



Assemblée générale

Distr. limitée
11 février 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-huitième session
New York, 19-23 avril 2010**

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

Troisième partie

Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

III: Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
III. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales	1-54	2
A. Introduction	1-6	2
B. Promouvoir la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises	7-13	4
C. Formes de coopération faisant intervenir les tribunaux	14-40	7
D. Formes de coopération faisant intervenir les représentants de l'insolvabilité.	41-47	18
E. Utilisation d'accords d'insolvabilité internationale	48-54	22



III. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales

A. Introduction

1. L'introduction du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (Guide pratique¹) note que, 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 clefs 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

¹ Adopté par la Commission le 1^{er} juillet 2009.

poursuites contre le débiteur ou ses actifs, considéré comme un élément essentiel dans de nombreuses lois, sont sans effet au niveau international.

3. Dans le contexte international, les modèles qui ont été créés pour traiter les questions d'insolvabilité internationale ne sont jamais allés jusqu'à aborder de façon satisfaisante les groupes d'entreprises. Lorsque la Chambre des Lords du Royaume-Uni a examiné si ce dernier devrait adhérer à la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité, la commission a noté que la convention ne traitait pas les groupes de sociétés – forme la plus courante de modèle d'entreprise. Lorsque la convention est devenue le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le Règlement CE), la question n'y était toujours pas abordée. Lorsque le texte de ce qui est devenu la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) a été débattu, on a jugé que celui-ci irait trop loin en parlant des groupes.

4. De nombreuses affaires illustrent le problème essentiel que posent les groupes dans le contexte international. Lorsque des activités sont menées par les membres d'un groupe de manière intégrée dans plusieurs États, comme dans le cas de groupes de communications tels que KPNQwest² ou Nortel Networks Corporation, de groupes de fabricants tels que Federal Mogul Global Inc., ou de sociétés de services financiers telles que Lehman Brothers Holdings Inc., il est probable que des faillites multiples entraînent l'ouverture d'un certain nombre, parfois même d'un très grand nombre, de procédures d'insolvabilité distinctes dans différents États à l'encontre de chacun des membres insolubles du groupe. À moins que ces procédures puissent être coordonnées, il est peu probable que le groupe puisse être redressé dans son ensemble et il faudra peut-être dissocier les différentes parties qui le constituent. Les relations entre les membres qui déterminent la manière dont le groupe est structuré et dont il fonctionne lorsqu'il est solvable sont généralement rompues en cas d'insolvabilité. Il est souvent difficile de concilier, d'une part, l'approche traditionnelle consistant à considérer, dans la réglementation des sociétés, chaque membre d'un groupe comme une entité juridique distincte, avec les conséquences qui en résultent pour l'insolvabilité, et, d'autre part, la volonté de faciliter la procédure d'insolvabilité concernant un groupe ou une partie d'un groupe dans une situation transnationale d'une manière qui permettrait de maximiser la valeur au profit de tous les créanciers. L'histoire de l'insolvabilité internationale depuis l'affaire Maxwell en 1991³ met en évidence les problèmes rencontrés lors de l'administration de nombreuses procédures parallèles et souligne la nécessité des solutions créatives qui ont été élaborées et adoptées. Certaines de ces solutions sont examinées dans le Guide pratique, mais il reste à mettre au point un régime législatif qui traite l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises.

² KPNQwest était un groupe de télécommunications qui possédait et exploitait un réseau de câbles en fibre optique en Europe et vers les États-Unis. Les principaux réseaux étaient constitués d'anneaux de fibres optiques: en Europe, la partie française de l'anneau était la propriété d'une filiale française; la partie allemande d'une filiale allemande, etc. Lorsque la société mère néerlandaise a fait faillite, nombre des filiales ont été obligées de demander la protection du tribunal dans le pays où elles étaient constituées. Personne n'a été capable de coordonner les procédures, et celles-ci ont en fait été fragmentées.

³ Maxwell Communication Corporation plc: United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, affaire n° 91 B 15741 (15 janvier 1992), et The High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, affaire n° 0014001 de 1991 (31 décembre 1991) (Angleterre).

5. Il a longuement été débattu, ces derniers temps, des éléments qui pourraient constituer la base d'un régime juridique de l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises. Il a notamment été proposé d'adapter la notion de "centre des intérêts principaux" telle qu'elle s'applique à un débiteur autonome pour l'appliquer à un groupe d'entreprises, afin de permettre l'ouverture et l'administration de toutes les procédures visant les membres d'un groupe dans un centre unique auprès d'un seul tribunal et selon une seule loi applicable. Une autre solution proposée était de désigner, pour le groupe, un centre de coordination qui pourrait être déterminé en fonction du lieu de situation du membre exerçant le contrôle ou d'autoriser les membres du groupe à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État où la procédure d'insolvabilité de la société mère insolvable a été ouverte⁴.

6. Ces propositions soulèvent des questions importantes et complexes. Certaines sont liées à la nature même des groupes d'entreprises multinationaux et à leur mode de fonctionnement – comment définir ce qui constitue un groupe d'entreprises à des fins d'insolvabilité et identifier les facteurs qui seraient appropriés pour déterminer le lieu où se trouve le centre d'un groupe, à supposer que chaque groupe n'ait qu'un seul centre – ainsi qu'à la compétence à l'égard des membres du groupe, au droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et à la loi applicable. D'autres sont liées à la difficulté d'obtenir, à l'échelle internationale, un accord général sur ces questions afin de trouver une solution si possible contraignante, appliquée largement et uniformément, et apportant sécurité juridique et prévisibilité dans les procédures d'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises.

B. Promouvoir la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises

1. Introduction

7. Pour trouver une solution à la question de savoir comment faciliter le traitement global des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, il faudrait dans un premier temps s'assurer que les principes existant en matière de coopération internationale s'appliquent aux procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises. La coopération entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux peut contribuer à faciliter la prévisibilité commerciale et à accroître la sécurité juridique pour les échanges et le commerce, ainsi qu'à assurer une administration équitable et efficace des procédures qui protège les intérêts des parties, accroisse la valeur des actifs des membres du groupe afin de préserver les emplois et réduise les coûts. Même si, pour certains groupes d'entreprises, des procédures d'insolvabilité distinctes sont possibles en raison du faible degré d'intégration et de la relative indépendance des membres, pour de nombreux groupes, la coopération peut être le seul moyen de réduire le risque de fragmentation des procédures d'insolvabilité qui pourrait détruire la valeur

⁴ Ces questions sont examinées plus avant dans les documents de travail du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), voir A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, par 3 à 12; A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, par. 3 à 15; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, par. 2 à 17; A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, par. 6 à 12.

d'exploitation et aboutir à un cantonnement des actifs, ainsi qu'à un transfert des actifs ou à une recherche abusive du for le plus avantageux par les débiteurs.

8. L'absence de cadre législatif, ou les incertitudes quant à la portée de la législation existante, autorisant la coopération avec les tribunaux et représentants de l'insolvabilité étrangers limitent très souvent la coopération entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité de différents États dans les affaires d'insolvabilité internationale. La Loi type prévoit ce cadre législatif, en traitant les questions d'accès aux tribunaux étrangers et de reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère et en autorisant la coopération et la communication internationales entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité.

9. Toutefois, du fait que les dispositions de la Loi type visent essentiellement les débiteurs autonomes, même s'ils ont des actifs dans différents États, elles ne s'appliquent que de manière limitée aux groupes d'entreprises lorsqu'il y a plusieurs débiteurs dans différents États. Les procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises se distinguent essentiellement par le fait que le tribunal d'un État n'a pas nécessairement affaire au même débiteur que le tribunal d'un autre État (même s'il peut y avoir un débiteur commun lorsque différents membres du groupe ont des actifs dans différents États, situation qui est prévue dans la Loi type). Le lien entre les procédures parallèles n'est pas le débiteur commun, mais plutôt le fait que les débiteurs sont tous membres du même groupe d'entreprises. Si l'existence (et peut-être l'étendue) de ce groupe n'est pas ou ne peut pas être reconnue par le droit national, chaque procédure sera considérée comme indépendante des autres procédures, et une coopération ne semblera pas justifiée, car elle pourrait compromettre l'indépendance des tribunaux locaux ou être jugée inutile du fait que chaque procédure est essentiellement nationale. Il sera possible, dans certains cas, de traiter chaque membre du groupe de manière complètement séparée, mais pour de nombreux groupes d'entreprises, une solution plus générale et si possible globale, qui tienne compte de la manière dont le groupe réalisait ses opérations avant le début de l'insolvabilité et qui vise soit des unités distinctes, soit l'ensemble du groupe, en particulier lorsque les activités des membres sont étroitement intégrées, permettrait d'obtenir le meilleur résultat pour chaque membre.

10. Il est donc souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité reconnaisse l'existence des groupes d'entreprises et la nécessité, en matière de coopération internationale, d'une coopération entre tribunaux et entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité, non seulement dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant un débiteur commun, mais aussi dans les procédures visant différents membres d'un groupe.

2. Accès aux tribunaux et reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère

11. Les règles et pratiques en vigueur en matière d'assistance et de coopération internationales pour les questions d'insolvabilité sont assez différentes, y compris les règles relatives à l'accès aux tribunaux et à la reconnaissance de la procédure étrangère. Dans de nombreux États, l'assistance et la coopération sont soumises à une forme de reconnaissance préalable de la procédure étrangère. Pour obtenir cette reconnaissance, ceux qui demandent l'assistance et la coopération, qu'il s'agisse du représentant de l'insolvabilité ou des créanciers, doivent généralement avoir capacité pour former une demande auprès du tribunal étranger. Cette demande

pourrait avoir trait à une assistance concernant un arrêt des poursuites, l'audition des témoins et d'autres questions prévues aux articles 20 et 21 de la Loi type. Les travaux préparatoires de la Loi type ont mis en relief l'absence fréquente de lois internes traitant ces questions et les différentes approches suivies dans les lois qui avaient été adoptées. Pour parvenir à une approche uniforme, la Loi type fournit le cadre législatif pour l'accès aux tribunaux et la reconnaissance de la procédure étrangère en établissant des conditions appropriées pour un accès rapide et direct aux tribunaux (chap. II, art. 9 à 14), des critères permettant de déterminer si une procédure étrangère peut être reconnue ou non et les effets de la reconnaissance (chap. III, art. 15 à 24). Bien que la Loi type ait une application limitée dans le contexte des groupes d'entreprises, il est souhaitable que l'accès aux tribunaux et la reconnaissance des procédures étrangères qu'elle prévoit pour les débiteurs autonomes soient élargis aux procédures d'insolvabilité visant des membres d'un même groupe d'entreprises.

12. Il convient de noter que la coopération entre un tribunal et un tribunal étranger ou des représentants étrangers telle qu'elle est envisagée dans la Loi type n'est pas subordonnée à une décision formelle de reconnaissance de la procédure étrangère, ce qui encourage la coopération dès le tout début de la procédure⁵.

13. Dans les États où l'accès et la reconnaissance ne sont pas exigés pour faciliter la coopération, une nouvelle législation n'est peut-être pas nécessaire. Toutefois, l'existence de dispositions n'exigeant ni accès ni reconnaissance ne suffira peut-être pas, si les mécanismes en place sont lourds, coûteux et longs à mettre en œuvre. Ce n'est que lorsque l'accès et la reconnaissance peuvent être demandés facilement et rapidement qu'une coopération efficace dans le cadre de l'administration des procédures concernant des groupes multinationaux est possible.

Recommandation 239

Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions concernant l'accès aux tribunaux et la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est de faire en sorte que l'accès aux tribunaux et la reconnaissance de ces procédures puissent être demandés conformément à la loi applicable, lorsque ceux-ci sont des conditions préalables à la coopération entre les tribunaux, les représentants de l'insolvabilité et les créanciers.]

Contenu des dispositions législatives

Accès aux tribunaux et reconnaissance des procédures étrangères

239. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir, dans le contexte des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises,

- a) Un accès aux tribunaux pour les représentants et les créanciers étrangers; et
- b) La reconnaissance des procédures étrangères, si elle est nécessaire en vertu de la loi applicable.

⁵ Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 177.

C. Formes de coopération faisant intervenir les tribunaux

14. Il peut exister différentes formes de coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment, comme le propose l'article 27 de la Loi type, la communication entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité, ainsi que l'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale, la coordination des audiences et la coordination de la surveillance et de l'administration des affaires du débiteur. Dans le cas d'un débiteur autonome, la coopération est autorisée par les articles 25 et 26 de la Loi type. L'article 25 autorise le tribunal à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers et l'article 26 autorise un représentant de l'insolvabilité, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux et les représentants étrangers. La question de la coopération est également traitée, au sein de l'Union européenne, par le Règlement CE relatif aux procédures d'insolvabilité. Le considérant 20 note que, dans les procédures principales et les procédures secondaires, les différents syndics doivent coopérer étroitement, notamment au moyen d'un échange d'informations suffisant. Le syndic de la procédure principale devrait avoir la possibilité d'influer sur les procédures non principales et pouvoir proposer un plan de redressement ou demander la suspension de la liquidation de la masse dans ces procédures secondaires. L'article 31 du Règlement dispose que le syndic de la procédure principale et les syndics des procédures non principales sont tenus d'un devoir d'information réciproque et qu'ils doivent, en particulier, communiquer sans délai tout renseignement qui peut être utile à l'autre procédure, notamment sur l'état de la production et de la vérification des créances et sur les mesures visant à mettre fin à la procédure. Ni la Loi type, ni le Règlement CE n'abordent la nécessité de coopérer dans le cas des groupes d'entreprises, où ces obligations doivent pouvoir s'appliquer plus largement et où la distinction entre procédure principale et procédures non principales n'a pas lieu d'être, sauf dans le cas de procédures multiples concernant un membre particulier du groupe.

1. Communications des tribunaux

a) Considérations générales

15. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type⁶ et le Guide pratique de la CNUDCI⁷ indiquent tous deux qu'il est souhaitable d'autoriser les tribunaux dans les procédures d'insolvabilité internationale à communiquer directement avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers pour éviter le recours aux procédures traditionnelles et longues que sont les commissions rogatoires ou d'autres moyens diplomatiques ou consulaires et la communication par le biais d'une juridiction supérieure. Cette capacité est fondamentale lorsque les tribunaux estiment devoir agir très vite pour éviter d'éventuels conflits ou préserver la valeur ou lorsque les questions à examiner ne peuvent pas attendre. Les tribunaux devraient notamment pouvoir engager une communication, en demandant des renseignements ou une assistance à un tribunal ou à un représentant de l'insolvabilité étranger, et recevoir et traiter de telles demandes provenant de l'étranger. Il est souhaitable que la communication ne dépende pas de la

⁶ Id., par. 178 et 179.

⁷ Guide pratique de la CNUDCI, chap. II, par. 4 à 10 et chap. III, par. 146 à 181.

reconnaissance formelle de la procédure étrangère de façon à ce qu'elle puisse avoir lieu avant, ou indépendamment du fait, qu'une demande de reconnaissance soit faite.

16. 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 lorsqu'on cherche à promouvoir la coopération internationale. Outre la question de savoir s'ils sont ou non expressément autorisés à communiquer entre eux, très souvent, les tribunaux de différents États hésitent ou ne sont guère disposés à communiquer directement. Cette hésitation ou réticence peut avoir plusieurs causes: des considérations éthiques, la culture juridique, la langue ou une connaissance insuffisante des lois étrangères et de leur application. Elle peut également être liée à des inquiétudes quant aux incidences de la communication sur l'indépendance de la justice et l'impartialité de la prise de décisions. Certains États ont une approche relativement souple de la communication entre juges, alors que d'autres ne les autorisent pas à communiquer directement avec les parties ou les représentants de l'insolvabilité, ni même avec d'autres juges, du fait qu'une telle communication pourrait poser des problèmes constitutionnels. Si, dans certains États, les communications *ex parte* avec le juge sont jugées normales et nécessaires, dans d'autres, elles ne sont pas acceptables. À l'intérieur d'un même État, les juges et les praticiens du droit 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 conseils 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 praticiens du droit désapprouvent vivement cette pratique. En général, les tribunaux concentrent leur attention sur les questions dont ils sont saisis, comme cela est indiqué plus haut, 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.

17. Une autre question importante, pour ce qui est de faciliter la coopération entre des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe, pourrait être la capacité ou la volonté des tribunaux de considérer les opérations d'un débiteur d'une manière globale et de tenir compte de l'évolution des procédures d'insolvabilité visant le même débiteur ou d'autres membres du même groupe dans d'autres États. Cette question peut revêtir une importance particulière lorsque les procédures étrangères peuvent avoir des incidences au plan national (par exemple, pour les salariés locaux et sur d'autres questions de politique sociale). Bien que sans effet sur les pouvoirs donnés au tribunal par le droit interne, la connaissance de l'existence des procédures étrangères pourrait néanmoins influencer sur l'approche adoptée par le tribunal à l'égard de la procédure locale et sur sa volonté de la coordonner avec les procédures étrangères. Le problème, cependant, pour le tribunal, consiste à obtenir, sur l'ensemble des opérations du groupe et sur les procédures d'insolvabilité concurrentes, les informations qui seraient nécessaires pour faciliter la coordination, notamment lorsqu'il s'agit d'informations et de dossiers se rapportant à des procédures visant différents débiteurs membres du même groupe dans d'autres États. Le premier aspect consiste donc à avoir accès aux informations pertinentes, le deuxième à les communiquer au tribunal de la procédure locale. Une possibilité serait d'autoriser la communication des documents appropriés ou la comparution devant le tribunal local d'un praticien étranger ou

d'un représentant de l'insolvabilité étranger des membres du même groupe. Nonobstant les difficultés pratiques, il est souhaitable qu'un tribunal puisse prendre note des procédures étrangères susceptibles d'avoir un impact sur la procédure locale concernant un même groupe d'entreprises, en particulier lorsqu'on cherche une solution globale pour le groupe.

18. L'instauration d'une communication dans les affaires d'insolvabilité internationale concernant des groupes d'entreprises peut faciliter les procédures d'insolvabilité internationale de nombreuses manières. Elle peut aider, par exemple, 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; et susciter des réponses plus fiables de la part des parties et éviter ainsi le manque d'objectivité et la tendance à déformer les faits, qui peuvent se manifester lorsque les parties représentent leurs propres intérêts dans leur propre État. 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.

19. Pour qu'elle soit transparente, efficace et crédible, la communication entre les juges ou d'autres parties intéressées devrait reposer sur des procédures appropriées. D'une manière générale, il pourrait être indiqué d'examiner si la communication devrait être systématique ou s'il faudrait y recourir uniquement en dernier ressort; si un juge peut préconiser une ligne de conduite particulière; et si les conditions pouvant régir la communication, comme celles mentionnées ci-après, devraient s'appliquer en toutes circonstances ou si elles pourraient admettre des exceptions. Les tribunaux devraient jouir d'une grande liberté pour communiquer avec les tribunaux étrangers, mais ne devraient pas être tenus de le faire lorsqu'ils jugent la communication inappropriée dans une situation particulière. Il faudrait également définir l'objet de la communication et déterminer, en particulier, si la communication pourrait porter uniquement sur les questions de procédure, ou également sur les questions de fond. Certains juges estiment qu'ils pourraient discuter des questions liées à la gestion des affaires, aux délais, à l'utilisation d'accords internationaux et à la détermination du tribunal qui pourrait régler tel ou tel point, mais pas des questions qui touchent le fond de l'affaire.

b) Moyens de communication

20. Les informations peuvent être communiquées de différentes manières, notamment 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, le courrier électronique ou d'autres moyens électroniques, ou encore le téléphone ou la vidéoconférence, en fonction des moyens disponibles et abordables dans les États entre lesquels les informations sont échangées et de ce qui est approprié ou

nécessaire dans chaque cas. 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) 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. Ainsi, dans un certain nombre d'affaires, on a préféré les vidéoconférences aux 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, ce qui, en général, est un élément central de la procédure judiciaire. Ces technologies n'étant toutefois pas accessibles à tous les tribunaux, il est souhaitable que l'accent soit mis sur les moyens de faciliter la communication pour répondre aux besoins de chaque cas d'espèce, plutôt que sur l'utilisation d'une technologie particulière.

c) Établissement de règles ou de procédures pour les communications entre tribunaux

21. Dans chaque cas d'espèce, il sera souhaitable de déterminer, selon qu'il convient aux États concernés et conformément à la loi applicable, les procédures qui doivent régir les communications entre tribunaux pour concilier les intérêts des différentes parties intéressées et veiller à ce que personne ne voit ses droits fondamentaux lésés. Ces procédures pourraient régir les éléments suivants: les parties qui doivent être avisées de la communication proposée (par exemple, toutes les parties intéressées et leurs conseils); les personnes autorisées à participer à la communication et toute limite susceptible de s'appliquer; les questions à examiner; la question de savoir si les parties partagent les mêmes intentions concernant la communication ou ont la même conception de cette communication; l'organisation et le choix du moment de la communication; l'enregistrement de la 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 la question de savoir qui devrait prendre en charge les frais administratifs); les méthodes acceptables de communication; le traitement des objections à la communication proposée; et les questions de confidentialité et de transparence.

22. Pour régir certaines de ces questions, les tribunaux peuvent adopter des directives telles que les Directives sur les communications entre tribunaux⁸. Ces directives visent en général à promouvoir la transparence de la communication entre les tribunaux, en permettant aux tribunaux de différents États de communiquer entre eux, sans modifier les règles ou procédures internes applicables ni porter atteinte ou faire obstacle aux droits fondamentaux d'une partie à la procédure dont les tribunaux sont saisis.

⁸ 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), disponibles en ligne à l'adresse suivante: <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf>.

i) *Moment, lieu et modalités de la communication*

23. En général, il est souhaitable que le moment, le lieu et les modalités de la communication soient déterminés de manière concertée par les tribunaux, les représentants de l'insolvabilité et les autres parties intéressées, selon le cas. Ces arrangements ne doivent pas nécessairement être conclus directement par les juges, mais pourraient l'être par l'intermédiaire des auxiliaires de justice concernés.

ii) *Notification de la communication proposée*

24. Dans les procédures d'insolvabilité qui visent des groupes d'entreprises multinationaux, il est nécessaire d'établir un équilibre entre le fait de faciliter la communication de sorte qu'elle soit pratique et commode et celui de protéger l'intégrité de la communication en garantissant un processus ouvert et transparent. Diverses parties peuvent être concernées par les communications entre les tribunaux et il peut souvent être difficile, voire impossible, d'identifier chacune d'elles, notamment les créanciers. De plus, il peut arriver que les États concernés appliquent des règles différentes à l'envoi des notifications, ce qui a une incidence sur les questions de délai et sur l'identité des destinataires (en effet les parties intéressées ne sont pas toutes en droit d'être avisées de certaines questions). Un point essentiel sera donc de savoir quelles parties il faut aviser de toute communication proposée, conformément à la loi applicable, et dans quelle mesure les dispositions des différentes lois peuvent être coordonnées. L'absence de règles claires à cet égard pourrait provoquer des retards et une érosion de la valeur, en particulier lorsque la communication est nécessaire pour résoudre ou éviter les conflits, ou pour assurer la coordination de questions spécifiques, comme la vente d'actifs ou la déclaration et la vérification des créances.

25. D'une manière générale, l'envoi de notifications pourrait être facilité par la coopération entre les différents tribunaux, qui établiraient une liste des parties à aviser, sur laquelle pourraient figurer les parties en droit d'être informées de tout acte accompli par les tribunaux en rapport avec les procédures d'insolvabilité, notamment une communication⁹. La coordination de l'envoi des notifications pourrait être assurée via un système électronique ou un site Web, ce qui faciliterait le suivi du changement de l'identité des personnes en droit d'être avisées dans le cadre de nombreuses procédures d'insolvabilité dû, par exemple, à la cession de créances; la réduction des coûts associés à l'envoi de notifications; et la prise en compte des différences existant entre les lois applicables à l'envoi de notifications. Il faudrait, néanmoins, tenir également compte des questions de langue, d'accès et de confidentialité qui pourraient se poser.

iii) *Droit de participation*

26. Pour garantir la crédibilité de la communication et des parties qui y prennent directement part, ainsi que l'équité et la transparence, il est souhaitable que les communications soient ouvertes aux parties concernées, plutôt que de communiquer *ex parte*.

27. Comme indiqué plus haut, cependant, il faut établir un équilibre entre ces exigences et les aspects pratiques de l'organisation et du déroulement des

⁹ Voir Directives sur les communications entre tribunaux, directive 12.

communications. Pour ce faire, il peut être nécessaire de limiter les participants aux “parties intéressées”. Bien que différents critères puissent régir la question de savoir qui peut être considéré comme une “partie intéressée” dans les circonstances particulières de l’affaire ou dans la communication en question, on pourrait généralement partir du principe que les principales parties intéressées sont le débiteur (lorsqu’il n’est pas dessaisi) ou le représentant de l’insolvabilité et tout conseil désigné le cas échéant. Si le principe général veut que les parties intéressées aient le droit de participer, il pourrait être souhaitable que les tribunaux aient le droit de déterminer, au besoin, qui devrait participer à une affaire particulière pour que le processus soit gérable et efficace.

iv) *Enregistrement de la communication comme pièce à verser au dossier*

28. Pour garantir la transparence des communications entre les tribunaux, la loi sur l’insolvabilité peut autoriser l’enregistrement de toute communication et l’établissement d’une transcription. Cette transcription peut être versée au dossier de la procédure et serait, à ce titre, généralement accessible au moins à ceux ayant participé à la communication et à leurs conseils ou, à un public plus large, conformément aux règles qui régissent l’accessibilité à ce type de dossiers.

v) *Confidentialité*

29. En général, les communications entre les tribunaux qui administrent des procédures d’insolvabilité parallèles visant des membres d’un groupe multinational devraient être aussi transparentes que possible pour garantir des conditions équitables aux parties concernées et éviter de les inciter à se prémunir contre l’éventualité d’une issue défavorable. Il est souhaitable que ces informations ne soient pas traitées comme confidentielles simplement parce que la communication se déroule dans un contexte international.

30. Toutefois, il se peut que nombre des informations sur le débiteur et ses affaires devant être examinées et échangées dans le cadre des procédures d’insolvabilité visant des groupes d’entreprises multinationaux soient commercialement sensibles, confidentielles ou soumises à des obligations dues envers des tiers (notamment secrets commerciaux, informations sur la recherche-développement et sur les clients). De telles informations pourraient être particulièrement sensibles dans le cas d’un débiteur visé par une procédure de redressement, où elles devraient peut-être être soumises à l’obligation de confidentialité afin de garantir la poursuite de ses activités et la protection de la valeur. Il faut donc, en conséquence, soigneusement peser leur utilisation et dûment limiter leur communication de sorte que des tiers ne puissent en tirer un avantage déloyal.

31. Les États où se déroulent des procédures d’insolvabilité visant des membres d’un groupe d’entreprises multinational appliquent parfois des règles de fond différentes en ce qui concerne la confidentialité et la communication des informations aux parties. Il faudrait tenir compte de ces différences lorsqu’on envisagera le recours à des communications internationales et la manière dont elles se dérouleront et seront enregistrées, et permettre aux tribunaux de s’entendre sur les mesures de protection à mettre en place pour respecter la loi applicable.

32. Le caractère confidentiel des informations peut en outre être traité dans le cadre d'un accord international¹⁰, qui établirait les conditions d'accès à ces informations, y compris le recours à des accords de confidentialité.

vi) *Coût des communications*

33. Il faudra peut-être tenir compte de la question du coût des communications, en particulier lorsque de nombreuses parties sont concernées et qu'on utilise un moyen de communication, comme la vidéoconférence, qui occasionne des dépenses relativement élevées dans certains États. L'utilisation de plusieurs langues peut également compliquer la communication et avoir des incidences financières s'il faut traduire des documents et interpréter des communications orales. Il importe de déterminer de quelle manière les coûts seront pris en charge par les procédures d'insolvabilité concernées ou comment ils seront répartis entre elles. S'il est prévu de rembourser les dépenses de certaines parties, il faudrait préciser comment le remboursement s'effectuera et dans quelle monnaie.

vii) *Effet de la communication*

34. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser que le simple fait pour un tribunal d'avoir communiqué avec un tribunal étranger dans le contexte de procédures d'insolvabilité internationale n'aurait aucun effet sur l'autorité ou les pouvoirs qui lui sont dévolus, sur les questions dont il est saisi et les ordonnances qu'il rend, ou sur les droits des parties à la communication. Une telle condition rassure les parties quant au fait que la communication entre les autorités intervenant dans les procédures d'insolvabilité ne portera pas atteinte à leurs droits ou n'affectera en rien l'autorité et l'indépendance du tribunal devant lequel elles comparaissent. Elle devrait limiter le risque d'objections aux communications prévues et donner aux tribunaux et à leurs représentants une plus grande souplesse pour collaborer entre eux. Une telle condition peut également garantir que les tribunaux et leurs représentants n'outrepasseront pas leurs pouvoirs lorsqu'ils communiqueront avec leurs homologues dans différents États. Nonobstant cette condition, il devrait être possible pour les tribunaux de s'entendre explicitement sur une série de questions, y compris l'approbation d'un accord d'insolvabilité internationale.

2. **Coordination des actifs et des affaires du débiteur**

35. La conduite des procédures d'insolvabilité internationale visant des groupes d'entreprises 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 des procédures. La coordination de cette utilisation, réalisation et disposition contribuera à éviter les différends et à faire en sorte que le bénéfice de toutes les parties intéressées soit au cœur des préoccupations, notamment en cas de redressement. Par exemple, un membre d'un groupe d'entreprises peut être le fournisseur exclusif d'un autre membre du groupe ou exercer le contrôle exclusif sur une ressource essentielle utilisée par un autre membre, de sorte que la procédure d'insolvabilité visant un de ces membres aura de profondes conséquences pour la poursuite de l'activité de l'ensemble du groupe. La coordination des actifs et des affaires du débiteur peut

¹⁰ Voir le Guide pratique de la CNUDCI, III.B., par. 168 à 171; le Guide législatif, deuxième partie, chap. III, par. 28, 52 et 115 et la recommandation 111.

concerner aussi bien les tribunaux que les représentants de l'insolvabilité. Certaines questions peuvent exiger l'approbation expresse des tribunaux, alors que d'autres peuvent être résolues par la conclusion d'accords entre les représentants de l'insolvabilité.

36. Les questions à prendre en considération pour faciliter la coordination sont notamment les suivantes: l'emplacement des différents actifs et la détermination de l'État dont ils relèvent; 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 différentes parties dans différents États; la manière dont les informations concernant les affaires de différents débiteurs dans différents États peuvent être obtenues et échangées pour assurer la coordination et la coopération; et l'ordre dans lequel les procédures devraient se dérouler. La coordination peut également être utile pour réaliser des recherches sur les actifs du débiteur, envisager d'éventuelles actions en annulation et empêcher le débiteur de mettre ses actifs hors de portée du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Elle peut également exiger que les tribunaux déterminent le for le plus approprié pour traiter une question donnée telle que la vente ou la disposition d'un certain actif, et s'en remettent à ce for dans la mesure autorisée par la loi¹¹.

3. Nomination d'un représentant du tribunal

37. Un tribunal peut nommer un représentant pour faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité qui visent les membres d'un groupe d'entreprises, lorsqu'elles ont lieu dans différents États. Cette personne peut exercer diverses fonctions, selon les instructions des tribunaux, mais ne devrait pas être considérée comme un représentant de l'insolvabilité supplémentaire ni comme un remplaçant du représentant de l'insolvabilité existant. Ces fonctions pourraient être notamment: agir en qualité d'intermédiaire pour les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité concernés, en particulier lorsque des questions de langue sont en jeu; élaborer un accord d'insolvabilité internationale en consultation avec les parties concernées; promouvoir le règlement amiable des problèmes entre parties; faciliter le flux d'informations entre les différentes procédures; et faire en sorte qu'une notification concernant certains actes devant les tribunaux soit communiquée à toutes les parties intéressées (comme, par exemple, les autres membres du groupe d'entreprises, les créanciers, les tribunaux ou les représentants de l'insolvabilité étrangers). Le tribunal qui nomme le représentant énonce généralement les conditions dans lesquelles la personne ainsi nommée est autorisée à agir et les pouvoirs qui lui sont dévolus. Elle peut être nommée soit dans un but précis, tel que la négociation d'un accord d'insolvabilité internationale, soit, plus généralement, pour remplir certaines des fonctions énumérées ci-dessus. Cette personne peut être tenue de faire régulièrement rapport au tribunal ou aux tribunaux intervenant dans les procédures, ainsi qu'aux parties.

¹¹ La répartition de certaines tâches entre les différents tribunaux est examinée dans le Guide pratique de la CNUDCI, chap. II, par. 18 à 20; chap. III, par. 59 à 74.

4. Coordination des audiences

38. Les audiences diversement décrites comme conjointes, simultanées ou coordonnées (“audiences coordonnées”)¹² peuvent considérablement favoriser l’efficacité des procédures d’insolvabilité parallèles qui visent des membres d’un groupe d’entreprises multinational, en réunissant simultanément les parties intéressées pour échanger des informations et examiner et régler les questions en suspens ou les conflits potentiels, et permettent ainsi d’éviter les négociations interminables et les retards qui en résultent. À propos de ces audiences, cependant, on soulignera que chaque tribunal devrait se prononcer en toute indépendance, sans être influencé par l’autre tribunal. Si ces audiences sont relativement faciles à organiser au sein d’un même État pour garantir la coordination des procédures qui visent différents membres d’un groupe, elles peuvent se révéler très compliquées à organiser sur le plan logistique dans un contexte international du fait de la multiplicité des langues, des fuseaux horaires, des lois, des procédures et des traditions judiciaires. Elles peuvent aboutir à une impasse si, par exemple, les compétences des autorités qui participent à l’audience ne sont pas clairement arrêtées d’un commun accord ou clairement définies.

39. Bien que potentiellement difficiles à organiser, des audiences de ce type ont été utilisées entre certains États qui parlent la même langue, partagent la même tradition juridique et se trouvent dans des fuseaux horaires similaires, et ont permis de résoudre efficacement des questions difficiles dans l’intérêt de toutes les parties concernées¹³. On pourrait, dans l’avenir, utiliser plus largement ce type d’audiences en s’appuyant sur des procédures et des garanties appropriées pour faciliter une bonne planification et éviter les complications. Ces règles de procédure pourraient régir, par exemple, le recours à des conférences préalables aux audiences; la conduite des audiences, notamment la langue qui sera utilisée et la nécessité de services d’interprétation; les prescriptions relatives à l’envoi de notifications; les méthodes de communication à utiliser pour que les tribunaux puissent chacun entendre l’autre simultanément; les conditions applicables au droit de comparaître et d’être entendu; les documents qui peuvent être soumis; les tribunaux auxquels les participants peuvent soumettre des documents; les modalités de soumission des documents au tribunal et leur disponibilité pour les autres tribunaux; la question de la confidentialité; la limitation de la compétence de chaque tribunal aux parties comparaisant devant lui¹⁴; et le prononcé des décisions.

40. Certaines directives et certains accords concernant ces types d’audiences prévoient que, pour préparer celles-ci au mieux en vue de leur bon déroulement, les tribunaux, les personnes qu’ils nomment ou les représentants de l’insolvabilité devraient communiquer avec leurs homologues étrangers avant l’audience afin d’établir les principes qui régiront toutes les questions procédurales, administratives et préliminaires. Une fois une audience terminée, les autorités compétentes pourraient continuer à communiquer pour évaluer le contenu de l’audience, discuter des étapes suivantes (notamment des audiences supplémentaires), élaborer des

¹² Ces types d’audiences sont examinés dans le Guide pratique de la CNUDCI, chap. III, par. 154 à 159.

¹³ Ex Corporation, Alberta Court of Queen’s Bench, affaire n° 9701-10022 (28 janvier 1998), et United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, affaire n° 11-97-14362-MA (28 janvier 1998).

¹⁴ Voir la Loi type de la CNUDCI, article 10.

lignes directrices ou modifier celles qui existent pour les audiences futures, examiner si le prononcé d'ordonnances communes est possible ou justifié, et déterminer la manière de résoudre certaines questions de procédure soulevées à l'audience¹⁵.

Recommandations 240 à 245

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives sur la coopération faisant intervenir des tribunaux dans le contexte des groupes d'entreprises multinationaux est:

a) D'autoriser la coopération entre les tribunaux saisis de procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États;

b) D'autoriser la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés pour administrer ces différentes procédures; et

c) De faciliter et de promouvoir le recours à différentes formes de coopération pour coordonner les procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États et définir les conditions et les garanties qui devraient s'appliquer à ces formes de coopération pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties ainsi que l'autorité et l'indépendance des tribunaux.

Contenu des dispositions législatives¹⁶

Coopération entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

240. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises de coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers¹⁷, soit directement, soit par l'intermédiaire du représentant de l'insolvabilité ou d'une autre personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal, pour faciliter la coordination de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe.

Coopération dans toute la mesure possible faisant intervenir les tribunaux

241. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dans toute la mesure possible entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

¹⁵ Voir également le Guide pratique de la CNUDCI, supra note 12; Directives sur les communications entre tribunaux, directive 9 e).

¹⁶ Ces recommandations sur la coopération visent à permettre et non à imposer la coopération et sont conformes aux articles correspondants de la Loi type (art. 25-1 et 26-1).

¹⁷ Désigne, aux termes de l'article 2 d) de la Loi type, "une personne ou un organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère".

- a) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal, [dont la remise au tribunal étranger ou au représentant étranger de copies des documents qui ont été délivrés par le tribunal ou qui ont été ou doivent être déposés auprès du tribunal concernant les membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité ou la participation à des communications avec le tribunal étranger ou le représentant étranger];
- b) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité;
- c) La nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal; et
- d) L'approbation ou l'application des accords concernant la coordination des procédures d'insolvabilité conformément à la recommandation 254.

*Communication directe entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers*¹⁸

242. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises de communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers ou de leur demander directement des informations ou une assistance au sujet de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe.

Conditions applicables aux communications internationales faisant intervenir les tribunaux

243. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication entre les tribunaux et entre les tribunaux et les représentants étrangers [conformément aux présentes recommandations] devrait être soumise aux conditions suivantes:

- a) Le moment, le lieu et les modalités de la communication devraient être déterminés entre les tribunaux ou entre les tribunaux et les représentants étrangers;
- b) Notification de toute communication proposée devrait être donnée aux parties intéressées conformément au droit applicable;
- c) Un représentant de l'insolvabilité devrait avoir le droit de participer en personne à une communication. Une partie intéressée peut y participer conformément au droit applicable et si le tribunal le juge approprié;
- d) La communication peut être enregistrée et une transcription établie selon les instructions des tribunaux. Cette transcription peut être traitée comme une transcription officielle de la communication et versée au dossier de la procédure;
- e) Les communications ne devraient être traitées comme confidentielles que dans des cas exceptionnels, dans la mesure jugée appropriée par les tribunaux et conformément au droit applicable; et

¹⁸ Voir la Loi type de la CNUDCI, articles 25-2 et 26-2.

f) Les communications devraient respecter les règles impératives des États entre lesquels elles sont échangées ainsi que les droits fondamentaux et procéduraux des parties intéressées, en particulier la confidentialité des informations.

244. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication faisant intervenir les tribunaux [conformément aux présentes recommandations] [conformément aux recommandations 240 à 245] n'implique:

- a) Aucune atteinte, ou renonciation de la part du tribunal, à quelque pouvoir, attribution ou autorité que ce soit;
- b) Aucune décision sur le fond concernant une question portée devant le tribunal;
- c) Aucune renonciation de la part des parties à leurs droits fondamentaux ou prétentions; ni
- d) Aucune diminution de l'effet d'une ordonnance rendue par le tribunal.

Coordination des audiences

245. La loi sur l'insolvabilité peut permettre au tribunal de tenir une audience en coordination avec un tribunal étranger. Lorsque des audiences sont coordonnées, elles peuvent être soumises à certaines conditions qui protègent les droits fondamentaux et procéduraux des parties et la compétence de chaque tribunal. Ces conditions pourraient concerner les règles applicables à la conduite de l'audience; les prescriptions relatives à l'envoi d'une notification; la méthode de communication à utiliser; les conditions applicables au droit de comparaître et d'être entendu; les modalités de soumission des documents au tribunal et leur disponibilité pour le tribunal étranger; et la limitation de la compétence de chaque tribunal aux parties comparaisant devant lui¹⁹. Nonobstant la coordination des audiences, chaque tribunal reste tenu de rendre ses propres décisions sur les questions dont il est saisi.

D. Formes de coopération faisant intervenir les représentants de l'insolvabilité

1. Coopération des représentants de l'insolvabilité

41. Comme il est noté plus haut (voir deuxième partie, chap. III, par. 35 et suivants), le représentant de l'insolvabilité joue un rôle central dans l'application effective et efficace de la loi sur l'insolvabilité, car il est responsable au quotidien de la gestion de la masse de l'insolvabilité du débiteur. À ce titre, les représentants de l'insolvabilité joueront un rôle clef dans la coordination efficace des multiples procédures visant les membres d'un groupe d'entreprises, en collaborant entre eux et avec les tribunaux concernés. À cette fin, le représentant de l'insolvabilité, tout comme le tribunal, aura besoin d'être dûment autorisé à accomplir les tâches nécessaires, comme le partage d'informations, la coordination de l'administration et de la surveillance quotidiennes des affaires du débiteur, la négociation d'accords d'insolvabilité internationale, etc.

¹⁹ Voir également la Loi type de la CNUDCI, art. 10.

42. Comme il est noté plus haut, ces arrangements concernant la coopération et la coordination ne peuvent diminuer ou supprimer les obligations qui incombent à un représentant de l'insolvabilité en vertu de la loi régissant sa nomination.

Recommandations 246 à 250

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant la coopération entre représentants de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises multinationaux est:

a) D'autoriser la coopération entre représentants de l'insolvabilité nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États; et

b) De faciliter et de promouvoir le recours à différentes formes de coopération entre ces représentants de l'insolvabilité et de définir les conditions et les garanties qui devraient s'y appliquer pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties.

Contenu des dispositions législatives

Coopération entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers

246. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers pour faciliter la coordination de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres [de ce] [du même] groupe.

Coopération entre représentants de l'insolvabilité

247. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de coopérer dans toute la mesure possible avec les représentants étrangers²⁰ nommés pour administrer les procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres [de ce] [du même] groupe afin de faciliter la coordination de ces procédures.

Communication entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers

248. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les tribunaux étrangers au sujet de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres [de ce] [du même] groupe.

²⁰ Voir la note de bas de page 17 ci-dessus pour la définition du représentant étranger, qui viserait également un représentant de l'insolvabilité désigné à titre provisoire.

Communication entre représentants de l'insolvabilité

249. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les représentants étrangers nommés pour administrer les procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres [de ce] [du même] groupe au sujet de ces procédures.

Coopération dans toute la mesure possible entre représentants de l'insolvabilité

250. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dans toute la mesure possible entre représentants de l'insolvabilité peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) Le partage et la communication d'informations concernant les membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité, à condition que des dispositions appropriées soient prises pour protéger les informations confidentielles;

b) L'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale, conformément à la recommandation 253²¹;

c) La répartition des tâches entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination à un seul représentant de l'insolvabilité;

d) La coordination en ce qui concerne l'administration et la surveillance des affaires des membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité, [notamment les opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; le financement postérieur à l'ouverture; la protection des actifs; l'utilisation et la disposition d'actifs; l'utilisation des pouvoirs d'annulation; la communication avec les créanciers et les réunions de créanciers; la déclaration et l'admission des créances, y compris des créances intragroupe; et la répartition du produit de la disposition entre les créanciers]; et

e) La coordination en ce qui concerne la proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés.

2. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité

43. On peut également aborder la question de la promotion de la coordination par le biais de la nomination du représentant de l'insolvabilité en envisageant, par exemple, la nomination du même représentant ou d'un représentant unique pour des procédures d'insolvabilité multiples concernant des membres du même groupe dans différents États où cette personne (physique ou morale) répond aux conditions locales applicables (voir chap. II, par. 139 à 145 sur les procédures nationales). Outre les avantages que pourrait présenter cette nomination pour les procédures nationales multiples, elle peut, dans le contexte international, considérablement

²¹ Voir le Guide pratique de la CNUDCI, qui réunit des données d'expérience pratique dans le domaine de l'utilisation et de la négociation de tels accords, et examine les questions habituellement traitées.

faciliter la coopération entre les différentes procédures et le redressement du groupe dans son ensemble.

44. Comme il est indiqué plus haut s'agissant du contexte national, pour déterminer s'il conviendrait de nommer un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité, il faudrait étudier la nature du groupe, et notamment le degré d'intégration de ses membres et sa structure commerciale. Il est également très souhaitable que toute personne pressentie à cette fonction ait une expérience et une connaissance appropriées (voir deuxième partie, chap. III, par. 39) des questions d'insolvabilité internationale et que cette connaissance et cette expérience soient soigneusement examinées avant la nomination pour s'assurer qu'elles correspondent aux membres du groupe concernés et aux activités qu'ils mènent. Il est souhaitable que la nomination d'un représentant unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer deux membres ou plus d'un groupe n'intervienne que lorsqu'elle est dans l'intérêt des procédures d'insolvabilité.

45. Si une telle personne pouvait être nommée, elle serait soumise au droit local des États dans lesquels elle a été nommée pour ce qui est, en particulier, des qualifications, de la licence (le cas échéant), des pouvoirs et des devoirs, et du contrôle du tribunal. Par conséquent, le représentant de l'insolvabilité serait soumis aux mêmes conditions locales que tout représentant de l'insolvabilité nommé dans l'un de ces États.

46. Pourrait être nommée une personne physique qualifiée pour agir dans différents États ou une personne morale, lorsque celle-ci emploie ou comprend parmi ses membres des individus dûment qualifiés qui pourraient jouer le rôle de représentants de l'insolvabilité dans un certain nombre d'États différents. Bien que la possibilité de trouver des personnes possédant ces qualifications risque généralement d'être limitée, elle peut être plus courante dans certaines régions ou s'accroît du fait de la mondialisation des échanges et des services.

47. Lorsqu'une telle approche est adoptée, il peut être nécessaire d'envisager des dispositions pour éviter les conflits d'intérêts potentiels. Un tel conflit pourrait survenir lorsque les membres du groupe représentés par un représentant de l'insolvabilité unique ont des intérêts divergents sur une question particulière, comme le financement postérieur à l'ouverture ou la vérification et l'admission des créances, notamment des créances intragroupe, ou s'il existe un conflit direct entre les obligations qui incombent au représentant de l'insolvabilité en vertu de différentes lois sur l'insolvabilité. Ces cas pourraient être traités de la même manière que la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité dans le contexte national (voir chap. II, par. 144 et recommandation 233).

Recommandations 251 et 252

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant la nomination du représentant de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises multinationaux est, dans le but de promouvoir une administration effective et efficace des procédures d'insolvabilité visant des membres du même groupe d'entreprises dans différents États,

a) D'autoriser, lorsque le tribunal estime qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts des procédures d'insolvabilité concernées, la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer les procédures multiples; et

b) De traiter tout conflit d'intérêts susceptible de survenir lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant est nommé.

Contenu des dispositions législatives

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité

251. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal, dans les cas appropriés, d'agir en coordination avec les tribunaux étrangers pour ce qui est de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer les procédures d'insolvabilité visant les membres du même groupe d'entreprises dans différents États, à condition que le représentant de l'insolvabilité soit qualifié pour être nommé dans chacun des États concernés. Dans la mesure exigée par la loi [sur l'insolvabilité] [applicable], le représentant de l'insolvabilité serait soumis au contrôle de chaque tribunal qui le nomme.

Conflit d'intérêts

252. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États. Ces mesures peuvent inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

E. Utilisation d'accords d'insolvabilité internationale²²

48. 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 internationale en l'absence d'adoption généralisée de règles de droit nationales ou internationales propres à faciliter le processus, ont élaboré des accords d'insolvabilité internationale. Ces accords sont examinés en détail dans le Guide pratique de la CNUDCI. Ils ont pour objectif de traiter les questions qui se posent dans les affaires d'insolvabilité internationale, de manière à en faciliter le règlement par l'instauration entre les tribunaux, le débiteur et d'autres parties intéressées de liens de coopération internationale afin de permettre aux intéressés de travailler efficacement, et d'accroître le montant des réalisations pour les créanciers dans des procédures potentiellement concurrentes menées dans différents États. Leur utilisation peut réduire de manière efficace le coût des procédures judiciaires et permettre 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. En outre, en plus de clarifier les attentes des

²² Pour un examen détaillé de la question des accords d'insolvabilité internationale, voir le Guide pratique de la CNUDCI.

parties, ces accords peuvent contribuer à préserver les actifs du débiteur et à en maximiser la valeur. Dans la pratique, à ce jour, ces accords ont généralement été approuvés par les tribunaux, mais ils pourraient aussi être approuvés par des créanciers ou des comités de créanciers ou fonctionner comme des arrangements contractuels entre les signataires.

49. Les accords d'insolvabilité internationale sont généralement conclus pour faciliter la coopération et la coordination internationales dans le cadre de plusieurs procédures d'insolvabilité engagées dans différents États. Ils 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.

50. Les accords peuvent être considérés comme des contrats entre signataires ou, en cas d'approbation du tribunal, obtenir le statut juridique d'une ordonnance. Ils peuvent couvrir une ou plusieurs questions et rien n'empêche les parties de conclure plusieurs accords à mesure que les procédures progressent pour traiter d'autres questions qui se posent. Il n'est pas rare, par exemple, que des accords concernant la communication et la coopération en général soient conclus au début des procédures et soient suivis, ultérieurement, par des accords spécifiques portant sur la procédure à suivre pour le traitement des créances. Les accords d'insolvabilité internationale ne doivent donc pas nécessairement être conclus dans un délai précis, comme avant l'ouverture des procédures. S'il est certes préférable de les conclure au début des procédures pour répondre aux attentes et apporter une certaine clarté, ils peuvent également être conclus ultérieurement, lorsque se posent des questions précises qui nécessitent une coopération. Les accords existants peuvent également être modifiés, sous réserve des conditions prévues à cet effet dans leurs clauses.

51. Comme il est noté plus haut, les accords d'insolvabilité internationale 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, selon les besoins de l'affaire et les problèmes à résoudre. 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, lorsque des créances sont déclarées sur les actifs d'un membre du groupe soumis à une procédure de faillite dans un autre État;
- 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 pour les questions qui se recoupent;
- l) La répartition des rôles entre les parties à l'accord;
- m) Les frais et les rémunérations; et
- n) Les clauses d'encadrement.

52. Les clauses d'encadrement prévues visent en général à faire en sorte que rien dans l'accord ne permette de se soustraire à l'indépendance et à l'autorité du tribunal, ni de déroger aux dispositions d'ordre public et à la loi applicable pour ce qui est, en particulier, des obligations que le représentant de l'insolvabilité ou les parties, y compris le débiteur, peuvent avoir contractées.

53. Ces accords toujours plus fréquents, surtout dans certains États, sont utilisés avec succès dans différentes situations: procédures concurrentes de redressement et de liquidation dans différents États; procédures principales et non principales telles que définies dans la Loi type; et procédure d'insolvabilité dans un État et procédure autre qu'une procédure d'insolvabilité dans un autre État. On notera toutefois que si la loi sur l'insolvabilité de certains États peut permettre aux tribunaux d'approuver des accords internationaux concernant le même débiteur (par le biais, par exemple, de dispositions analogues à l'article 27 de la Loi type), cette autorisation ne s'étend pas obligatoirement à l'utilisation de ces accords dans le contexte du groupe. Ce qui peut faciliter la résolution globale des difficultés financières d'un groupe (qu'il s'agisse d'un redressement global ou de la combinaison de différentes procédures), c'est un accord qui prévoit de coordonner diverses procédures visant différents débiteurs membres du même groupe dans différents États. De nombreuses lois n'ont pas les dispositions nécessaires pour permettre à un tribunal d'approuver ou de reconnaître un accord relatif non seulement aux débiteurs relevant de sa compétence, mais aussi aux débiteurs qui n'en relèvent pas, même s'ils sont membres du même groupe d'entreprises.

54. C'est pourquoi il est souhaitable, pour renforcer la coopération internationale, qu'une loi sur l'insolvabilité autorise les parties concernées – représentants de l'insolvabilité et autres parties intéressées – à conclure des accords d'insolvabilité internationale concernant différents membres d'un groupe dans différents États et permette aux tribunaux de les approuver ou de les appliquer, en tenant compte du contexte de groupe. On notera que différents États peuvent avoir des exigences de forme différentes, qui devront être respectées pour que ces accords produisent leurs effets dans les États concernés.

Recommandations 253 et 254

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant les accords d'insolvabilité internationale est d'assurer que la loi sur l'insolvabilité:

- a) Permette l'utilisation de ces accords pour faciliter la coopération en ce qui concerne des procédures d'insolvabilité visant les membres du même groupe d'entreprises dans différents États; et
- b) Autorise, si nécessaire, l'approbation de ces accords par le tribunal.

Contenu des dispositions législatives

Pouvoir de conclure des accords d'insolvabilité internationale

253. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité et à d'autres parties intéressées de conclure un accord d'insolvabilité internationale concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité visant ces membres.

Approbation ou application d'accords d'insolvabilité internationale

254. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal d'approuver ou d'appliquer un accord d'insolvabilité internationale concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité visant ces membres.