans le cadre de la procédure étrangère se voient accorder le même traitement, indépendamment du lieu de leur domicile. Un accord peut également régir la situation où un tribunal approuve ultérieurement un accord supplémentaire avec un tribunal d'un autre État, en demandant au tribunal concerné uniquement par l'accord initial de respecter l'accord supplémentaire dans la mesure où ses lois le permettent et en conformité avec les principes de courtoisie internationale et de coopération⁹⁷.

85. Une disposition plus générale peut étendre à toute procédure ultérieure les obligations applicables en vertu du droit de l'insolvabilité en ce qui concerne les procédures existantes. Elle peut prévoir par exemple d'étendre à toute procédure

⁹³ Voir, par exemple, Manhatinv; cette approche a également été retenue par les Directives sur les communications entre tribunaux, lesquelles disposent que le représentant de l'insolvabilité ne sera pas soumis, du fait de sa comparution dans le cadre d'une procédure étrangère, à la compétence du tribunal étranger (Directive 13).

⁹⁴ Voir, par exemple, 360Networks, Livent.

⁹⁵ Voir, par exemple, Pioneer, Systech; voir aussi le Concordat, principes 3A et 3C.

⁹⁶ Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 7.

⁹⁷ Voir, par exemple, 360Networks, par. 30 et 31.

ultérieure l'obligation de communication des informations entre les différentes procédures relatives aux créances déclarées⁹⁸. Une telle disposition vise à renforcer l'obligation prévue par le droit existant.

Exemples de clauses

Courtoisie internationale et indépendance des tribunaux

1) L'approbation et l'application du présent accord ne diminuent pas la compétence indépendante des tribunaux des États A et B, ni ne sont réputées porter atteinte à la souveraineté des États A ou B.

2) Conformément aux principes de courtoisie internationale et d'indépendance énoncés au paragraphe 1 ci-dessus, aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme:

a) Augmentant, diminuant ou modifiant d'une autre manière l'indépendance, la souveraineté ou la compétence des tribunaux concernés des États A ou B ou de tout autre tribunal dans les États A ou B, ni leur capacité à prendre toute mesure appropriée en vertu de la loi applicable;

b) Obligeant le tribunal de l'État A ou B à agir contrairement à ses obligations en vertu des lois de l'État A ou B;

c) Obligeant le débiteur, le comité des créanciers ou les représentants de l'insolvabilité à agir ou s'abstenir d'agir de sorte qu'ils viendraient à manquer aux devoirs que leur impose toute loi applicable; ou

d) Autorisant tout acte qui exige l'approbation expresse de l'un des tribunaux ou des deux en vertu du droit de l'insolvabilité des États A ou B après notification appropriée et audience (sauf dans la mesure où cet acte est décrit expressément dans le présent accord).

3) Le débiteur, le comité des créanciers, les représentants de l'insolvabilité et leurs employés, membres, mandataires et professionnels respectifs honorent et remplissent les devoirs que leur imposent les lois des États A et B et d'autres lois applicables, réglementations ou ordonnances des tribunaux compétents.

Répartition des rôles entre les tribunaux

Le tribunal de l'État A exerce une compétence exclusive sur la conduite et les débats de la procédure de l'État A. [*Reprendre cette clause pour le tribunal de l'État B.*]

⁹⁸ Voir, par exemple, SENDO, part I-2.

Répartition des rôles entre les tribunaux: traitement des créances

Afin de coordonner la [restructuration] [liquidation] de l'entreprise du débiteur et d'éviter tout chevauchement inutile d'efforts et de dépenses ou des décisions judiciaires contradictoires, les principes suivants sont applicables lorsqu'il s'agit de déterminer la validité, le montant et le traitement de toutes créances à l'encontre des débiteurs:

a) Toutes les créances à l'encontre du débiteur de l'État A, y compris celles nées des garanties accordées par le débiteur de l'État A, sont examinées par le tribunal de l'État A dans le cadre de la procédure de l'État A;

b) Toutes les créances à l'encontre du débiteur de l'État B (à l'exception des créances décrites à l'alinéa a) ci-dessus) sont examinées selon les principes suivants:

i) Quiconque déclare une créance à l'encontre du débiteur de l'État B dans le cadre de la procédure de l'État A est réputé avoir choisi de faire déterminer la validité, le montant et le traitement de cette créance par le tribunal de l'État A;

ii) Quiconque déclare une créance à l'encontre du débiteur de l'État B dans le cadre de la procédure de l'État B est réputé avoir choisi de faire déterminer la validité, le montant et le traitement de cette créance par le tribunal de l'État B;

iii) Quiconque déclare une créance à l'encontre du débiteur de l'État B dans le cadre des deux procédures est réputé avoir choisi de faire déterminer la validité, le montant et le traitement de cette créance par le tribunal de l'État A.

[déplacé à *Loi applicable – voir 4 c) ci-dessous*]

Représentants de l'insolvabilité

1) Le représentant de l'insolvabilité et les professionnels de l'État A désignés dans la procédure de l'État A sont soumis à la compétence exclusive du tribunal de l'État A pour toutes questions, y compris:

a) Leur mandat;

b) Leur rémunération;

c) Leur responsabilité, le cas échéant, à l'égard de toute personne physique ou morale, y compris le débiteur et les tiers, en rapport avec la procédure d'insolvabilité; et

d) L'audition et le règlement de tout point relatif à ces questions soulevé dans le cadre de la procédure de l'État A.

2) Le représentant de l'insolvabilité et les professionnels désignés dans l'État A ne sont pas tenus de faire approuver leur désignation par le tribunal de l'État B. En outre, le représentant de l'insolvabilité et les professionnels de l'État A:

a) Ne sont rémunérés pour leurs services que conformément au droit de l'insolvabilité de l'État A et à une autre loi applicable de l'État A ou aux ordonnances du tribunal de l'État A; et

b) Ne sont pas tenus de faire approuver leur rémunération par le tribunal de l'État B.

[Reprendre ces deux clauses pour l'État B.]

Règlement des différends

Variante A

Les parties saisissent le tribunal de l'État A, le tribunal de l'État B, ou les deux, de tous différends liés aux conditions, à l'objet ou à l'application du présent accord, après notification conformément au paragraphe [...] ci-dessus. Lorsqu'une question est soumise à un seul tribunal, celui-ci, pour trancher le litige:

- a) Peut consulter l'autre tribunal; et
- b) Peut, à sa discrétion:
 - i) Rendre une décision contraignante après ladite consultation;
 - ii) S'en remettre à la décision de l'autre tribunal en lui renvoyant la question, en tout ou en partie; ou
 - iii) Solliciter une audience conjointe avec l'autre tribunal.

Lorsqu'il prend une décision, chaque tribunal respecte l'indépendance, la courtoisie internationale ou la compétence propre de l'autre tribunal établie par le droit existant.

Variante B

Le présent accord est régi exclusivement par le droit de l'État A. Tout différend relatif à la validité, à l'interprétation, à l'exécution ou à la non-exécution du présent accord est soumis à la compétence exclusive du tribunal de l'État A.

Variante C

Les parties intéressées peuvent saisir les tribunaux de l'État A et de l'État B de tous différends liés aux conditions, à l'objet ou à l'application du présent accord, après notification.

Limitation volontaire de compétence

Afin d'harmoniser et de coordonner l'administration des procédures d'insolvabilité, les tribunaux des États A et B n'épargnent chacun aucun effort pour coordonner leurs activités entre eux et s'en remettre au jugement de l'autre, lorsqu'il y a lieu et lorsque cela est faisable. Dans la mesure du possible, toute question particulière devrait être réglée par un seul tribunal mais, en tout état de cause, de manière à éviter tout conflit entre les tribunaux.

Droit de comparaître et d'être entendu

Le débiteur, ses créanciers et les autres parties intéressées, y compris le comité des créanciers et les représentants de l'insolvabilité, ont qualité pour a) comparaître et être entendus dans le cadre de la procédure d'insolvabilité dont est saisi le tribunal dans l'État A ou de l'État B de la même manière que les créanciers et les autres parties intéressées domiciliés dans l'État du for, sous réserve des règles et réglementations locales qui s'appliquent généralement à toutes les parties comparaisant dans le for en question et b) déposer une demande de comparution ainsi que tout autre demande ou document auprès du tribunal de l'État A ou B, à condition cependant que toute comparution ou dépôt permette de soumettre un créancier ou une partie intéressée à la compétence du tribunal concerné par cette comparution ou ce dépôt. La comparution du comité des créanciers dans le cadre de la procédure de l'État B ne constitue pas un chef de compétence personnelle dans l'État B sur les membres du comité des créanciers. Conformément aux principes énoncés au paragraphe [...] ci-dessus [*rôle du tribunal concernant la désignation et la rémunération des représentants de l'insolvabilité*], a) le tribunal de l'État B n'a compétence sur le représentant de l'insolvabilité de l'État A qu'en ce qui concerne les questions particulières pour lesquelles le représentant de l'insolvabilité de l'État A comparaît devant le tribunal de l'État B; et b) [*Reprendre alinéa a) pour le tribunal de l'État A.*]

Procédures à venir

- 1) Lorsqu'une procédure étrangère est engagée, toutes les personnes concernées par le présent accord devront, dans toute la mesure possible, et à condition que tous les créanciers dans cette procédure étrangère se voient accorder le même traitement quel que soit le lieu de leur domicile, mettre en œuvre les mesures prévues par le présent accord dans le cadre de toute procédure étrangère et respecter l'objet et les principes du présent accord dans les opérations se rapportant à la procédure étrangère.
- 2) Si le tribunal de l'État A rend une ordonnance portant approbation d'un accord avec les tribunaux d'un État autre que l'État B, le tribunal de l'État B respecte ledit accord dans la mesure où le permet le droit de l'État B et en conformité avec les principes de courtoisie internationale et de coopération. [*Reprendre cette clause pour le tribunal de l'État B.*]

4. Administration des procédures

86. La manière dont certaines questions procédurales qui se posent dans des procédures d'insolvabilité internationale, comme l'ordre de priorité des procédures, l'arrêt des poursuites et la loi applicable, sont traitées dans la pratique peut être déterminante pour le succès de ces procédures. Ainsi, si un arrêt des poursuites dans un État n'est pas respecté dans d'autres États dans lesquels, par exemple, le débiteur a des actifs, il peut s'ensuivre une "course au tribunal", dommageable pour la valeur de la masse de l'insolvabilité et les intérêts des créanciers. Ces questions se prêtent donc à un accord international.

a) Ordre de priorité des procédures

87. Comme il est indiqué plus haut, l'expérience a montré que, souvent, les tribunaux sont peu désireux ou ne sont pas en mesure de limiter volontairement leur compétence en faveur d'un tribunal étranger et préféreront donc considérer les procédures comme concurrentes ou parallèles, indépendamment du fait qu'il s'agisse de procédures principales ou non principales. Cette préférence peut être liée à la loi applicable ou à la volonté de protéger les intérêts des créanciers nationaux. Dans un souci de sécurité juridique, ainsi que pour éviter d'éventuels conflits et simplifier les questions de coordination, un accord peut répartir les rôles entre les tribunaux pour différentes questions ou déterminer la priorité des différentes procédures. Par exemple, les parties peuvent décider, par convention, quelle sera la procédure primaire, celle-ci devenant dès lors prioritaire sur les autres⁹⁹.

88. Il arrive que les représentants de l'insolvabilité désignés dans un État demandent qu'une procédure d'insolvabilité soit ouverte dans un autre État afin d'éviter des conflits de compétence et tout risque de dispersion des actifs du débiteur au détriment des créanciers¹⁰⁰. Comme il ne sera pas toujours possible que le représentant de l'insolvabilité demandant l'ouverture de la procédure soit désigné dans l'autre État, il peut être important qu'il s'entende avec le représentant nommé dans cet autre État afin de faciliter la coordination et ne pas compromettre la procédure. Dans l'affaire *SENDO*, par exemple, les représentants de l'insolvabilité ont conclu un accord "dans l'objectif de définir un mode pratique de fonctionnement qui permettrait de coordonner les deux procédures d'insolvabilité de manière efficace", car ils ont reconnu que le cadre juridique existant, c'est-à-dire le Règlement CE, n'établissait que des principes de fonctionnement très généraux¹⁰¹.

b) Arrêt des poursuites

89. Le Guide législatif de la CNUDCI note qu'un objectif essentiel d'une loi sur l'insolvabilité efficace est de protéger la valeur de la masse de l'insolvabilité contre toute dépréciation due aux actions des diverses parties à la procédure d'insolvabilité et de permettre que la procédure soit administrée d'une manière équitable et ordonnée. Un arrêt des poursuites est un des moyens permettant d'atteindre cet objectif. Les insolvabilités internationales impliquant des procédures multiples posent souvent des questions difficiles concernant l'arrêt des poursuites, en particulier lorsqu'il s'agit d'appliquer ou de respecter un arrêt prononcé par des tribunaux étrangers dans une procédure étrangère, ou d'ordonner un arrêt parallèle à l'appui de cette procédure étrangère. La législation nationale peut imposer des limites à la reconnaissance ou au respect d'un arrêt des poursuites prononcé par un tribunal étranger, ou ne pas autoriser un tribunal à accorder un arrêt des poursuites sur la base d'une présumée validité d'une demande d'ouverture de procédure présentée à l'étranger. En outre, la portée d'un arrêt ordonné dans une procédure étrangère n'aura peut-être pas d'équivalent direct dans un État où l'on cherche à l'appliquer. Le respect d'un arrêt des poursuites ordonné par un tribunal étranger peut dépendre de considérations politiques et économiques, ainsi que de la connaissance de l'État où est ordonné l'arrêt ou des contacts commerciaux avec cet

⁹⁹ Voir, par exemple, GBFE, par. 3.1, Peregrine, par. 2.

¹⁰⁰ Voir, par exemple, GBFE, par. E, Peregrine, par. H, SENDO, p. 2.

¹⁰¹ Voir, par exemple, SENDO, p. 2.

État. Même lorsque le droit interne prévoit l'effet universel d'un arrêt automatique des poursuites, un tribunal étranger pourrait être enclin à protéger les intérêts des créanciers nationaux et ignorer l'arrêt étranger, même si cela joue contre la maximisation de ce que tous les créanciers pourraient recouvrer.

90. La Loi type prévoit un arrêt automatique dès la reconnaissance d'une procédure étrangère et traite d'un certain nombre de questions relatives à la coordination des mesures entre les procédures principale et non principale¹⁰². Les États qui adoptent la Loi type devraient avoir une position relativement claire et transparente concernant l'arrêt des poursuites¹⁰³. En revanche, dans d'autres États ou dans les États où la reconnaissance d'une procédure étrangère n'est pas demandée, la question pourra être abordée dans un accord international. Étant donné que la reconnaissance d'un arrêt des poursuites prononcé à l'étranger ne peut pas être imposée à un tribunal par simple accord entre les parties, il sera généralement nécessaire que les tribunaux approuvent un accord contenant de telles dispositions.

91. Les accords abordent de différentes manières la question de l'arrêt des poursuites. Certains prévoient une reconnaissance conjointe, en stipulant que le tribunal d'un État applique sur son propre territoire l'arrêt prononcé dans l'autre État concerné par l'accord, et vice-versa. Ils pourraient également prévoir que l'arrêt des poursuites ne sera exécuté que dans la mesure nécessaire et appropriée, ou dans la même mesure dans laquelle il est applicable dans l'État où il a été ordonné. Lorsqu'il reconnaît un arrêt applicable dans un autre État et lui donne effet, l'accord pourrait prévoir que le tribunal consultera le tribunal qui l'a prononcé pour ce qui touche à l'interprétation et à l'application de cet arrêt, c'est-à-dire son éventuelle modification, sa mainlevée et les questions d'exécution.

92. D'autres accords ne prévoient pas la reconnaissance automatique, par les tribunaux concernés, d'un arrêt des poursuites ordonné par un tribunal visé par l'accord, mais autorisent qu'une reconnaissance et une assistance soient demandées à ces tribunaux, auquel cas cette assistance pourrait consister notamment à donner effet à l'arrêt ou à prononcer une mesure équivalente¹⁰⁴.

93. À côté de l'arrêt des poursuites ordonné par un tribunal, les parties peuvent décider ensemble de suspendre toute procédure engagée par elles à l'encontre du débiteur pendant une période déterminée, en attendant que soit trouvée l'approche optimale pour la coordination des différentes procédures. Une telle décision peut être coordonnée par l'intermédiaire des comités de créanciers ou nécessiter l'accord des créanciers (en particulier lorsque ces derniers ont demandé l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) et pourrait être consignée dans un accord écrit¹⁰⁵, mais serait également possible en dehors d'un accord. Ainsi, dans une affaire comportant des procédures principale et non principale, le représentant de l'insolvabilité dans la procédure principale a accepté de ne pas demander, pendant un certain temps, l'arrêt des poursuites dans la procédure non principale, afin de trouver le meilleur moyen

¹⁰² Loi type de la CNUDCI, articles 20 et 21, 28 et 29.

¹⁰³ Tous les États adoptant une législation fondée sur la Loi type n'ont pas adopté l'arrêt automatique.

¹⁰⁴ Voir, par exemple, *Federal-Mogul*, par. 7.

¹⁰⁵ Voir, par exemple, *Inverworld*, par. 27.

de recouvrer les actifs du débiteur, alors même que la loi applicable l'autorisait à présenter une telle demande¹⁰⁶.

94. La question de la mainlevée de l'arrêt des poursuites a également été abordée dans certains accords. L'un d'eux, par exemple, prévoyait une mesure de protection qui permettait aux parties, en cas d'urgence, de demander la mainlevée de l'arrêt après l'entrée en vigueur de l'accord. Un autre facilitait la coordination en accordant au représentant étranger de l'insolvabilité la mainlevée de l'arrêt automatique des poursuites pendant une période déterminée, afin de lui permettre de faire des recherches sur les actifs appartenant prétendument à la masse du débiteur dans l'État du for. Dans une affaire où la procédure d'insolvabilité internationale devait être administrée conjointement et un plan de travail arrêté, l'accord approuvé par le tribunal accordait aux représentants de l'insolvabilité la mainlevée de tout arrêt des poursuites ou toute ordonnance similaire, pour que le plan arrêté puisse être mis en œuvre.

95. Dans les situations impliquant des actifs ou des personnes dans un État tiers, un accord peut prévoir que chaque tribunal concerné pourrait accorder une mainlevée d'urgence à la demande du représentant de l'insolvabilité. Dans un accord qui contenait des dispositions à cet effet, il était également précisé que, puisque cette mainlevée pouvait être accordée par le tribunal d'un État, le représentant de l'insolvabilité devrait essayer d'obtenir par la suite l'approbation des autres tribunaux aussi rapidement que possible¹⁰⁷.

c) Loi applicable

96. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne des parties ou des actifs situés dans des États différents, peut alors se poser la question complexe de savoir quelle loi appliquer à la validité et à l'opposabilité des droits ou revendications sur ces actifs, au traitement de ces actifs ainsi qu'aux droits et créances des parties qui ne sont pas situées dans l'État où la procédure a été ouverte. Dans ce type de procédure, l'État du for appliquera généralement ses règles de droit international privé (ou règles de conflit de lois) pour déterminer quelle loi est applicable à la validité et à l'opposabilité d'un droit ou d'une créance et à son traitement dans la procédure. Bien que la procédure d'insolvabilité puisse en règle générale être gouvernée par la loi de l'État d'ouverture de la procédure (*lex fori concursus*), de nombreux États ont adopté des exceptions, plus ou moins nombreuses et étendues, et aux justifications diverses, à l'application de cette loi. Le fait que le nombre et la portée de ces exceptions varient peut être une source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité pour les parties concernées par une procédure d'insolvabilité internationale. En traitant spécifiquement la question de loi applicable, une loi sur l'insolvabilité peut contribuer à la sécurité juridique pour ce qui est des effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et créances ou sur les parties concernés par cette procédure.

97. Toutefois, la plupart des États ne disposent pas de règles de conflit de lois expresses spécialement destinées à résoudre les questions d'insolvabilité internationale. Un exemple illustrera les difficultés rencontrées. Dans l'affaire *Toga Manufacturing*, le tribunal des États-Unis n'a pas fait droit à la demande du débiteur

¹⁰⁶ Voir, par exemple, SENDO, partie II-1.1, p. 7.

¹⁰⁷ Voir, par exemple, Nakash, par. 6.

canadien tendant au prononcé d'une injonction, car la créance d'un créancier américain, qui aurait été prioritaire en vertu du droit américain, aurait été traitée comme une créance ordinaire non garantie dans la procédure canadienne¹⁰⁸.

98. En l'absence de règles claires dans la loi applicable, un accord peut chercher à éviter tout conflit découlant des différences entre règles de conflit de lois en précisant la loi applicable pour certaines questions. De nombreux accords traitent les problèmes de loi applicable qui se posent sur des questions telles que le traitement des créances; le droit à compensation et les sûretés; l'application de dispositions d'annulation; l'utilisation et la disposition des actifs; la répartition du produit de la vente des actifs du débiteur, etc.¹⁰⁹. Différentes approches sont adoptées pour déterminer la loi applicable à ces questions. L'une d'entre elles consiste à appliquer la loi du for, à moins que des considérations de courtoisie internationale n'exigent l'application d'une autre loi. Selon une autre approche, les questions devraient être tranchées par le tribunal compétent à partir d'une analyse s'appuyant sur les règles de conflit de lois applicables dans son État, ou conformément à la loi régissant l'obligation sous-jacente. Dans le cas des dispositions d'annulation, par exemple, un accord peut ainsi stipuler qu'il s'agit de la loi de l'État sur le territoire duquel sont situées les entités auxquelles des actifs ont été transférés, ou de la loi déterminée par les règles du tribunal à la compétence duquel sont soumis les créanciers¹¹⁰.

99. Il pourrait être prévu que, si la loi régissant l'obligation sous-jacente n'est pas claire ou est en fait la loi d'un État qui n'est pas concerné par l'accord, il faudrait appliquer les règles de conflit de lois de l'un des États concernés pour déterminer lequel des tribunaux sera chargé de trancher la question. Selon une autre approche encore, les règles de conflit de lois d'un pays tiers devraient s'appliquer si l'application des lois des États concernés aboutit à des résultats contradictoires¹¹¹.

100. Les parties peuvent également convenir de la manière de régler certaines questions qui seraient traitées différemment d'un État à l'autre. Dans une affaire concernant les Pays-Bas et les États-Unis, qui était coordonnée en l'absence d'arrangement international écrit, les parties sont convenues qu'un contrat qui constituait une charge pour la masse et était régi par la loi d'un État tiers serait rejeté conformément à la loi des États-Unis. Elles sont également convenues que les effets d'un tel rejet seraient soumis à arbitrage aux Pays-Bas, la loi de l'État tiers étant dans ce cas appliquée¹¹². Enfin, en ce qui concerne le traitement des créances, elles sont convenues de ne pas appliquer la loi des États-Unis et donc de ne pas déclasser certaines créances au rang des actions, car cela aurait été incompatible avec le droit néerlandais de l'insolvabilité¹¹³.

¹⁰⁸ *In re Toga Manufacturing Ltd.*, 28 B.R. 165 (E.D.Mich. 1983).

¹⁰⁹ Le Concordat laisse à chaque for le soin de décider de la valeur et de l'admissibilité des créances déclarées devant lui et de déterminer certains droits des créanciers en procédant à une analyse basée sur les règles de conflit de lois (Principe 8A).

¹¹⁰ Voir, par exemple, ABTC, art. 8/sect. 8.01, Everfresh, par. 12.

¹¹¹ Voir, par exemple, Peregrine, par. 9.

¹¹² Voir United Pan Europe.

¹¹³ Ibid., la loi qui n'a pas été appliquée est la section 510 b) du Code des faillites des États-Unis.

101. Comme il a été indiqué plus haut (voir par. 22 ci-dessus), les parties peuvent conclure plusieurs accords au cours d'une procédure d'insolvabilité. Un accord préliminaire peut alors indiquer que les parties s'efforceront de négocier un accord ultérieur sur, par exemple, le traitement des créances, qui préciserait la loi applicable aux créances produites par chaque débiteur et ses créanciers dans les autres procédures¹¹⁴.

Exemples de clauses

Ordre de priorité des procédures

Sous réserve des dispositions du présent accord, la procédure de l'État A est la procédure primaire. Toutefois, pour des raisons pratiques, comme les activités commerciales de la société sont et ont toujours été concentrées dans l'État B, la liquidation de la société sera pour l'essentiel effectuée dans et à partir de l'État B.

Arrêt des poursuites

Variante A

1) Le tribunal de l'État A reconnaît la validité de l'arrêt des poursuites et des actions applicable à l'encontre du débiteur de l'État B et de ses biens conformément au droit de l'insolvabilité de l'État B. Pour appliquer les dispositions du présent paragraphe, le tribunal de l'État A peut consulter le tribunal de l'État B concernant a) l'interprétation et l'application de l'arrêt des poursuites ordonné dans l'État B et de toute ordonnance du tribunal de l'État B modifiant ou levant cet arrêt des poursuites et b) l'exécution de cet arrêt des poursuites dans l'État A.

[Reprendre ces clauses pour l'État B.]

2) Aucune disposition du présent accord n'affecte ou ne limite le droit des débiteurs ou d'autres parties de faire valoir l'applicabilité ou l'inapplicabilité de l'arrêt des poursuites ordonné dans l'État A ou l'État B à une procédure, indépendamment de l'endroit où elle se déroule, ou à un bien, un actif, une activité ou autre, indépendamment de son lieu de situation.

3) Aucune disposition du présent accord n'affecte ou ne limite la capacité de l'un ou l'autre tribunal d'ordonner a) qu'un arrêt des poursuites visant les parties qui le saisissent ne s'applique pas à une demande introduite par ces parties auprès de l'autre tribunal, ou b) que la mainlevée soit accordée pour permettre à ces parties de saisir l'autre tribunal selon les conditions qu'il jugera appropriées.

Variante B

Afin de promouvoir l'administration ordonnée et efficace des procédures d'insolvabilité et de protéger la masse du débiteur au profit des créanciers et des autres parties prenantes, les parties:

¹¹⁴ Voir, par exemple, Calpine, par. 19, Quebecor, par. 18.

a) Si le représentant de l'insolvabilité de l'État A en fait la demande, demandent au tribunal de l'État B, dans la mesure où le permet le droit de ce dernier, de reconnaître la procédure de l'État A et/ou de lui apporter une assistance judiciaire, et de donner effet à l'arrêt ordonné dans l'État A dans l'État B, ou de prononcer des mesures équivalentes;

b) [*Reprendre l'alinéa a) pour le tribunal de l'État A.*]

Loi applicable

1) Le for chargé de trancher décide de la valeur, de l'admissibilité et de l'ordre de priorité des créances produites en procédant à une analyse fondée sur les règles de conflit de lois applicables dans ce for.

2) Le droit de l'insolvabilité de l'État A régit sur le fond tous les transferts [aux] [réalisés par les] entités situées dans l'État A. [*Reprendre cette clause pour l'État B.*]

5. Répartition des rôles entre les parties à l'accord

102. La coopération est particulièrement nécessaire dans les domaines où l'on peut s'attendre à des conflits. Un moyen d'éviter ces conflits est de conclure des accords précisant les rôles de chaque partie ou prévoyant au moins une coopération dans ces domaines. C'est pourquoi les accords répartissent souvent les rôles entre les parties à une procédure pour toute une série de questions, notamment: la supervision du débiteur; les plans de redressement; le traitement des actifs; le pouvoir d'engager une action en justice; le traitement des créances, y compris la vérification des créances et la notification aux créanciers; et financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Toutefois, dès qu'un accord traite de l'intervention d'un tribunal, du rôle d'un tribunal ou des mesures que celui-ci doit prendre, son approbation par ce tribunal serait nécessaire pour qu'il prenne effet.

103. Dans certains États, un représentant de l'insolvabilité sera en mesure de confier la réalisation de certains actes à un représentant étranger de l'insolvabilité, lorsque cela se justifie pour des raisons pratiques, et de s'acquitter de ses propres obligations en supervisant et examinant ce que fait l'autre représentant. Les représentants de l'insolvabilité peuvent également prendre certains engagements pour coordonner leurs activités avec les tribunaux ou d'autres parties. Ainsi, dans une affaire où aucun accord écrit n'avait été conclu, le représentant de l'insolvabilité a adressé au tribunal de l'autre État une lettre confirmant qu'il ne consentirait pas à la disposition d'actifs ou de fonds de la masse sans l'approbation de ce tribunal, dans la mesure requise¹¹⁵.

a) Moyens généraux de coopération

104. Certains accords ne traitent pas en détail la répartition des rôles entre les différentes parties et les tribunaux, mais comprennent une déclaration générale concernant la coopération entre les parties, qui relève d'une déclaration de bonne foi

¹¹⁵ Voir United Pan Europe.

ou d'intention et donne aux parties toute latitude pour déterminer les modalités de cette coopération¹¹⁶.

105. Un accord peut par exemple prévoir: que les parties (qui peuvent comprendre à la fois le débiteur, le comité des créanciers et les représentants de l'insolvabilité ou seulement certains de ces protagonistes, selon les circonstances de l'espèce) prendront toutes les mesures raisonnables pour coopérer entre elles en ce qui concerne les mesures prises dans les tribunaux des États concernés et pour coordonner l'administration des procédures au profit des différentes masses de l'insolvabilité et parties intéressées¹¹⁷; que toutes les mesures prises dans les différentes procédures d'insolvabilité devraient autant que possible être cohérentes; et que l'administration des procédures devrait être organisée de manière à assurer l'efficacité et à réduire les coûts, en se concentrant sur la coordination des activités des représentants de l'insolvabilité, des questions devant être traitées par les tribunaux et des questions de procédure pertinentes.

106. Des dispositions plus détaillées précisent les moyens de réaliser cette coopération, par exemple en partageant l'administration des procédures, les représentants de l'insolvabilité se mettant d'accord sur la manière de coordonner leurs activités, sous réserve des obligations qui leur incombent en vertu de la loi applicable. Ces dispositions pourraient stipuler que: a) chaque représentant de l'insolvabilité contrôle l'administration des filiales du débiteur dans son État et demande l'assistance de l'autre représentant si nécessaire; b) un représentant de l'insolvabilité peut agir sans le consentement préalable de l'autre représentant et sans notification préalable en ce qui concerne les questions pour lesquelles une notification aux parties intéressées n'est pas exigée par le droit régissant la procédure d'insolvabilité; ou c) un représentant de l'insolvabilité devrait essayer, de bonne foi, d'obtenir le consentement de l'autre représentant de l'insolvabilité avant de prendre certaines mesures, notamment demander ou accepter le regroupement du patrimoine du débiteur avec celui d'une autre entité ou toute autre mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur le débiteur ou l'un de ses membres¹¹⁸. Les dispositions peuvent également préciser la procédure à suivre pour réaliser cette coopération, par exemple, la tenue d'une réunion initiale, au cours de laquelle les représentants de l'insolvabilité devraient examiner toutes les mesures qui ont déjà été prises à l'égard des actifs du débiteur et élaborer un plan de travail, suivie par des réunions régulières. D'autres précisions pourraient être données sur ces réunions, par exemple leur calendrier et la manière dont elles se tiendraient (en personne ou par téléphone)¹¹⁹. Les dispositions pourraient aussi prévoir que des documents établis pour une procédure donnée soient utilisés à des fins similaires dans une autre

¹¹⁶ Voir, par exemple, Philip, par. 11 à 13, Systech, par. 11 à 13.

¹¹⁷ Voir, par exemple, Loewen, par. 3.1, Laidlaw, par. 10; le Concordat suit une approche similaire, en prévoyant que, en cas de pluralité de fors pléniers, mais sans for principal, ceux-ci devraient coordonner leurs efforts, sous réserve, dans les cas appropriés, d'un protocole de direction (Principe 4 A). Les Directives Co-Co recommandent la coopération des représentants de l'insolvabilité, et fixent les détails de cette coopération (Directive 12.1 à 4), notamment la désignation, par le tribunal, du représentant de la procédure principale ou de son mandataire en tant que coreprésentant de la procédure non principale de manière à assurer la coordination entre les différentes procédures, sous la supervision du tribunal (Directive 16.3).

¹¹⁸ Voir, par exemple, AIOC, partie III. B.

¹¹⁹ Voir, par exemple, Manhatinv, par. 1 à 6.

procédure¹²⁰ ou que les représentants de l'insolvabilité participent à la gestion, en exerçant les droits, pouvoirs et obligations d'un débiteur non dessaisi dans la procédure d'insolvabilité conduite dans l'autre for¹²¹.

b) Supervision du débiteur

107. Un accord peut établir la mesure dans laquelle le débiteur sera chargé de la supervision de son entreprise, en déterminant ce que la direction peut ou ne peut faire sans avoir préalablement consulté les représentants de l'insolvabilité, ou sans leur consentement. Le consentement préalable peut être requis, par exemple, pour l'utilisation et la disposition des actifs, tandis qu'une consultation préalable peut être exigée pour l'ouverture d'une procédure judiciaire; le recrutement ou le licenciement d'employés, en dehors du cours normal des affaires; et les consultations avec des syndicats, sauf dans le cours normal des affaires¹²².

c) Plans de redressement

108. Lorsque des procédures de redressement sont ouvertes à l'encontre d'un débiteur dans plusieurs États ou à l'encontre de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises dans plusieurs États, la question se pose de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs de manière coordonnée, par exemple par le biais d'un plan similaire qui permettra de réaliser des économies sur les différentes procédures d'insolvabilité, de régler les difficultés financières des débiteurs de manière coordonnée et de maximiser la valeur pour les créanciers. Certains droits de l'insolvabilité autorisent l'élaboration d'un tel plan, tandis que dans d'autres, cela n'est possible que si les différentes procédures peuvent être coordonnées. En conséquence, cette question est souvent abordée dans les accords internationaux, dont beaucoup prévoient que, pour chaque procédure, un plan de redressement ou un arrangement similaire devrait être soumis à chaque tribunal concerné et que les plans devraient être pour l'essentiel similaires¹²³. Il est aussi possible d'établir des plans de redressement similaires dans différents fors en l'absence d'accord écrit, si les parties collaborent de manière que les plans et les processus d'approbation soient conformes aux deux systèmes juridiques. Il peut également être possible, conformément aux obligations légales du représentant de l'insolvabilité, de maximiser la valeur de la masse et d'agir dans l'intérêt du débiteur.

109. L'élaboration conjointe de plans de redressement est un moyen approprié de répondre aux préoccupations des créanciers et des tribunaux, lorsqu'ils ont un rôle à jouer dans l'approbation et l'application des plans, et peut être coordonnée par le biais d'un accord international. Ce dernier pourrait couvrir: l'élaboration du ou des plans; le classement et le traitement des créanciers¹²⁴; les procédures d'approbation, notamment la sollicitation et le vote; et le rôle des tribunaux (le cas échéant), en particulier pour l'homologation (si le droit de l'insolvabilité l'exige) d'un plan

¹²⁰ Voir, par exemple, GBFE, par. 10.1 et 2.

¹²¹ Voir, par exemple, Commodore, par. F.

¹²² Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 3.4 b) ii).

¹²³ Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 8; les Directives Co-Co mettent elles aussi l'accent sur la coopération des représentants de l'insolvabilité, dans la mesure du possible, d'une manière compatible avec l'objectif de redressement ou la vente de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité (Directive 14.1).

¹²⁴ Voir, par exemple, Everfresh, par. 13.

approuvé par les créanciers et pour son application¹²⁵. Un accord pourrait également prévoir que les plans, une fois approuvés par les créanciers et, si cela est exigé, homologués par les tribunaux concernés, devraient lier les réclamants dans les États concernés, qu'ils aient ou non produit des créances dans ces États ou qu'ils se soient ou non soumis d'une autre manière à la compétence de ces États¹²⁶.

110. Si l'accord n'établit pas ce genre de dispositions, il peut néanmoins prévoir qu'elles devraient l'être conformément à la loi applicable, par le débiteur en consultation avec les représentants de l'insolvabilité, ou sur ordre des tribunaux concernés. Un accord international qui prévoit une coordination de manière générale, mais sans traiter spécifiquement des plans de redressement, pourrait néanmoins faciliter la coordination de tels plans. Dans l'affaire *360Networks*, par exemple, l'accord ne traitait pas de la question du plan de redressement, mais lors du redressement, les parties sont convenues d'élaborer deux plans pour l'essentiel similaires et de faire dépendre chacun de l'approbation de l'autre.

111. L'égalité de traitement entre créanciers dans chaque État et la nécessité d'éviter que certains ne reçoivent un traitement moins favorable que d'autres sont deux problèmes qui se posent lorsque des plans de redressement similaires sont négociés. Ainsi, dans l'affaire *Felixstowe Dock and Railway Co.*¹²⁷, le débiteur américain a cherché à obtenir la coopération des tribunaux anglais pour faire lever des injonctions visant ses actifs situés en Angleterre et empêchant qu'ils ne soient réalisés ou déplacés. Bien que le tribunal américain ait assuré au tribunal anglais que, si ces injonctions étaient levées, la poursuite des actions anglaises devant les tribunaux anglais ne donnerait pas lieu à des actions pour atteinte à l'autorité judiciaire devant le tribunal américain, le tribunal anglais a refusé. Il craignait que les créanciers anglais ne reçoivent un traitement moins favorable dans le cadre d'un plan de redressement américain.

112. Différentes approches peuvent être adoptées pour l'élaboration et la présentation du plan de redressement. Cette tâche pourrait être confiée au débiteur (ou aux débiteurs), lorsque le droit de l'insolvabilité prévoit que le débiteur n'est pas dessaisi et continue d'exploiter l'entreprise¹²⁸, ou aux représentants de l'insolvabilité, éventuellement en coopération avec le débiteur¹²⁹. Dans ce dernier cas, différentes approches peuvent être suivies pour coordonner le processus dans différents États. La direction de l'entreprise du débiteur dans un État peut, par exemple, être la mieux placée pour élaborer un plan de redressement pour l'ensemble des entreprises du débiteur, en consultation avec tous les représentants de l'insolvabilité¹³⁰. Le plan peut également être établi par le débiteur avec le représentant d'un seul for¹³¹, mais avec la participation d'autres représentants, en particulier lorsque le droit de l'insolvabilité exige que le représentant de l'insolvabilité participe à la négociation du plan de redressement, ou consente à ce dernier.

¹²⁵ Voir, par exemple, ABTC, art. 4/sect. 4.01.

¹²⁶ Voir, par exemple, ABTC, art. 5/sect. 5.04.

¹²⁷ *Felixstowe Dock and Railway Co. v. U.S. Lines Inc.*, 1987 Q. B. 360 (Queen's Bench Division, Commercial Court, 1987) (Angleterre).

¹²⁸ Voir, par exemple, ABTC, art. 5/sect. 5.01.

¹²⁹ Voir, par exemple, Maxwell, par. 3 iii).

¹³⁰ Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 3.2 a).

¹³¹ Voir, par exemple, Maxwell, par. 3 iii).

d) Traitement des actifs

113. Il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure d'insolvabilité puisse être atteint, de continuer à utiliser des actifs du débiteur ou à en disposer (y compris en les grevant) pendant la conduite de la procédure. Lorsque l'insolvabilité du débiteur implique des procédures dans différents États, il peut être nécessaire de coordonner l'utilisation et la disposition des actifs afin d'en maximiser la valeur dans l'intérêt de tous les créanciers. Des accords peuvent être utilisés pour faciliter cette coordination, en établissant des règles d'approbation; en répartissant les rôles entre les différentes parties intéressées¹³²; et en fixant les détails des procédures pour l'utilisation et la disposition. Bien que ce soit la loi applicable qui détermine la mesure dans laquelle les rôles peuvent être répartis entre les différents tribunaux et représentants de l'insolvabilité, la pratique montre que plusieurs approches sont possibles¹³³.

i) *Supervision par les tribunaux*

114. Certains accords répartissent entre les tribunaux la charge de superviser l'utilisation et la disposition des actifs; celle-ci peut incomber au tribunal de l'État où sont situés les actifs¹³⁴, au tribunal de l'État où est situé le débiteur; ou bien conjointement aux tribunaux compétents pour les différentes procédures d'insolvabilité¹³⁵. Dans certains accords, le critère du lieu de situation s'applique uniquement à certains types d'actifs, tels que les immeubles¹³⁶. Une autre approche, qui peut convenir dans certains cas, notamment lorsqu'il y a un haut degré d'interdépendance au niveau de la gestion et des opérations entre les membres d'un groupe d'entreprises, consiste à subordonner la vente de certains actifs à l'approbation conjointe des tribunaux concernés, indépendamment de l'endroit où se trouvent ces actifs¹³⁷, mais il serait souhaitable qu'une telle disposition n'entraîne pas de retards inutiles, ni une réduction de la valeur. Pour faciliter cette approbation conjointe et la répartition du produit entre les différents débiteurs, certains accords autorisent la tenue d'audiences conjointes¹³⁸. L'exigence de l'approbation des tribunaux peut être limitée aux actifs qui dépassent une certaine valeur ou à certains types d'opérations: on peut par exemple faire la distinction entre la disposition des actifs dans le cours normal des affaires et leur disposition en dehors du cours normal des affaires, l'approbation étant uniquement requise dans ce dernier cas. Un accord peut aussi spécifier que l'approbation est inutile pour certains types d'opérations, par exemple déposer des fonds sur un compte bancaire. Bien que certains accords

¹³² Voir, par exemple, Swissair, par. 4 et 5.

¹³³ En cas de pluralité de fors pléniers, sans for principal, le Concordat indique que chaque for devrait administrer les actifs de son ressort (Principe 4B). Lorsqu'il existe des procédures principale et non principale, les Directives Co-Co recommandent que chaque représentant de l'insolvabilité cherche à vendre les actifs [pour lesquels il est compétent] en coopération avec les autres représentants, de manière à maximiser la valeur de l'ensemble des actifs [Directive 13.1]. En outre, tout tribunal national appelé à agir devrait approuver une vente ou une disposition susceptible de maximiser ainsi cette valeur [Directive 13.2].

¹³⁴ Voir, par exemple, Everfresh, par. 6.

¹³⁵ Voir, par exemple, ABTC, art. 2, sect. 2.01.

¹³⁶ Voir, par exemple, PSINet, par. 10 ii).

¹³⁷ Voir, par exemple, Tee-Comm, par. 6.

¹³⁸ Voir, par exemple, Livent, par. vi [6], PSINet, par. 13.

prévoient que l'approbation doit être obtenue pour chaque opération¹³⁹, d'autres peuvent également prévoir que les tribunaux concernés devraient rendre des ordonnances générales pour couvrir tous les actes de disposition d'actifs, ce qui permet aux représentants de l'insolvabilité d'agir sans avoir dans chaque cas à demander l'approbation¹⁴⁰.

ii) *Supervision par les représentants de l'insolvabilité*

115. Une autre approche consiste à autoriser expressément les représentants de l'insolvabilité à utiliser les actifs du débiteur, ou à en disposer, sans l'approbation d'un tribunal, lorsque la loi applicable le permet, le temps nécessaire pour ces actions s'en trouvant ainsi réduit. Les représentants pourraient également être autorisés à demander au débiteur de disposer de certains actifs. Dans certaines situations, il pourrait être bon de demander au représentant de l'insolvabilité d'obtenir au préalable le consentement de son homologue à l'étranger avant de disposer des actifs, notamment d'actions ou de parts sociales. Afin d'éviter tout blocage, l'obligation d'obtenir le consentement pourrait être limitée à une "tentative de bonne foi" ou à une consultation. Lorsque le débiteur est autorisé à gérer les actifs, par exemple, en tant que débiteur non dessaisi, l'approbation des représentants de l'insolvabilité peut être requise uniquement pour une vente ou une disposition en dehors du cours normal des affaires¹⁴¹. Même lorsque l'approbation des tribunaux n'est pas requise pour chaque vente ou chaque acte de disposition d'actifs, les tribunaux peuvent néanmoins superviser l'utilisation et la disposition des actifs en demandant aux représentants de l'insolvabilité de fournir régulièrement des rapports sur leur travail¹⁴².

116. Un accord pourrait également régir les points suivants concernant l'utilisation et la disposition d'actifs: les modalités de la disposition; la fixation d'un taux de change pour les opérations qui exigent le calcul d'un montant dans différentes monnaies¹⁴³; les modalités ou le lieu de paiement du produit¹⁴⁴; et l'utilisation du produit des ventes, par exemple financement du fonds de roulement¹⁴⁵, paiement des dépenses approuvées par le tribunal¹⁴⁶ et financement du plan¹⁴⁷ ou distribution aux créanciers.

iii) *Recherche des actifs*

117. La recherche des actifs du débiteur est souvent la clef du succès d'une procédure d'insolvabilité, et une approche coordonnée pourrait permettre d'éviter les chevauchements et d'économiser des coûts. Il est possible de coordonner ces recherches en confiant celles-ci, par exemple, au représentant de l'insolvabilité d'un seul État, ou en coordonnant les activités des représentants d'autres manières, notamment en prévoyant des dispositions pour la notification et la communication

¹³⁹ Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 3.

¹⁴⁰ Voir, par exemple, Inverworld, par. 6.

¹⁴¹ Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 3.4 a) i).

¹⁴² Voir, par exemple, Inverworld, par. 6 et 11.

¹⁴³ Voir, par exemple, AIOC, par. G.

¹⁴⁴ Voir, par exemple, AIOC, par. G.

¹⁴⁵ Voir, par exemple, Livent, par. 13.

¹⁴⁶ Voir, par exemple, Inverworld, par. 19.

¹⁴⁷ Voir, par exemple, Everfresh, par. 10.

d'informations. Lorsque les recherches sont confiées à un seul représentant de l'insolvabilité, il pourrait être souhaitable que ce dernier informe son homologue, dans l'autre État, de ses recherches¹⁴⁸ et le consulte régulièrement au sujet des progrès effectués et des résultats obtenus, ainsi que des mesures proposées. Le représentant de l'insolvabilité pourrait également lui soumettre un projet des requêtes qu'il se propose de présenter au tribunal. Certains accords ont stipulé que, lorsque les recherches étaient déjà engagées au moment de la conclusion de l'accord international, le représentant de l'insolvabilité chargé de ces recherches devait les poursuivre¹⁴⁹. Un accord peut aussi exiger que les représentants de l'insolvabilité se réunissent pour examiner toutes les mesures adoptées avant la réunion et élaborer un plan de travail afin de coordonner et déterminer les actions à venir telles que le recensement, la localisation, le recouvrement, la préservation et la protection des actifs du débiteur¹⁵⁰.

e) Répartition des rôles en ce qui concerne l'ouverture de procédures

118. Pendant une procédure d'insolvabilité, il pourrait devenir nécessaire d'ouvrir différents types de procédures à l'encontre du débiteur ou de tiers, notamment des procédures d'insolvabilité ou autres actions similaires à l'encontre, par exemple, des filiales du débiteur (où qu'elles se trouvent) qui ne font pas encore l'objet d'une procédure d'insolvabilité, ou des procédures parallèles, fondées par exemple, sur la présence d'actifs importants, sur la réalisation d'une activité commerciale importante ou sur le lieu de constitution¹⁵¹, ou des actions concernant des tiers, comme l'annulation de certaines opérations, ou des actions liées à la déclaration et à la vérification des créances. Afin d'éviter d'éventuels conflits, un accord peut répartir la charge d'engager de telles procédures entre les différents représentants, sous certaines conditions, telles que le consentement écrit de l'autre représentant de l'insolvabilité¹⁵².

119. Le fait de répartir ainsi les rôles peut être important pour répondre aux exigences du droit interne, car de nombreux systèmes de droit, lorsqu'ils spécifient les personnes autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, n'incluent pas les représentants étrangers de l'insolvabilité ou n'indiquent pas si ceux-ci ont qualité pour faire une telle demande. L'article 11 de la Loi type de la CNUDCI vise à faire en sorte qu'un représentant étranger, après la reconnaissance de la procédure principale ou non principale, ait la capacité de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État ayant accordé cette reconnaissance, si les conditions d'ouverture sont par ailleurs remplies; la Loi type ne modifie pas les conditions d'ouverture prévues par le droit interne. De même, l'article 23 prévoit qu'un représentant étranger, dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, a capacité pour engager les actions en annulation qui sont prévues dans l'État ayant accordé la reconnaissance. Lorsque toutefois la Loi type n'a pas été incorporée, ou qu'il y a un doute quant à la capacité d'un représentant étranger d'engager une telle procédure, le fait de confier, dans le cadre d'un accord international, le soin d'entamer une telle procédure à un autre représentant de l'insolvabilité peut faciliter

¹⁴⁸ Voir, par exemple, Maxwell, par. 4, Nakash, par. 18.

¹⁴⁹ Voir, par exemple, GFBE, par. 4.1 c), Nakash, par. 7.

¹⁵⁰ Voir, par exemple, Manhatinv, par. 2.

¹⁵¹ Voir, par exemple, Commodore, par. L.

¹⁵² Voir, par exemple, Manhatinv, par. 5.

l'ouverture de cette procédure. Un accord peut également porter sur des questions de procédure connexes, telles que les délais de production des documents et rapports et de notification, conformément à la loi nationale applicable.

f) Traitement des créances

120. Dans la procédure d'insolvabilité, les créances entrent en ligne de compte à plusieurs niveaux, et déterminent quels créanciers peuvent voter, selon quelles modalités, et combien ils recevraient en cas de répartition. C'est pourquoi la formalité de déclaration, de vérification et d'admission des créances est un élément clef de la procédure d'insolvabilité. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité a une dimension internationale, les questions procédurales relatives à la coordination du traitement des créances, comme le lieu et la date (y compris les délais) de la déclaration, les modalités de vérification et d'admission et la détermination des personnes qui procéderont à cette vérification et admission, la notification des créances déclarées et la reconnaissance réciproque de l'admission, peuvent être précisées et coordonnées dans un accord. Un tel accord peut exiger ou non l'approbation du tribunal, selon le rôle joué par ce dernier dans le processus d'admission et de vérification des créances conformément de la loi applicable en matière d'insolvabilité. Les détails de la procédure à suivre pour le traitement des créances peuvent être négociés à l'ouverture de la procédure, ou un accord conclu à ce moment prévoir que certaines créances feront l'objet d'un protocole ultérieur précisant le calendrier, le processus, le tribunal et la loi applicable au règlement des créances¹⁵³.

121. Si les accords écrits règlent généralement la coordination du traitement des créances, dans certaines circonstances, celle-ci peut être menée à bien sans accord. Ainsi, dans une affaire impliquant les États-Unis et les Pays-Bas, le débiteur non dessaisi et les professionnels de l'insolvabilité ont collaboré pour coordonner différentes actions sans conclure d'accord écrit et fait en sorte que le droit des deux États soit respecté.

122. Les accords peuvent également régler les questions de priorité et de déclassement. Dans une affaire, par exemple, les parties sont convenues de ne pas déclasser certaines créances au rang des participations au capital, ce qui était possible aux termes du droit de l'un des États concernés, mais aurait été contraire à celui de l'autre État.

i) Déclaration des créances

123. Les accords peuvent établir les procédures dans lesquelles les créances doivent être déclarées et traiter la question des créances déclarées dans plusieurs procédures afin de déterminer où elles devraient être vérifiées et admises. Les créances déclarées dans une procédure pourraient être considérées comme ayant été déclarées en bonne et due forme dans l'autre procédure, où elles seraient alors vérifiées et admises ou rejetées. Une créance déclarée dans une procédure peut être réputée avoir été déclarée dans les deux, sa vérification et son admission ou son rejet se faisant alors dans le lieu où elle a été déclarée en dernier. Un accord peut également

¹⁵³ Voir, par exemple, Calpine, par. 19, Quebecor, par. 18.

préciser qu'il faut avoir déclaré une créance pour participer à une répartition ou voter sur toute proposition ou tout plan de redressement¹⁵⁴.

ii) *Vérification et admission des créances*

124. La vérification et l'admission des créances peuvent être effectuées de diverses manières par les différentes parties, qu'il s'agisse des tribunaux, des représentants de l'insolvabilité et dans certains cas, du débiteur. Comme il est indiqué plus haut, les accords peuvent traiter de la procédure de vérification et d'admission des créances et répartir les rôles entre les tribunaux ou les représentants de l'insolvabilité¹⁵⁵. Un accord peut par exemple prévoir que les parties devraient collaborer pour s'entendre sur la procédure dans un accord ultérieur¹⁵⁶ ou que les créances devraient être traitées conformément à la loi applicable.

125. Lorsque les tribunaux participent au processus, les parties peuvent convenir que le tribunal d'un seul État vérifiera et admettra toutes les créances¹⁵⁷, ou que chaque tribunal chargé d'une procédure d'insolvabilité vérifiera et admettra les créances qui ont été dûment déclarées dans cette procédure¹⁵⁸. Lorsque les décisions relatives aux créances doivent être prises par un seul tribunal, ce dernier peut être le tribunal de l'État dans lequel est situé le débiteur, ou le tribunal auquel la créance est déclarée, à moins que les principes de la courtoisie internationale exigent qu'il en soit autrement ou qu'un autre tribunal soit plus approprié compte tenu de toutes les circonstances¹⁵⁹.

126. Lorsque l'accord prévoit que les créances doivent être vérifiées et admises dans un seul État, il pourrait exiger qu'elles soient reconnues par les autres tribunaux concernés et que le processus soit accepté par le débiteur. De même, lorsque les décisions relatives aux créances doivent être prises par plusieurs tribunaux, un accord peut prévoir que chaque tribunal devrait examiner les créances contre le débiteur qui lui ont été déclarées et que ses décisions devraient être appliquées et reconnues par les autres tribunaux, dans la mesure autorisée par la loi applicable¹⁶⁰. Lorsque des mesures doivent être prises pour assurer la reconnaissance, l'accord peut en confier le soin, par exemple, au débiteur ou au représentant de l'insolvabilité¹⁶¹. Le fait d'exiger que les représentants de l'insolvabilité échangent régulièrement les listes de créances déclarées dans chaque procédure peut faciliter la coordination du traitement des créances¹⁶². Lorsque les créanciers sont tenus, en vertu de la loi applicable, d'assister en personne à la vérification de leurs créances, un accord international pourrait aborder le problème des frais de voyage que devront supporter les créanciers étrangers, problème qui risque d'empêcher

¹⁵⁴ Voir, par exemple, ABTC, art. 4/sec. 4.01.

¹⁵⁵ Le Concordat, par exemple, énonce des principes pour la déclaration des créances en cas de for principal unique et en cas de pluralité de procédures plénières sans procédure principale (Principes 2 et 4).

¹⁵⁶ Voir, par exemple, Inverworld, par. 4.

¹⁵⁷ Voir, par exemple, ABTC, art. 4/sect. 4.01.

¹⁵⁸ Voir, par exemple, Commodore, par. G.

¹⁵⁹ Voir, par exemple, PSINet, par. 10.

¹⁶⁰ Voir, par exemple, PSINet, par. 11.

¹⁶¹ Voir, par exemple, ABTC, art. 4/sect. 4.02.

¹⁶² Voir, par exemple, AIOC, partie II. C.

purement et simplement les titulaires de créances moins importantes de faire valoir leurs droits.

127. Un accord peut prévoir que le tribunal statuant sur les créances décidera de la valeur, de l'admissibilité et de l'ordre de priorité des créances en faisant une analyse fondée sur les règles de conflit de lois applicables dans son État, ou en accord avec le droit régissant l'obligation sous-jacente¹⁶³. Il peut également traiter la question de la contestation des créances, en autorisant par exemple que les contestations soient formulées dans le cadre de chaque procédure¹⁶⁴.

128. Un accord peut également prévoir que c'est le représentant de l'insolvabilité, et non les tribunaux, qui devra vérifier et admettre les créances, et préciser les détails de la procédure. Un accord, par exemple, prévoyait que les représentants des procédures multiples dans différents États de l'Union européenne devaient chacun vérifier le montant et la forme des créances déclarées dans leur procédure. Il stipulait en outre que le représentant de la procédure non principale devrait fournir une liste des créances de cette procédure au représentant de la procédure principale. La vérification devait être effectuée séparément, conformément au droit national selon les dispositions du Règlement CE¹⁶⁵.

129. Le soin de traiter certaines créances, comme les créances non garanties, peut dans certains cas être laissé à certaines parties, par exemple le débiteur non dessaisi, sous réserve que les représentants de l'insolvabilité soient consultés¹⁶⁶.

130. Un accord peut également aborder la question du traitement des créances dans une procédure de redressement, avant l'approbation et la mise en œuvre du plan. Un accord, par exemple, a confié aux représentants de l'insolvabilité le soin, pendant cette période, de convenir, en consultation avec le débiteur, de la validité ou du montant des créances et de leur paiement ou autre mode de règlement¹⁶⁷.

131. Un accord peut aussi régir la manière dont il peut être fait appel du rejet de créances, et devant quels tribunaux. Afin de faciliter la coordination et de renforcer la transparence et la prévisibilité, un accord peut encore comprendre certains formulaires standard concernant la vérification et l'admission des créances, tels que i) la preuve de la créance et ii) la notification de son rejet¹⁶⁸.

iii) *Répartition*

132. Lorsque les créanciers peuvent déclarer leurs créances dans plusieurs procédures, il est souhaitable que celles-ci soient coordonnées de manière à éviter qu'un créancier ne bénéficie d'un traitement plus favorable que les autres créanciers de la même classe, en obtenant paiement de la même créance dans plusieurs procédures. L'article 32 de la Loi type de la CNUDCI énonce une règle qui s'applique dans cette situation (en incorporant la règle du "*hotchpot*").

¹⁶³ Voir, par exemple, Everfresh, par. 8, ABTC, art. 4/sect. 4.01 b).

¹⁶⁴ Voir, par exemple, Everfresh, par. 8.

¹⁶⁵ Voir, par exemple, SENDO, partie I-3.1.

¹⁶⁶ Voir, par exemple, Everfresh, par. 11.

¹⁶⁷ Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 3.6 a).

¹⁶⁸ Voir, par exemple, GBFE, p. 25 à 32.

133. Certains accords comprennent une disposition générale sur la répartition, qui prévoit par exemple que tous les actifs du débiteur doivent être réalisés dans l'intérêt de tous les créanciers garantis, prioritaires et chirographaires non initiés, le produit net de la vente devant être réparti conformément à l'ordre de priorité établi par la loi d'un seul for. D'autres accords traitent expressément la question du double paiement. Certains prévoient une disposition générale selon laquelle un créancier ne doit pas être payé deux fois lorsqu'il déclare sa créance dans deux procédures parallèles. D'autres accords, plus détaillés, indiquent comment éviter cette situation, notamment en demandant aux représentants de l'insolvabilité d'échanger les informations pertinentes, comme les projets de répartition ou, si la répartition a déjà eu lieu, les listes des créanciers bénéficiaires¹⁶⁹. On peut également prévoir que le créancier devrait recevoir paiement sur les actifs du débiteur comme s'il avait déclaré une créance unique dans l'une ou l'autre procédure, mais que le montant recouvré au prorata sur ces actifs ne doit pas dépasser ce qui serait autorisé par les deux lois¹⁷⁰.

134. Un accord peut également définir les modalités de la répartition, par exemple la monnaie de paiement des créances¹⁷¹; qui paiera les dividendes (on peut prévoir par exemple que chaque représentant de l'insolvabilité est chargé de la répartition dans la procédure pour laquelle il a été nommé¹⁷²), et les créanciers qui recevront paiement.

g) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

135. L'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables. Lorsqu'il n'a pas d'actifs liquides pour faire face à ses besoins immédiats de trésorerie, il devra obtenir des fonds auprès de tiers¹⁷³. Comme de nombreuses lois sur l'insolvabilité limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement, on pourrait aborder la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans un accord international pour répondre à l'insécurité engendrée par ces différentes approches en cas d'insolvabilité internationale.

136. Pourtant, de nombreux accords n'abordent pas la question du financement postérieur à l'ouverture. Parfois, la décision judiciaire approuvant l'accord contient des dispositions relatives à un tel financement. Elle pourrait par exemple autoriser les demandeurs à explorer toutes les options de refinancement et approuver et reconnaître le financement qui a été approuvé dans des procédures dans d'autres

¹⁶⁹ Voir, par exemple, SENDO, partie II-2.

¹⁷⁰ Voir, par exemple, AIOC, partie II. D.

¹⁷¹ Voir, par exemple, Peregrine, par. 11 B, GBFE, par. 8.2.

¹⁷² Voir, par exemple, GBFE, par. 4.2 c) et 5.3 e).

¹⁷³ Voir le Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, II, par. 94 à 107 et recommandations 63 à 68. Les Directives Co-Co recommandent que les représentants de l'insolvabilité coopèrent en vue de l'obtention de tout financement nécessaire postérieur à l'ouverture de la procédure, y compris en octroyant une priorité ou une sûreté réelle aux prêteurs qui financent le redressement, en fonction de ce qui convient et dans la mesure autorisée par la loi applicable (Directive 14.2).

États¹⁷⁴. Un accord prévoyait que le représentant de l'insolvabilité qui était chargé de l'exploitation continue de l'entreprise avait besoin du consentement de l'autre représentant et de l'approbation du tribunal de l'autre État pour obtenir un financement, que ce consentement soit ou non exigé par la loi applicable¹⁷⁵. Ce mécanisme a été adopté pour garantir que les procédures d'insolvabilité parallèles maximisent la valeur de la masse et préservent les intérêts de chaque régime d'insolvabilité concerné. Un accord peut également traiter des questions de compétence, en prévoyant par exemple que tout fournisseur d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait relever de la seule compétence de l'État dans lequel le financement a été fourni¹⁷⁶.

137. De même, un accord peut expressément autoriser le représentant de l'insolvabilité à emprunter des fonds ou à grever des actifs et imposer des conditions telles que le consentement du comité des créanciers¹⁷⁷, ou autoriser l'utilisation du produit de certaines opérations autres que la vente de la quasi-totalité des actifs pour financer par exemple le fonds de roulement¹⁷⁸, ou pour investir, en s'en remettant au jugement raisonnable du représentant quant au choix de l'investissement¹⁷⁹.

Exemples de clauses

Moyens généraux de coopération

Pour contribuer à une administration efficace des procédures d'insolvabilité, le débiteur, le comité des créanciers et les représentants de l'insolvabilité:

- a) Coopèrent entre eux en rapport avec les mesures prises dans les tribunaux des États A et B, et
- b) Prennent toutes autres mesures appropriées pour coordonner l'administration des procédures dans les États A et B, au profit des différentes masses du débiteur et parties intéressées.

Supervision du débiteur

- 1) a) Le débiteur ne prend aucune des mesures suivantes sans le consentement préalable du représentant de l'insolvabilité de l'État A:
 - i) Grever un actif d'une nouvelle hypothèque, charge ou sûreté réelle;
 - ii) Sous réserve des dispositions d'un plan de redressement auquel le droit de l'État A donne effet, accepter la validité ou le montant des créances des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure, les payer ou les régler sur les actifs du débiteur; ou

¹⁷⁴ Voir, par exemple, Systech, par. 19 f) et 22.

¹⁷⁵ Voir, par exemple, Maxwell, par. 2 iii) à v).

¹⁷⁶ Voir, par exemple, Mosaic, par. 16.

¹⁷⁷ Voir, par exemple, Commodore.

¹⁷⁸ Voir, par exemple, Livent, par. 13.

¹⁷⁹ Voir, par exemple, GBFE, par. 6.2, 6.3 b).

- iii) Procéder à des ventes ou acquisitions intragroupe en dehors du cours normal des affaires et sans respecter la politique actuelle des prix de transfert du débiteur;
 - b) Le débiteur ne prend aucune des mesures suivantes sans avoir consulté au préalable le représentant de l'insolvabilité de l'État A:
 - i) Déposer un plan de redressement auprès du tribunal de l'État A, ou le distribuer aux créanciers ou une classe de créanciers pour approbation;
 - ii) Consulter des syndicats en dehors du cours normal des affaires; ou
 - iii) Recruter ou licencier des employés en dehors du cours normal des affaires. En cette matière, il respecte à tout moment la législation sur l'emploi applicable.
- 2) Le débiteur ne peut, sans le consentement préalable des représentants de l'insolvabilité des États A et B, acquérir des actifs, les vendre, ni en disposer, en dehors du cours normal des affaires.

Plans de redressement

- 1) Dans la mesure permise par le droit de chaque État concerné et dans la mesure du possible, les représentants de l'insolvabilité des États A et B présentent des plans de redressement pour l'essentiel similaires dans les deux États, conformément au droit de l'insolvabilité de chaque État. Les représentants de l'insolvabilité des États A et B coordonnent, autant que possible, toutes les mesures en rapport avec ces plans, notamment l'invitation à voter sur le plan, le traitement des créanciers et le classement des créances. En l'absence de dispositions du présent accord, ces mesures sont établies soit par la loi applicable, soit par d'autres ordonnances des tribunaux des États A et B.
- 2) Les représentants de l'insolvabilité des États A et B prennent toutes mesures nécessaires pour coordonner le dépôt simultané de plans de redressement dans les États A et B.

Traitement des actifs: supervision par les tribunaux

- 1) Les opérations portant sur les actifs situés dans l'État A sont soumises à l'approbation du tribunal de l'État A. Les opérations portant sur les actifs situés dans l'État B sont soumises à l'approbation du tribunal de l'État B. Toutes les opérations portant sur des actifs situés dans les deux États sont soumises à la compétence conjointe des tribunaux.
- 2) Les parties conviennent que le représentant de l'insolvabilité de l'État A engage toutes les actions judiciaires nécessaires dans d'autres États. Les parties conviennent que le représentant de l'insolvabilité de l'État A engage une procédure d'insolvabilité si nécessaire, à condition que les deux représentants de l'insolvabilité en soient convenus.

Recherche des actifs

Variante A

1) Il est procédé à une recherche des actifs du débiteur où qu'ils se trouvent. Le représentant de l'insolvabilité de l'État A a déjà commencé cette recherche et la poursuit conformément au présent accord, dans un souci de continuité, d'efficacité et de limitation des dépenses. Le représentant de l'État B, le débiteur ou toute autre partie intéressée a le droit, à tout moment, de demander à l'un ou l'autre tribunal d'autoriser le représentant de l'insolvabilité de l'État B à faire une recherche indépendante ou de lui ordonner de la faire.

2) Lors de sa recherche, le représentant de l'insolvabilité de l'État A notifie, à tout moment, au représentant de l'État B toutes actions qu'il a l'intention d'engager et le consulte de bonne foi au sujet des motifs et de l'opportunité de ces actions. À moins que cela ne soit pas raisonnablement possible en raison des circonstances, le représentant de l'insolvabilité de l'État A fournit au représentant de l'insolvabilité de l'État B un projet de chaque demande qu'il se propose de soumettre à l'un ou l'autre tribunal pour l'exercice de ces actions. Le représentant de l'insolvabilité de l'État A n'est pas tenu d'obtenir le consentement du représentant de l'insolvabilité de l'État B en la matière, mais si ce dernier se prononce contre l'une de ces actions.

a) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A est tenu d'informer le tribunal auprès duquel il souhaite exercer l'action du désaccord du représentant de l'insolvabilité de l'État B, et

b) Le représentant de l'insolvabilité de l'État B se voit accorder la possibilité raisonnable de comparaître devant le tribunal concerné et d'y être entendu et de lui demander que des mesures soient prises.

3) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A tient à tout moment le représentant de l'insolvabilité de l'État B informé des progrès de la recherche des actifs du débiteur et le consulte régulièrement à ce sujet. À moins que le représentant de l'insolvabilité de l'État B ou l'un ou l'autre tribunal n'en décide autrement, le représentant de l'insolvabilité de l'État A communique rapidement au représentant de l'État B tous les documents et autres informations obtenus dans le cadre de sa recherche des actifs du débiteur.

Variante B

Sous réserve du présent accord et de toute ordonnance antérieure des tribunaux compétents, les représentants de l'insolvabilité sont autorisés à coordonner leurs efforts afin de:

a) Recenser, préserver, recouvrer et réaliser les actifs du débiteur, y compris évaluer les procédures en vue de récupérer des actifs ayant fait l'objet de transferts annulables et des dommages et intérêts;

b) Réaliser les recherches et les analyses nécessaires à l'établissement de la situation financière du débiteur.

Variante C

Les recherches concernant les actifs du débiteur qui se trouvent dans l'État A sont menées par le représentant de l'insolvabilité de l'État A, conformément à la loi applicable. [*Reprendre cette clause pour l'État B.*]

Variante D

Le représentant de l'insolvabilité de l'État A peut mener des recherches relatives aux actifs du débiteur situés dans l'État A sans le consentement préalable du représentant de l'insolvabilité de l'État B et sans le lui notifier préalablement, à condition qu'il rende compte de ces questions au représentant de l'État B, de façon hebdomadaire ou selon toute autre périodicité qu'ils auront déterminée d'un commun accord. [*Reprendre cette clause pour l'État B.*]

Répartition des rôles dans l'ouverture des procédures

Le représentant de l'insolvabilité de l'État A tente de bonne foi d'obtenir le consentement du représentant de l'insolvabilité de l'État B avant:

- a) D'ouvrir ou d'accepter une procédure d'insolvabilité (que ce soit dans l'État A, dans l'État B ou ailleurs) à l'encontre du débiteur de l'État A; et
- b) D'amener le débiteur de l'État A ou sa filiale à engager une procédure judiciaire.

Déclaration, vérification et admission des créances

Voir l'exemple de clause sur la *Répartition des rôles entre les tribunaux: traitement des créances.*

Répartition**Variante A**

Afin d'éviter le risque, découlant de la pluralité des procédures d'insolvabilité, de verser à un créancier un montant supérieur à celui qu'il devrait recevoir, chaque représentant de l'insolvabilité est tenu d'envoyer à l'autre représentant:

- a) Un projet de plan de répartition précisant le mode de versement des dividendes. Les représentants de l'insolvabilité auxquels ce projet est envoyé répondent à l'autre représentant de l'insolvabilité dans les [...] jours à compter de la date de réception du projet, faute de quoi, ils seront réputés l'avoir accepté;
- b) Après tout versement de dividendes, une liste indiquant les noms et adresses des créanciers qui ont été payés, le montant payé et la nature de la créance.

Variante B

1) Sans préjudice des droits des titulaires de créances assorties de sûretés ou des droits réels, un créancier ayant obtenu satisfaction partielle en ce qui concerne sa créance dans la procédure ouverte dans l'État A, conformément à la loi relative à l'insolvabilité de cet État, ne peut être payé pour la même créance dans le cadre de la procédure ouverte dans l'État B concernant le débiteur en vertu de la loi de cet État, tant que le paiement accordé aux créanciers de même rang est proportionnellement inférieur au paiement que ledit créancier a déjà obtenu¹⁸⁰.

Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

Le représentant de l'insolvabilité de l'État A tente, de bonne foi, d'obtenir l'approbation préalable du représentant de l'insolvabilité de l'État B avant d'emprunter des fonds, de nantir ou grever des actifs du débiteur.

6. Communication

138. Ainsi qu'il a été noté plus haut, la communication entre les parties aux procédures d'insolvabilité internationale est souvent considérée comme un moyen essentiel de remédier à l'incertitude que peuvent susciter les affaires d'insolvabilité internationale, du fait que les parties ne connaissent pas nécessairement bien le droit des autres États ni son application. Aussi les accords internationaux ont-ils très fréquemment pour objet de définir des modalités de communication entre les parties. Lorsque les dispositions du chapitre IV de la Loi type de la CNUDCI (art. 25 à 27) ont été incorporées dans le droit interne, elles constituent le cadre législatif pour les communications entre les tribunaux, entre les représentants de l'insolvabilité et entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité. Un accord pourrait fournir de plus amples détails sur les questions suivantes: types d'informations à échanger; moyens à utiliser pour ces échanges; modes et fréquence des communications; notification; et confidentialité. Lorsque la Loi type n'a pas été incorporée, un accord pourrait alors à la fois servir de cadre pour les communications et fournir les détails pratiques nécessaires. La définition des modalités de communication dans un accord facilitera la coordination globale des procédures, favorisera la confiance des parties, évitera les litiges et renforcera la transparence¹⁸¹.

139. Un accord en matière de communication pourrait être utilisé pour traiter les questions mentionnées ci-dessus, en fonction des besoins dans chaque cas d'espèce et dans les limites permises par les règles de procédure locales. Même si de nombreux accords de ce type ont été approuvés par les tribunaux dans plusieurs affaires, cette approbation ne sera exigée que si l'accord porte sur des aspects de la

¹⁸⁰ Cet exemple de clause s'appuie sur l'article 32 de la Loi type énonçant la règle du "*hotchpot*" qui assure l'équité de la répartition lorsqu'une créance est valable dans les deux procédures.

¹⁸¹ Les Directives Co-Co recommandent que les tribunaux communiquent entre eux pour coordonner et harmoniser les différentes procédures d'insolvabilité (Directive 2), et abordent également la question de la communication entre les tribunaux et les représentants étrangers (Directive 4). Elles recommandent également que les tribunaux coopèrent entre eux directement, ou par l'intermédiaire des représentants de l'insolvabilité ou de toute personne ou tout organe désigné pour agir sur leur instruction (Directive 16.4). Elles traitent par ailleurs du moment où peuvent s'effectuer les communications, ainsi que des modalités et moyens de communication (Directives 6 et 7); voir également les Directives sur les communications entre tribunaux.

communication entre les tribunaux. En règle générale, elle ne sera pas nécessaire si l'accord traite de la communication, par exemple, entre les représentants de l'insolvabilité et les créanciers. Un accord en matière de communication pourrait être un accord parmi d'autres conclus pendant le déroulement des procédures afin de résoudre différentes questions et servir de point de départ pour faciliter le règlement de ces autres questions. Cette communication directe s'est avérée très fructueuse pour une affaire qui concernait les États-Unis et l'Allemagne, dans laquelle le représentant allemand de l'insolvabilité a comparu lors d'une audience en déposant par téléphone¹⁸². Lorsque le recours à la visioconférence est possible, le fait que les parties puissent se "voir" pourrait également les aider à mieux se comprendre.

a) Communication entre tribunaux

i) Communication directe

140. Comme on l'a vu plus haut (partie II.B), la communication entre les tribunaux concernés revêt très souvent un caractère essentiel en raison de la fonction importante de supervision que ceux-ci remplissent dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Elle peut contribuer aussi à éviter un "duel" entre les procédures, des retards et des dépenses excessifs, des audiences inutilement longues et lourdes, des différences de traitement entre les créanciers se trouvant dans la même situation ainsi que la perte d'actifs de valeur. Il se pourrait en outre que la communication directe facilite le règlement des problèmes qui découlent du traitement différent accordé d'un droit à l'autre au même type de créance. Dans l'affaire *Stonington Partners*, par exemple, où des procédures d'insolvabilité parallèles se déroulaient aux États-Unis et en Belgique, il était question du classement d'une créance pour fraude boursière, qui n'aurait été admise à aucun remboursement selon le droit américain, mais qui aurait pu être admise selon le droit belge et se classer au même rang que toutes les autres créances chirographaires, si elle avait été prouvée. La cour d'appel des États-Unis a recommandé qu'un dialogue effectif ait lieu ou soit tenté¹⁸³. Lorsque la loi applicable l'autorise, la communication entre tribunaux offre une garantie à ces derniers, en leur permettant d'avoir directement connaissance de l'administration de l'autre procédure. Dans une affaire concernant une procédure judiciaire engagée contre le débiteur aux États-Unis et une procédure d'insolvabilité ouverte dans les Antilles néerlandaises, un appel téléphonique du juge du tribunal des Antilles néerlandaises au juge américain a permis de corriger des informations erronées qui avaient été communiquées par les parties. Toujours dans cette affaire, la communication directe entre les tribunaux a permis au tribunal américain de

¹⁸² Cette situation s'est produite dans l'affaire "Dana", *In re Petition of Dr. Eberhard Braun, in his Capacity as Insolvency Administrator for Fairchild Dornier GmbH*, United States Bankruptcy Court Western District of Texas, San Antonio Division, Case No. 02-52351-LMC, (16 July 2004).

¹⁸³ Voir *Stonington Partners, Inc. v. Lernout & Hauspie Speech Products N.V.*, 310 F.3d 118, 133 (3^e Cir. 2002). Bien que les parties aient discuté de coordination au cours de plusieurs conférences ayant abouti à la rédaction, par l'avocat du débiteur, d'une lettre qui devait être signée par le juge américain et adressée au tribunal belge en vue de l'ouverture des lignes de communication entre les tribunaux, ce dialogue n'a finalement pas eu lieu. Cette lettre aurait pu ouvrir la voie à un accord international entre les deux procédures. Cependant, le débiteur a retiré sa demande visant à enjoindre à Stonington de renoncer à son action dans l'affaire belge, de sorte que la question de la communication est devenue superflue, voir *Lernout & Hauspie Speech Products, N.V.*, 301 B.R. 651, 659 (Bankr. D. Del. 2003).

rendre une décision, avec l'assentiment du tribunal des Antilles néerlandaises, ordonnant une médiation et la désignation d'un médiateur avec le consentement des parties¹⁸⁴. Dans une autre affaire concernant les États-Unis et le Canada, le tribunal canadien avait besoin d'informations du tribunal américain pour savoir si les critères d'indépendance étaient satisfaits par le "représentant étranger", de sorte qu'il puisse reconnaître ce représentant et rendre certaines ordonnances au Canada¹⁸⁵.

141. Dans l'affaire *Cenargo*¹⁸⁶, où des procédures d'insolvabilité avaient été ouvertes aux États-Unis et au Royaume-Uni, le juge anglais a été contacté par le juge américain qui souhaitait dialoguer directement afin de résoudre les difficultés causées par le prononcé d'ordonnances concurrentes. Une communication directe entre les juges s'est établie lors d'une conférence téléphonique, à laquelle a participé l'avocat des différentes parties. Pendant la conférence, le juge anglais a indiqué que le droit anglais ne lui permettait de s'entretenir officiellement avec un autre juge d'aucune question sans le consentement et la présence des parties. Ces dernières se sont vues donner la possibilité de faire des observations à la fin de la conférence et un compte rendu a été distribué à la demande du juge anglais. Les différentes garanties pouvant s'appliquer à la communication directe sont examinées dans la partie II (voir par. 8 ci-dessus) et ci-après (voir par. 185 à 188).

142. Les dispositions sur la communication entre tribunaux prévues dans les accords internationaux peuvent être plus ou moins détaillées. Par exemple, elles peuvent prévoir que les tribunaux des différents États communiquent entre eux d'une manière générale ou sur toute question touchant aux procédures d'insolvabilité¹⁸⁷ ou afin de coordonner leurs efforts et d'éviter le risque de décisions contradictoires¹⁸⁸. Elles peuvent aussi préciser les questions particulières sur lesquelles les tribunaux peuvent communiquer et, dans certains cas, demander l'avis d'autres tribunaux, par exemple l'application du droit de l'autre État à certains aspects, comme l'interprétation, l'application et l'exécution de l'arrêt des poursuites ordonné par un tribunal de cet État (voir par. 91 ci-dessus)¹⁸⁹.

143. Lorsque les tribunaux ne sont pas en mesure de communiquer directement, la communication peut néanmoins être facilitée par les représentants de l'insolvabilité, par un intermédiaire ou au moyen d'une lettre ou d'un autre document écrit. Comme il a été indiqué plus haut, la communication directe dans les affaires d'insolvabilité internationale est soumise aux règles de droit et à la pratique nationales, lesquelles ne la facilitent pas toujours (voir partie II, par. 9, ci-dessus). L'article 31 du Règlement CE régit la communication entre les représentants de l'insolvabilité mais ne dit rien de la communication entre les tribunaux. Certains États membres de l'Union européenne ont développé cette disposition. Une loi, par exemple, autorise le juge ou le représentant de l'insolvabilité à fournir au représentant étranger toutes les informations jugées nécessaires à la procédure étrangère et exige des tribunaux ou des représentants nationaux qu'ils donnent au représentant étranger la possibilité

¹⁸⁴ *Supra* note 30.

¹⁸⁵ Voir ABTC.

¹⁸⁶ *In re Cenargo Int'l, PLC*, 294 B.R. 571 (Bankr. S.D.N.Y. 2003).

¹⁸⁷ Voir, par exemple, *Financial Asset Management*, par. 13, *Laidlaw*, par. 11 b), *Pioneer*, par. 12 b), *Systech*, par. 12 b).

¹⁸⁸ Voir, par exemple, *Nakash*, par. 4.

¹⁸⁹ Voir, par exemple, *Calpine*, par. 28 et 29.

de formuler des propositions concernant le traitement des actifs dans la procédure nationale¹⁹⁰.

144. Les affaires *Maxwell*, *Nakash* et *Matlack* illustrent comment un intermédiaire peut être utilisé pour la communication entre juges (voir partie II, par. 3 ci-dessus). Un accord peut spécifier le type d'informations qui seront échangées et les modalités de cet échange (voir partie II, par. 6 ci-dessus). La communication peut également être facilitée par l'incorporation, dans l'accord, de principes directeurs, tels que les Directives sur les communications entre tribunaux (voir partie II, par. 10 ci-dessus)¹⁹¹, et être soumise aux dispositions générales d'un accord international régissant le règlement des différends¹⁹².

ii) *Audiences conjointes*

145. Il est également possible, pour faciliter la coordination de procédures multiples, d'organiser des audiences ou des conférences conjointes lorsque cela est nécessaire pour régler certains points. Cette solution a l'avantage de permettre aux tribunaux de résoudre directement et rapidement les questions complexes découlant des différentes procédures d'insolvabilité. Les parties aux diverses procédures peuvent entrer directement en contact de même que poser des questions et demander des éclaircissements à l'avocat dans l'autre État.

146. Certains accords laissent aux tribunaux le soin de décider du moment où se tiendront des audiences ou conférences conjointes, en prévoyant, par exemple, que celles-ci peuvent être organisées sur toute question ayant trait à l'administration, au traitement ou au règlement de tout aspect des procédures, si les tribunaux le jugent nécessaire ou souhaitable ou afin de faciliter la coordination en vue de la conduite efficace et appropriée des procédures d'insolvabilité¹⁹³. L'organisation d'audiences conjointes peut aussi se limiter à des questions particulières, comme la disposition des actifs.

147. Les accords définissent parfois les modalités à suivre pour les audiences conjointes et, dans certains cas, pour les conférences aussi. Certains prévoient des dispositions semblables à la Directive 9 des Directives sur les communications entre tribunaux; d'autres incorporent ces Directives par référence.

148. Ces dispositions peuvent prévoir notamment¹⁹⁴:

a) Qu'une liaison téléphonique ou vidéo sera établie pour permettre à un tribunal d'entendre ou de voir simultanément les débats se déroulant dans l'autre tribunal¹⁹⁵;

b) Que chaque partie devra soumettre ses arguments ou ses demandes uniquement au tribunal devant lequel elle comparait, sauf si l'autre tribunal l'autorise expressément à les lui présenter. Certains accords prévoient en outre

¹⁹⁰ § 239 I et II de la loi autrichienne sur la faillite (Konkursordnung).

¹⁹¹ Voir, par exemple, *Matlack*, par. 11 et document annexé au Protocole sous le titre "Schedule 1" du protocole; *Progressive Moulded*, avant par. 1, et document annexé au Protocole sous le titre "Schedule A".

¹⁹² Voir, par exemple, *Calpine*, par. 27.

¹⁹³ Voir, par exemple, *360Networks*, par. 12, *Quebecor*, par. 10 d).

¹⁹⁴ Voir, par exemple, *Solv-Ex*, par. 5, *Inverworld*, par. 26.

¹⁹⁵ Voir, par exemple, *Livent*, par. vi [6] a).

qu'une fois l'audience conjointe programmée, copie de ces arguments ou demandes devrait être gracieusement communiquée à l'autre tribunal, et que les demandes tendant au prononcé de mesures par les deux tribunaux doivent être présentées aux deux tribunaux à la fois¹⁹⁶;

c) Que les juges des différents États qui connaîtront de ces demandes sont autorisés à communiquer entre eux avant l'audience, avec ou sans la présence des avocats, afin d'établir les principes qui régiront la soumission ordonnée des documents et le prononcé des décisions, et afin de résoudre toute question connexe de procédure ou autre¹⁹⁷; et

d) Que les juges des différents États, après avoir connu d'une demande, sont autorisés à communiquer entre eux suite à l'audience, sans la présence des avocats, afin de déterminer si les deux tribunaux peuvent coordonner leurs décisions et définir les conditions dans lesquelles ces décisions seront rendues, et afin de régler toute autre question de procédure ou question n'ayant pas trait au fond.

149. Les audiences conjointes peuvent également se dérouler selon d'autres modalités: par exemple, les juges des différents États peuvent comparaître et siéger conjointement dans l'un ou l'autre tribunal, selon ce qu'ils conviendront, à condition que les créanciers et les autres parties intéressées puissent comparaître et être entendus en personne ou dans le tribunal du juge qui s'est déplacé pour comparaître dans l'autre tribunal¹⁹⁸.

150. Dans certaines affaires où l'accord international prévoyait des dispositions concernant la compétence conjointe ou autorisant expressément les audiences conjointes, celles-ci ont été organisées avec succès et ont permis la tenue d'une conférence téléphonique, pour mettre au point un calendrier coordonné des procédures, et d'une audience conjointe par liaison vidéo pour examiner une proposition de vente des actifs dans les différents États¹⁹⁹.

b) Communication entre les parties

i) Échanges d'informations entre les représentants de l'insolvabilité

151. La communication entre les représentants de l'insolvabilité peut être tout aussi importante pour coordonner les procédures d'insolvabilité, en ce qu'elle facilite l'échange d'informations et la coordination des activités que ceux-ci doivent entreprendre dans l'exécution de leurs obligations. On constate dans la pratique que des échanges d'informations ont eu lieu sur la base d'accords verbaux et écrits²⁰⁰.

152. L'échange d'informations peut être expressément prévu dans l'accord ou s'inscrire dans le cadre d'une obligation plus générale de coopération²⁰¹. Un accord peut prévoir des échanges réguliers qui, par exemple, se concrétiseront par la présentation de rapports de gestion mensuels, qu'élaborent les représentants de

¹⁹⁶ Voir, par exemple, Mosaic, par. 11 c).

¹⁹⁷ Voir, par exemple, PSINet, par. 13 iv).

¹⁹⁸ Voir, par exemple, Livent, par. vi [6] a).

¹⁹⁹ Voir Everfresh, Systech.

²⁰⁰ Voir, par exemple, United Pan Europe.

²⁰¹ Comparer 360Networks, par. 11, et Loewen, par. 10, avec Manhatinv, par. 2 à 12, en particulier 9 à 12.

l'insolvabilité et qui sont transmis à certaines parties²⁰², ou par la tenue de consultations dans le cadre de réunions ou de conférences trimestrielles²⁰³. L'accord peut préciser comment ces réunions devront se dérouler (par téléphone ou en présence des personnes) et selon quelles modalités²⁰⁴. Un accord peut aussi prévoir: qu'un plan de travail sera établi conjointement afin de coordonner et d'encadrer les mesures essentielles que devront prendre les représentants de l'insolvabilité²⁰⁵; que chaque représentant devra régulièrement informer l'autre de ses activités et des développements importants concernant le débiteur, de même que l'aviser de toutes demandes présentées au tribunal²⁰⁶ et, dans certains cas, lui communiquer le projet de ces demandes ou la copie de tout document déposé dans le cadre de la procédure²⁰⁷ ou d'autres documents ou informations importants²⁰⁸. La fourniture d'informations peut être facilitée lorsque les représentants de l'insolvabilité sont obligés de tenir des registres clairs concernant l'administration de la masse, notamment les décisions de gestion importantes²⁰⁹, des livres et des documents rendant compte de la disposition des actifs et des rapports mensuels sur les dépenses et frais afférents à l'administration²¹⁰.

153. Les représentants de l'insolvabilité peuvent convenir qu'ils tiendront des consultations avec leurs homologues étrangers, si la demande leur en est faite²¹¹, ou qu'ils se consulteront sur des questions particulières, telles que l'élaboration et la négociation des plans de redressement devant être présentés dans les différents États²¹². Un accord traitant des procédures principale et non principale dans des États membres de l'Union européenne renvoyait à l'article 31 du Règlement CE et exigeait qu'avant tout acte de disposition des actifs, chaque représentant de l'insolvabilité établisse et se communique une liste des actifs situés sur le territoire où se déroulait la procédure non principale²¹³. Il exigeait également que le représentant de la procédure principale fasse au représentant de la procédure non principale une proposition en vue du transfert global de tous les actifs. Le représentant de la procédure non principale était tenu de communiquer une copie de la proposition ainsi que sa réponse à cette proposition au tribunal administrant la procédure non principale. Les représentants de l'insolvabilité étaient également tenus de se communiquer un projet de plan de répartition et une liste des créanciers ayant été payés²¹⁴.

²⁰² Voir, par exemple, *Commodore*, par. K.

²⁰³ Voir, par exemple, *Peregrine*, par. 17.

²⁰⁴ Voir, par exemple, *Manhatinv*, par. 2 à 12.

²⁰⁵ Voir, par exemple, *Manhatinv*, par. 2 à 12.

²⁰⁶ Voir, par exemple, *Nakash*, par. 9.

²⁰⁷ Voir, par exemple, *Peregrine*, par. 14.

²⁰⁸ Voir, par exemple, *Swissair*, par. 8.1.2.

²⁰⁹ Voir, par exemple, *Federal-Mogul*, par. 4.1.

²¹⁰ Voir, par exemple, *Inverworld*, par. 10 et 23.

²¹¹ Voir, par exemple, *Peregrine*, par. 16.

²¹² Voir, par exemple, *Maxwell*, par. G.1 iii), G.3 iii) et, en particulier, G.6.

²¹³ Voir, par exemple, *SEND0*, partie II-1.1.

²¹⁴ Voir, par exemple, *SEND0*, partie II-2.

ii) Communication d'informations à d'autres parties

154. Outre l'échange d'informations entre représentants de l'insolvabilité, un accord international peut prévoir des dispositions sur la communication de ces informations à d'autres parties, telles que les tribunaux concernés et les créanciers ou le comité des créanciers. Ce type de disposition peut être utile pour apporter une certaine sécurité et éviter les risques de conflits. L'accord peut exiger, par exemple, que les informations échangées par les représentants de l'insolvabilité, comme les rapports mensuels concernant leurs activités, soient également communiquées aux créanciers, au comité des créanciers ou encore aux tribunaux²¹⁵. Des informations supplémentaires peuvent être échangées si la demande en est faite, soit par un représentant de l'insolvabilité soit par un comité des créanciers.

155. Afin d'accroître la transparence des procédures, certains accords prévoient que les informations accessibles au public dans un État devront être communiquées dans tous les États²¹⁶ ou que tous les réclamants devront avoir le même accès aux informations divulguées, notamment les informations concernant la situation financière, le statut et les activités du débiteur, la nature et l'effet d'un plan de redressement et l'avancement des procédures dans chaque État²¹⁷. Des mesures telles que la tenue, par le tribunal, de conférences mensuelles pour faire le point de la situation peuvent également favoriser l'échange d'informations²¹⁸.

156. Un accord peut également régir la communication entre la direction de l'entreprise débitrice et les représentants de l'insolvabilité. Il peut prévoir, par exemple, que les représentants de l'insolvabilité et les dirigeants des entités débitrices se consulteront régulièrement sur des questions stratégiques, en précisant les types d'informations que les dirigeants devront fournir aux représentants ou en autorisant ces derniers à consulter tous les livres et autres registres requis. Les informations à communiquer pourraient être notamment: les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration de l'entreprise débitrice; les informations comptables périodiques, les rapports périodiques sur l'état d'avancement d'autres procédures judiciaires concernant le débiteur; et copie de toutes les déclarations fiscales²¹⁹.

*iii) Notification**a. Cas exigeant une notification*

157. L'envoi de notifications aux parties intéressées est un élément capital de l'administration efficace des procédures d'insolvabilité internationale. Il est aussi un mécanisme fiable pour la diffusion d'informations essentielles. La loi applicable peut exiger l'envoi d'une notification à différentes parties et personnes concernées par ces procédures. Si un accord international ne peut se soustraire aux exigences de la loi applicable, il peut en revanche en étendre le champ d'application (par exemple en prévoyant l'envoi d'une notification à un plus grand nombre de destinataires ou

²¹⁵ Voir, par exemple, *Inverworld*, par. 23, *Commodore*, par. K.

²¹⁶ Voir, par exemple, *Calpine*, par. 16, *Everfresh*, par. 5.

²¹⁷ Voir, par exemple, *Solv-Ex*, par. 13.

²¹⁸ Voir, par exemple, *Inverworld*, par. 25.

²¹⁹ Voir, par exemple, *Federal-Mogul*, par. 4.2 à 4.5; voir aussi Guide législatif de la CNUDCI concernant les obligations du débiteur (deuxième partie, chap.III, par. 22 à 33 et recommandation 110).

la communication d'informations plus détaillées), clarifier la façon dont les dispositions s'appliqueront d'une procédure à l'autre et les compléter, si nécessaire, pour tenir compte de la relation entre ces procédures. Un accord pourrait préciser, par exemple, quelle partie est tenue d'envoyer la notification, quelle personne doit la recevoir, à quel moment la notification doit être adressée et quel doit en être le contenu.

158. Les dispositions régissant la notification dans un accord peuvent être très générales et se fonder sur les règles applicables prévues dans le droit de l'insolvabilité. Au lieu de préciser les circonstances exactes qui justifient l'envoi d'une notification, l'accord peut se limiter à indiquer que, lorsqu'une notification est requise, elle doit être adressée par écrit conformément à la loi applicable²²⁰. Une autre solution serait que l'accord prévoie que toutes les parties devront recevoir notification de toutes les procédures conformément aux pratiques suivies par chaque tribunal²²¹.

159. Un accord peut également limiter les cas où une notification est exigée, en excluant les questions ayant trait purement à la forme et non au fond, ou restreindre l'obligation de notification aux cas dans lesquels sont tenues des audiences conjointes²²². L'accord peut également traiter du défaut de notification, en dispensant une partie d'adresser une notification préalable en temps voulu, si un événement l'en empêche raisonnablement²²³, à condition qu'une notification soit adressée et qu'une possibilité d'être entendu soit donnée le plus rapidement possible après cet événement.

160. Un accord pourrait exiger l'envoi d'une notification pour les questions suivantes: a) dépôt par un représentant de l'insolvabilité d'une demande d'ouverture d'une procédure concernant un membre du groupe du débiteur²²⁴ ou dépôt d'une demande, d'une requête ou d'un document quelconque dans l'une des procédures d'insolvabilité ou dans toutes; b) audiences connexes ou autres actes de procédure imposés par la loi applicable en rapport avec la procédure d'insolvabilité²²⁵; c) demande d'approbation de la rémunération et des dépenses des représentants et des professionnels de l'insolvabilité²²⁶; d) questions concernant le traitement des créances et les plans de redressement; e) ordonnances rendues ou motifs et opinions exprimés par les tribunaux dans le cadre des procédures²²⁷; f) action concernant la recherche d'actifs dans d'autres États²²⁸; g) demande tendant au prononcé de mesures d'urgence²²⁹; h) opération, ou demande d'approbation d'une opération, concernant les actifs de la masse, notamment l'utilisation, la vente, la location, le

²²⁰ Voir, par exemple, AIOC, par. E.

²²¹ Voir, par exemple, Livent, par. ii) [2], Solv-Ex, par. 2.

²²² Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 10, PSINet, par. 28.

²²³ Voir, par exemple, AIOC, par. E.

²²⁴ Voir, par exemple, Commodore, par. L, y compris par exemple une filiale ou une holding intermédiaire située entre le débiteur et ses sociétés apparentées ou filiales: Maxwell.

²²⁵ Voir, par exemple, ABTC, art. 3/sect. 3.02.

²²⁶ Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 8 a) ii), b) ii).

²²⁷ Voir, par exemple, Loewen, par. 21.

²²⁸ Voir, par exemple, Nakash, par. 9.

²²⁹ Voir, par exemple, Manhatinv, par. 26.

dépôt de fonds ou tout autre acte de disposition²³⁰; et i) financement postérieur à l'ouverture²³¹.

b. Parties tenues d'adresser une notification

161. Certains accords spécifient les personnes tenues d'adresser une notification, par exemple, les représentants des différentes procédures d'insolvabilité, le débiteur ou la partie normalement tenue de l'obligation de notification dans l'État où sont déposés certains documents ou dans lequel se déroule la procédure²³².

c. Destinataires de la notification

162. Les personnes devant être avisées de différents aspects des procédures d'insolvabilité internationale varient d'un accord à l'autre. Les dispositions tantôt précisent que l'obligation de notification ne vaut que pour les parties à l'accord, tantôt exigent qu'une notification soit adressée généralement à un certain nombre de destinataires, par exemple le débiteur, le comité des créanciers, les créanciers, les représentants de l'insolvabilité et parfois d'autres personnes nommées ou désignées par les tribunaux ou habilitées à recevoir notification conformément à la pratique de l'État où sont déposés les documents ou dans lequel a lieu la procédure. L'envoi de la notification peut se limiter, en ce qui concerne les créanciers, au comité des créanciers ou à un certain nombre des créanciers les plus importants, par exemple les 20 principaux. Les destinataires peuvent également être déterminés par référence à une liste tenue dans le cadre d'une des procédures ou par référence à toutes les parties en droit de recevoir notification conformément à une ordonnance rendue dans l'une ou l'autre procédure. Certains accords précisent les coordonnées, notamment le numéro de télécopieur ou l'adresse complète des parties devant recevoir notification. D'autres non seulement énumèrent les parties devant être avisées, mais précisent également que la notification doit se faire conformément aux pratiques de chaque tribunal²³³.

163. D'autres accords font obligation au représentant de la procédure principale d'adresser notification à tous les créanciers se trouvant dans d'autres États, par courrier ordinaire, en envoyant à chacun un avis qui précise les formalités requises et les sanctions prévues par la loi applicable dans la procédure principale. L'accord peut également exiger l'envoi d'une notification aux créanciers dont les créances seront examinées par un tribunal autre que celui auprès duquel elles ont été déclarées²³⁴.

164. Lorsque le représentant de l'insolvabilité doit obtenir l'approbation du tribunal pour rechercher ou poursuivre les actifs du débiteur dans un État particulier, un accord peut exiger qu'une notification soit adressée aux autres tribunaux concernés par la procédure²³⁵. Certains accords prévoient que toutes les parties doivent être

²³⁰ Voir, par exemple, Everfresh, par. 3.

²³¹ Voir, par exemple, Commodore, par. M 1) à 4).

²³² Voir, par exemple, Inverworld, par. 14, Mosaic, par. 19.

²³³ Voir, par exemple, AIOC, par. E, Laidlaw, par. F.

²³⁴ Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 6 c) et d).

²³⁵ Voir, par exemple, Nakash, par. 5.

avisées du dépôt d'une demande tendant au prononcé d'une ordonnance contraire à leurs dispositions²³⁶.

d. Mode de notification

165. Certains accords ne précisent pas comment la notification doit être adressée, et se contentent d'exiger qu'elle le soit conformément aux pratiques de chaque tribunal ou par écrit²³⁷. D'autres accords énumèrent différentes méthodes, parmi lesquelles les parties peuvent choisir, par exemple: messagerie express, fax, télécopieur, courrier électronique ou autre forme électronique de communication²³⁸, courrier ou service de messagerie permettant la remise de la notification le lendemain de son envoi²³⁹, ou remise en mains propres²⁴⁰. Un accord peut également prévoir des dispositions concernant la publication d'une notification, en stipulant à quel moment et sur quel support (par exemple le journal) le débiteur devra la publier et dans quelle langue, afin que les créanciers, où qu'ils se trouvent, et les autres parties intéressées soient en mesure de la comprendre, la notification satisfaisant ainsi aux conditions requises pour être suffisante et produire effet. L'utilisation du site Web du tribunal est un autre moyen possible de notification en pleine évolution.

166. Un accord peut contenir des dispositions sur l'effet de la notification et les conséquences d'un changement de l'adresse où celle-ci doit être envoyée. Il peut prévoir, par exemple, que la notification aura effet malgré un tel changement, si celui-ci n'a pas été signalé dans un certain délai fixé par rapport au moment de la notification. Ainsi, en cas de remise de la notification en mains propres, par exemple, l'avis concernant le changement d'adresse doit être reçu avant le moment de cette remise, et en cas de communication par fax, au moment de la transmission (avec confirmation en retour de cette transmission). Outre ce genre de détails, un accord peut indiquer les preuves requises pour établir que la notification a eu lieu.

e. Notification concernant l'application de l'accord

167. Un accord peut prévoir l'envoi de notifications relatives à son application, en exigeant qu'une notification soit adressée, conformément aux modalités qu'il décrit, lorsqu'il a été complété, modifié, résilié ou remplacé²⁴¹. En cas de litige concernant l'accord, ce dernier pourrait exiger que certaines parties soient avisées²⁴².

c) Confidentialité des communications

168. Il se peut que bon nombre des informations sur le débiteur et ses affaires devant être examinées et échangées dans le cadre des procédures d'insolvabilité soient commercialement sensibles, confidentielles ou soumises à des obligations dues envers des tiers (notamment secrets d'affaires, informations sur la recherche-développement et sur les clients). En conséquence, leur utilisation doit être

²³⁶ Voir, par exemple, Everfresh, par. 18, Solv-Ex, par. 15. Les Directives Co-Co prévoient notamment que les représentants de l'insolvabilité doivent être avisés de toute audience ou de toute ordonnance qui les concerne (Directives 17.1 à 3).

²³⁷ Voir, par exemple, AIOC, par. E.

²³⁸ Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 10.1.

²³⁹ Voir, par exemple, Everfresh, par. 3.

²⁴⁰ Voir, par exemple, Olympia & York, par. 4 c), Swissair, par. 10.2.

²⁴¹ Voir, par exemple, Loewen, par. 26, Mosaic, par. 25.

²⁴² Voir, par exemple, PSINet, par. 31, Systech, par. 27 et 28.

soigneusement pesée et leur communication limitée de telle sorte que des tiers ne puissent en tirer un avantage déloyal. Le caractère confidentiel des informations, en particulier dans une affaire d'insolvabilité internationale où les règles de protection de la confidentialité varieront d'un État à l'autre, pourrait être traité dans un accord²⁴³. Nombre de praticiens exigent que les personnes souhaitant accéder aux informations s'engagent par convention à en respecter la confidentialité. Les accords internationaux peuvent énoncer les modalités de ce type de convention, notamment la manière dont elle doit être appliquée.

169. Tous les accords ne contiennent pas des dispositions sur la confidentialité des communications²⁴⁴. Ceux qui en prévoient procèdent de différentes manières: en disposant généralement que les informations échangées devront rester confidentielles ou que les informations non accessibles au public ne pourront être divulguées que sous réserve des mesures de protection appropriées, par exemple, que des arrangements sur la confidentialité soient conclus²⁴⁵; que les représentants de l'insolvabilité concluent un accord écrit dans le but de protéger et de préserver tout secret²⁴⁶; que la partie concernée donne son consentement (par écrit); ou que la divulgation soit exigée par la loi applicable²⁴⁷ ou sur ordonnance d'un tribunal²⁴⁸. Lorsque des informations sont échangées, un accord peut prévoir que cet échange ne constitue pas une renonciation au secret qui les protège, notamment au secret des communications entre avocat et client ou au secret des pièces et documents établis en vue d'une procédure judiciaire²⁴⁹.

170. Les règles de confidentialité peuvent régir non seulement l'échange d'informations mais également le processus de règlement des litiges découlant de l'accord et toute pièce produite dans ce processus. L'accord peut limiter la divulgation d'informations par les participants à ce processus ou prévoir que cette divulgation ne peut être exigée, par exemple, par le représentant de l'insolvabilité²⁵⁰.

171. Les accords relatifs à la confidentialité peuvent également concerner le comité des créanciers. Un accord prévoyait que le comité des créanciers serait lié par la réglementation adoptée dans un État afin qu'il ne soit pas tenu de conclure les accords sur la confidentialité normalement exigés dans l'autre procédure²⁵¹.

²⁴³ Le principe 3D du Concordat traite également de la confidentialité; les Directives Co-Co recommandent que, dans toute la mesure autorisée par la loi applicable, les informations utiles non accessibles au public soient communiquées par un représentant de l'insolvabilité sous réserve des dispositions appropriées en matière de confidentialité, si cela est raisonnable sur le plan commercial et pratique (Directive 7.5); et que l'obligation d'information, au sens des Directives, comprenne l'obligation de fournir sur demande copie des documents à un coût raisonnable (Directive 7.6). Elles abordent en outre la question des communications entre représentants de l'insolvabilité (Directives 6.1 et 7.1), y compris entre représentants des procédures principale et non principale (Directive 8).

²⁴⁴ Voir, par exemple, les accords dans les affaires Maxwell et SENDO.

²⁴⁵ Voir, par exemple, Everfresh, par. 5, Livent, par. v) [5].

²⁴⁶ Voir, par exemple, Manhatinv, par. 11.

²⁴⁷ Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 4.6 c) et 4.7 a).

²⁴⁸ Voir, par exemple, Manhatinv, para. 12.

²⁴⁹ Voir, par exemple, Commodore, par. M 6), par. 6, Manhatinv, par. 10.

²⁵⁰ Voir, par exemple, Manhatinv, par. 18.

²⁵¹ Voir, par exemple, Quebecor, par. 17.

Exemples de clauses

Communication entre les tribunaux

Les tribunaux des États A et B peuvent communiquer entre eux sur toute question ayant trait aux procédures dans les États A et B. Les tribunaux peuvent en outre tenir des audiences conjointes sur toute question concernant la conduite, l'administration, le règlement ou le traitement d'un aspect quelconque de ces procédures, à condition qu'ils jugent ces audiences nécessaires ou souhaitables et, en particulier, afin de faciliter ou de coordonner la conduite efficace et appropriée des procédures. Sauf décision contraire, la procédure à suivre concernant ces audiences est la suivante:

- a) Une liaison téléphonique et/ou vidéo est établie pour permettre à chaque tribunal d'entendre simultanément les débats se déroulant dans l'autre tribunal;
- b) Les juges peuvent comparaître et siéger conjointement dans l'un ou l'autre tribunal, selon ce qu'ils seront convenus, à condition que les créanciers et les parties intéressées puissent comparaître et être entendus en personne ou dans le tribunal du juge qui s'est déplacé pour comparaître dans l'autre tribunal;
- c) Toute partie ayant l'intention de présenter des moyens de preuve écrits à l'appui des arguments qu'elle fera valoir devant l'un ou l'autre tribunal lors d'une audience conjointe dépose avant ladite audience ces moyens, qui doivent être conformes aux règles et aux exigences relatives à la procédure et aux preuves de chacun des tribunaux. Si une partie n'a pas déjà comparu devant l'un ou l'autre tribunal ou ne souhaite pas se soumettre à la compétence de l'un ou l'autre tribunal, elle est autorisée à déposer lesdits moyens de preuve auprès d'un tribunal sans être réputée, ce faisant, se soumettre à la compétence de ce tribunal, à condition de ne pas former, dans ces moyens de preuve ou dans ses arguments, une demande reconventionnelle auprès du tribunal à la compétence duquel elle ne souhaite pas se soumettre;
- d) Une partie ne doit soumettre initialement ses arguments ou ses demandes que devant le tribunal où elle comparaît et où elle demande que des mesures soient prononcées. Lorsqu'une audience conjointe est programmée, la partie ayant soumis ces arguments ou ces demandes devra en remettre gracieusement une copie à l'autre tribunal. Les demandes tendant au prononcé de mesures par les deux tribunaux doivent être présentées aux deux tribunaux à la fois;
- e) Les juges qui connaîtront de ces demandes sont habilités à communiquer entre eux, en présence ou non des avocats, afin d'établir les principes qui régiront la soumission ordonnée des documents et d'autres éléments, ainsi que le prononcé des décisions, et afin de résoudre toutes questions connexes de procédure ou d'administration; et
- f) Les juges sont habilités à communiquer entre eux après une audience conjointe, sans la présence des avocats, afin de i) déterminer si les deux tribunaux peuvent coordonner leurs décisions, ii) harmoniser les termes des décisions de chacun, et iii) aborder toute autre question de procédure et d'administration.

Communication entre les parties: échange d'informations entre les représentants de l'insolvabilité

1) Outre les autres dispositions du présent accord qui régissent l'échange d'informations, les représentants de l'insolvabilité des États A et B conviennent de s'échanger toutes les informations que chacun a ou pourrait avoir en sa possession et qui peuvent être légalement communiquées concernant l'entreprise débitrice, ses dirigeants actuels ou anciens, ses administrateurs, ses salariés, ainsi que son actif et son passif. Les représentants de l'insolvabilité sont autorisés à s'échanger des informations protégées par le secret, sans toutefois y être obligés. Chaque représentant de l'insolvabilité tient l'autre pleinement informé de ses activités et des développements importants dont il a connaissance sur les questions se rapportant au débiteur.

2) Le prononcé d'une ordonnance approuvant le présent accord signifie que les tribunaux concernés, les représentants de l'insolvabilité, les professionnels recrutés par ces derniers, leurs salariés et [...] reconnaissent chacun qu'ils ne renoncent pas au secret des communications entre avocats et clients, au secret des pièces et documents établis en vue d'une procédure judiciaire, au secret professionnel ni à aucun autre secret reconnu par toute loi applicable, et qu'ils y restent soumis.

Communication entre les parties: communication d'informations à d'autres parties

Les informations accessibles au public dans un État sont rendues accessibles au public dans l'autre État. Dans la mesure autorisée, les informations non publiques sont communiquées aux représentants officiels du débiteur, au comité des créanciers et à tout autre comité officiel constitué dans le cadre des procédures en ce qui concerne le débiteur, et aux parties intéressées, y compris aux parties fournissant un financement postérieur à l'ouverture des procédures, sous réserve des accords de confidentialité appropriés.

Notification

Toute demande ou tout document déposés dans l'une des procédures d'insolvabilité ou dans les deux, ainsi que toute audience connexe ou tout autre acte de procédure exigé par la loi applicable en rapport avec les procédures d'insolvabilité ou l'accord, sont notifiés par les moyens appropriés (y compris, lorsque les circonstances l'exigent, par messagerie express, télécopie ou d'autres formes électroniques de communication) aux parties ci-après:

a) Tous les créanciers et autres parties intéressées conformément à la pratique du tribunal auprès duquel est déposé le document ou dans lequel doit avoir lieu la procédure; et

b) Lorsque les parties mentionnées à l'alinéa a) ne sont pas autorisées à recevoir cette notification, l'avocat représentant le comité des créanciers, les représentants de l'insolvabilité et toutes autres parties que l'un ou l'autre tribunal désignera.

La notification prévue dans le présent paragraphe est adressée par la partie qui est normalement tenue de l'obligation de notification dans l'État où est déposé le document ou dans lequel doit avoir lieu la procédure. En outre, le débiteur fournit au tribunal de l'État A ou B, sur demande, copie de toutes les ordonnances ou mesures similaires prononcées par l'autre tribunal dans le cadre des procédures d'insolvabilité.

Confidentialité des communications

Les représentants de l'insolvabilité des États A et B conviennent de ne pas divulguer à un tiers les informations non accessibles au public reçues l'un de l'autre concernant les dirigeants, administrateurs ou salariés actuels ou anciens de l'entreprise débitrice, sauf si cette divulgation est:

- a) Acceptée par la partie que ces informations concernent ou par l'autre représentant de l'insolvabilité, selon le cas;
- b) Exigée par la loi applicable; ou
- c) Exigée par ordonnance d'un tribunal compétent.

7. Efficacité, modification, révision et résiliation des accords

a) Efficacité et conditions requises pour l'efficacité

172. Les parties qui négocient un accord souhaitent que ce dernier soit efficace. C'est pourquoi certains accords énoncent les conditions à satisfaire pour qu'ils prennent effet; la plupart des accords analysés dans le présent Aide-mémoire prévoyaient l'approbation des tribunaux des différents États²⁵². Il peut s'agir d'un tribunal particulier ou de l'ensemble des tribunaux concernés par les procédures. Une disposition supplémentaire peut stipuler que l'accord ne produit aucun effet juridique obligatoire ou contraignant tant que cette approbation n'a pas été obtenue. Lorsqu'il approuve un accord, un tribunal peut également préciser que les parties ne seront liées par cet accord que lorsque les autres tribunaux l'auront également approuvé²⁵³. Certains accords prévoient des exigences additionnelles, par exemple que la décision d'un tribunal approuvant l'accord soit transmise à tous les créanciers ayant déclaré des créances dans la procédure d'insolvabilité administrée par ce tribunal²⁵⁴ ou aux parties qui ont signé l'accord²⁵⁵.

173. Une autre approche, exigée par certaines règles de droit interne, consiste à demander l'approbation d'un comité de créanciers et à transmettre copie de l'accord et de l'approbation au tribunal, afin que l'accord prenne effet²⁵⁶. Les accords qui n'ont pas été approuvés par les tribunaux peuvent être appliqués en vertu du droit des contrats.

²⁵² Voir, par exemple, MacFadyen, par. 9, Pope & Talbot, par. 25.

²⁵³ Voir, par exemple, Solv-Ex, par. 15, Systech, par. 25. L'ordonnance approuvant l'accord peut aussi prévoir que cette approbation est soumise à l'approbation du tribunal de l'autre État, voir, par exemple, Nortel, order of the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (15 janvier 2009).

²⁵⁴ Voir, par exemple, AIOC, par. I.

²⁵⁵ Voir, par exemple, Nakash, par. 38.

²⁵⁶ Voir, par exemple, ISA-Daisytek, par. 10.1 et 10.2.

174. Dans la pratique, les tribunaux qui ont été amenés à approuver des accords à ce jour l'ont fait en considérant que ces accords constituent le consensus auquel sont parvenues les parties concernées, notamment les représentants de l'insolvabilité souvent nommés par eux. D'une manière générale, les tribunaux se fient au jugement professionnel des représentants de l'insolvabilité qui, en tant que praticiens expérimentés, ont rédigé l'accord pour trouver une solution pragmatique permettant d'harmoniser et de coordonner des procédures d'insolvabilité concurrentes²⁵⁷.

175. Lorsqu'ils se sont prononcés sur un accord, les tribunaux ont examiné différents facteurs, par exemple s'il existait un conflit avec un principe quelconque de la courtoisie internationale et si le principe de l'égalité de traitement entre les créanciers était respecté²⁵⁸. Les tribunaux ont pris soin de ne pas approuver des accords qui autoriseraient des mesures contraires à la loi ou équivalant à un excès de pouvoir. Dans une affaire concernant des procédures d'insolvabilité concurrentes, un des tribunaux était saisi d'un plan de redressement élaboré par les représentants de l'insolvabilité de l'autre État. Le tribunal n'a approuvé ce plan qu'avec des modifications, attendu qu'il ne pouvait approuver un plan autorisant des mesures qui étaient contraires à la loi ou qui constituaient un excès de pouvoir, du fait que, dans ce plan, les administrateurs des sociétés du groupe débiteur auraient été exonérés de toute responsabilité pour manquement à leurs obligations envers leur société²⁵⁹. Afin de faciliter l'approbation et d'éviter les contestations, les créanciers peuvent être autorisés pendant le processus d'approbation à soulever des objections concernant le contenu ou la rédaction de l'accord, objections qui seront examinées par le tribunal lorsqu'il décidera ou non d'approuver l'accord.

176. Outre l'approbation par les tribunaux, un accord peut prévoir que les parties seront autorisées à prendre les mesures et à établir les documents nécessaires et appropriés pour son application effective²⁶⁰. Les parties peuvent aussi expressément convenir qu'elles feront tout ce qui sera nécessaire pour donner pleinement effet aux dispositions de l'accord²⁶¹.

b) Modification, révision et résiliation d'un accord

177. De nombreux accords contiennent des dispositions sur les modifications dont ils peuvent faire l'objet, de manière à tenir compte de l'évolution de la situation. En règle générale, les accords approuvés par les tribunaux stipulent qu'ils ne peuvent être complétés, modifiés ou remplacés d'une quelconque manière, sauf approbation des tribunaux concernés après envoi d'une notification à certaines parties et après une audience²⁶². Certains accords exigent non seulement l'approbation des tribunaux mais également le consentement écrit des parties. L'accord peut préciser quelles

²⁵⁷ Le juge anglais dans l'affaire Maxwell a noté que, "si de l'avis professionnel de l'administrateur, telle ou telle mesure sert au mieux les intérêts des créanciers, le tribunal suivra généralement cet avis".

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Voir affaire APB Holdings Ltd., High Court of Justice of Northern Ireland, Chancery Division, [1991] N.I. 17.

²⁶⁰ Voir, par exemple, Inverworld, par. 37, Solv-Ex, par. 16.

²⁶¹ Voir, par exemple, Federal-Mogul, par. 12.2.

²⁶² Voir, par exemple, Quebecor, par. 28.

parties devront donner leur consentement, notamment le débiteur, les représentants de l'insolvabilité, certains créanciers ou un comité des créanciers.

178. Toutes les modifications apportées à un accord ne sont pas soumises à l'approbation des tribunaux. N'ont pas à être approuvés, par exemple, les changements suivants: a) le retrait, en tant que partie, d'un débiteur si celui-ci n'est plus, ou ne sera plus sous peu, membre du groupe débiteur ou s'il a cessé, ou cessera sous peu, de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un État; b) le remplacement, l'adjonction ou le retrait d'une personne en tant que représentant de l'insolvabilité; ou c) d'autres modifications découlant des exemples cités en a) et b). Certains accords prévoient une disposition garantissant qu'aucune modification ne portera atteinte aux droits à réparation, exonération ou à d'autres mesures de protection qu'ils prévoient en ce qui concerne des actes accomplis avant la modification.

179. Certains accords précisent qui est autorisé à modifier ou à résilier l'accord; à quel moment; et avec quels effets. Par exemple, un accord précisait que toute partie intéressée pouvait demander à l'un ou l'autre tribunal à tout moment de modifier ou de résilier l'accord. Dans un accord exigeant le consentement des parties pour qu'il prenne effet, toute modification serait normalement subordonnée au consentement de chaque partie. La modification annulerait la version antérieure de l'accord.

180. Tous les accords ne contiennent pas des dispositions relatives à leur résiliation. Ceux qui prévoient de telles dispositions le font dans le cadre des clauses sur la modification ou précisent à quel moment la résiliation prendrait effet, notamment a) si le représentant de l'insolvabilité notifie par écrit aux autres parties que l'accord est résilié; b) si la direction notifie par écrit aux parties que l'accord est résilié; ou c) en ce qui concerne l'un des débiteurs faisant l'objet d'un plan de redressement, lorsque le plan prend effet conformément à la loi applicable.

Exemples de clauses

Efficacité et conditions requises pour l'efficacité

Variante A

Le présent accord ne prend effet qu'après avoir été approuvé par les deux tribunaux des États A et B.

Variante B

1) Conformément au droit de l'État A, le présent accord prend effet sous réserve de l'approbation des créanciers du débiteur. Le représentant de l'insolvabilité de l'État A convoquera une réunion des créanciers dans l'État A le plus rapidement possible et fera tous les efforts raisonnables pour obtenir l'approbation des créanciers sur cet accord.

2) Le représentant de l'insolvabilité de l'État A communique les dispositions du présent accord au tribunal de l'État A dans un délai de [...] jours à compter de la réunion des créanciers mentionnée au paragraphe 1).

3) Le représentant de l'insolvabilité de l'État B communique les dispositions du présent accord au tribunal de l'État B dans un délai de [...] jours à compter de la signature du présent accord.

Modification, révision et résiliation

Le présent accord ne peut être complété, modifié, résilié ou remplacé d'aucune manière sauf accord écrit des parties et approbation des deux tribunaux des États A et B. Toute procédure judiciaire visant à compléter, modifier, résilier ou remplacer le présent accord est notifiée conformément au paragraphe ci-dessus [*sur la notification*].

8. Frais et rémunérations

181. L'administration des procédures d'insolvabilité peut entraîner des frais, qu'il s'agisse notamment des dépenses pour rechercher des actifs du débiteur, de la rémunération du représentant de l'insolvabilité ou des frais de procédure. Pour assurer la bonne administration des procédures, de nombreux accords contiennent des dispositions sur les frais et rémunérations qui y sont associés, et certains d'entre eux du moins traitent spécifiquement de la rémunération des représentants de l'insolvabilité²⁶³. D'une manière générale, les accords suivent le principe selon lequel les obligations contractées par les représentants de l'insolvabilité doivent être financées sur la masse de l'insolvabilité administrée par chacun²⁶⁴.

182. Les accords indiquent généralement quels frais et rémunérations devront être versés, suivant quelles modalités, et quel tribunal a compétence sur la question. Certains disposent, par exemple, que la rémunération des professionnels recrutés par le débiteur, voire par les prêteurs garantis ou les prêteurs octroyant un financement après l'ouverture de la procédure, relève de la compétence du tribunal de cet État; l'approbation d'un autre tribunal n'est pas requise. En règle générale, une telle disposition s'applique pour chaque État concerné par l'accord international et peut obliger les parties intéressées à demander aux tribunaux d'examiner si une répartition différente des dépenses conviendrait mieux compte tenu des circonstances de l'espèce. De même, les rémunérations, frais et dépenses ordinaires du représentant de l'insolvabilité et des professionnels recrutés par ce dernier seront généralement financés sur la masse de l'insolvabilité dans l'État où ils ont été désignés²⁶⁵. L'accord peut également stipuler des règles détaillées en matière de comptabilité, en prévoyant notamment l'échange d'une comptabilité mensuelle entre les représentants de l'insolvabilité, de même que sa nature confidentielle.

²⁶³ Solv-Ex, par. 9.

²⁶⁴ Voir, par exemple, Manhatinv, par. 14; voir aussi Principles of European Insolvency Law (Principes du droit européen de l'insolvabilité), ed. McBryde, Flessner and Kortmann, Law of Business and Finance, Vol. 4, Kluwer 2003, ces principes étant communs à beaucoup de législations nationales sur l'insolvabilité (Principe 5.1). Les Directives Co-Co recommandent que les obligations contractées par le représentant de l'insolvabilité pendant la procédure et sa rémunération soient financées sur les actifs administrés dans le cadre de la procédure pour laquelle il a été nommé (Directive 11.1).

²⁶⁵ Voir, par exemple, Manhatinv, par. 14.

183. Quand un accord porte sur des procédures d'insolvabilité parallèles, les dispositions relatives aux coûts peuvent indiquer comment ces coûts se répartissent entre ces procédures²⁶⁶. Dans un accord traitant de la procédure principale et de la procédure non principale, les frais de la procédure non principale devaient être financés sur les actifs du débiteur en tant que dépenses afférentes à l'administration de la procédure principale, mais dans certaines limites et sous réserve de la loi applicable quant à ce qui pouvait entrer dans ces frais, par exemple la vérification des créances déclarées, y compris les salaires dus, et le recouvrement des actifs suite aux actions engagées ou poursuivies par les représentants. L'accord précisait en outre le montant que les représentants de la procédure non principale recevraient en tant que dépense afférente à l'administration de la procédure principale et déterminait le juge compétent pour fixer le montant de la rémunération.

184. Certains accords comportent une disposition sur la communication des frais et rémunérations, disposition qui exige que les frais engagés et les rémunérations perçues dans chaque procédure soient communiqués dans l'autre procédure, afin d'assurer la transparence et de garantir la confiance entre les tribunaux des différents États concernant le paiement des rémunérations aux professionnels. Dans une affaire où aucun accord écrit n'avait été conclu, un tribunal a approuvé la rémunération des professionnels recrutés dans la procédure étrangère et, réciproquement, le représentant étranger a participé à l'examen de la rémunération des professionnels recrutés dans la procédure locale.

Exemples de clauses

Frais et rémunérations

Les représentants de l'insolvabilité des États A et B conviennent que la rémunération, les frais et les dépenses ordinaires de chacun (y compris ceux des professionnels et autres mandataires que chacun aura recrutés et les frais qu'ils engageront pour s'entraider) doivent être financés en premier lieu sur les fonds que chacun détient dans l'État A ou B, respectivement. Aucune disposition du présent accord n'empêche les représentants de l'insolvabilité de se transférer des fonds pour le financement des rémunérations approuvées par le tribunal compétent, le financement des dépenses ordinaires et frais afférents à l'administration ou aux fins de répartition, si ce transfert est, de l'avis raisonnable de l'un ou l'autre représentant, conforme aux objectifs du présent accord.

9. Clauses d'encadrement

185. Les clauses d'un accord ne devraient pas conduire à une violation du droit interne ou des droits des parties intéressées. Par conséquent, un accord peut contenir une série de clauses d'encadrement, c'est-à-dire des dispositions qui garantissent

²⁶⁶ Voir, par exemple, SENDO, partie I.4; les Directives Co-Co recommandent que les obligations et les frais contractés par le représentant de l'insolvabilité dans la procédure principale avant l'ouverture de toute procédure non principale, mais portant sur des actifs à inclure dans la masse, soient, en principe, financés par la masse correspondant à la procédure non principale (Directive 11.2).

une certaine situation, qui peut être liée à des droits, des principes ou des faits. En général, de telles clauses visent à préserver les droits et la compétence, à exclure ou limiter la responsabilité et garantir le pouvoir des parties de conclure l'accord. Ce dernier point est particulièrement important, car les parties souhaitent avoir l'assurance que leur cocontractant est dûment autorisé et que la loi applicable sera respectée. Comme il a été indiqué plus haut (voir par. 46 ci-dessus), certains accords comportent à la fin d'une disposition une phrase selon laquelle, malgré ce qui précède, il ne faudrait pas interpréter ladite disposition comme ayant un certain effet. D'autres accords comportent des clauses d'encadrement plus générales²⁶⁷.

a) Préservation des droits et de la compétence

186. Un accord peut stipuler que ni ses clauses ni aucune mesure prise en vertu de celles-ci ne devraient porter atteinte ou nuire aux pouvoirs, droits, créances et exceptions du débiteur et de sa masse, des représentants de l'insolvabilité, des créanciers ou actionnaires en vertu du droit applicable ni empêcher ou priver une personne du droit de faire valoir ou exercer ses droits fondamentaux contre toute autre personne en vertu du droit applicable²⁶⁸.

187. Un accord peut comporter des dispositions sur la préservation de la compétence, en indiquant par exemple qu'aucune de ses dispositions ne vise à affecter, réduire, limiter, étendre ou accroître la compétence des tribunaux concernés car, nonobstant la coopération et la coordination, chaque tribunal devrait pouvoir à tout moment exercer sa compétence et son autorité de façon indépendante sur les matières dont il est saisi et la conduite des parties qui comparaissent devant lui²⁶⁹.

188. Un accord peut aussi donner des exemples des interprétations qu'il ne saurait recevoir. Il peut ainsi prévoir qu'il ne saurait être interprété notamment comme: a) faisant obligation au débiteur, au comité des créanciers ou au représentant de l'insolvabilité de se soustraire à tout devoir que leur impose le droit national, dont l'obligation du débiteur de payer certains frais au représentant de l'insolvabilité en vertu de la loi applicable²⁷⁰; b) autorisant toute action exigeant l'approbation expresse de l'un des tribunaux ou des deux; c) empêchant tout créancier ou autre partie intéressée de faire valoir ses droits fondamentaux en vertu de la loi applicable y compris, notamment, le droit de faire appel des décisions prises par l'un ou par la totalité des tribunaux concernés; ou d) affectant ou limitant le droit du débiteur ou d'autres parties de faire valoir l'applicabilité ou la non-applicabilité de l'arrêt des poursuites prononcé dans les différentes procédures à une procédure particulière, indépendamment de l'endroit où elle se déroule, ou à un actif ou une activité, indépendamment de l'endroit où ils se trouvent²⁷¹.

²⁶⁷ Les Directives sur les communications entre tribunaux prévoient qu'elles ne devraient avoir aucune incidence sur aucun pouvoir, sur aucune ordonnance ni sur aucune décision de fond se rapportant au litige devant tel ou tel tribunal ni ne constituent une renonciation par l'une des parties à ses droits (Directive 17).

²⁶⁸ Voir, par exemple, 360Networks, par. 32, Loewen, par. 28, Philip, par. 27.

²⁶⁹ Voir, par exemple, Laidlaw, par. 8, Commodore, par. T.

²⁷⁰ Voir, par exemple, 360Networks, par. 34, Livent, par. 24.

²⁷¹ Voir, par exemple, Systech, par. 23.

b) Limitation de la responsabilité

189. Un accord peut prévoir que, malgré la coopération entre les différentes parties, ni les représentants de l'insolvabilité ni les professionnels auxquels ils font appel, leurs employés, mandataires ou représentants ne devraient voir leur responsabilité engagée pour des actions ou à la suite d'actions de leurs homologues dans d'autres États. Certains accords stipulent également qu'il ne faudrait pas interpréter le prononcé d'une mainlevée de l'arrêt automatique des poursuites pour une fin particulière, par exemple permettre au représentant de l'insolvabilité de faire des recherches sur les actifs du débiteur, comme une approbation de mesures particulières que le représentant de l'insolvabilité pourrait prendre pour atteindre cette fin. Les parties peuvent aussi convenir d'inclure d'autres personnes dans une telle clause, y compris un médiateur, si les dispositions sur le règlement des litiges prévoit la médiation²⁷².

c) Garanties

190. Certains accords contiennent une disposition dans laquelle chaque partie déclare et garantit à l'autre qu'elle a capacité et pouvoir pour conclure et exécuter l'accord²⁷³, encore qu'une telle disposition puisse ne pas être nécessaire lorsque le tribunal doit approuver l'accord.

Exemples de clauses

Préservation des droits

Aucune clause du présent accord ni aucune mesure prise en vertu du présent accord ne porte atteinte ou ne nuit aux pouvoirs, droits, créances et exceptions des débiteurs et de leurs masses, du comité des créanciers, des représentants de l'insolvabilité ou des créanciers du débiteur en vertu de la loi applicable, y compris des lois relatives à l'insolvabilité des États A et B et des ordonnances des tribunaux des États A et B.

Préservation de la compétence

Aucune clause du présent accord n'augmente, ne diminue ou n'affecte d'aucune autre manière l'indépendance, la souveraineté ou la compétence de l'un quelconque des tribunaux concernés, ou de n'importe quel autre tribunal des États A, B ou [...], y compris, notamment, la capacité de l'un des tribunaux concernés ou d'autres tribunaux d'accorder des mesures appropriées en vertu de la loi applicable.

Limitation de responsabilité

Le représentant de l'insolvabilité de l'État A reconnaît:

a) que le représentant de l'insolvabilité de l'État B agit en qualité de représentant de l'insolvabilité du débiteur conformément à la loi applicable de l'État B sans engager sa responsabilité personnelle; et

²⁷² Voir, par exemple, Manhatinv, par. 21.

²⁷³ Voir, par exemple, Everfresh, par. 19, Inverworld, par. 32.

b) que ni lui-même ni le débiteur n'ont d'autre droit à l'égard du représentant de l'insolvabilité de l'État B que ceux qui découleraient du présent accord.

[Même disposition pour le représentant de l'insolvabilité de l'État B.]

Garanties

Chaque partie déclare et garantit à l'autre que la conclusion et l'exécution par elle du présent accord relèvent de son pouvoir et de son autorité et ont été dûment autorisées par elle ou approuvées par le tribunal selon le cas.

Annexe

Résumé des affaires²⁷⁴

1. AgriBioTech Canada Inc. (ABTC) (2000)²⁷⁵

Dans l'affaire *ABTC*, des procédures d'insolvabilité parallèles ont été ouvertes au Canada et aux États-Unis à l'égard de la filiale de l'un des plus gros producteurs de graines fourragères et de graines de graminées des États-Unis. Un point fondamental du protocole concernait la coordination des ventes des biens du débiteur, soumises à l'approbation des deux tribunaux. Le produit obtenu devait être conservé dans un compte distinct sous l'autorité du tribunal canadien. Le protocole prévoyait des audiences conjointes par des moyens de télécommunication modernes, ainsi que le droit des juges de discuter confidentiellement de questions connexes. Les créanciers avaient le droit de comparaître devant l'un ou l'autre tribunal et relèveraient alors de la compétence du tribunal choisi. Le débiteur est convenu de soumettre des plans de redressement pour l'essentiel similaires dans les deux pays, que les créanciers pourraient accepter ou rejeter conjointement. Le tribunal canadien a été désigné pour traiter les créances des créanciers conformément au droit canadien, mais leur validité devait être déterminée conformément à la loi régissant l'obligation sous-jacente. Le protocole comportait également une disposition sur l'annulation des opérations.

2. AIOC Corporation et AIOC Resources AG (1998)²⁷⁶

Dans l'affaire *AIOC Corporation*, un protocole de liquidation a été conclu entre la Suisse et les États-Unis. Les difficultés dans cette affaire tenaient non seulement aux différences entre les législations suisse et américaine sur l'insolvabilité mais également à l'impossibilité pour les représentants de l'insolvabilité suisse et américaine de s'abstenir de leurs obligations légales d'administrer leur liquidation respective. Les parties sont convenues d'un protocole afin de liquider conjointement les ressources d'une façon compatible avec la législation de l'insolvabilité des deux pays. La conduite de cette liquidation conjointe par le biais du protocole est l'une des principales caractéristiques de cette affaire. Le protocole était fondé sur le Concordat mais visait généralement le regroupement des ressources et plus précisément les modalités de vérification des créances.

²⁷⁴ La plupart des protocoles mentionnés dans cette annexe sont accessible sur l'un des sites suivants: <http://www.globalinsolvency.com>; <http://www.iiiglobal.org>; <http://www.casselsbrock.com>. Ceux qui ne sont pas accessibles au public sont marqués d'un astérisque.

²⁷⁵ Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 31-OR-371448 (16 June 2000) and the United States Bankruptcy Court for the District of Nevada, Case No. 500-10534 LBR, (28 June 2000) (Unofficial version).

²⁷⁶ United States Bankruptcy Court for the Southern District Court of New York, Case Nos. 96 B 41895 and 96 B 41896 (3 April 1998).

3. Akai Holdings Limited (2004)^{277*}

L'affaire *Akai Holdings Limited* concernait des procédures d'insolvabilité concurrentes dans la Région administrative spéciale (RAS) chinoise de Hong Kong et les Bermudes. L'objectif du protocole était de faire en sorte que les deux procédures de liquidation soient administrées simultanément de Hong Kong, qui était l'établissement principal des sociétés débitrices, bien que le protocole reconnaisse la procédure engagée aux Bermudes comme la "procédure principale". Les protocoles ont été rédigés de manière à tenir compte des dispositions pertinentes des lois sur l'insolvabilité de la RAS de Hong Kong et des Bermudes et à permettre aux représentants de l'insolvabilité d'administrer les deux liquidations de la manière la plus économique. En conséquence, les créances des créanciers pouvaient être produites dans l'un ou l'autre lieu. Le tribunal de la RAS de Hong Kong a approuvé les protocoles et noté que, faute de législation pour traiter des matières touchant l'insolvabilité internationale, les protocoles proposés semblaient être le meilleur moyen de servir les intérêts des créanciers. Comme dans les protocoles des affaires *Peregrine* et *Greater Beijing First Expressways Limited*, les mêmes personnes ont été désignées représentants de l'insolvabilité pour chacune des sociétés dans les deux États. En annexe, le protocole comportait plusieurs formulaires standard notamment pour la preuve de la dette et l'avis de rejet.

4. Calpine Corporation (2007)²⁷⁸

Calpine Corporation, une société du Delaware, était la société mère d'une entreprise multinationale qui exerçait des activités par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés apparentées aux États-Unis, au Canada et dans d'autres pays. Des procédures de redressement ont été ouvertes aux États-Unis et au Canada, les débiteurs respectifs étant séparés et distincts. Au départ, les procédures ont été menées de concert, des mémorandums d'accord ayant été conclus pour traiter des points spécifiques. Cependant, compte tenu du lien étroit qui existait entre les deux sociétés – elles étaient notamment les principales créancières l'une de l'autre – un protocole a été élaboré, entre autres choses pour coordonner et harmoniser les deux procédures. Le tribunal canadien a rejeté une demande d'approbation du protocole au début de la procédure faisant valoir que celui-ci était prématuré, que les procédures ne visaient pas une restructuration d'ensemble de tous les requérants et qu'un protocole devait servir non à réexaminer des affaires mais à promouvoir la coordination et la coopération. Par la suite, il a approuvé le protocole, après s'être assuré que ce dernier avait été convenablement négocié, dans l'intérêt des diverses parties des deux côtés de la frontière. Dans la forme, ce protocole s'apparentait à un

²⁷⁷ High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Cases No. HCCW 49/2000 and HCCW 50/2000 (6 February 2004) and the Supreme Court of Bermuda.

²⁷⁸ United States Bankruptcy for the Southern District of New York, Case No. 05-60200 (9 April 2007) and Court of Queens Bench of Alberta, (Canada) Case No. 0501-17864 (7 April 2007).

protocole *standard*²⁷⁹ bien qu'il n'eût pas expressément prévu le droit de comparaître et d'être entendu. Par ailleurs, un mémorandum d'accord, destiné à régler les créances intragroupe, qui avait été signé auparavant, a été incorporé dans le protocole. En outre, ce dernier comportait une disposition exigeant que les débiteurs du Canada et des États-Unis négocient un protocole spécifique concernant les créances pour traiter les créances produites par chacun d'eux (et leurs créanciers respectifs) dans l'affaire de l'autre. Les buts énoncés dans le protocole étaient: d'éviter le chevauchement des activités; de respecter la souveraineté des tribunaux concernés; et de faciliter l'administration équitable, ouverte et efficace de la procédure d'insolvabilité. Le protocole contenait également des dispositions sur l'accès à l'information et sur l'élaboration d'un plan de redressement. Il incorporait par référence les Directives Co-Co.

5. **Commodore Business Machines (1994)**²⁸⁰

Cette affaire concernait des procédures d'insolvabilité aux Bahamas et aux États-Unis. Le protocole a été conclu entre les représentants de l'insolvabilité des Bahamas et le comité des créanciers. Son principal objectif était de convertir la procédure involontaire du chapitre 7 du Code des faillites des États-Unis, qui avait été ouverte à la demande de certains créanciers, en procédure au titre du chapitre 11 aux États-Unis et de régler le litige envisagé. Les parties sont convenues dans le protocole que les représentants de l'insolvabilité des Bahamas assumeraient les fonctions habituellement exercées par un débiteur non dessaisi en vertu du chapitre 11. Les autres objectifs du protocole étaient de faciliter la liquidation des actifs dans les deux pays et d'éviter des décisions contradictoires des tribunaux concernés. En conséquence, les représentants de l'insolvabilité des Bahamas ont été désignés débiteurs non dessaisis dans la procédure des États-Unis. Le protocole traitait de la déclaration des créances; du recrutement et de la rémunération des représentants de l'insolvabilité, des comptables et des avocats; et de l'obligation pour les représentants de l'insolvabilité d'informer les deux tribunaux et le comité des créanciers, de gérer les fonds, de vendre les actifs, de prêter ou d'emprunter de l'argent et d'engager des procédures judiciaires.

²⁷⁹ La comparaison d'un certain nombre de protocoles conclus ces dernières années montre qu'il existe des protocoles de caractère plus générique qui se ressemblent et qui contiennent les mêmes dispositions, lesquelles portent sur l'historique de l'affaire; la finalité et les objectifs; la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération, y compris des dispositions sur la procédure de communication, comme les auditions conjointes; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité; la notification; la reconnaissance de l'arrêt des poursuites; le droit de comparaître et d'être entendu; la prise d'effet du protocole; la modification du protocole et la procédure de règlement des litiges conformément au protocole et la préservation des droits. Ces protocoles sont désignés ici sous le terme de protocoles "*standard*".

²⁸⁰ United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York and the Supreme Court of the Commonwealth of the Bahamas (1994).

6. EMTEC (2006/2007)^{281*}

L'affaire *EMTEC* concernait un groupe imbriqué, formant une structure pyramidale classique avec une société holding, constituée aux Pays-Bas, coiffant trois sociétés françaises et une société allemande, qui détenaient elles-mêmes le capital social d'autres sociétés situées dans l'Union européenne ou en Asie. Une procédure d'insolvabilité a été ouverte en France pour toutes les sociétés du groupe, y compris celles dont le siège inscrit était à l'étranger. Une procédure d'insolvabilité secondaire a été ouverte en Allemagne à la demande du représentant de l'insolvabilité de la procédure française. Les deux représentants de l'insolvabilité ont ensuite conclu un accord afin d'établir les conditions de la répartition des actifs entre les créanciers et d'organiser la coopération entre eux-mêmes, en particulier l'échange d'informations concernant la vérification des créances et la répartition des actifs. L'accord prévoyait que le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale transférerait une certaine somme d'argent au représentant de l'insolvabilité de la procédure secondaire, et que ce dernier répartirait cette somme entre les créanciers sans faire de distinction entre les créanciers des différentes procédures. Le représentant de l'insolvabilité de la procédure secondaire est convenu d'éviter un double paiement aux créanciers qui avaient produit des créances dans les deux procédures. Il a également été convenu que les créances admises dans les deux procédures seraient payées là où elles recevraient le montant le plus élevé. Le représentant de l'insolvabilité de la procédure secondaire est convenu d'informer le représentant de l'insolvabilité de la procédure principale par écrit avant de procéder à une répartition. L'accord prévoyait qu'il était régi exclusivement par la loi française et que le tribunal français aurait compétence exclusive pour tout litige le concernant.

7. Everfresh Beverages Inc. (December 1995)²⁸²

Le premier protocole inspiré des principes du Concordat a été finalisé dans le cadre de l'affaire *Everfresh Beverages Inc.* qui concernait les États-Unis et le Canada. Une société américaine ayant des activités au Canada avait demandé l'ouverture d'une procédure de redressement dans ces deux pays à la fois. Le protocole conclu par la suite abordait expressément de nombreuses questions d'insolvabilité internationale, telles que le choix de la loi, l'élection du for, le traitement des créances, y compris le classement et le traitement des créances non assorties d'une sûreté, la vente d'actifs et les actions en annulation. Il octroyait aux créanciers le droit exprès de déclarer leurs créances dans le cadre de l'une ou l'autre procédure. Il suivait de très près de nombreux principes du Concordat, en prenant comme point de départ le Principe 4, c'est-à-dire le cas où il n'y a pas de procédure principale, mais essentiellement deux procédures parallèles ouvertes dans différents États. Il a été finalisé environ un mois après l'ouverture de la procédure et a été appliqué pour la première audition conjointe internationale visant à coordonner la procédure.

²⁸¹ Tribunal de Commerce de Nanterre (France) et tribunal de l'insolvabilité de Mannheim (Allemagne).

²⁸² Ontario Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 32-077978 (20 December 1995) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 95 B 45405 (20 December 1995).

8. Federal-Mogul Global Inc. (2001)²⁸³

L'affaire *Federal-Mogul* concernait la procédure de redressement d'un important fournisseur de pièces détachées d'automobiles aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Le protocole, qui devait prendre en compte des plaintes concernant l'amiante contre les filiales anglaises, se donnait pour but l'administration ordonnée et efficace de la procédure d'insolvabilité; la coordination des activités; et la mise en œuvre d'un ensemble de principes généraux. Le protocole chargeait les débiteurs non dessaisis des États-Unis d'élaborer un plan de redressement et de traiter les plaintes concernant l'amiante et les demandes d'indemnisation. L'acquisition, la vente et le grèvement d'actifs étaient soumis à l'approbation préalable des représentants de l'insolvabilité, de même que la plupart des autres activités sortant du cours normal des affaires. En outre, le protocole traitait des procédures de communication entre les débiteurs et les représentants de l'insolvabilité; des questions de confidentialité; du droit de comparaître devant les tribunaux concernés; de la reconnaissance mutuelle de l'arrêt des poursuites; ainsi que du recrutement et de la rémunération des représentants de l'insolvabilité et des professionnels.

9. Financial Asset Management Foundation (2001)²⁸⁴

Dans l'affaire *Financial Asset Management Foundation*, des procédures d'insolvabilité concernant une fiducie ont été ouvertes au Canada et aux États-Unis. Un protocole a été conclu par le débiteur, les représentants de l'insolvabilité et le créancier principal. Chaque tribunal a accepté de respecter en général la décision de l'autre tribunal, si cela était "approprié et possible". Le protocole exposait schématiquement la procédure pour les audiences conjointes et la comparution devant l'un ou l'autre tribunal. Il confirmait aussi le caractère exécutoire d'un jugement que le créancier principal avait obtenu précédemment contre le débiteur devant un tribunal en Californie. Il précisait en outre les attributions des tribunaux concernant certaines questions, par exemple que le tribunal des États-Unis était chargé de déterminer si le débiteur avait ou non violé une mesure ordonnée dans le jugement précité.

10. Greater Beijing First Expressways Limited (GBFE) (2003)^{285*}

L'affaire *Greater Beijing First Expressways* impliquait des procédures d'insolvabilité dans les îles Vierges britanniques et la RAS de Hong Kong concernant la liquidation de l'exploitant d'une route à péage. Cette affaire est très voisine de l'affaire *Peregrine*, car l'ouverture de la procédure dans les îles Vierges avait principalement pour but d'appuyer celle qui l'avait été dans la RAS de Hong Kong et d'éviter des conflits de compétence et la dispersion des actifs. Comme dans l'affaire *Peregrine*, les représentants de l'insolvabilité désignés dans les deux procédures étaient les mêmes professionnels, de manière à coordonner les activités, faciliter l'échange d'informations et déterminer, préserver et maximiser la valeur

²⁸³ United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-10578 (SLR), and the High Court of England and Wales, Chancery Division in London (2001).

²⁸⁴ United States Bankruptcy Court for the Southern District of California, Case No. 01-03640-304, and the Supreme Court of British Columbia (Canada), Case No. 11-213464/VA.01 (2001).

²⁸⁵ High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, HCCW No. 338/2000, and the High Court of Justice of the Eastern Caribbean Supreme Court, Suit No. 43/2000 (2003).

des actifs du débiteur et les réaliser. Les attributions étaient réparties entre les deux procédures, par exemple, les représentants de la RAS de Hong Kong étaient chargés de la conduite des affaires au jour le jour et des décisions relatives aux créances des créanciers, et les représentants des îles Vierges de la réalisation des actifs. En outre, le protocole régissait la déclaration des créances; la monnaie des paiements; la rémunération des représentants; et les obligations de notification. Il contenait également des formulaires standard, comme les protocoles des affaires *AKAI* et *Peregrine*, notamment pour la preuve de la dette et l'avis de rejet.

11. *Inverworld* (1999)²⁸⁶

Dans l'affaire, complexe, d'*Inverworld Inc.*, qui concernait à la fois les États-Unis, le Royaume-Uni et les îles Caïmanes, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité avait été demandée pour le débiteur et plusieurs filiales dans les trois États en question. Afin d'éviter tout conflit, les différentes parties avaient élaboré des protocoles, qui ont été homologués par les tribunaux de chaque État. Ces protocoles prévoyaient notamment: l'abandon de la procédure ouverte au Royaume-Uni, sous réserve de certaines conditions relatives au traitement des créanciers britanniques; la stricte répartition des questions en suspens entre les deux autres tribunaux; et la reconnaissance par chaque tribunal des mesures décidées par l'autre tribunal comme étant contraignantes, afin d'éviter des procédures judiciaires parallèles et d'aboutir à un règlement coordonné au niveau mondial.

12. *ISA-Daisytek* (Octobre 2007)^{287*}

Dans l'affaire *ISA-Daisytek*, des procédures d'insolvabilité parallèles ont été ouvertes en Angleterre et en Allemagne. La décision du tribunal anglais selon laquelle la procédure anglaise était la procédure principale conformément au Règlement CE a été contestée et non reconnue pendant plus d'un an en Allemagne. Il en est résulté une incertitude concernant le statut, les pouvoirs et les responsabilités respectifs des représentants anglais et allemand de l'insolvabilité. Une fois la procédure anglaise reconnue comme procédure principale par les tribunaux allemands, les représentants de l'insolvabilité des deux pays ont élaboré un "accord de coopération et de compromis" afin de régler toutes les questions en suspens entre eux et de traiter des étapes futures de la procédure d'insolvabilité. Le protocole comportait une disposition de compromis, qui réglementait le paiement du produit dans le cadre de la procédure en Allemagne et le versement des dividendes de certaines filiales étrangères dans le cadre de la procédure en Angleterre, les distributions aux créanciers, et la responsabilité des représentants de l'insolvabilité. Il contenait également une disposition concernant son approbation et précisait que conformément au droit allemand, sa prise d'effet était subordonnée à l'approbation des créanciers, que les représentants allemands de l'insolvabilité feraient rapport sur ses clauses au tribunal allemand compétent après la réunion des créanciers et que les représentants anglais de l'insolvabilité feraient rapport sur ses clauses au tribunal anglais compétent. Il indiquait en outre qu'il devrait être interprété conformément à

²⁸⁶ United States District Court for the Western District of Texas, Case No. SA99-C0822FB (22 October 1999), the High Court of England and Wales, Chancery Division (1999), and the Grand Court of the Cayman Island (1999).

²⁸⁷ High Court of England and Wales, Chancery Division, Leeds and the Insolvency Court of Düsseldorf (Germany).

la loi anglaise et que les tribunaux anglais seraient seuls chargés de faire respecter ses clauses.

13. Laidlaw Inc. (2001)²⁸⁸

L'affaire *Laidlaw* impliquait une procédure d'insolvabilité au Canada et aux États-Unis à l'encontre d'une entreprise multinationale exerçant ses activités par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés affiliées aux États-Unis, au Canada et dans d'autres pays. Les débiteurs ont envoyé le protocole aux tribunaux pour approbation afin de mettre en œuvre les procédures administratives de base nécessaires pour coordonner certaines activités dans la procédure d'insolvabilité. Le protocole était un protocole *standard* (voir la note ... ci-dessus) et ressemblait de près à d'autres protocoles *standard*, comme celui de l'affaire *Loewen*. Il comprenait des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération, y compris les audiences conjointes; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité; la notification; la reconnaissance de l'arrêt des poursuites; les procédures de règlement des conflits conformément au protocole; la prise d'effet et la modification du protocole; et la préservation des droits.

14. Livent Inc. (1999)²⁸⁹

Dans l'affaire *Livent Inc.* concernant une procédure d'insolvabilité ouverte aux États-Unis et au Canada, les tribunaux ont utilisé pour la première fois un système de visioconférence par télévision en circuit fermé via satellite pour tenir deux audiences conjointes, la première aux fins de l'approbation d'un protocole d'insolvabilité internationale destiné au règlement des créances contre le débiteur et la seconde aux fins de l'approbation de la vente de tous les actifs ou presque de ce dernier. Le protocole prévoyait expressément ce type d'audiences et laissait aux deux juges une certaine marge d'appréciation pour examiner et régler les questions procédurales et techniques liées à ces audiences conjointes. Celles-ci ont été conclues avec succès en deux jours et les tribunaux ont accordé des ordonnances complémentaires autorisant la vente des actifs dans les deux pays à un seul acheteur. Le protocole contenait des dispositions sur la vente d'actifs, les formalités de déclaration, vérification et admission des créances, les contrats exécutoires, l'affectation du produit des ventes et l'application de règles d'annulation.

15. Loewen Group Inc. (1999)²⁹⁰

Dans l'affaire *Loewen Group Inc.*, le débiteur, une grande société multinationale, avait demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au Canada et aux États-Unis et immédiatement présenté aux deux tribunaux un protocole complet établissant les modalités de coordination et de coopération. Le

²⁸⁸ Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 01-CL-4178 (10 August 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Western District of New York, Case No. 01-14099 (20 August 2001).

²⁸⁹ United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 98-B-48312, and the Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 98-CL-3162 (11 June 1999).

²⁹⁰ United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 99-1244 (30 June 1999), and the Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canada), Case No. 99-CL-3384 (1 June 1999).

débiteur s'était en effet rapidement aperçu que la coordination des procédures judiciaires au niveau international était un élément vital pour ses plans de redressement et avait pris l'initiative d'élaborer un projet de protocole, qui a été approuvé dès le début des deux procédures. Le protocole s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note ... ci-dessus) et prévoyait que: les deux tribunaux pourraient communiquer entre eux et conduire des audiences conjointes en respectant certaines règles fixées par lui; les créanciers et les autres parties intéressées pourraient comparaître devant l'un ou l'autre tribunal; chaque tribunal aurait compétence sur les représentants de l'insolvabilité de l'autre pays uniquement pour les questions particulières que ceux-ci lui avaient soumises; et tout arrêt des poursuites serait coordonné entre les deux pays.

16. P. MacFadyen & Co, Ltd. (1908)²⁹¹

Dans l'affaire *McFayden*, sans doute le premier cas faisant intervenir un protocole d'insolvabilité internationale, des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes en Angleterre et en Inde contre le débiteur défunt. Celui-ci avait mené des activités à travers deux sociétés, l'une implantée en Angleterre et l'autre, en Inde. Les représentants de l'insolvabilité anglais et indien ont négocié un accord international qui prévoyait la poursuite simultanée des deux procédures d'insolvabilité, le traitement des deux sociétés comme une seule entité, une distribution proportionnelle des actifs à tous les créanciers, un échange périodique d'information entre les représentants de l'insolvabilité sur les créances admises par ces derniers et la reconnaissance des créances dûment admises dans une procédure par l'autre procédure. Cet accord établissait également la responsabilité de chacun des représentants de l'insolvabilité à l'égard du recouvrement et de la réalisation des actifs dans son pays. L'accord était soumis à l'approbation des tribunaux en Angleterre et en Inde. En approuvant ledit accord, le tribunal anglais a statué sur le recours formé par un créancier contre le pouvoir du représentant anglais de l'insolvabilité d'adhérer à l'accord, faisant valoir que celui-ci était correct, relevait du bon sens et était manifestement dans l'intérêt de toutes les parties intéressées.

17. Manhattan Investment Fund Limited (Manhatinv) (2000)²⁹²

Le protocole conclu dans l'affaire *Manhattan Investment Fund*, qui concernait les États-Unis et les îles Vierges britanniques, énumérait un certain nombre d'objectifs, notamment: la coordination du recensement, du recouvrement et de la répartition des actifs du débiteur afin d'en maximiser la valeur au profit des créanciers et l'échange d'informations (y compris de certaines communications confidentielles) entre les représentants de l'insolvabilité pour réduire au minimum les coûts et éviter les chevauchements. Il comportait des dispositions détaillées sur la coopération entre les représentants de la solvabilité, lesquels devaient élaborer un plan de travail sur la marche à suivre dans la pratique. Il prévoyait également un mécanisme de médiation pour régler les litiges qui pouvaient surgir dans le cadre du protocole entre les représentants de l'insolvabilité.

²⁹¹ Re P. MacFadyen & Co, ex parte Vizianagaram Company Limited [1908] 1 K.B. 675.

²⁹² United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 00-10922BRL (April 2000), the High Court of Justice of the British Virgin Islands (19 April 2000), and the Supreme Court of Bermuda, Case No. 2000/37 (April 2000).

18. Matlack Inc. (2001)²⁹³

Dans l'affaire *Matlack*, groupe de transport en vrac exerçant ses activités aux États-Unis, au Mexique et au Canada, un protocole a été élaboré pour coordonner des procédures d'insolvabilité pendantes au Canada et aux États-Unis. Ce protocole s'apparentait à un protocole standard (voir la note ... ci-dessus) et incorporait en appendice les Directives Co-Co. Les deux tribunaux sont convenus de reconnaître l'arrêt des poursuites du tribunal étranger pour empêcher des actions préjudiciables contre les actifs du débiteur. Les débiteurs, leurs créanciers et d'autres parties intéressées pouvaient comparaître devant l'un ou l'autre tribunal, et relèveraient donc de sa compétence. Les autres questions abordées concernaient le recrutement et la rémunération des professionnels, les obligations de notification et la préservation des droits des créanciers.

19. Maxwell Communication Corporation plc. (1991/1992)²⁹⁴

Dans l'affaire *Maxwell*, un débiteur avait engagé deux procédures principales à la fois, l'une aux États-Unis et l'autre au Royaume-Uni, suite à quoi deux représentants de l'insolvabilité distincts, chargés de tâches similaires, avaient été nommés dans les deux pays. Les juges américain et britannique avaient, chacun de leur côté, évoqué avec leur avocat respectif la possibilité de conclure un protocole entre les deux administrations pour régler les conflits et faciliter l'échange d'informations. Ce protocole fixait deux objectifs pour guider les représentants de l'insolvabilité: maximiser la valeur de la masse et harmoniser les procédures pour réduire au minimum les dépenses, les gaspillages et les conflits de compétence. Les parties sont convenues pour l'essentiel que le tribunal américain s'en remettrait à la procédure britannique, une fois constatée la présence de certains éléments. Le protocole énonçait aussi des dispositions particulières: certains dirigeants en place seraient maintenus dans le souci de préserver la valeur d'exploitation de l'entreprise débitrice, les représentants de l'insolvabilité britanniques étant toutefois autorisés, avec le consentement de leur homologue américain, à choisir de nouveaux administrateurs indépendants; les représentants de l'insolvabilité britanniques ne pourraient contracter de dettes ni présenter de plan de redressement qu'avec le consentement du représentant de l'insolvabilité américain ou du tribunal américain; les représentants de l'insolvabilité britanniques devraient préalablement informer le représentant de l'insolvabilité américain avant de réaliser toute opération importante pour le compte du débiteur mais étaient préautorisés à effectuer des opérations "de moindre importance". De nombreuses questions ont été volontairement exclues du protocole afin d'être réglées durant la procédure. Certaines d'entre elles, telles que la question de la répartition, ont été traitées par la suite dans un avenant au protocole.

²⁹³ Superior Court of Justice of Ontario (Canada), Case No. 01-CL-4109, and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-01114 (MFW) (2001).

²⁹⁴ In re Maxwell Communication Corporation plc, 93 F.3d 1036, 29 Bankr.Ct.Dec. 788 (2nd Cir. (N.Y.) 21 August 1996) (No. 1527, 1530, 95-5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076, 95-5084) and Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in Re Maxwell Communication plc between the United States United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741 (15 January 1992), and the High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991 (31 December 1991).

20. Mosaic (2002)²⁹⁵

Cette affaire impliquait des procédures d'insolvabilité parallèles au Canada et aux États-Unis. Les parties ont compris dès le début que l'insolvabilité du réseau *Mosaic* de sociétés allait donner lieu à un certain nombre d'audiences compliquées et controversées dans les deux pays, et qu'il était essentiel de créer un cadre à l'intérieur duquel les tribunaux pourraient, indépendamment mais en coopérant, traiter des diverses entités. Le protocole, conforme à un protocole standard (voir la note ... ci-dessus), ressemblait beaucoup, par sa forme et son contenu, aux protocoles conclus dans les affaires *Loewen* et *Laidlaw*, et comportait des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération, y compris les audiences conjointes; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité; la notification; la reconnaissance de l'arrêt des poursuites; les procédures de règlement des conflits selon le protocole; la prise d'effet et la modification du protocole; et la préservation des droits. Le protocole a contribué au succès des ventes internationales dans la procédure.

21. Nakash (1996)²⁹⁶

Dans l'affaire *Nakash*, un protocole a été conclu entre les tribunaux américain et israélien. Il était soumis à autorisation légale expresse en Israël et a dû être négocié avec la participation directe des tribunaux. Il visait essentiellement à améliorer la coordination des procédures judiciaires et la coopération entre juges ainsi qu'entre parties (les précédents protocoles énumérés dans l'annexe ne mettaient l'accent que sur les parties). Contrairement aux procédures antérieures pour lesquelles des protocoles avaient été conclus, le débiteur n'était pas, en l'espèce, soumis à des procédures d'insolvabilité parallèles. Le litige ainsi que la question centrale que devait régler le protocole concernaient l'exécution d'un jugement contre ce débiteur en Israël et l'arrêt automatique des poursuites qui découlait (conformément au chapitre 11) de la procédure d'insolvabilité dont il faisait l'objet aux États-Unis et qui aurait dû empêcher cette exécution. Le débiteur n'a pas signé le protocole et s'est opposé à son adoption et à son application.

22. 360Networks Inc. (2001)²⁹⁷

Dans l'affaire *360Networks*, le protocole concernait les États-Unis et le Canada. Le groupe 360Networks était un fournisseur de fibres optiques ayant des activités internationales, comprenant plus de 90 sociétés immatriculées dans quelque 33 pays et employant près de 2 000 personnes. Comme la majeure partie de ses actifs et de son personnel était située au Canada et aux États-Unis, des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes dans ces deux pays. Les ordonnances initiales comprenaient un protocole international standard (voir la note ... ci-dessus) dont les objectifs étaient les suivants: promouvoir une administration ordonnée, efficace,

²⁹⁵ Ontario Court of Justice, Toronto (Canada), Court File No. 02-CL-4816 (7 December 2002) and the United States Bankruptcy Court for the Northern District of Texas, Case No. 02-81440 (8 January 2003).

²⁹⁶ United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 94 B 44840 (23 May 1996), and the District Court of Jerusalem (Israel), Case No. 1595/87 (23 May 1996).

²⁹⁷ British Columbia Supreme Court, Vancouver (Canada), Case No. L011792 (28 June 2001) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 01-13721-alg (29 August 2001).

équitable et ouverte de la procédure; respecter l'indépendance et l'intégrité des deux tribunaux; favoriser la coopération internationale et le respect de la courtoisie internationale entre les tribunaux des deux pays et tout tribunal étranger; et appliquer un ensemble de principes généraux pour régler les problèmes administratifs découlant du caractère international des procédures. Afin d'atteindre ces objectifs, le protocole abordait, entre autres aspects, la coordination et la coopération entre tribunaux, y compris les audiences conjointes; la notification; le recrutement et la rémunération des professionnels; la reconnaissance commune de l'arrêt des poursuites; les procédures étrangères futures; et une procédure pour régler les conflits selon le protocole. Les deux processus de restructuration se sont toutefois déroulés de façon relativement indépendante et ont peu fait référence au protocole. Des plans pour l'essentiel similaires ont été déposés dans chaque pays, chacun étant tributaire de l'approbation de l'autre. Le protocole prévoyait des audiences conjointes, mais aucune n'a été nécessaire.

23. Nortel Networks Corporation (2009)²⁹⁸

L'affaire *Nortel Networks* impliquait des procédures parallèles d'insolvabilité aux États-Unis et au Canada et concernait des membres d'un grand groupe de télécommunications ayant son siège au Canada, avec des filiales et des sociétés affiliées dans le monde entier. Bien que les débiteurs dans les procédures américaine et canadienne fussent différents, un protocole a été élaboré dès le début afin d'arrêter des modalités administratives, de coordonner les activités et de protéger les droits des parties. Ce protocole a été approuvé par les deux tribunaux le même jour. Il s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note ... ci-dessus) et comportait notamment des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux, la coopération et les comparutions, la prise d'effet et la modification du protocole et des procédures régissant le règlement des litiges conformément au protocole, et il incorporait par référence les Directives Co-Co. Comme dans l'affaire *Pope & Talbot*, il précisait que lorsque la question de la compétence du tribunal se posait dans l'une ou l'autre procédure d'insolvabilité, le tribunal pouvait contacter l'autre tribunal pour déterminer un moyen approprié de trancher la question. Par ailleurs, il stipulait que les tribunaux pouvaient décider conjointement que soient examinées, conformément aux principes qu'il énonçait, d'autres questions de caractère international susceptibles de se poser dans la procédure d'insolvabilité.

24. Olympia & York Developments Limited (1993)²⁹⁹

L'affaire *Olympia & York Developments Ltd.* concernait une société mère canadienne et ses filiales exerçant leurs activités principalement aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni. Le protocole a été élaboré pour assurer l'équilibre voulu entre les intérêts des différentes parties, en particulier le représentant de l'insolvabilité canadien et les débiteurs américains non dessaisis, et pour réaliser un consensus entre les différentes parties concernant les dirigeants des sociétés

²⁹⁸ Ontario Superior Court of Justice, Toronto, (Canada) Case No. 09-CL-7950 (14 January 2009) and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No 09-10138 (KG) (15 January 2009).

²⁹⁹ Ontario Court of Justice, Toronto, (Canada) Case No. B125/92 (26 July 1993) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case Nos 92-B-42698-42701, (15 July 1993) (Reasons for Decision of the Ontario Court of Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165).

débitrices en remaniant le conseil d'administration de chacune d'entre elles. Le protocole contenait des dispositions, entre autres, sur la composition, le pouvoir, les actions, la révocation et la réélection des administrateurs, ainsi que sur sa modification et son approbation. Il a abouti au redressement rapide et efficace des débiteurs en permettant de maintenir en place les dirigeants des sociétés débitrices américaines.

25. Peregrine Investments Holdings Limited (1999)³⁰⁰

Dans l'affaire *Peregrine*, la société débitrice était constituée aux Bermudes et avait son établissement principal dans la RAS (région administrative spéciale) de Hong Kong, où avait été ouverte la procédure d'insolvabilité. Peu de temps après, une procédure d'insolvabilité a également été ouverte aux Bermudes, essentiellement pour éviter des conflits de compétence et pour veiller à ce que les représentants de l'insolvabilité désignés dans la RAS de Hong Kong aient les pleins pouvoirs dans d'autres lieux et pour les actifs situés hors de Hong Kong. Les représentants de l'insolvabilité étaient les mêmes personnes dans les deux procédures à l'exception de l'un d'entre eux désigné uniquement dans la procédure aux Bermudes, mais tous étaient employés par le même cabinet international d'avocats. Le protocole a été élaboré pour harmoniser et coordonner les procédures; assurer l'administration ordonnée et efficace des procédures dans les deux endroits; recenser, préserver et maximiser la valeur des actifs du débiteur dans le monde au profit collectif de ses créanciers et des autres parties intéressées; coordonner les activités; et partager les informations. Le protocole établissait que la procédure aux Bermudes serait la procédure principale et la procédure ouverte dans la RAS de Hong Kong la procédure non principale. La quasi-totalité de la liquidation des actifs du débiteur devait néanmoins être effectuée dans et à partir de la RAS de Hong Kong, car c'est là que les activités commerciales du débiteur étaient et avaient toujours été concentrées. Le protocole déterminait les questions devant être traitées principalement dans la RAS de Hong Kong, par exemple les décisions relatives aux créances des créanciers et la répartition des dividendes entre les créanciers. Il comportait également des dispositions sur les droits et les pouvoirs des représentants de l'insolvabilité en ce qui concerne l'échange d'informations; la liquidation des dépens; et les demandes aux tribunaux. A l'instar des protocoles conclus dans les affaires *AKAI* et *GBFE*, il contenait des formulaires standard sur la déclaration, la vérification et l'admission des créances.

³⁰⁰ High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, HCCW Companies (Winding-up) No. 20 of 1998, and the Supreme Court of Bermuda Companies (Winding-up) No. 15 of 1998 (1999).

26. Philip Services Corporation (1999)³⁰¹

L'affaire Philip Services Corporation est considérée comme la première procédure d'insolvabilité internationale négociée au préalable³⁰². Avant l'ouverture de la procédure aux États-Unis et au Canada, le débiteur avait négocié un plan de redressement avec ses créanciers sur plusieurs mois, l'objectif étant que ce plan, une fois homologué par les tribunaux, soit exécuté dans les deux pays. Comme dans l'affaire *Loewen*, un protocole complet a été présenté aux tribunaux qui l'ont homologué en tant que décision initiale. Le protocole conclu en l'espèce est considéré comme un exemple d'harmonisation et de coordination élargies et générales de la procédure d'insolvabilité internationale, suivant en cela les principes du Concordat (à la différence du protocole très précis conclu dans l'affaire *Tee-Comm Electronics* (voir ci-dessous, par. 36)). Il s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note ... ci-dessus). Il fixait un certain nombre de grands objectifs, notamment: promouvoir une administration ordonnée, efficace, équitable et ouverte de la procédure; respecter l'indépendance et l'intégrité des deux tribunaux; favoriser la coopération internationale et le respect de la courtoisie internationale; et appliquer une série de principes généraux pour régler les problèmes administratifs découlant du caractère international de la procédure. Afin d'atteindre ces objectifs, le protocole abordait, entre autres aspects, la coordination et la coopération entre tribunaux, le recrutement et la rémunération des professionnels ainsi que la reconnaissance commune de l'arrêt des poursuites. Dans ce protocole, les tribunaux sont également convenus de coopérer, lorsque cela était possible, afin de coordonner les formalités de déclaration, vérification et admission des créances, les procédures de vote et les procédures d'homologation du plan.

27. Pioneer Companies Inc.³⁰³

Dans l'affaire *Pioneer*, il s'agissait d'une procédure d'insolvabilité aux États-Unis concernant une entreprise multinationale de ce pays et certaines de ses filiales directes et indirectes et sociétés affiliées et d'une procédure d'insolvabilité au Canada concernant une filiale canadienne, qui était également débitrice dans les affaires des États-Unis. Le protocole reconnaissait qu'il était dans l'intérêt des débiteurs et de leurs parties prenantes que le tribunal des États-Unis se charge de l'administration principale du redressement et énonce des principes généraux quant à la manière dont il devrait être statué sur les créances à l'encontre des débiteurs, notamment pour ce qui était de prouver ces dernières.

³⁰¹ United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 99-B-02385, (28 June 1999), and the Ontario Superior Court of Justice, Toronto, Case No. 99-CL-3442 (25 June 1999).

³⁰² Procédure possible dans certains pays, dans laquelle un plan de redressement est négocié volontairement avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et approuvé ensuite par le tribunal.

³⁰³ Quebec Superior Court, (Re PCI Chemicals Canada Inc.) (Canada) Case No. 5000-05-066677-012, (1 August, 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of Texas (Re Pioneer Companies Inc.), Case No. 01-38259 (1 August 2001).

28. Pope & Talbot Inc. (2007)³⁰⁴

Dans l'affaire *Pope & Talbot*, il s'agissait de procédures concurrentes de redressement ouvertes aux États-Unis et au Canada et concernant une société mère spécialisée dans la pâte à papier et le bois à travers ses différentes filiales canadiennes et américaines et possédant des actifs substantiels dans les deux États. Les sociétés débitrices ont élaboré un protocole pour faciliter l'harmonisation et la coordination des activités menées dans les deux pays, pour assurer la transparence et pour garantir des conditions équitables aux parties concernées dans lesdits pays. Ce protocole s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note ... ci-dessus), comme dans les affaires *Laidlaw*, *Loewen* et *Mosaic* et incorporait également par référence les Directives Co-Co. Il contenait des dispositions sur la coopération; la reconnaissance réciproque de l'arrêt des poursuites ordonné par les deux tribunaux; le droit de comparaître; le recrutement et la rémunération des représentants et des professionnels; la notification; la prise d'effet et la modification de ses dispositions; le règlement des différends; et la préservation des droits. Comme dans l'affaire *Nortel Networks*, il incluait une disposition qui autorisait les tribunaux à définir ensemble une procédure appropriée pour régler toute question de compétence soulevée dans le cadre de l'une ou l'autre procédure. Il contenait en outre une disposition selon laquelle toute opération effectuée en dehors du cours normal des affaires en matière de vente, location ou utilisation d'un bien immobilier des débiteurs, devait être soumise à l'approbation du tribunal du pays dans lequel se trouvait le bien, à l'exception des usines des débiteurs. Le représentant de l'insolvabilité canadien s'est inquiété de cette disposition au motif qu'elle exigeait l'approbation des deux tribunaux pour la vente des usines de papier, estimant que cette exigence représentait une dépense superflue, retardait la procédure et pouvait faire double emploi avec le processus de prise de décision. Lors d'une audience conjointe, les tribunaux sont convenus que cette exigence aurait simplement pour objet de les rendre mieux à même de prendre la bonne décision concernant la vente des actifs.

29. PSINet Inc. (2001)³⁰⁵

L'affaire *PSINet* concernait des procédures d'insolvabilité au Canada et aux États-Unis. Le protocole a été conclu pour coordonner les procédures d'insolvabilité pendantes dans les deux pays. Il exposait certaines questions d'insolvabilité et de redressement au niveau international soulevées par la nature des opérations commerciales des débiteurs aux États-Unis et au Canada ainsi que par l'interconnectivité et l'interdépendance des lignes de communication dans les opérations commerciales et opérations par Internet du groupe, qui exigeaient l'aide des deux tribunaux pour être réglées de manière équitable et efficace. Ces questions comprenaient: l'approbation de la vente d'actifs; l'allocation du produit; le traitement des créances intragroupe; les créances contractuelles; et l'approbation et l'exécution de tout plan de redressement impliquant comme parties les débiteurs de chaque pays. Le protocole établissait des lignes directrices pour ces questions, qui

³⁰⁴ Supreme Court of British Columbia, Vancouver, Case No. SO77839, (14 December 2007) and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 07-11738.

³⁰⁵ Ontario Superior Court of Justice, Toronto, (Canada) Case No. 01-CL-4155 (10 July 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 01-13213 (10 July 2001).

devaient être tranchées et réglées par des audiences conjointes des tribunaux. Il portait également sur des questions concernant le matériel appartenant à des tiers, le financement de bail et les biens immobiliers, questions qui devaient être réglées par le tribunal de l'État dans lequel les biens ou le matériel se trouvaient. Il autorisait l'application des Directives Co-Co. Il a joué un rôle essentiel dans le succès de la vente des actifs canadiens de PSINet.

30. Progressive Moulded Products Limited³⁰⁶

Dans l'affaire *Progressive Moulded Products*, groupe spécialisé dans les pièces détachées d'automobiles, implanté aux États-Unis et au Canada, un protocole a été conclu pour coordonner les procédures d'insolvabilité pendantes dans ces deux pays. Le protocole appartenait à la catégorie des protocoles *standard* (voir la note ... ci-dessus), comme ceux conclus dans le cadre des affaires *Nortel Networks* et *Pope & Talbot*. Il a été approuvé peu après le début des procédures et contenait des dispositions portant notamment sur la coopération, dont des audiences conjointes; la reconnaissance commune de l'arrêt des poursuites; le droit de comparaître et d'être entendu; la prise d'effet et la modification du protocole; et les procédures de règlement des litiges conformément au protocole. En outre, il incorporait par référence les Directives Co-Co.

31. Quebecor World Inc. (2008)³⁰⁷

L'affaire *Quebecor* concernait des procédures parallèles pendantes aux États-Unis et au Canada. Les débiteurs ont proposé l'approbation d'un protocole dès le début des affaires, prévoyant la nécessité de la communication entre les tribunaux et d'audiences conjointes afin de faciliter les procédures en raison de l'ampleur des opérations des débiteurs dans les deux pays. Le juge des États-Unis a différé l'approbation du protocole, afin de créer un comité des créanciers et de lui donner la possibilité de commenter la procédure. En conséquence, le protocole initial a été modifié pour inclure d'autres dispositions en matière de notification; une disposition en vue d'élaborer plus à fond un protocole commun relatif aux créances et concernant le délai de déclaration, le traitement, la compétence et la loi applicable au règlement des créances intergroupe produites par les créanciers des débiteurs dans les deux procédures; et une disposition détaillée relative aux procédures à suivre lorsque l'on considère que des mesures demandées dans un État ont un impact important dans d'autres États. Le protocole incorporait aussi les Directives Co-Co. Des audiences conjointes ont eu lieu pour approuver la vente des opérations européennes des débiteurs et ont abouti au prononcé rapide d'ordonnances distinctes approuvant cette vente.

³⁰⁶ Ontario Superior Court of Justice, Commercial List, Court File No. CV-08-7590-00CL (24 June 2008) and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 08-11253 (KJC) (14 July 2008).

³⁰⁷ Montreal Superior Court, Commercial Division, (Canada) No. 500-11-032338-085 and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, No. 08-10152 (JMP) (2003).

32. SENDO International Limited (2006)³⁰⁸

Dans l'affaire *SENDO*, une procédure principale d'insolvabilité était pendante au Royaume-Uni et une procédure secondaire en France. La procédure secondaire a été ouverte à la demande du représentant de l'insolvabilité de la procédure principale parce que SENDO avait des employés en France. Avec l'ouverture de la procédure secondaire, les employés en France étaient couverts par la loi française sur l'insolvabilité, qui était plus favorable que la loi anglaise, et le représentant de l'insolvabilité français pouvait vendre des actifs situés sur le territoire français et recueillir des déclarations de créances impayées enregistrées par les créanciers français et étrangers de SENDO. Les représentants de l'insolvabilité des deux procédures ont conclu un accord pour coordonner celles-ci, notant que le règlement CE n'établissait que des principes de fonctionnement très généraux. Dans cet accord, ils sont convenus, pour mettre en œuvre ces principes, d'agir dans un esprit de confiance mutuelle, et de respecter le devoir de se communiquer des informations et de coopérer ainsi qu'il est indiqué à l'article 31 du règlement CE, la procédure principale l'emportant sur la procédure secondaire. L'accord comprenait des dispositions sur le traitement de la notification et de la déclaration des créances des créanciers; sur les modalités pratiques de vérification des créances; sur le traitement des frais de justice; et sur le traitement des actifs de la succursale française du débiteur.

33. Solv-Ex Canada Limited et Solv-Ex Corporation (1998)³⁰⁹

Dans l'affaire *Solv-Ex*, qui concernait les États-Unis et le Canada, un certain nombre de décisions contraires rendues par les tribunaux des deux pays avaient conduit à une impasse. Après des négociations entre les parties, une procédure simultanée a été organisée, sous forme de conférence téléphonique, pour l'approbation de la vente des actifs des débiteurs. Les tribunaux sont tous deux parvenus à la même conclusion d'autoriser la vente et ont encouragé les parties à négocier un protocole d'insolvabilité internationale pour définir la marche à suivre. Les dispositions procédurales sur lesquelles les parties se sont entendues étaient notamment les suivantes: présentation de documents identiques aux deux tribunaux et possibilité pour les juges présidents de communiquer entre eux, en l'absence des avocats, pour a) s'entendre sur les modalités des audiences et ensuite b) déterminer s'ils pourraient rendre des décisions concordantes. Le protocole contenait d'autres dispositions concernant les ventes d'actifs et les formalités de déclaration, vérification et admission des créances. Les tribunaux l'ont par la suite approuvé.

³⁰⁸ Procédure d'insolvabilité devant la High Court of Justice, Chancery Division of London (Royaume-Uni) et devant le tribunal de commerce de Nanterre (France) (2006).

³⁰⁹ Alberta Court of Queen's Bench, Case No. 9701-10022 (28 January 1998), and the United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, Case No. 11-97-14362-MA (28 January 1998).

34. Swissair Schweizerische Luftverkehr AG (2003)^{310*}

Une procédure d'insolvabilité a été ouverte en Suisse à l'encontre de plusieurs sociétés du groupe Swissair. Pour protéger les actifs des différentes sociétés à l'étranger, des procédures d'insolvabilité ont aussi été ouvertes dans d'autres pays, dont l'Angleterre. Pour faciliter la coordination, les représentants suisses et anglais de l'insolvabilité ont conclu un protocole. Ce protocole portait sur la réalisation des actifs, le paiement des dettes, les frais et les dépenses, l'échange d'information, ainsi que l'admission des créances du créancier et les décisions relatives à ces dernières. Il avait pour but d'éviter les chevauchements d'activités, tout en protégeant les droits des créanciers et en respectant les droits de priorité.

35. Systech Retail Systems Corp. (2003)³¹¹

L'affaire *Systech Retail Systems* concernait des procédures d'insolvabilité aux États-Unis et au Canada pour un important prestataire de services proposés dans des points de vente, opérant par l'intermédiaire de diverses filiales et sociétés affiliées au Canada et aux États-Unis. Les sociétés débitrices ont conclu un protocole visant à établir des procédures administratives de base entre les procédures des deux pays. Le protocole s'apparentait à un protocole *standard* (voir la note ... ci-dessus) et comprenait des dispositions sur la courtoisie internationale et l'indépendance des tribunaux; la coopération; le recrutement et la rémunération des représentants de l'insolvabilité et des professionnels; la notification; la reconnaissance commune de l'arrêt des poursuites en vertu des lois des deux pays; le droit de comparaître et d'être entendu; et les procédures de règlement des litiges conformément au protocole. Ce dernier comprenait aussi les Directives Co-Co. Après l'approbation du protocole par les deux tribunaux, une audition conjointe a été tenue conformément aux Directives, et a permis de régler et de coordonner un certain nombre de questions à caractère international.

36. Tee-Comm. Electronics Inc (1997)³¹²

Le protocole conclu dans l'affaire *Tee-Comm. Electronics Inc.*, qui concernait les États-Unis et le Canada, visait un objectif bien précis et étroitement délimité. Il établissait un cadre dans lequel les administrateurs des deux pays pouvaient vendre conjointement les actifs des débiteurs de manière à maximiser la valeur de la masse. Il traitait donc de la vente de ces actifs, question essentielle au début de la procédure, sans aborder d'autres questions, telles que le droit sur le produit de la vente et la répartition de ce produit.

³¹⁰ Procédures d'insolvabilité devant le tribunal de district de Bülach (Swissair et d'autres membres de SAirGroup), Zurich (SAirGroup) et devant la High Court of England and Wales, Chancery Division in London, Case No. 2344 of 2002 (18 February 2003).

³¹¹ Ontario Court of Justice, Toronto, Court File No. 03-CL-4836 (20 January 2003) and the United States Bankruptcy Court for the Eastern District of North Carolina, Raleigh Division, Case No. 03-00142-5-ATS (30 January 2003).

³¹² In re AlphaStar Television/Tee-Comm Distribution, Inc, Ontario Court of Justice (Canada) and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (27 June 1997).

37. United Pan-Europe Communications N.V. (2003)³¹³

Dans cette affaire, le débiteur était un des plus grands câblo-opérateurs basé aux Pays-Bas et détenant des participations dans des filiales directes et indirectes, notamment aux États-Unis. Des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes dans ces deux pays. Selon le conseiller néerlandais du débiteur, la loi et la procédure néerlandaises n'admettaient pas un protocole, de sorte que les conseillers dans les deux pays ont collaboré étroitement, sans conclure d'accord par écrit, pour régler les problèmes à mesure qu'ils se posaient dans les procédures et pour veiller à ce que toutes les décisions respectent les lois des deux États. Les deux représentants de l'insolvabilité ont participé aux délibérations. La coordination portait sur la fourniture continue d'informations aux tribunaux et aux représentants de l'insolvabilité; le recrutement et la rémunération du conseiller et des représentants de l'insolvabilité; la mise au point de procédures de sollicitation à appliquer dans les deux cas; les ventes d'actifs; et un plan de redressement. Le résultat a été que les procédures dans les deux pays ont été clôturées le même jour.

³¹³ Amsterdam Court (Rechtbank) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Case No. 02-16020).