Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1

Assemblée générale

Distr. générale
31 août 2009
Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-septième session
Vienne 9-13 novembre 2009

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

Troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

Table des matières

		Paragraphes	*Page*
III.	Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales	1-47	2
	A. Introduction	1-6	2
	B. Promouvoir la coopération internationale et la coordination des procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises	7-47	4

V.09-86094 (F) 290909 300909

Merci de recycler

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 pratique[1]] 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 lorsqu'un redressement est visé.

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 1er 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, siégeant sous la présidence de Lord Hoffmann, s'est demandée si le Royaume-Uni devrait adhérer à la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité, la commission a noté l'échec de la convention à traiter les groupes de sociétés – forme la plus courante de modèle d'entreprises. Lorsque la convention est devenue le Règlement n° 1346/2000 du Conseil européen (CE) du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le Règlement CE), la question n'était toujours pas abordée. Lorsque le texte de ce qui est devenu la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale a été débattu, il a été jugé prématuré de parler des groupes.

4. Une affaire dont il a été largement fait écho illustre l'un des problèmes clefs concernant les groupes dans le contexte international; il s'agit de l'affaire KPNQwest, qui a fait faillite le jour où le Règlement CE est entré en vigueur, le 31 mai 2002. 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 de câbles étaient constitués d'anneaux optiques: en Europe, la partie française de l'anneau était détenue par une filiale française; la partie allemande par 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 incorporées. Personne n'a été capable de coordonner la procédure, et celle-ci a été abandonnée. L'examen d'autres affaires d'insolvabilité internationale confirmerait les faiblesses du système existant; il est souvent difficile de concilier 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 la volonté de faciliter la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un groupe ou d'une partie d'un groupe dans une situation transnationale d'une manière qui permettrait d'atteindre l'objectif consistant à maximiser la valeur au profit de tous les créanciers. L'histoire de l'insolvabilité internationale depuis l'affaire Maxwell en 1991[2] met en évidence les problèmes rencontrés lors de la gestion 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.

5. Il a longuement été débattu, ces derniers temps, des éléments qui devraient constituer la base d'un régime juridique qui traite l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises. Il a notamment été proposé d'adapter la notion de "centre des intérêts principaux", étant donné qu'elle s'applique aussi bien à un débiteur autonome qu'à un groupe d'entreprises, pour permettre l'ouverture et

---

[2] Cette affaire impliquait les États-Unis et le Royaume-Uni. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741 (15 janvier 1992), et The High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991 (31 décembre 1991).

l'administration de toutes les procédures visant les membres d'un groupe dans un lieu unique par le biais d'un tribunal et selon une seule législation. Il a également été proposé de désigner, pour le groupe, un centre de coordination qui pourrait être déterminé en fonction du lieu du membre qui exerce le contrôle ou d'autoriser les membres du groupe à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans le pays où la procédure d'insolvabilité de la société mère a été ouverte[3].

6. Ces propositions soulèvent des questions importantes et complexes. Certaines sont liées à la nature 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'aux questions de la compétence à l'égard des membres du groupe, de la possibilité d'ouvrir une procédure d'insolvabilité et de 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 une certaine sécurité juridique et prévisibilité dans les procédures d'insolvabilité internationales des groupes d'entreprises.

B. Promouvoir la coopération internationale et la coordination des procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises

1. Introduction

7. Pour trouver une solution à la question de savoir comment faciliter le traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, il faudrait dans un premier temps s'assurer que les principes existants en matière de coopération internationale s'appliquent aux procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises. La coopération des tribunaux et des représentants de l'insolvabilité dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux pourrait 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, dans certains groupes d'entreprises, il est possible d'engager des procédures d'insolvabilité distinctes en raison du faible degré d'intégration et de la relative indépendance des membres, dans la plupart des groupes d'entreprises, la coopération peut être le seul moyen de réduire le risque de fragmentation des procédures d'insolvabilité, ce qui pourrait détruire la valeur d'exploitation de l'entreprise et aboutir à un cantonnement des actifs, ainsi qu'à un transfert des actifs et à une recherche abusive du for le plus avantageux par les débiteurs.

8. L'absence d'un cadre législatif ou les incertitudes quant à la portée des pouvoirs législatifs en matière de coopération avec les tribunaux et représentants de

---

[3] 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.

l'insolvabilité étrangers ont pour conséquence de limiter très souvent la coopération et la coordination entre juges et représentants de l'insolvabilité de différentes juridictions dans les cas d'insolvabilité internationale. La Loi type de la CNUDCI prévoit précisément ce cadre législatif autorisant la coopération et la communication à l'échelle internationale 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 individuels, elles ne s'appliquent que de manière limitée aux groupes d'entreprises. La coordination des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises se distingue essentiellement par le fait que le tribunal d'un pays ne traite pas nécessairement le même débiteur que les tribunaux d'autres pays (même s'il peut y avoir un débiteur commun lorsque différents membres du groupe ont des actifs dans différents pays, situation qui est prévue dans la Loi type). Le lien qui relie 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 en vertu de la législation nationale, chaque procédure sera considérée comme autonome et indépendante des autres procédures, et une coopération ne sera pas justifiée, car elle pourrait compromettre l'indépendance des tribunaux locaux ou être jugée inutile du fait que chaque procédure est essentiellement nationale. Il peut être possible, dans certains cas, de traiter chaque membre du groupe individuellement, mais dans la plupart des groupes d'entreprises, une solution plus générale et si possible globale qui tienne compte de la manière dont le groupe réalisait ses opérations et qui vise des domaines d'activité distincts ou l'ensemble du groupe d'entreprises, en particulier lorsque les activités des membres sont étroitement liées, permettrait d'obtenir de meilleurs résultats pour les différents membres.

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. Formes de coopération avec des tribunaux

11. Il existe plusieurs 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 supervision et de l'administration des affaires du débiteur. Dans le cas d'un débiteur unique, la coopération est autorisée en vertu des 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 du Conseil de l'Union européenne 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 secondaires 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 du Conseil stipule que le syndic de la procédure principale et les syndics des procédures secondaires ont 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 du Conseil n'abordent la nécessité de coopérer dans le cas des groupes d'entreprises, où ces obligations doivent s'appliquer plus largement et où la distinction entre procédure principale et procédures non principales ou secondaires n'a pas lieu d'être, sauf dans le cas de procédures multiples ouvertes à l'encontre d'un membre distinct du groupe.

a) Communication entre les tribunaux

i) Considérations générales

12. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type[4] indique qu'il est souhaitable d'autoriser les tribunaux dans les procédures d'insolvabilité internationale à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers pour éviter le recours aux procédures traditionnelles et longues que sont les commissions rogatoires, la communication par le biais d'une juridiction supérieure ou d'autres moyens diplomatiques ou consulaires. Cette capacité est essentielle 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, de leur propre initiative, demander 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.

13. 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 spécifiquement autorisés à communiquer entre eux, très souvent, les tribunaux de différents pays hésitent ou ne sont guère disposés à le faire 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

---

[4] Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 179.

d'autres, elles ne sont pas acceptables. 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, 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.

14. 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 menées dans d'autres pays visant le même débiteur ou d'autres membres du même groupe. Cette question pourrait revêtir une importance particulière lorsque les procédures étrangères peuvent avoir des incidences au plan national (par exemple, pour les employés locaux et sur d'autres questions de politique sociale). Bien que sans effet sur les pouvoirs donnés aux tribunaux en vertu de la législation nationale, la connaissance de l'existence de procédures étrangères pourrait néanmoins avoir des effets 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 les informations nécessaires sur les opérations mondiales d'un débiteur et sur les procédures d'insolvabilité concurrentes. Une possibilité serait d'autoriser la communication des documents pertinents ou la comparution d'un praticien ou d'un représentant de l'insolvabilité étranger devant le tribunal local. Nonobstant les difficultés pratiques, il est souhaitable qu'un tribunal puisse prendre acte des procédures d'insolvabilité étrangères susceptibles d'avoir un impact sur la procédure locale, en particulier lorsqu'on cherche une solution globale pour un groupe d'entreprises multinational.

15. L'instauration d'une communication dans les affaires internationales visant des groupes d'entreprises 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.

16. La communication entre les juges ou d'autres parties intéressées devrait se faire selon des procédures appropriées pour s'assurer qu'elle est ouverte, efficace et crédible. D'une manière générale, il pourrait être indiqué d'établir si la communication devrait faire systématiquement partie de la procédure ou s'il faudrait y recourir uniquement lorsqu'elle est jugée strictement nécessaire; si un juge peut préconiser d'adopter une ligne de conduite particulière; et, s'agissant des conditions éventuellement applicables à la communication, comme celles mentionnées ci-après, si elles devraient s'appliquer en toutes circonstances ou s'il pourrait y avoir des exceptions. Les tribunaux devraient jouir d'une grande liberté pour communiquer avec les instances étrangères, 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 ne pourrait porter que sur les questions de procédure, ou également sur les questions de fond. Certains juges estiment qu'ils pourraient examiner des questions liées à la gestion des affaires, aux délais, à l'utilisation d'accords internationaux et à la détermination du tribunal qui pourrait résoudre une question, mais pas les questions qui touchent le fond de l'affaire.

ii) Moyens de communication

17. 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 de ce qui est disponible et abordable dans les États entre lesquels les informations sont échangées et de ce qui est approprié ou indispensable dans chaque cas. Une 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, 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, on privilégie les vidéoconférences 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, 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.

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

18. Dans chaque cas d'espèce, il sera souhaitable de déterminer, pour les juridictions concernées et conformément à la loi applicable, les procédures qui doivent régir les communications entre tribunaux pour concilier les intérêts des

différentes parties prenantes et veiller à ce que personne ne voit ses droits fondamentaux lésés par les modalités prévues. Ces procédures pourraient régir les éléments suivants: les parties qui doivent être avisées de la communication proposée (par exemple, toutes les parties et leurs représentants ou avocats); 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.

19. Pour régir certaines de ces questions, les tribunaux peuvent adopter des directives telles que les Directives sur les communications entre tribunaux[5]. De telles directives visent en général à promouvoir la transparence de la communication entre les tribunaux, ce qui permet aux juridictions de différents pays de communiquer entre elles sans changer les règles ou procédures internes applicables ni porter atteinte ou faire obstacle aux droits fondamentaux d'une partie quelconque à la procédure dont les tribunaux sont saisis.

– Moment, lieu et modalités de la communication

20. 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 prenantes, selon le cas. Ces arrangements ne doivent pas nécessairement faire intervenir directement les juges, mais pourraient être conclus par l'intermédiaire des auxiliaires de justice concernés.

– Notification de la communication proposée

21. Pour les procédures d'insolvabilité qui visent des groupes d'entreprises multinationaux, il faut établir un équilibre entre la promotion d'une communication pratique et commode et la protection de 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 est souvent difficile, voire impossible, d'établir l'identité de chacune d'elles, notamment des créanciers. De plus, les États concernés appliquent parfois des règles différentes à propos des notifications, ce qui a un effet sur la détermination du moment et de l'identité des destinataires (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. L'absence de règle claire à cet égard pourrait provoquer des retards et une érosion de la valeur, en particulier lorsque la

[5] 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.

communication est indispensable 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.

22. D'une manière générale, l'envoi de notifications pourrait être appuyé par la coopération entre les différents tribunaux et par l'établissement d'une liste des parties qui doivent être avisées, sur laquelle pourraient figurer les parties en droit d'être informées de toute procédure en rapport avec la procédure d'insolvabilité, notamment la communication[6]. 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 parties prenantes en droit d'être informées des nombreuses procédures d'insolvabilité résultant, par exemple, de 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.

– Droit de participation

23. Pour garantir la crédibilité de la communication et des parties directement concernées, ainsi que la transparence et l'équité, il est souhaitable que les communications soient ouvertes aux parties en question, plutôt que de communiquer ex parte.

24. Comme indiqué plus haut, cependant, il faut établir un équilibre entre ces exigences et les aspects pratiques de l'organisation et du déroulement des communications. Pour ce faire, on pourrait limiter les participants aux "parties visées". Bien que différents critères puissent régir la question de savoir qui constitue une "partie visée" dans les pays concernés, on pourrait généralement tenir pour acquis que les principales parties intéressées sont le débiteur, le représentant de l'insolvabilité et le conseiller juridique correspondant. Tandis que le principe général veut que les parties visées aient le droit de participer, il pourrait être souhaitable que les tribunaux aient le droit de décider, au besoin, de limiter le nombre de participants pour que le processus se déroule dans des limites raisonnables.

– Enregistrement de la communication comme pièce à verser au dossier

25. Pour garantir la transparence des communications entre les tribunaux, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser à enregistrer toute communication et à en établir une transcription. Cette transcription peut être versée au dossier de la procédure et être, à ce titre, accessible au moins aux parties à la communication ou, plus généralement, conformément aux règles qui régissent l'accès aux dossiers des tribunaux.

– Confidentialité

26. En général, les communications entre les tribunaux qui connaissent de procédures d'insolvabilité parallèles visant des membres d'un groupe multinational devraient être aussi transparentes que possible pour garantir des conditions

[6] Voir Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal, directive 12.

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.

27. 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, auquel cas 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 limiter leur communication de sorte que des tiers ne puissent en tirer un avantage déloyal.

28. Les pays engagés dans 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 peut-être tenir compte de ces différences lorsqu'on envisagera des communications internationales et la manière dont elles se dérouleront et seront enregistrées, et permettre aux tribunaux de s'entendre sur les protections à mettre en place pour respecter la loi applicable.

29. Le caractère confidentiel des informations peut en outre être traité dans le cadre d'un accord international[7], qui établirait les modalités d'accès à ces informations, y compris le recours à des accords de confidentialité.

– Coût des communications

30. 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. S'il est prévu de rembourser les dépenses de certaines parties, il faut préciser comment le remboursement s'effectuera et dans quelle monnaie.

– Effet de la communication

31. Lorsqu'un tribunal communique avec un tribunal étranger dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité internationale, la loi sur l'insolvabilité devrait préciser que la communication n'aura pas d'effet important sur l'autorité ou les pouvoirs du tribunal, les affaires dont il est saisi, ses ordonnances, ou les droits et revendications des parties à la communication. Une telle condition rassure les

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

parties quant au fait que la communication entre les autorités associées à la procédure d'insolvabilité ne portera pas atteinte à leurs droits et n'affectera en rien le pouvoir et l'indépendance du tribunal devant lequel elles comparaissent. Cela devrait limiter les objections qui pourraient être opposées 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'il communiqueront avec les autres parties dans différents pays.

b) Coordination des actifs et des affaires du débiteur

32. 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 de la procédure. 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 sur la poursuite de l'activité de l'ensemble du groupe. La coordination des actifs et des affaires du débiteur peut 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.

33. Les questions à prendre en considération pour faciliter la coordination sont notamment les suivantes: l'emplacement des différents actifs et la détermination du système juridique 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 ces différentes parties dans différents États; la manière dont les informations peuvent être échangées pour assurer la coordination et la coopération; et l'ordre dans lequel la procédure devrait se dérouler. La coordination peut également être utile pour enquêter sur les actifs du débiteur, envisager d'éventuelles actions en annulation et restreindre la capacité du débiteur à mettre ses actifs hors de portée du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Elle peut également exiger que les tribunaux recherchent le for le plus approprié pour traiter une question donnée telle que la vente ou la disposition d'un certain actif, et s'en remettre à ce for dans la mesure autorisée par la loi[8].

c) Nomination d'un représentant du tribunal

34. Une telle personne peut être nommée par un tribunal pour faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité qui visent les membres de groupes

---

[8] La répartition des responsabilités entre les différents tribunaux pour ce qui est de certaines actions est examinée dans le Guide pratique de la CNUDCI, Section II.B, par. 18 à 20; section III.B, par. 55 à 60, 71 à 74.

d'entreprises, lorsqu'elles ont lieu dans différents pays. 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 en consultation avec les parties concernées; promouvoir le règlement amiable des problèmes entre parties; et faire en sorte qu'une notification concernant certaines affaires dont les tribunaux sont saisis soit communiquée à toutes les parties intéressées (autres membres du groupe d'entreprises, créanciers et tribunaux ou représentants de l'insolvabilité étrangers). Le tribunal de nomination énonce généralement les conditions dans lesquelles la personne est autorisée à agir et les pouvoirs qui lui sont dévolus. Cette personne peut être tenue de faire régulièrement rapport au tribunal ou aux tribunaux associés aux procédures, ainsi qu'aux parties.

d) Recours aux accords internationaux (voir 4. ci-dessous)

e) Coordination des audiences

35. Les audiences diversement décrites comme conjointes, simultanées ou coordonnées[9] ("audiences coordonnées") peuvent contribuer à accroître l'efficacité des procédures d'insolvabilité parallèles qui visent des membres d'un groupe d'entreprises multinational, car elle rassemblent les parties intéressées au même moment pour examiner et régler les questions en suspens et les conflits potentiels et permettent ainsi d'éviter les négociations laborieuses et les retards qui en résultent. À propos de ces audiences, cependant, on soulignera que chaque tribunal se prononcera en toute indépendance, sans être influencé par les autres tribunaux. Si ces audiences sont relativement faciles à organiser au plan interne pour garantir la coordination de la procédure qui vise 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 ou définies.

36. Bien qu'elles soient potentiellement difficiles à organiser, des audiences de ce type ont été utilisées entre certains États qui partageaient la même langue, la même tradition juridique et des fuseaux horaires similaires et ont permis de résoudre efficacement des questions difficiles dans l'intérêt de toutes les parties intéressées[10]. On pourrait cependant, à l'avenir, utiliser plus largement ce type d'audiences avec des procédures et des garanties appropriées pour faciliter la planification et éviter les complications. Ces règles de procédure pourraient régir, par exemple, le recours à des conférences préliminaires; 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; les conditions applicables au droit de

---

[9] Ces types d'audiences sont examinés dans le Guide pratique de la CNUDCI, III.B, par. 145 à 150.

[10] Voir, par exemple, les affaires Quebecor World Inc., Cour supérieure de Montréal, Division commerciale, (Canada) No. 500-11-032338-085 et United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, No. 08-10152 (JMP) (2008) et Solv-Ex Canada Limited et Solv-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).

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; les limites de la compétence de chaque tribunal aux parties comparaissant devant lui; et le prononcé des décisions[11].

37. Certains guides et accords concernant ces types d'audiences prévoient que pour mieux les planifier et assurer une administration rationnelle, les tribunaux, leurs représentants nommés 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 administratives, préliminaires et de procédure. Une fois l'audience terminée, les autorités compétentes pourraient à nouveau communiquer pour analyser le contenu de l'audience, débattre des étapes suivantes (notamment des audiences supplémentaires), élaborer des lignes directrices ou modifier celles qui existent pour les audiences futures, examiner si la publication d'ordonnances communes est possible ou garantie, et la manière de résoudre certaines questions de procédure soulevées à l'audience[12].

Recommandations 240 à 247

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives sur la coopération dans le contextes de 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 ces tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés dans le cadre de 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 de groupes d'entreprises dans différents États et définir les conditions et les protections 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 législatives

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

240. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe d'entreprises à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire du représentant de l'insolvabilité ou d'une autre personne nommée [à cette fin par le tribunal], pour

---

[11] Voir la Loi type de la CNUDCI, article 10.

[12] Voir également le Guide pratique de la CNUDCI, III.B, par. 145 à 150; Directive 9 e) sur la communication entre tribunaux.

faciliter la coordination de ces procédures et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de ce groupe d'entreprises.

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

241. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers pour faciliter la coordination de ces procédures et des procédures ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.

Coopération dans toute la mesure possible entre les tribunaux

242. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dans toute la mesure possible entre les tribunaux et entre les tribunaux et les représentants étrangers [dont il est question dans les recommandations 240 et 241] peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal;

b) La participation à des communications avec le tribunal étranger ou le représentant étranger par téléphone, vidéoconférence ou autres moyens électroniques;

c) La remise au tribunal étranger ou au représentant étranger de copies des documents délivrés par le tribunal concernant les membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité, y compris des ordonnances officielles, des jugements et des transcriptions de procédures;

d) La remise, au tribunal étranger ou au représentant étranger, de copies de documents qui ont été ou doivent être déposés auprès du tribunal concernant les membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité;

[e) Coordination de l'administration et de la supervision des actifs et des affaires des membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité];

[f) Nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal]; et

[g) Approbation ou application des accords concernant la coordination des procédures conformément à la recommandation 254.]

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

243. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe d'entreprises à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers ou à leur demander directement des renseignements au sujet de ces procédures et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.

244. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser un représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers au sujet de ces procédures et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.

Conditions applicables aux communications internationales entre tribunaux

245. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication entre les tribunaux et entre les tribunaux et les représentants étrangers devrait être soumise aux conditions suivantes:

a) Le moment, le lieu et les modalités de la communication devraient être déterminés [par] entre les tribunaux ou [par] entre les tribunaux et les représentants étrangers;

b) Notification de toute communication proposée devrait être donnée aux parties visées [ou à leurs représentants] dans tous les États concernés conformément au droit applicable et selon les modalités considérées appropriées par les tribunaux, à moins qu'il n'en soit convenu autrement par les tribunaux;

c) Les parties visées ou leurs représentants, selon le cas, devraient avoir le droit de participer en personne pendant la communication, à moins qu'il n'en soit convenu autrement par les tribunaux;

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, classée comme partie du compte rendu de la procédure et mise à la disposition du tribunal et des [parties visées ou de leurs] représentants qui participent à la communication;

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

f) Les communications devraient respecter les règles impératives des pays entre lesquels elles sont échangées et les droits fondamentaux des parties visées, en particulier la confidentialité des informations.

246. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le fait de communiquer conformément aux présentes recommandations n'implique:

a) Aucune limitation ou renonciation de la part du tribunal à quelque pouvoir, attribution ou autorité que ce soit;

b) Aucune décision sur le fond d'une question portée devant le tribunal [ou le tribunal étranger];

c) Aucune renonciation par les parties à quelque réclamation ou droit substantiel que ce soit; et

d) Aucune diminution de l'effet d'une ordonnance émise par le tribunal [ou par le tribunal étranger].

Coordination des audiences

247. La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le tribunal à tenir une audience [conjointe] en coordination avec un tribunal étranger. Lorsque des audiences sont coordonnées, elles peuvent être soumises à certaines conditions qui garantissent les droits fondamentaux et procéduraux des parties et la compétence [et l'indépendance] 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 les autres tribunaux; et les limites de la compétence de chaque tribunal aux parties comparaissant devant lui[13]. [Nonobstant la tenue d'une audience conjointe ou coordonnée, chaque tribunal doit se prononcer sur les affaires dont il est saisi.]

3. Représentant de l'insolvabilité

a) Coopération entre représentants de l'insolvabilité

38. Comme il est noté dans le Guide législatif, 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, il assure la coordination efficace des différentes procédures visant les membres d'un groupe d'entreprises, en collaborant avec d'autres représentants de l'insolvabilité et les tribunaux concernés. Pour s'acquitter de ses fonctions, le représentant de l'insolvabilité, tout comme le tribunal, devra avoir l'autorisation appropriée pour exécuter plusieurs tâches nécessaires, notamment le partage d'informations, la coordination de l'administration quotidienne et la supervision des affaires du débiteur, la négociation d'accords d'insolvabilité internationale, etc.

Recommandations 248 à 250

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant la coopération entre représentants de l'insolvabilité dans le contexte de 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 l'utilisation de différentes formes de coopération entre ces représentants de l'insolvabilité et de définir les conditions et les mesures qui devraient s'y appliquer pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties.

---

[13] Voir également la Loi type de la CNUDCI, article 10.

Contenu des dispositions législatives

Coopération entre représentants de l'insolvabilité

248. [La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant 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 étrangers pour faciliter la coordination de ces procédures et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.]

Communication entre représentants de l'insolvabilité

249. [La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'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 au sujet de ces procédures et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.] La loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux représentants de l'insolvabilité de communiquer entre eux dès qu'ils sont nommés.

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

250. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser que la coopération dans toute la mesure possible entre représentants de l'insolvabilité, mentionnée dans la recommandation 248, doit être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) Le partage et la communication d'informations concernant les membres du groupe d'entreprises soumis à une procédure 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 253[14];

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

d) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité; et

e) La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement coordonnés, la communication avec les créanciers et les réunions de créanciers.

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

39. La question de la promotion de la coordination peut également être abordée par le biais de la nomination du représentant de l'insolvabilité en envisageant, par

---

[14] 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.

exemple, la nomination du même représentant de l'insolvabilité pour des procédures multiples concernant des membres du même groupe dans différents États où cette personne (physique ou morale) répond aux conditions locales applicables (voir plus haut, par. 173 à 178 sur les procédures nationales). Lorsqu'une telle personne pourrait 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 de la surveillance du tribunal. Par conséquent, le représentant de l'insolvabilité serait soumis aux mêmes conditions locales que tout autre représentant de l'insolvabilité nommé dans l'un de ces États.

40. La nomination pourrait être celle d'une personne physique qualifiée pour agir dans différents États ou une personne morale, lorsque celle-ci emploie ou comprend parmi ses membres des individus possédant les qualifications appropriées qui pourraient jouer le rôle de représentants de l'insolvabilité dans un certain nombre d'États différents. Bien que la disponibilité de personnes possédant ces qualifications risque généralement d'être limitée, il peut y avoir des régions où elle est plus courante ou est rendue de plus en plus possible du fait de la mondialisation des échanges et des services.

41. Lorsqu'une telle approche est adoptée, il peut être nécessaire d'envisager des dispositions pour éviter les conflits d'intérêts potentiels en s'inspirant du projet de recommandation 231. Un tel conflit d'intérêts peut 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 de la procédure ou la vérification et l'admission des créances, ou s'il existe un conflit direct entre les obligations du représentant de l'insolvabilité aux termes 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 interne (voir recommandation 234).

Recommandations 251 et 252

Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions législatives concernant la nomination du représentant de l'insolvabilité est d'autoriser, dans le but d'encourager une administration effective et efficace des procédures d'insolvabilité visant des membres du même groupe d'entreprises dans différents États, la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour ces procédures multiples.]

Contenu des dispositions législatives

Nomination du même représentant de l'insolvabilité

251. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal, [dans les cas appropriés,][lorsque le tribunal décide qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts de la procédure d'insolvabilité concernée] d'agir en coordination avec les tribunaux étrangers pour ce qui est de la nomination du même représentant de l'insolvabilité pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant les membres d'un 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], le représentant de l'insolvabilité serait soumis à la surveillance 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.]

4. Utilisation d'accords d'insolvabilité internationale[15]

42. 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 peuvent se poser 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 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. 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 parties, ces accords peuvent contribuer à préserver les biens du débiteur et à en maximiser la valeur.

43. 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 et peuvent être approuvés par les tribunaux concernés.

44. 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

---

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

plusieurs accords à mesure que la procédure progresse et que d'autres questions se posent. Il n'est pas rare, par exemple, que des accords concernant la communication et la coopération en général soient conclus au début de la procédure et soient suivis, ultérieurement, par des accords 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 de la procédure. S'il est préférable de les conclure au début de la procédure 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.

45. 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 biens 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. Ces dernières visent en général à faire en sorte que l'on ne puisse se soustraire à l'indépendance et à l'autorité du tribunal, ni 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 dans l'accord.

46. 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 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 de groupes. 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 dans différents États, même s'ils sont membres du même groupe. 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, mêmes s'ils sont membres du même groupe d'entreprises.

47. 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 permette l'utilisation de ces accords pour faciliter la coopération en ce qui concerne des procédures d'insolvabilité visant les membres d'un groupe d'entreprises dans différents États et autorise, au besoin, leur approbation 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 [,dans la mesure permise ou de la manière exigée par la loi applicable,] 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 à l'encontre de 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 à l'encontre de ces membres.