

**Assemblée générale**

Distr. limitée
5 octobre 2022
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Soixante et unième session
Vienne, 12-16 décembre 2022**

**Inventaire des outils de localisation et de recouvrement
civils d'actifs utilisés dans le cadre des procédures
d'insolvabilité**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Outils de localisation et de recouvrement d'actifs spécialement conçus pour les procédures d'insolvabilité	4
III. Outils d'application générale pour la localisation et le recouvrement civils d'actifs	22
IV. Les procédures pénales à l'appui de la localisation et du recouvrement d'actifs dans le cadre de procédures d'insolvabilité	34



I. Introduction

1. L'ordre du jour provisoire de la soixante et unième session du Groupe de travail ([A/CN.9/WG.V/WP.181](#)) contient des informations générales sur le projet relatif à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité que la Commission lui a confié à sa cinquante-quatrième session¹. La présente note offre un inventaire des outils de localisation et de recouvrement d'actifs utilisés dans le cadre des procédures d'insolvabilité, compilé par le secrétariat à la demande du Groupe de travail. Cet inventaire complète les informations sur lesdits outils figurant dans les propositions de travaux en la matière que les États-Unis ont soumises à la CNUDCI ([A/CN.9/WG.V/WP.154](#) et [A/CN.9/996](#)), le rapport du Colloque ([A/CN.9/1008](#)) et les documents de travail antérieurs sur le sujet ([A/CN.9/WG.V/WP.175](#) et [A/CN.9/WG.V/WP.178](#)) par des renseignements communiqués par les États (voir le texte ci-dessous et l'annexe à la présente note publiée sous la cote [A/CN.9/WG.V/WP.182/Add.1](#)) et provenant d'une étude de droit comparé réalisée par M. Samuel Baumgartner, professeur de droit à l'Université de Zurich, que le Secrétariat a engagé comme consultant pour le projet. Il prend aussi en compte les documents reçus à titre informel par le secrétariat, à différents stades du projet, de la part des États-Unis (sur les outils de localisation et de recouvrement d'actifs disponibles dans les pays de *common law*), de la Commission européenne [sur la localisation et le recouvrement d'actifs dans l'Union européenne (ci-après l'« UE »)] et du Kozolchyk National Law Center (sur les outils de localisation et de recouvrement d'actifs disponibles dans certains pays).

2. Les outils de localisation et de recouvrement d'actifs recensés dans l'inventaire sont ceux prévus par la loi ou dont l'accès est régi par celle-ci. Les autres outils, tels que les recherches dans les médias, n'ont pas été inclus. L'inventaire comporte trois parties et une annexe. La première partie, au chapitre II, porte sur les outils de localisation et de recouvrement d'actifs figurant dans les lois des pays étudiés relatives à l'insolvabilité et dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité². La deuxième partie, au chapitre III de la présente note, concerne les outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs d'application générale, comme ceux utilisés dans les procédures civiles ou l'arbitrage commercial international, qui peuvent également servir dans le cadre des procédures d'insolvabilité, notamment lorsque des mesures provisoires sont adoptées ou que le représentant de l'insolvabilité engage une procédure civile ou arbitrale aux fins de recouvrement des actifs du débiteur, y participe ou y intervient. La troisième partie, au chapitre IV, est consacrée aux outils de la procédure pénale qui peuvent être utilisés pour faciliter la localisation et le recouvrement d'actifs dans les procédures d'insolvabilité. L'annexe, qui figure dans un additif à la présente note ([A/CN.9/WG.V/WP.182/Add.1](#)), revient sur les principaux points évoqués par les États dans les communications qu'ils ont soumises en réponse à la demande du Secrétariat datée du 29 décembre 2021, en les regroupant par catégorie pour en faciliter la consultation par le Groupe de travail.

3. Dans ce contexte, le Groupe de travail souhaitera peut-être se rappeler qu'à sa cinquante-neuvième session (Vienne, 13-17 décembre 2021), des délégations ont exprimé le souhait que le secrétariat développe les références aux outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs mentionnés dans le rapport du Colloque et le document [A/CN.9/WG.V/WP.175](#), dont le Groupe de travail était saisi à cette session³. Dans une note verbale ultérieure, le Secrétariat a prié les États de fournir des informations sur les outils de localisation et de recouvrement d'actifs utilisés par les spécialistes de l'insolvabilité dans les procédures d'insolvabilité engagées dans

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 17 ([A/76/17](#)), par. 215 à 217.

² Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide) ; Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ; Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité ; et Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises.

³ [A/CN.9/1088](#), par. 55.

leur pays, en plus des outils déjà mentionnés dans ledit rapport et ledit document. Les États suivants ont répondu à cette demande : Autriche [22 mars 2022 ; original : anglais] ; Belgique [18 mars 2022 ; original : français] ; Chili [30 mars 2022 ; original : espagnol] ; Chine [29 mars 2022 ; original : chinois] ; Espagne [14 février 2022 ; original : espagnol] ; Hongrie [9 février 2022 ; original : anglais] ; Japon [10 mars 2022 ; original : anglais] ; Jordanie [14 février 2022 ; original : arabe] ; Lituanie [31 mars 2022 ; original : anglais] ; Malte [29 mars 2022 ; original : anglais]⁴ ; Maroc [6 avril 2022 ; original : français] ; Ouzbékistan [4 février 2022 ; original : russe] ; Panama [21 mars 2022 ; original : espagnol] ; République dominicaine [1^{er} avril 2022 ; original : espagnol] ; Suisse [14 janvier 2022 ; original : anglais] et Uruguay [8 avril 2022 ; original : espagnol]. Les outils cités comprennent : a) des outils conçus pour les procédures d'insolvabilité et adaptés à leur nature collective ; b) des outils utilisés dans le cadre des procédures individuelles engagées par des créanciers, y compris en exécution de décisions, de sentences arbitrales, d'accords de règlement et de contrats ; et c) des outils qui, s'ils peuvent être employés à l'appui de la localisation et du recouvrement d'actifs dans les procédures d'insolvabilité, sont utilisés principalement par les autorités publiques, telles que les autorités fiscales et les organismes de sécurité sociale, pour leurs propres besoins (recouvrement de l'impôt, etc.). Des communications mentionnent également les dispositions du droit pénal national qui traitent des infractions liées à l'insolvabilité et des questions connexes. Certaines mettent en évidence des considérations pratiques relatives à l'utilisation des outils évoqués dans le contexte national. Du fait de la longueur de certaines communications, le Secrétariat n'a pas été en mesure de les présenter dans leur intégralité dans l'annexe. Certaines parties non retenues pourront alimenter le contenu d'un futur texte sur le sujet, par exemple si le Groupe de travail décide d'inclure les points de vue de spécialistes sur la localisation et le recouvrement d'actifs dans les procédures d'insolvabilité.

4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre note des communications des États et reconnaître avec gratitude toutes les contributions à l'établissement de l'inventaire. Il voudra peut-être examiner l'inventaire, en le considérant comme un complément au rapport du Colloque et aux documents de travail antérieurs sur le sujet. Il souhaitera peut-être décider de la forme sous laquelle le secrétariat devrait établir un document qu'il examinera à sa prochaine session.

5. Au vu des travaux accomplis jusqu'à présent et des avis divergents exprimés quant à la nature, à la portée et à la forme du texte à élaborer⁵, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si, aux fins de la poursuite de son examen de la question, il pourrait être utile de regrouper les parties séparées figurant dans différents documents de travail sur le sujet. Des commentaires ayant été formulés par le Groupe de travail, notamment sur les tableaux 1 à 3 figurant dans le document [A/CN.9/WG.V/WP.178](#)⁶, un texte ainsi consolidé pourrait contenir l'inventaire révisé eu égard auxdits commentaires et élargi, en consultation avec des experts et selon qu'il conviendrait (en évitant en particulier toute confusion, toute incohérence et tout chevauchement avec les textes existants de la CNUDCI sur l'insolvabilité), de façon à englober également : a) les aspects numériques de la localisation et du recouvrement d'actifs, compte tenu des résultats des travaux d'UNIDROIT sur les procédures d'exécution efficaces et les actifs numériques ; b) les aspects pratiques et techniques de la localisation et du recouvrement d'actifs, y compris les données d'expériences acquises en la matière à l'échelle internationale ; c) une description suffisamment détaillée des différents outils de localisation et de recouvrement d'actifs, précisant notamment la fonction de chaque outil et les conditions et garanties relatives à son utilisation ; d) les questions de compétence et de droit applicable ainsi que d'autres aspects (par exemple, la constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité) ; e) les dispositions générales permettant de recourir à la localisation et au

⁴ Cette communication ne faisant pas référence à des outils particuliers de localisation et de recouvrement d'actifs, elle n'a pas été prise en compte dans l'annexe.

⁵ [A/CN.9/1094](#), par. 18 à 20 et 59 à 61.

⁶ [A/CN.9/1094](#), par. 21 à 58.

recouvrement d'actifs ; et f) un glossaire révisé des termes pertinents relatifs à la localisation et au recouvrement d'actifs.

II. Outils de localisation et de recouvrement d'actifs spécialement conçus pour les procédures d'insolvabilité

A. Contexte national

1. Mesures préventives⁷

6. Certains pays étudiés ont mentionné l'obligation faite au débiteur et aux personnes qui exercent un contrôle de fait sur l'entreprise de celui-ci pendant la période précédant l'insolvabilité de tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes et de prendre des mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité et, si elle est inévitable, d'en réduire l'ampleur au minimum⁸. Les juridictions d'un pays ont confirmé qu'un avocat agissant en qualité de représentant du débiteur était tenu de préserver le statut existant des biens de ce dernier jusqu'au dépôt de la requête volontaire en ouverture d'une procédure de faillite⁹. La violation de ces obligations peut engager la responsabilité, y compris personnelle et pénale, du débiteur et des personnes qui le contrôlent, lesquels seraient contraints de réparer les pertes et les dommages causés (voir ci-dessous la section « Actions contre les administrateurs, les actionnaires et d'autres personnes »).

7. Certains pays étudiés ont fait référence aux mesures que le droit des obligations autorise les créanciers à prendre pour se protéger des opérations juridiques frauduleuses destinées à appauvrir la masse d'un débiteur par des transferts à des tiers de mauvaise foi (action paulienne)¹⁰. Dans certains pays, ces mesures peuvent être interdites, suspendues ou interrompues à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et le représentant de l'insolvabilité peut les reprendre en engageant une action en annulation. Dans d'autres, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'a pas cet effet.

2. Mesures provisoires¹¹

a) Types de mesures provisoires

8. Les pays étudiés ont fait référence aux mesures provisoires que les tribunaux peuvent prononcer entre le moment du dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de cette procédure, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, lorsque ces mesures sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur ou les intérêts des créanciers. Il peut s'agir des mesures suivantes : i) interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur ; ii) confier l'administration ou la supervision de l'entreprise du débiteur ou la réalisation de tout ou partie de ses actifs à un représentant provisoire de l'insolvabilité ou à une autre personne désignée par le tribunal ; et iii) toute autre

⁷ Traitées dans la quatrième partie et la recommandation 372 du Guide.

⁸ Voir, par exemple, les communications de la Hongrie et du Maroc.

⁹ Voir la communication du Japon.

¹⁰ Voir, par exemple, les communications de la Belgique et du Japon. Voir également les articles 1562 à 1564 du Code civil roumain ainsi que le Code des obligations et la Loi sur les opérations financières, l'insolvabilité et la dissolution judiciaire de la Slovaquie.

¹¹ Traitées dans les recommandations 39 à 45, 49 et 51 du Guide et dans le commentaire correspondant. Voir également l'article 19 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le commentaire correspondant qui figure dans le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la Loi type.

mesure, y compris une mesure d'application générale mentionnée au chapitre III ci-dessous, non spécifiquement conçue pour les procédures d'insolvabilité¹².

9. Dans certains pays, la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité entraîne automatiquement l'interdiction et la suspension de la réalisation de biens meubles ou immeubles du débiteur. Dans d'autres, les tribunaux doivent ou peuvent, à la demande d'une personne intéressée, d'un représentant provisoire de l'insolvabilité (le cas échéant) ou de leur propre initiative, préserver la valeur des actifs du débiteur et, pour ce faire : i) ordonner l'établissement immédiat d'un inventaire détaillé de ces actifs par un organisme public ou un représentant provisoire de l'insolvabilité¹³ et autoriser à cette fin des descentes sur les lieux et d'autres mesures analogues ; ii) délivrer une ordonnance d'interdiction temporaire contre le débiteur, ses actifs ou des tiers (par exemple, gel provisoire¹⁴, saisie¹⁵, saisies préventives¹⁶, mesures conservatoires¹⁷), notamment pour garantir le droit d'annulation¹⁸ ; et iii) limiter les pouvoirs du débiteur sur ses actifs¹⁹ (par exemple en soumettant, pour tous les actifs ou certains d'entre eux, les transferts ou la constitution de sûretés à l'autorisation d'un représentant provisoire de l'insolvabilité²⁰).

10. Certains pays autorisent leurs tribunaux, lorsqu'ils reçoivent une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, à demander au débiteur, à différents registres et à d'autres tiers des informations relatives au débiteur, notamment sur ses comptes bancaires, les contrats qu'il a conclus et ses biens meubles ou immeubles, informations qui les aideront à déterminer s'ils doivent ouvrir une procédure d'insolvabilité, et le cas échéant, de quel type, ou rejeter la demande²¹. Dans certains pays, le droit de demander ces informations auprès de sources publiques (comme les registres ; voir chap. III ci-dessous) est également accordé à un représentant provisoire de l'insolvabilité et aux créanciers²².

11. Un pays compte parmi ses institutions un contrôleur judiciaire, dont le rôle est d'analyser la situation économique et financière du débiteur et de faire rapport à ce propos. Ce contrôle limité peut éventuellement mener à une intervention plus étendue, telle que l'interdiction pour le débiteur d'exploiter son entreprise²³.

b) Garanties

12. Les garanties consistent habituellement : i) à exiger du demandeur qu'il démontre que des mesures doivent être prises d'urgence et que l'octroi de ces mesures l'emporte sur tout préjudice qui pourrait en résulter et qu'il informe le tribunal de tous les changements substantiels susceptibles de nécessiter la modification ou la mainlevée de la mesure provisoire ; ii) à exiger du demandeur une indemnisation en

¹² Voir, par exemple, le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) (contraignant et directement applicable dans les États membres de l'UE) (le Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité). Voir également les communications de la Belgique, du Japon, du Maroc et du Panama.

¹³ Voir, par exemple, les articles 162 à 165 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite (consultable à l'adresse www.fedlex.admin.ch/eli/cc/11/529_488_529/fr).

¹⁴ Voir, par exemple, l'article 692a-2 de la Loi bulgare sur le commerce du 18 juin 1991.

¹⁵ Voir, par exemple, la communication de l'Uruguay (les biens saisis sont placés à la disposition du tribunal).

¹⁶ Ibid. (dans le cas de biens immobiliers, d'automobiles, de droits et de titres, la saisie s'opère par l'inscription de la mesure dans les registres publics, ce qui a un effet de publicité auprès des tiers).

¹⁷ Voir, par exemple, les communications de la Belgique, du Japon et de l'Uruguay (le débiteur peut faire usage des biens sous le coup de mesures conservatoires, mais il doit s'abstenir de les aliéner et en assurer la bonne conservation. En l'absence d'actifs connus, une saisie générique peut être demandée).

¹⁸ Voir, par exemple, les communications du Japon, de la Lituanie, du Panama et de l'Uruguay.

¹⁹ Voir, par exemple, la communication de la Jordanie.

²⁰ Voir, par exemple, l'article 21-2 2) du Code de l'insolvabilité allemand et les articles 164 et 170 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

²¹ Voir, par exemple, la communication de la Belgique.

²² Voir, par exemple, l'article 4-6 de la Loi slovène sur l'exécution et les mesures conservatoires.

²³ Voir la communication de l'Uruguay.

rapport avec les mesures provisoires et, s'il y a lieu, le paiement de frais ou droits ; et iii) à imposer des sanctions en rapport avec une demande de mesures provisoires, y compris au demandeur lorsque la mesure provisoire a été indûment obtenue.

13. Les personnes concernées ont généralement le droit de contester les mesures provisoires et d'en demander l'aménagement. Une notification appropriée doit donc leur être adressée, et elles doivent avoir la possibilité d'être entendues, dans certaines limites. Les mesures provisoires peuvent notamment être prononcées *ex parte* et sans notification, ce qui signifie que le droit d'être entendu serait accordé *ex post*. La loi peut alors conférer au débiteur ou à une autre partie intéressée touchée par la mesure provisoire le droit d'être entendus rapidement sur le maintien ou non de la mesure.

14. Les mesures provisoires peuvent être soumises par la loi à un réexamen périodique, ou elles peuvent être réexaminées et modifiées ou levées d'office par le tribunal ou sur requête du demandeur ou d'une personne concernée. Il est généralement justifié qu'elles prennent fin : i) lorsque la demande d'ouverture est rejetée ; ii) lorsqu'une décision ordonnant des mesures provisoires est contestée avec succès ; et iii) lorsque les mesures applicables à l'ouverture de la procédure prennent effet, sauf si les mesures provisoires sont maintenues par le tribunal. Certains pays limitent la durée des mesures provisoires à une période déterminée ou à l'accomplissement d'actions par le demandeur ou d'autres personnes²⁴.

3. Mesures applicables dès l'ouverture de la procédure

a) Arrêt des poursuites²⁵, et traitement des clauses *ipso facto* et des contrats poursuivis²⁶

15. Il est courant d'imposer l'arrêt : i) des actions ou procédures individuelles ; ii) des actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et à réaliser des sûretés réelles ; et iii) des mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse. Dans certains pays, cet arrêt est imposé par effet de la loi (c'est-à-dire automatiquement) sur toutes les actions ou certaines d'entre elles, tandis que dans d'autres, il est prononcé par le tribunal à la demande de personnes intéressées, du représentant de l'insolvabilité ou d'office²⁷.

16. L'arrêt peut être limité dans la durée. En outre, il peut y avoir des exceptions, et il est possible de demander l'aménagement de l'arrêt et la protection contre toute dépréciation des actifs grevés ou des actifs appartenant à des tiers touchés par la mesure. Parmi les exceptions habituelles, on peut citer le droit d'engager ou de poursuivre l'action ou la procédure individuelle qui s'impose pour préserver une créance contre le débiteur, ainsi que des actions visant à accroître la valeur de la masse et des actions contre le représentant de l'insolvabilité²⁸.

17. En vertu du droit de l'insolvabilité, le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur peut être rendu inopposable. Il existe des exceptions à cette règle. Des règles spéciales s'appliquent généralement aussi au traitement des contrats poursuivis, en particulier à leur rejet, à leur continuation ou à leur cession.

b) Différentes modalités de contrôle des biens et des affaires du débiteur²⁹

18. Une autre mesure couramment appliquée à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité consiste à limiter le rôle du débiteur dans l'exploitation de l'entreprise,

²⁴ Voir, par exemple, l'article 165 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

²⁵ Traitées dans les recommandations 46 à 51, 317 et 318 du Guide et dans le commentaire correspondant.

²⁶ Traité dans les recommandations 69 à 86 du Guide et dans le commentaire correspondant.

²⁷ Voir, par exemple, les communications de la Belgique, de la Chine, de la Jordanie, de la Lituanie, du Maroc et de la République dominicaine.

²⁸ Voir, par exemple, la communication de la Belgique en ce qui concerne l'action paulienne et d'autres actions visant à accroître le patrimoine du débiteur.

²⁹ Traitées dans les recommandations 112 à 114 et 284 à 287 du Guide.

notamment son accès aux actifs³⁰. Ces restrictions sont généralement notifiées aux autorités compétentes afin qu'elles puissent procéder aux inscriptions requises dans leurs registres ou prendre d'autres mesures nécessaires pour empêcher toute opération non agréée concernant les actifs du débiteur³¹.

19. Le représentant de l'insolvabilité ou un autre agent peut être désigné pour dessaisir le débiteur, en tout ou en partie, de l'exploitation de l'entreprise³² ou pour exercer d'autres fonctions assignées par le tribunal³³. Dans le régime de non-dessaisissement du débiteur, la capacité du débiteur non dessaisi de disposer de certains actifs et d'effectuer certaines opérations peut également être restreinte. Un agent peut être désigné pour superviser ces aspects et d'autres aspects de l'exploitation quotidienne de l'entreprise, notamment en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture de la procédure et le traitement des contrats. Un professionnel indépendant peut également être désigné pour assurer certaines fonctions dont on ne peut attendre qu'elles soient exercées par le débiteur non dessaisi, comme l'annulation. Un pays compte parmi ses institutions un médiateur d'entreprise, dont les fonctions peuvent inclure le transfert sous autorité de justice à un ou plusieurs tiers de tout ou partie des actifs du débiteur, l'objectif étant d'en empêcher la dissimulation par ce dernier et d'en assurer la conservation³⁴.

c) Traitement des opérations non agréées³⁵

20. Certaines lois sur l'insolvabilité considèrent les opérations effectuées par le débiteur sur des actifs dont il a perdu le contrôle comme nulles et inopposables à la masse de l'insolvabilité si elles n'ont pas reçu l'agrément du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal³⁶. Elles permettent de réclamer les actifs transférés sauf, dans certains pays, lorsque le cocontractant a conclu l'opération de bonne foi et a donné une contrepartie ou peut prouver que l'opération n'a pas porté atteinte aux droits des créanciers. Dans d'autres pays, selon les faits de l'espèce, certaines opérations non agréées peuvent être nulles de plein droit, tandis que d'autres peuvent être susceptibles d'annulation par le représentant de l'insolvabilité. Parmi les exemples d'opérations non agréées, on peut citer le transfert de propriété d'actifs de la masse de l'insolvabilité ou la constitution d'une sûreté sur ces actifs par le débiteur ainsi que l'acceptation par ce dernier d'un paiement que seul le représentant de l'insolvabilité peut accepter valablement³⁷. Dans certains pays, le représentant de

³⁰ Voir, par exemple, les communications de la Belgique, de la Jordanie, de la République dominicaine et de l'Uruguay.

³¹ Voir, par exemple, les communications de la Hongrie et du Panama. Voir également l'article 32 du Code de l'insolvabilité allemand, et l'article 176 (par. 1 et 2) de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

³² Voir les communications de la Lituanie et du Panama.

³³ Voir, par exemple, la communication de la Belgique en ce qui concerne les administrateurs provisoires et les médiateurs d'entreprise.

³⁴ Ibid.

³⁵ Traité notamment dans la deuxième partie du Guide, chap. II, par. 16, et chap. III, par. 2, 12 et 33.

³⁶ Voir, par exemple, les communications de la Belgique, de la Jordanie, du Maroc, du Panama et de la République dominicaine.

³⁷ Voir, par exemple, l'article 162 de la Loi croate sur la faillite, l'article 82 du Code de l'insolvabilité allemand et l'article 205 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite. Si un paiement est versé au débiteur au lieu du représentant de l'insolvabilité, le tiers débiteur peut se voir contraint de payer de nouveau si le débiteur ne transfère pas le paiement au représentant de l'insolvabilité, sauf s'il n'a aucune raison d'avoir connaissance de la procédure d'insolvabilité et du fait que le débiteur a été dessaisi du contrôle de l'entreprise et des actifs. Par une mesure d'insolvabilité d'ordre général telle que la publication de la décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité (voir, par exemple, l'article 30 du Code allemand de l'insolvabilité et l'article 232-2 4) de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite), il est notamment déconseillé aux créanciers ou aux tiers de conclure des opérations avec le débiteur et d'effectuer des paiements au débiteur plutôt qu'au représentant de l'insolvabilité, lorsque ce dernier a dessaisi le débiteur du contrôle et de l'exploitation de l'entreprise.

l'insolvabilité peut autoriser toute opération ayant entraîné une augmentation effective de la valeur des actifs du débiteur ou un effet favorable pour les créanciers³⁸.

d) Autres mesures

21. D'autres mesures peuvent être autorisées par le tribunal, dans certaines limites³⁹, ou prévues par une loi. Par exemple, dans certains pays, le tribunal peut ordonner, y compris *ex parte*, l'interception du courrier du débiteur sous certaines conditions⁴⁰ et sous réserve de certaines garanties, telles que le droit d'être entendu⁴¹. Dans d'autres, cette mesure est automatique (c'est-à-dire qu'aucune ordonnance du tribunal n'est nécessaire)⁴². Certaines mesures peuvent viser les biens des administrateurs, liquidateurs ou membres de l'organe de contrôle interne actuels et anciens du débiteur⁴³.

4. Obligations du débiteur⁴⁴ et des tiers, y compris les organismes publics

a) Obligations du débiteur

22. Le débiteur est généralement soumis, entre autres, aux obligations suivantes : i) coopérer avec le tribunal et le représentant de l'insolvabilité, le cas échéant, et les aider à s'acquitter de leurs devoirs⁴⁵ ; ii) fournir des renseignements exacts, fiables et complets sur sa situation financière et ses affaires⁴⁶, notamment les moyens d'en rendre la teneur intelligible dans un délai raisonnable⁴⁷. Cette obligation peut englober l'obligation de communiquer les documents nécessaires pour réclamer un bien ou y avoir effectivement accès⁴⁸ et peut non seulement porter sur l'état actuel des connaissances mais aussi impliquer d'accomplir tout le travail préparatoire requis pour fournir les renseignements pertinents. Elle peut s'appliquer aux membres de l'organe de gouvernance de l'entreprise, aux actionnaires et aux employés du débiteur⁴⁹ ; iii) apporter au tribunal, au représentant de l'insolvabilité ou aux créanciers agissant par l'intermédiaire du comité des créanciers ou par d'autres voies, à leur demande, les explications qui s'imposent au sujet de l'insolvabilité⁵⁰ ; iv) remettre tous les actifs et documents de l'entreprise au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité, selon le cas, dans le délai fixé par le tribunal⁵¹ ; v) apporter son aide ou sa coopération aux fins du recouvrement des actifs ou de la prise de contrôle de la masse de l'insolvabilité et des documents commerciaux, où qu'ils se trouvent ; et vi) dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, autoriser l'accès à ses locaux et ouvrir les conteneurs, entrepôts et autres lieux pertinents aux fins d'examen et d'inventaire de leur contenu (documents commerciaux, actifs, etc.)⁵².

23. Le débiteur peut être soumis à la contrainte judiciaire, à des restrictions et à des injonctions économiques ou personnelles (y compris des sanctions pénales telles que

³⁸ Voir la communication de la Jordanie.

³⁹ Voir, par exemple, les communications de la Chine et de la Jordanie.

⁴⁰ Voir la communication de l'Uruguay.

⁴¹ Voir, par exemple, les articles 78-2 et 78-3 du Code de l'insolvabilité autrichien (Insolvenzordnung) et les articles 99 et 151 du Code de l'insolvabilité allemand.

⁴² Voir, par exemple, l'article 478 du Code de commerce luxembourgeois et les articles 93a et 14-1 de la Loi néerlandaise sur la faillite.

⁴³ Loi uruguayenne n° 18.387, notamment les articles 24 et 25.

⁴⁴ Traitées dans les recommandations 110, 111, 284 à 286 et 290 du Guide et dans le commentaire correspondant.

⁴⁵ Voir les communications de la Hongrie, du Maroc et de l'Uruguay. Voir également la Loi estonienne sur la faillite.

⁴⁶ Voir la communication du Chili. Voir également l'article 95 de la Loi grecque n° 4738/2020 sur le règlement des dettes et l'octroi d'une seconde chance.

⁴⁷ Loi néerlandaise sur la faillite.

⁴⁸ Voir la communication de la Suisse.

⁴⁹ Voir les articles 292 et 293 de la Loi slovène sur la faillite.

⁵⁰ Voir la communication du Japon.

⁵¹ Voir la communication de la Lituanie.

⁵² Voir, par exemple, les articles 640 et 658 de la Loi bulgare sur le commerce et l'article 222-3 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

des amendes ou l'arrestation), ainsi qu'à des sanctions, s'il manque aux obligations que lui impose le droit de l'insolvabilité⁵³. Dans certains pays, s'il refuse de collaborer, notamment en dissimulant des actifs ou en fournissant de fausses informations ou déclarations, son comportement est considéré comme une présomption de culpabilité⁵⁴ et peut amener au refus de la décharge. Des conclusions défavorables peuvent également être tirées dans le cadre de procédures civiles ou pénales connexes. En revanche, en cas de condamnation pour des infractions liées à l'insolvabilité, le fait de coopérer avec le tribunal de l'insolvabilité et le représentant de l'insolvabilité peut conduire à une réduction de peine pour les personnes concernées. Dans le régime de non-dessaisissement, d'autres sanctions possibles sont le dessaisissement du débiteur par le représentant de l'insolvabilité et la conversion d'une procédure de redressement en procédure de liquidation.

24. La personne qui contrôle le débiteur (par exemple, l'administrateur) et ses complices peuvent être tenus responsables, frappés d'une amende et d'une interdiction d'exercer leurs fonctions et être condamnés à réparer les préjudices causés par l'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations imposées au débiteur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité⁵⁵. Dans les cas graves, des sanctions pénales pour entrave à l'exercice de la justice, y compris des peines d'emprisonnement, peuvent être infligées, par exemple dans les pays de *common law*.

25. De nombreux pays exigent que le débiteur ou certains de ses dirigeants ou administrateurs restent à la disposition du tribunal et du représentant de l'insolvabilité, le cas échéant, pendant toute la durée de la procédure d'insolvabilité. Par conséquent, la personne physique débitrice peut être tenue d'adresser une notification au tribunal avant de changer de résidence habituelle, tandis que la personne morale débitrice est généralement tenue d'obtenir le consentement du tribunal avant de déplacer son siège. Dans certains pays, cette obligation ne peut être imposée au débiteur que par une décision de justice⁵⁶. Dans d'autres, il s'agit d'une obligation légale que l'on peut automatiquement contraindre un débiteur récalcitrant à respecter⁵⁷.

26. Les renseignements devant être fournis par le débiteur ou concernant celui-ci peuvent lui appartenir ou être en sa possession, ou bien appartenir à un tiers ou être en la possession de ce dernier. Ils peuvent être commercialement sensibles, confidentiels, protégés par des normes en matière de données personnelles ou soumis à des obligations dues à d'autres personnes (secrets commerciaux, listes de clients et de fournisseurs, informations sur la recherche-développement, secrets professionnels ou informations privilégiées, par exemple). Des règles particulières peuvent s'appliquer au traitement de différents types de renseignements afin d'en empêcher la communication ou l'utilisation inappropriées.

b) Obligations des tiers et des organismes publics

27. Dans certains pays, les tiers (par exemple ceux qui ont traité avec le débiteur ou qui détiennent des informations sur celui-ci ou ses actifs), y compris les organismes publics tels que l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale, peuvent, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, être tenus : i) de fournir des informations et des documents sur les actifs et les comptes du débiteur (dans un bref délai et gratuitement)⁵⁸ ; ii) de permettre l'accès à des locaux et à des conteneurs aux fins

⁵³ Voir, par exemple, les articles 100 et 105 de la Loi danoise sur la faillite.

⁵⁴ Voir la communication de l'Uruguay.

⁵⁵ Voir les communications du Chili, de la Chine, de la Lituanie et de l'Uruguay.

⁵⁶ Voir, par exemple, l'article 97-3 du Code allemand de l'insolvabilité.

⁵⁷ Voir, par exemple, l'article 229 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite (qui prévoit qu'au besoin, le débiteur ou les dirigeants ou administrateurs concernés peuvent être appréhendés et présentés au représentant de l'insolvabilité par la force publique).

⁵⁸ Voir, par exemple, l'article 81 de la Loi australienne sur la faillite, les articles 22-3 4) et 55-4 de la Loi estonienne sur la faillite, l'article 596-2 (chap. 6) de la Loi irlandaise de 2014 sur les sociétés, l'article 294-4 de la Loi slovène sur les procédures d'insolvabilité, et les communications de la Hongrie, du Panama et de la République dominicaine.

d'inspection ; et iii) de remettre les actifs du débiteur et, dans le cas de cryptomonnaies, de remettre les informations et les clés d'accès pertinentes⁵⁹.

28. Dans certains pays, ces obligations sont établies par la loi et découlent de la notification publique de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité⁶⁰, par laquelle il peut notamment être signalé que quiconque a la garde d'actifs du débiteur est tenu, sous peine de sanction pénale, de mettre ceux-ci à la disposition du tribunal de l'insolvabilité ou du représentant de l'insolvabilité, selon le cas⁶¹. Le représentant de l'insolvabilité peut ainsi exiger leur exécution sans avoir à obtenir au préalable une ordonnance judiciaire de divulgation ou de recherche⁶². Dans d'autres pays, une ordonnance du tribunal est requise⁶³.

29. Ces obligations sont sujettes à des restrictions, à savoir : i) certains privilèges et règles, tels que le secret des communications entre l'avocat et son client et les règles du secret bancaire, qui peuvent empêcher la communication de certaines informations dans leur intégralité, bien qu'ils ne s'appliquent généralement pas lorsque le représentant de l'insolvabilité remplace le débiteur (voir ci-dessous)⁶⁴ ; ii) selon le type de renseignements obtenus, les restrictions à leur communication et à leur utilisation ultérieures ; et iii) la restriction de la remise des biens du débiteur utilisés à des fins d'utilité publique, par exemple aux fins de confiscation dans le cadre d'une procédure pénale.

5. Pouvoirs du représentant de l'insolvabilité⁶⁵

30. Les devoirs et pouvoirs du représentant de l'insolvabilité en matière de localisation et de recouvrement d'actifs peuvent être regroupés dans les catégories suivantes : a) dessaisissement (total ou partiel) du débiteur de l'exploitation de l'entreprise et représentation de la masse de l'insolvabilité ; b) obtention d'informations concernant le débiteur, son actif, son passif et ses opérations antérieures ; et c) adoption de toutes les mesures nécessaires pour protéger, préserver et restaurer l'intégrité de la masse de l'insolvabilité et des documents commerciaux du débiteur. Leur étendue et leur durée peuvent être définies par la loi (y compris par les dispositions générales de la loi qui régissent l'exercice des fonctions de représentant de l'insolvabilité en imposant d'agir avec la vigilance et la diligence requises d'un entrepreneur avisé⁶⁶ ou en fixant des délais pour l'introduction d'actions⁶⁷), des décisions de justice et d'autres éléments⁶⁸.

31. Des informations concernant le débiteur, son actif, son passif, ses opérations antérieures et autres affaires peuvent être obtenues par divers moyens légaux, notamment : a) l'inspection des documents comptables et commerciaux du débiteur et des sociétés apparentées (dans certains pays, cela inclut l'ensemble du système

⁵⁹ Voir, par exemple, l'article 222 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

⁶⁰ Voir, par exemple, l'article 97-2 du Code de l'insolvabilité autrichien (actifs du débiteur en possession d'un tiers) (l'obligation d'informer le représentant de l'insolvabilité est déclenchée lorsqu'il apprend l'existence de la procédure d'insolvabilité).

⁶¹ Voir, par exemple, l'article 232-2 4) de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

⁶² Voir, par exemple, l'article 222 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite et la communication du Chili.

⁶³ Voir, par exemple, l'article 81 de la Loi australienne sur la faillite, l'article 212-2 de la Loi sur la faillite et les modalités de son traitement (Loi sur l'insolvabilité) du 9 mai 2006, telle que modifiée, de la République tchèque, et la communication de l'Uruguay (des mesures de collecte judiciaire d'informations relatives aux biens du débiteur sont également disponibles à l'égard des créanciers, des témoins et d'autres tiers. Par exemple, le tribunal peut ordonner aux banques de lui communiquer des informations sur les comptes bancaires et les dépôts).

⁶⁴ Voir, par exemple, l'article 9-1 du chapitre 8 de la Loi finlandaise sur la faillite.

⁶⁵ Traités notamment dans la recommandation 120 du Guide et dans le commentaire correspondant.

⁶⁶ Voir, par exemple, l'article 89-1 de la Loi croate sur l'insolvabilité et la communication du Panama.

⁶⁷ Par exemple, la Loi suédoise sur la faillite prévoit un délai d'un an à compter de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour engager des actions en recouvrement d'actifs.

⁶⁸ Voir [A/CN.9/WG.V/WP.175](#), par. 13.

électronique du débiteur ainsi que les documents comptables et commerciaux de ses filiales), y compris ceux qui concernent la comptabilité fiscale, les contributions aux systèmes de retraite et les opérations bancaires ; b) l'inspection des registres publics, tels que le registre foncier, le registre du commerce ou le registre des véhicules à moteur, ainsi que des archives des tribunaux et d'autres autorités publiques (par exemple, l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale, le ministère public et le bureau du procureur général) (voir chap. III ci-dessous), y compris en lien avec des procédures pénales susceptibles d'avoir été ouvertes dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, sous réserve que l'accès à ces archives ait été accordé (voir chap. IV ci-dessous) ; c) l'inspection des locaux, des conteneurs, des coffres-forts bancaires et autres coffres et sites appartenant au débiteur ; d) l'audition du débiteur ou de ses administrateurs, dirigeants et employés (ainsi que, dans certains pays, des administrateurs des filiales du débiteur ; des garanties particulières peuvent être imposées pour l'audition de certaines personnes, comme les employés) ; e) l'audition de toutes les autres personnes et institutions concernées par les biens et les affaires du débiteur, y compris les commissaires aux comptes et les conseillers de celui-ci, à qui il est demandé de produire les documents pertinents ; et f) des demandes de renseignements auprès de plateformes d'échange de cryptomonnaies ou d'autres actifs numériques en vue d'avoir accès aux actifs numériques du débiteur⁶⁹.

32. Les mesures nécessaires pour protéger, préserver et restaurer l'intégrité de la masse de l'insolvabilité et des documents commerciaux du débiteur sont généralement les suivantes : a) exiger les paiements dus au débiteur et la restitution des actifs de la masse de l'insolvabilité ; b) prendre ou demander des mesures visant à protéger, à préserver et à restaurer l'intégrité de la masse de l'insolvabilité et des documents commerciaux du débiteur [par exemple, fermeture d'entrepôts ou de l'entreprise dans son ensemble, mise sous séquestre de certains biens fongibles, tels que des espèces, recours à des ordonnances de localisation, de suivi, de recherche, de saisie, de gel, de préservation (voir chap. III ci-dessous)] ; c) soumettre des titres exécutoires à un huissier (par exemple, sur la base de billets à ordre, de jugements définitifs ou d'accords de règlement) ; d) engager des procédures de recouvrement d'actifs, y compris des procédures en annulation et des actions contre les administrateurs, associés et autres personnes personnellement responsables des obligations du débiteur (dans ce cas, les mesures décrites au chapitre III ci-dessous peuvent s'avérer pertinentes) ; e) gérer le règlement de la dette ; f) céder des créances, des obligations ou des dettes ; g) intervenir dans l'ensemble des actes ou procédures liés au débiteur, à ses actifs et aux créances sur la masse de l'insolvabilité et y participer, notamment pour recouvrer les actifs de la masse et empêcher qu'ils fassent l'objet d'actes de disposition non autorisés ; et h) demander des remboursements d'impôt⁷⁰.

33. Dans les pays où il ne se contente pas de dessaisir le débiteur de l'exploitation de l'entreprise mais devient également le représentant de celui-ci, le représentant de l'insolvabilité exerce un grand nombre de ses devoirs et pouvoirs en matière de localisation et de recouvrement d'actifs sans avoir besoin d'une ordonnance du

⁶⁹ Voir les communications de l'Autriche, du Chili, de la Hongrie et du Japon. Voir également l'article 658-1 5) de la Loi sur le commerce de la République tchèque et les articles 22 et 55 de la Loi estonienne sur la faillite en ce qui concerne l'accès aux registres administratifs.

⁷⁰ Voir les communications du Chili, de la Chine, de la Hongrie, de la Lituanie, du Panama et de l'Uruguay. En Australie, le représentant de l'insolvabilité peut, s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que des actifs de la masse de l'insolvabilité s'y trouvent, obtenir un mandat du tribunal autorisant un agent de police à pénétrer dans n'importe quels locaux, à ouvrir des conteneurs et à utiliser la force nécessaire pour trouver et saisir ces actifs. Voir également l'article 642 de la Loi bulgare sur le commerce, les articles 43 et 44 de la Loi grecque sur l'insolvabilité et l'article 87-1 de la Loi grecque n° 4738, l'article 115-1 de la Loi roumaine n° 85/2014, les articles 98, 221, 223, 242-3 et 243-1 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, et l'article 542 du titre 11 du Code des États-Unis. À titre de comparaison, dans certains pays (comme l'Italie), pour pouvoir prendre des mesures de recouvrement des créances, le représentant de l'insolvabilité doit obtenir l'autorisation préalable du tribunal et fournir des justifications pour les mesures envisagées.

tribunal. À ce titre, il peut exercer les droits qui auraient été ceux du débiteur s'il n'avait pas été insolvable, notamment ceux de demander des informations aux débiteurs ou aux créanciers du débiteur, de participer à des contentieux commerciaux, à des procédures arbitrales ou administratives et à d'autres procédures ou d'y intervenir, ainsi que de communiquer avec les organismes publics. Lorsqu'il agit en cette qualité, les tiers (par exemple, les fiduciaires, les compagnies d'assurance, les banques, les fournisseurs de portefeuilles de cryptomonnaies auprès desquels le débiteur a un compte ou qui peuvent lui devoir de l'argent) sont tenus de lui fournir, à sa demande, les informations qu'ils auraient eu à communiquer au débiteur lui-même. Cela évite souvent de devoir recourir à des ordonnances judiciaires, par exemple pour obtenir l'accès à des informations qui seraient sinon confidentielles ou protégées ou pour bénéficier de l'aide des services de détection et de répression afin de contraindre un débiteur qui refuse de coopérer à s'acquitter des obligations lui incombant en vertu du droit de l'insolvabilité⁷¹. Lorsque le représentant de l'insolvabilité a un rôle plus restreint, il peut devoir obtenir au préalable une ordonnance du tribunal pour contraindre les tiers, en s'adressant si nécessaire aux services de répression, à coopérer avec lui⁷². Des sanctions sous la forme d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement peuvent être imposées aux personnes qui ne se plient pas à ces obligations.

34. Le représentant de l'insolvabilité peut se faire aider dans l'exercice de ses fonctions par des comptables, des avocats et d'autres professionnels⁷³. Il peut voir sa responsabilité engagée et être révoqué s'il manque à ses fonctions ou ne s'en acquitte pas correctement⁷⁴. Dans un pays, s'il n'y a pas de fonds dans la masse de l'insolvabilité, les représentants de l'insolvabilité qui demandent que leurs services soient rémunérés sur des fonds publics doivent démontrer qu'ils ont pris toutes les mesures nécessaires pour rechercher les actifs du débiteur, les saisir et en disposer. Ils sont censés présenter les pièces justificatives pertinentes, telles que le procès-verbal de saisie (et l'inventaire) signé par les personnes désignées par la loi ; les procès-verbaux des réunions des créanciers attestant des décisions prises pour ce qui est de ne pas prendre certains actifs en compte ; les informations relatives aux recherches de véhicules ; les informations fiscales ; des copies des titres de propriété ; ou tout autre renseignement qui permettra à l'autorité compétente de s'assurer que des mesures ont été prises pour retrouver les actifs du débiteur⁷⁵.

6. Identification et préservation des actifs de la masse de l'insolvabilité

a) Composition de la masse de l'insolvabilité⁷⁶

35. La masse de l'insolvabilité peut comprendre : i) tous les actifs du débiteur, y compris ses droits sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers ; ii) des actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; et iii) des actifs récupérés au moyen d'une action en annulation ou autre. Lorsque le débiteur est une personne physique, certains actifs peuvent être exclus de la masse, tels que les actifs dont le débiteur a besoin pour gagner sa vie, les gains tirés, postérieurement à la demande d'ouverture, de la prestation de services personnels par le débiteur ou les sommes perçues pour des travaux publics réalisés par lui, ou les biens personnels et

⁷¹ Voir, par exemple, l'article 196 de la Loi chilienne n° 20.720 de 2014, les articles 292 et 293 de la Loi slovène sur la faillite, les articles 222-3 et 229-1 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, et l'article 14 du chapitre 7 de la Loi suédoise sur la faillite.

⁷² Voir, par exemple, l'article 212-2 de la Loi tchèque sur l'insolvabilité et l'article 65-2 de la Loi lettone sur l'insolvabilité.

⁷³ En ce qui concerne spécifiquement la vérification des comptes, voir, par exemple, l'article 100 de la Loi danoise sur la faillite, l'article 5 du chapitre 9 de la Loi finlandaise sur la faillite, et l'article 67-13 de la Loi lettone sur l'insolvabilité.

⁷⁴ Voir, par exemple, la communication de la Chine.

⁷⁵ Voir la communication du Chili.

⁷⁶ Traitée dans les recommandations 35 à 38 et 313 à 315 du Guide et dans le commentaire correspondant, et aux articles 21-2, 21-3, 23-2, 28 et 29 c) de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

biens d'équipement ménager. La date à partir de laquelle la masse doit être constituée peut être soit la date du dépôt de la demande d'ouverture, soit la date effective d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La différence entre ces dates est importante en ce qui concerne le traitement et la protection des actifs du débiteur pendant la période comprise entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure (voir ci-dessus la section « Mesures provisoires »).

36. Les actifs du débiteur peuvent entrer dans la masse que celui-ci les déclare ou non et que le représentant de l'insolvabilité en prenne ou non connaissance à temps pour pouvoir les faire figurer dans l'inventaire des actifs de la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient la réouverture de la procédure d'insolvabilité si les actifs sont découverts après sa clôture⁷⁷.

37. Certains pays font entrer tous les actifs du débiteur, quel que soit leur emplacement, dans la masse de l'insolvabilité⁷⁸. D'autres n'y incluent que les actifs situés sur leur territoire, à moins que des traités ou d'autres accords de coopération entre États ou entre juridictions ne facilitent l'inclusion dans la masse de l'insolvabilité des actifs du débiteur situés à l'étranger. D'autres encore suivent une approche intermédiaire voulant par exemple que la masse de l'insolvabilité dans la procédure principale englobe tous les actifs du débiteur où qu'ils se trouvent. À l'instar de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après « la LTI »), divers textes législatifs envisagent que certains actifs puissent être réservés en vue de leur administration dans une procédure particulière (principale, non principale, ou ouverte dans le lieu où se trouvent les actifs). Ils peuvent également restreindre le déplacement à l'étranger des actifs du débiteur situés sur le territoire national tant que les intérêts des créanciers locaux ne sont pas satisfaits.

b) Établissement d'un inventaire des actifs

38. De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que, dès sa désignation, le représentant de l'insolvabilité détermine quels actifs font partie de la masse de l'insolvabilité, en établisse un inventaire détaillé⁷⁹ et estime la valeur de chaque actif⁸⁰. Les lois sur l'insolvabilité divergent quant à savoir si le représentant de l'insolvabilité doit saisir, mettre sous scellés ou simplement marquer les biens sur lesquels le débiteur n'exerce plus de contrôle, cela pouvant dépendre du type de biens et de la probabilité que ceux-ci disparaissent en l'absence d'une telle mesure⁸¹.

⁷⁷ Voir, par exemple, l'article 138-2 du Code de l'insolvabilité autrichien, l'article 203 du Code de l'insolvabilité allemand, l'article 269 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, l'affaire *Arnot c. ServiceLing Title Co. of Oregon*, 744 Fed. Appx. 415 (9^e circuit 2018) (États-Unis), l'affaire *Kane c. National Union Fire Ins. Co.* 535 F.3d 380, 384 (5^e circuit 2008) (États-Unis), et la communication de la Jordanie.

⁷⁸ Voir, par exemple, la communication de la République dominicaine.

⁷⁹ Voir, par exemple, la communication du Chili (l'inventaire des actifs est censé être une liste détaillée, ventilée en groupes et en rubriques, et différentes règles s'appliquent à l'inventaire des différents actifs. Par exemple, pour les biens meubles, « leur nature, leur quantité, leur qualité, leur état et toute autre information ou indication requise pour leur présentation détaillée » doivent être indiqués dans l'inventaire ; pour les espèces, le liquidateur doit indiquer la quantité, le montant et la monnaie ; pour les sommes détenues sur des comptes bancaires, il doit indiquer le nom de la banque, le numéro de compte, le solde et les éventuels chèquiers contenant des chèques non utilisés ; pour les véhicules à moteur, il doit demander au registre concerné les certificats d'immatriculation de tous les véhicules enregistrés au nom du débiteur ; pour les biens immeubles, il doit préciser leur emplacement, le numéro d'enregistrement du bien et les détails des titres de propriété correspondants déposés auprès du registre des biens immobiliers compétent ; pour les documents commerciaux, il doit fermer les livres de comptes et s'assurer qu'aucune écriture ne peut plus y être saisie. Toutes les pièces justificatives doivent être détaillées).

⁸⁰ Voir, par exemple, l'article 81a du Code autrichien de l'insolvabilité, les articles 22 et 151 du Code allemand de l'insolvabilité, la législation suédoise, les articles 221 et 299 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, ainsi que les communications de la Belgique, du Chili, du Panama et de la République dominicaine.

⁸¹ Voir, par exemple, l'article 36-1 de la Loi chilienne n° 20.720, les articles 148 à 150 du Code de l'insolvabilité allemand et l'article 223 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

39. L'établissement d'un inventaire peut devoir se faire sous la surveillance du juge ou d'un officier public certificateur, en présence du débiteur. Les descentes sur les lieux peuvent être soumises à des garanties similaires⁸².

40. Une fois l'inventaire terminé et certifié, le représentant de l'insolvabilité assume le contrôle et la responsabilité de tous les actifs et documents qui y figurent, et il lui revient notamment d'assurer leur préservation et la réalisation des biens qui, par leur nature ou en raison d'autres circonstances, sont périssables, susceptibles de se dévaluer ou autrement menacés. Il peut se faire aider par les service de détection et de répression pour obtenir le contrôle des actifs et par des experts pour en estimer la valeur⁸³. Des garanties, telles que l'autorisation du tribunal et l'examen des objections, s'appliquent lorsque les droits des tiers sont affectés par ces mesures.

7. Annulation⁸⁴

a) Période suspecte et délais pour engager des actions en annulation

41. La durée de la période suspecte varie d'un pays à l'autre. À l'intérieur d'un même pays, elle peut varier en fonction du type d'opération et de la personne avec laquelle celle-ci a été conclue. Par exemple, lorsque les opérations susceptibles d'annulation concernent une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, les lois sur l'insolvabilité prévoient généralement une période suspecte plus longue et suppriment la condition selon laquelle le débiteur doit être insolvable au moment de l'opération, ou l'être devenu à la suite de celle-ci. En général, tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont inopposables, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu⁸⁵.

b) Opérations annulables

42. Les critères déterminant quelles opérations sont annulables varient considérablement d'un pays à l'autre et peuvent comprendre des aspects objectifs et subjectifs ainsi que différentes présomptions, notamment en ce qui concerne le préjudice subi par les créanciers⁸⁶. Les opérations annulables sont généralement les suivantes : i) les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers lorsque l'opération a eu pour effet de mettre des actifs hors de portée des créanciers ou des créanciers potentiels ou de léser d'une autre manière les intérêts des créanciers ; ii) les opérations dans lesquelles le débiteur a transféré un droit sur un bien ou a souscrit une obligation à titre gratuit ou pour une contrepartie symbolique, inférieure ou insuffisante et qui sont intervenues à un moment où il était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable (opérations à un prix sous-évalué) ; iii) les opérations intervenues à un moment où le débiteur était insolvable, dans lesquelles un créancier a obtenu une part des actifs de ce dernier supérieure à la proportion qui lui revient ou en a reçu le bénéfice (opérations préférentielles). Cette catégorie comprend notamment les paiements ou compensations (set-off) de dettes non encore exigibles ou la constitution d'une sûreté réelle pour garantir des créances non garanties antérieures. L'inscription ou l'enregistrement de sûretés effectués au-delà du délai fixé par la loi sont également annulables ; iv) les opérations s'agissant desquelles, pendant la période suspecte, le débiteur a porté atteinte aux intérêts de tous les créanciers ou de certains d'entre eux par l'exercice légal du droit de diviser les biens ; et v) tous autres paiements faits par

⁸² Voir, par exemple, la communication de la Belgique.

⁸³ Voir, par exemple, les communications de la Belgique et du Chili.

⁸⁴ Traitée dans les recommandations 87 à 99, 217, 218, 228 et 316 du Guide et dans le commentaire correspondant.

⁸⁵ Voir, par exemple, les communications de la Belgique et de la Hongrie.

⁸⁶ Voir, par exemple, la communication de l'Espagne (présomption relative de préjudice causé aux créanciers lorsque les opérations sont effectuées avec des personnes apparentées ou qu'elles impliquent une nouvelle garantie pour une dette préexistante ou le paiement de créances garanties non échues ; et présomption irréfutable de préjudice causé aux créanciers lorsqu'il s'agit d'actes de disposition à titre gratuit, à l'exception des dons d'usage, et du paiement des créances chirographaires non échues).

le débiteur pour dettes échues, et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de paiement⁸⁷.

c) Droit d'intenter des actions en annulation

43. Selon le pays, il se peut que le représentant de l'insolvabilité soit la principale ou la seule personne habilitée à engager une action en annulation. Lorsque l'annulation relève de la responsabilité exclusive du représentant de l'insolvabilité, toute action intentée par un créancier avant l'ouverture de la procédure risque de devoir être interrompue et peut être reprise par le représentant de l'insolvabilité⁸⁸. Les frais des actions en annulation sont assimilés à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure d'insolvabilité, mais d'autres solutions peuvent également être envisagées pour les engager et les financer. Dans certains pays, les créanciers ne peuvent intenter une telle action qu'avec l'accord du représentant de l'insolvabilité ou, en cas de refus de ce dernier, avec l'autorisation du tribunal. Certaines lois permettent à un ou plusieurs créanciers d'engager, s'ils le souhaitent, une action en annulation dans les cas où le représentant de l'insolvabilité, tout bien considéré, décide de ne pas le faire⁸⁹. D'autres lois exigent que les créanciers qui veulent intenter une telle action le fassent à leurs risques et périls, c'est-à-dire sans occasionner de frais de procédure et autres frais potentiellement inutiles pour la masse⁹⁰.

44. Lorsque les créanciers sont autorisés à engager une action en annulation, soit sur un pied d'égalité avec le représentant de l'insolvabilité, soit parce que ce dernier a décidé de ne pas le faire, les lois sur l'insolvabilité adoptent des approches différentes concernant les actifs ou la valeur à récupérer. La plus courante consiste à considérer que les actifs ou la valeur récupérés font partie de la masse du fait que l'objet de l'annulation est de restituer des actifs ou de la valeur à la masse au profit de tous les créanciers. D'autres lois prévoient que tout ce qui est recouvré peut être utilisé pour couvrir les coûts et satisfaire la demande des créanciers poursuivants, et que seul l'excédent est remis à la masse de l'insolvabilité, sous réserve que les créanciers présentent un compte rendu détaillé⁹¹.

d) Conséquences de l'annulation

45. L'autre partie à une opération annulée est généralement tenue de restituer à la masse les actifs qu'elle a obtenus ou, si le tribunal l'ordonne, de faire à la masse un paiement en espèces correspondant à la valeur de l'opération. Elle peut détenir une créance chirographaire ordinaire sur la masse. Si elle a agi de mauvaise foi, elle peut voir sa créance déclassée. Si elle ne se conforme pas à la décision du tribunal, sa créance peut être rejetée. Certains pays exigent que les créances soient réglées en même temps que les biens et les droits faisant l'objet de l'annulation sont restitués⁹².

8. Actions contre les administrateurs, les actionnaires et d'autres personnes⁹³

46. Comme indiqué ci-dessus dans les sections « Mesures préventives » et « Obligations du débiteur et des tiers, y compris les organismes publics », sous

⁸⁷ Voir, par exemple, les communications de la Belgique, du Chili, de la Chine, de la Jordanie et du Panama.

⁸⁸ Voir les références à l'action paulienne dans la section « Mesures préventives » ci-dessus. Voir également la communication du Japon.

⁸⁹ Voir, par exemple, l'affaire *Unisys Corp. c. Dataware Prods. Inc.*, 848 F.2d 311 (1^{er} circuit 1988) (États-Unis). Voir également la communication de l'Espagne.

⁹⁰ Voir, par exemple, l'article 260 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

⁹¹ Pour un exemple de l'obligation faite aux créanciers de fournir un compte rendu détaillé du résultat de l'action en annulation et, s'ils obtiennent gain de cause, des actifs et de la valeur récupérés, voir les paragraphes 2 à 4 du formulaire de faillite suisse 7K.

⁹² Voir, par exemple, les communications de l'Espagne et du Panama.

⁹³ Traitées dans la quatrième partie du Guide.

certaines conditions, les personnes exerçant un contrôle de fait sur l'entreprise du débiteur (collectivement désignés par le terme « administrateurs », qui englobe les administrateurs de droit, de fait et occultes ainsi que les actionnaires et les prêteurs contrôlant l'entreprise) peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée pour leur comportement pendant la période où le débiteur était insolvable ou pendant la période précédant son insolvabilité⁹⁴. Contrairement aux actions en annulation, les actions engagées contre ces personnes ne visent pas le recouvrement d'actifs du débiteur mais la réparation du préjudice que leurs actes ont causé aux créanciers. Ces actions s'ajoutent à celles qui pourraient être introduites pour annuler des opérations ayant pu avoir lieu entre le débiteur et ces personnes ainsi qu'aux voies de droit ou sanctions légales supplémentaires applicables contre ces dernières, comme le report des paiements que le débiteur leur doit, ou le déclassement ou le rejet de leurs créances. Certaines législations prévoient différentes sanctions contre les administrateurs en fonction des effets de leur comportement sur l'insolvabilité⁹⁵, sans exclure la responsabilité pénale⁹⁶.

47. Les actions contre les administrateurs partagent de nombreuses caractéristiques avec les actions en annulation. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité prévoient que le produit de toutes les actions introduites contre les administrateurs pour manquement à leur devoir de loyauté – celui-ci n'étant pas limité aux obligations énumérées – entre dans la masse de l'insolvabilité. Le droit d'agir revient donc à la masse de l'insolvabilité et le représentant de l'insolvabilité est responsable au premier titre de l'ouverture d'une action pour manquement à ces obligations. Les frais de l'action sont assimilés à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure d'insolvabilité, mais d'autres solutions peuvent également être envisagées pour l'engagement et le financement de cette action. Les créanciers ou toute autre partie intéressée peuvent notamment engager des actions contre les administrateurs avec l'accord du représentant de l'insolvabilité ou, en cas de refus de ce dernier, avec l'autorisation du tribunal.

9. Regroupement des patrimoines⁹⁷

48. Le tribunal peut ordonner le regroupement des patrimoines à titre de réparation équitable⁹⁸ ou autre lorsqu'il a la conviction : a) que les actifs ou les passifs respectifs de personnes morales distinctes sont si étroitement imbriqués qu'il serait excessivement long ou coûteux de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif et qui doit répondre de tel ou tel passif ; et b) que ces personnes morales distinctes se livrent à des pratiques frauduleuses ou à une activité sans objet commercial légitime et que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation. Dans ce cas, les actifs et les passifs des entités visées par un regroupement de patrimoines sont traités comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique, les créances et les dettes entre ces entités, y compris le passif garanti, s'éteignent et les créances à l'égard des différentes entités sont traitées comme si elles étaient des créances sur la masse de l'insolvabilité unique.

49. Les garanties comprennent : a) une ordonnance et la possibilité pour le tribunal l'ayant rendue de la modifier si nécessaire ; b) la notification aux parties intéressées de l'audience relative à une éventuelle ordonnance du tribunal ; c) l'exclusion, sous certaines conditions, de certains actifs et créances d'une ordonnance de regroupement ; d) le respect, en règle générale, des droits et priorités de tout créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif ; et e) la reconnaissance des priorités établies par la loi sur l'insolvabilité qui sont applicables en ce qui concerne chaque entité avant une ordonnance de regroupement des patrimoines.

⁹⁴ Voir, par exemple, les communications de la Hongrie, du Maroc et du Panama.

⁹⁵ Voir, par exemple, la communication du Maroc.

⁹⁶ Voir, par exemple, les articles 56 et 169 de la Loi roumaine n° 85/2014.

⁹⁷ Traité dans les recommandations 219 à 231 du Guide, dans le contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises.

⁹⁸ Voir, par exemple, *In re Bonham*, 229 F.3d 750, 767 (9^e circuit 2000) (États-Unis).

10. Coordination et regroupement de procédures⁹⁹

50. Dans certains pays, la loi prévoit la possibilité d'une coordination ou d'un regroupement (ou d'une administration conjointe) des procédures d'insolvabilité connexes (par exemple, les procédures d'insolvabilité contre les débiteurs et contre les personnes ayant des liens privilégiés avec eux, telles que les membres de leur famille, leurs associés, leurs actionnaires ou les sociétés apparentées)¹⁰⁰. Cette possibilité permet au tribunal de traiter de manière globale les dettes liées entre elles, comme les dettes commerciales, personnelles et à la consommation contractées par des entrepreneurs individuels, des propriétaires de micro- et petites entreprises à responsabilité limitée ou des membres de leur famille. Généralement, la procédure regroupée reçoit le même numéro de dossier, est confiée au même juge de l'insolvabilité, et un représentant de l'insolvabilité unique est désigné. Toutefois, contrairement au cas du regroupement des patrimoines, les actifs et les passifs de chaque débiteur concerné restent séparés et distincts. Aux fins de la localisation et du recouvrement d'actifs, le regroupement de procédures peut révéler l'existence d'opérations entre des débiteurs ayant des liens privilégiés entre eux ou d'actifs appartenant à l'un d'eux et se trouvant en possession de l'autre, qui auraient sinon pu être dissimulés.

B. Contexte international¹⁰¹

1. Généralités

51. Les États qui ont incorporé les dispositions pertinentes de la LTI facilitent la localisation et le recouvrement d'actifs dans les cas d'insolvabilité internationale. Il existe d'autres instruments ayant des objectifs similaires, notamment le Règlement européen sur l'insolvabilité¹⁰².

2. Mesures provisoires

52. Sauf disposition contraire du droit national, le représentant étranger doit faire une demande de mesures provisoires auprès du tribunal pertinent¹⁰³. Les États qui ont incorporé l'article 19 de la LTI¹⁰⁴ prévoient la possibilité d'accorder de telles mesures au représentant étranger, y compris à celui qui est nommé à titre provisoire, dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère et jusqu'à ce qu'une décision à ce sujet soit rendue. Dans l'ensemble de l'UE, outre la reconnaissance automatique des décisions relatives à des mesures conservatoires prises dans les pays de l'Union après la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou en rapport avec celle-ci¹⁰⁵, un administrateur temporaire nommé dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité principale au sein de l'UE est habilité à demander toute mesure disponible en vertu du droit de l'État membre de l'UE où sont situés les actifs du

⁹⁹ Traités dans les recommandations 202 à 210 et 364 à 366 du Guide et dans le commentaire correspondant.

¹⁰⁰ Voir, par exemple, la règle fédérale de procédure de faillite n° 1015b (États-Unis).

¹⁰¹ Traité dans les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

¹⁰² Voir, par exemple, la communication de la Chine au sein de laquelle on évoque le compte rendu de la réunion de 2021 de la Cour populaire suprême et du Gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong relative à la reconnaissance mutuelle et à l'assistance dans le cadre des procédures de faillite (d'insolvabilité) entre les tribunaux du continent et ceux de la Région administrative spéciale de Hong Kong.

¹⁰³ Voir, par exemple, la communication de la Chine.

¹⁰⁴ Voir également les articles 12 de la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (LTJI) et les articles 20 et 22 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (LTIGE).

¹⁰⁵ Article 32.

débiteur, afin de garantir et de préserver ces actifs¹⁰⁶. Certains États permettent au représentant étranger de demander des mesures provisoires *ex parte*¹⁰⁷.

53. Les mesures habituellement demandées et accordées comprennent : a) la suspension de l'exécution judiciaire sur toutes les différentes parties du patrimoine local du débiteur ; b) la fin ou la limitation de l'administration par le débiteur de ses biens se trouvant dans l'État requis, associée à la désignation d'un ou de plusieurs représentants locaux de l'insolvabilité ou l'autorisation pour le représentant étranger d'administrer, en tout ou en partie, les biens du débiteur dans l'État requis ; c) la réalisation urgente des actifs du débiteur, en raison de la nature de ceux-ci ou pour toute autre raison ; et d) l'audition de témoins relevant de la compétence de l'État requis, la collecte de preuves situées dans l'État requis ou la fourniture au représentant étranger de renseignements concernant les biens, les affaires, les droits, les obligations ou les responsabilités du débiteur. En accordant ou en refusant l'une ou l'autre de ces mesures, le tribunal est généralement tenu d'assurer la protection adéquate des intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur¹⁰⁸. Lorsqu'une demande d'ordonnance de mise sous scellés, de gel ou de saisie des actifs locaux d'un débiteur est introduite, le requérant peut devoir fournir des indices convaincants pour démontrer l'existence et la localisation de ces biens et le fait que le débiteur en est le propriétaire légal ou le bénéficiaire effectif¹⁰⁹.

3. Mesures applicables dès la reconnaissance de la procédure

54. Dans certains pays, les procédures reconnues emportent des effets similaires à ceux d'une procédure d'insolvabilité locale, sans toutefois avoir d'effet rétroactif (par exemple, toute liquidation en cours est irrévocable)¹¹⁰. Dans d'autres pays, la reconnaissance d'une procédure étrangère peut entraîner l'ouverture de procédures ancillaires locales¹¹¹, qui sont administrées conformément au droit national de l'insolvabilité.

55. Les États qui ont incorporé les dispositions pertinentes de la LTI prévoient : a) une suspension automatique des procédures, et notamment la suspension du droit du débiteur de transférer, de grever ou de disposer autrement de ses actifs, dès la reconnaissance de la procédure étrangère principale ; et b) une suspension discrétionnaire si le représentant étranger le demande lors de la reconnaissance de la procédure étrangère non principale. La portée, la modification, la fin et les effets de la suspension sont soumis au droit du pays où est accordée la reconnaissance. D'autres types de mesures peuvent englober celles mentionnées dans la rubrique « Mesures provisoires » ci-dessus et toute autre mesure supplémentaire que les tribunaux peuvent être autorisés à accorder. Certains États ne limitent pas les mesures susceptibles d'être accordées à celles que prévoit le droit interne.

4. Obligations du débiteur

56. Les obligations du débiteur dans le contexte de l'insolvabilité nationale peuvent naître vis-à-vis du représentant de l'insolvabilité désigné localement ou du représentant étranger, selon le cas, dès la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère.

¹⁰⁶ Article 52.

¹⁰⁷ Article 168 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP), disponible à l'adresse https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr.

¹⁰⁸ Voir, par exemple, les communications de la Belgique, de la Jordanie et du Panama.

¹⁰⁹ Voir la communication de la Suisse.

¹¹⁰ Voir la communication de la Chine.

¹¹¹ Voir, par exemple, la communication de la Suisse (un représentant étranger peut demander qu'aucune procédure ancillaire ne soit ouverte lors de la reconnaissance, mais cette option n'existe pas lorsque des créanciers privilégiés locaux (principalement des employés locaux) ont produit des créances dans l'appel de créances ayant suivi la reconnaissance. Dans ce cas, une procédure ancillaire doit être ouverte).

57. Des exceptions peuvent être soulevées lorsque le débiteur ou l'administrateur sont situés à l'étranger et qu'en raison de la communication tardive ou de l'absence de communication d'informations pertinentes, le délai légal pour engager des poursuites a expiré.

5. Pouvoirs du représentant de l'insolvabilité

58. Certains textes examinés autorisent le représentant de l'insolvabilité à exercer des pouvoirs de localisation et de recouvrement d'actifs à l'étranger ; d'autres en limitent l'exercice au territoire national, ce qui nécessite une coopération avec les autorités étrangères compétentes ou la demande d'une assistance étrangère si les actifs sont situés en dehors du pays¹¹². L'exercice de ces pouvoirs à l'étranger est facilité par certains instruments internationaux et certaines dispositions législatives nationales, notamment celles qui incorporent les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité, qui prévoient que le tribunal octroyant la reconnaissance peut accorder toute une gamme de mesures au représentant étranger, en tant que mesures provisoires ou dès la reconnaissance de la procédure étrangère. Certains États ne limitent pas l'assistance susceptible d'être apportée à celle que prévoit le droit interne. Certaines dispositions prévoient explicitement qu'un représentant étranger a les mêmes droits et obligations qu'un représentant désigné localement¹¹³.

59. Les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité à l'étranger sont circonscrits par la législation et les décisions rendues par les juridictions étrangères compétentes, ainsi que par des restrictions d'ordre pratique. Conformément à ce qu'envisage la LTI, les pouvoirs du représentant d'une procédure étrangère non principale sont parfois plus limités que ceux du représentant d'une procédure étrangère principale. En outre, le représentant de l'insolvabilité peut se heurter à des obstacles lors du recouvrement de dettes publiques. Les exceptions et fins de non-recevoir fondées sur l'incompétence et le défaut de qualité pour agir, ainsi que sur l'expiration des délais de prescription, qui ne sont pas les mêmes d'un pays à l'autre, peuvent également empêcher le représentant de l'insolvabilité d'exercer ses pouvoirs à l'étranger. Les créanciers ou les tiers auxquels le représentant de l'insolvabilité peut céder des droits pour engager des poursuites risquent de rencontrer les mêmes difficultés.

60. Dans l'UE, le représentant de l'insolvabilité désigné dans la procédure d'insolvabilité principale est habilité à exercer tous les pouvoirs que lui confère la législation de l'État d'ouverture de la procédure dans un autre État membre de l'Union auquel le Règlement européen sur l'insolvabilité s'applique, tant qu'aucune autre procédure d'insolvabilité n'a été ouverte et qu'aucune mesure conservatoire contraire n'y a été prise à la suite d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans cet État. Sous réserve des dispositions du Règlement européen sur l'insolvabilité relatives à la protection des droits réels des tiers et à la réserve de propriété, le représentant de l'insolvabilité désigné dans la procédure d'insolvabilité principale peut notamment faire sortir les biens du débiteur du territoire de l'État membre où ils sont situés. Le représentant de l'insolvabilité désigné dans la procédure d'insolvabilité secondaire : a) peut, dans tout autre État membre de l'UE, faire valoir par voie judiciaire ou extrajudiciaire que des biens meubles ont été déplacés du territoire de l'État d'ouverture de la procédure vers le territoire de cet autre État membre de l'UE après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; et b) peut également intenter toute action en annulation qui est dans l'intérêt des créanciers. Dans l'exercice de ses pouvoirs, le représentant de l'insolvabilité est tenu de respecter la loi de l'État membre sur le territoire duquel il entend agir, en particulier quant aux

¹¹² Dans certains pays (par exemple en Italie), lorsqu'elles entraînent des coûts supplémentaires pour la procédure d'insolvabilité nationale (frais administratifs et honoraires professionnels), les demandes d'assistance dans des affaires d'insolvabilité internationale doivent être autorisées par un juge et justifiées par des raisons d'opportunité. Dans d'autres pays, le représentant de l'insolvabilité peut faire intervenir une autorité publique compétente pour traiter une demande d'assistance émanant d'autorités étrangères compétentes (par exemple, le médiateur des faillites en Finlande).

¹¹³ Voir, par exemple, l'article 9 de la Loi lettone sur l'insolvabilité (1^{er} novembre 2020).

modalités de réalisation des actifs. Ces pouvoirs ne peuvent inclure l'emploi de moyens contraignants, à moins qu'ils ne soient ordonnés par une juridiction de cet État membre, ni le droit de statuer sur une action en justice ou un différend¹¹⁴.

61. Certains pays indiquent clairement que la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère donne au représentant étranger le droit de participer aux procédures locales auxquelles le débiteur est partie et d'y intervenir, comme le prévoient les articles 12 et 24 de la LTI, y compris le droit de présenter des requêtes, des demandes ou des conclusions concernant la localisation et le recouvrement d'actifs, à condition que les conditions prévues par la législation de l'État de reconnaissance soient remplies. Ces procédures peuvent concerner des actions individuelles engagées par ou contre le débiteur qui n'ont pas été interdites ou suspendues dans l'État de reconnaissance à la suite de la reconnaissance de la procédure étrangère. D'autres États soulignent également la capacité du représentant étranger, à compter de la reconnaissance de la procédure étrangère, à prendre toute mesure pour bloquer les opérations qui seraient préjudiciables aux créanciers¹¹⁵.

62. Les États qui ont incorporé les articles 9 et 11 de la LTI permettent au représentant étranger (d'une procédure d'insolvabilité principale ou non principale) de s'adresser directement aux tribunaux nationaux, y compris pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale ou d'autres actions liées à la localisation et au recouvrement d'actifs, sans avoir à satisfaire à des exigences formelles telles que celles liées à des licences ou à des actions consulaires et sans reconnaissance préalable de la procédure étrangère par l'État concerné.

63. Lorsqu'une procédure ancillaire locale a été ouverte, le représentant de l'insolvabilité désigné localement dans le cadre de celle-ci peut avoir pour mission et tâche principales de rechercher et de recouvrer les actifs. Il peut non seulement demander tout type d'information à toute partie, mais également prendre des mesures de précaution pour sauvegarder les actifs. Dans un État, le représentant étranger de la procédure principale peut engager des actions locales, notamment en annulation, contre un tiers (par exemple, des actions en responsabilité, en restitution et en indemnisation) si le représentant de l'insolvabilité désigné localement renonce à le faire. Si aucune procédure ancillaire locale n'a été ouverte, il peut aussi demander toute mesure de protection disponible en vertu du droit local et déposer des demandes de recouvrement d'actifs contre des tiers. Il peut également requérir des informations sur la base des lois applicables à l'instance principale, à l'exclusion de l'exercice des pouvoirs publics¹¹⁶.

6. Actions en annulation et autres actions liées à l'insolvabilité

64. Les États qui ont incorporé l'article 23 de la LTI donnent au représentant étranger la possibilité d'engager des actions en annulation dès la reconnaissance de la procédure étrangère, sans préjudice des autres dispositions du droit interne relatives à ce type d'actions et sous réserve que, dans le cas d'une procédure étrangère non principale, l'action porte sur des actifs qui, conformément à la loi de l'État de reconnaissance, devraient être administrés dans le cadre de la procédure étrangère non principale. Les États qui ont incorporé l'article 13-1 de la LTI permettraient également aux créanciers étrangers d'introduire des actions en annulation dans le cadre des procédures d'insolvabilité nationales, si les créanciers locaux en ont eux-mêmes la capacité.

65. Les jugements en annulation et autres décisions liées à l'insolvabilité, notamment s'agissant d'actions contre un ou des tiers prétendant être propriétaires d'un actif particulier, n'ont souvent aucun effet à l'étranger si la procédure étrangère ou le jugement lui-même n'ont pas été reconnus au préalable. Dans de nombreux pays, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers ne sont pas automatiques et

¹¹⁴ Article 21 du Règlement européen sur l'insolvabilité.

¹¹⁵ Voir les communications de la Jordanie et du Panama.

¹¹⁶ Voir la communication de la Suisse.

peuvent être disponibles uniquement selon des critères restreints voire être tout à fait impossibles. Même lorsque la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers sont généralement disponibles, les décisions liées à l'insolvabilité, telles que celles rendues dans des actions en annulation, peuvent en être exclues.

66. En incorporant la LTI, les États prendraient à bras-le-corps les difficultés que suscitent la localisation et le recouvrement d'actifs lorsque les actifs liés à une opération annulée ou les personnes auxquelles il a été ordonné de restituer des actifs se trouvent à l'étranger. En effet, la LTI permet la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers liés à l'insolvabilité, y compris les jugements rendus dans des États qui ne sont le lieu ni de la procédure principale ni de la procédure non principale [art. 14 h)] ou par des tribunaux qui n'administrent pas la procédure d'insolvabilité étrangère (par exemple, les tribunaux civils qui connaissent des actions en annulation).

67. Au niveau régional, le Règlement européen sur l'insolvabilité exige la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité rendus par les tribunaux compétents pour les procédures d'insolvabilité principales et secondaires dans l'ensemble de l'UE sans aucune autre formalité, y compris s'agissant des décisions qui découlent directement de la procédure d'insolvabilité et qui y sont étroitement liées, même si elles ont été rendues par un autre tribunal¹¹⁷.

68. Certains États envisagent la reconnaissance directe des décisions étrangères, à la fois en annulation et autrement liées à l'insolvabilité, et accordent des aides appropriées, sur requête, sous réserve du respect de certaines conditions (par exemple, le défendeur ne doit pas avoir eu son domicile local dans l'État concerné au moment où la demande a été déposée, ou la procédure étrangère à laquelle se rapporte le jugement doit pouvoir être reconnue localement). Ils permettent également la reconnaissance et l'exécution d'ordonnances prises en dehors de la procédure d'insolvabilité, par exemple, des ordonnances de gel ou de saisie d'actifs liées à une créance qui a été cédée à un tiers (et qui n'est plus liée à la masse de l'insolvabilité) ou lorsqu'une créance n'est pas fondée sur la loi sur l'insolvabilité (qu'elle découle, par exemple, d'une faute des administrateurs) et que le représentant de l'insolvabilité ne la prend pas en compte. Les conditions habituelles s'appliquent, telles que la présentation d'un titre (par exemple, un jugement étranger) et le respect des garanties d'une procédure régulière (par exemple, le défendeur doit avoir eu le droit d'être entendu)¹¹⁸.

7. Coopération et coordination

69. Les États qui ont incorporé les dispositions pertinentes des textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité habilite leurs tribunaux nationaux et les représentants de l'insolvabilité désignés localement à communiquer directement et à coopérer dans toute la mesure du possible avec les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité étrangers. Cette capacité n'est liée ni à l'exigence de reconnaissance ni au type de procédure d'insolvabilité (principale, non principale ou fondée sur la présence d'actifs dans l'État concerné) et ne nécessite pas de communication par l'intermédiaire des autorités désignées. La coopération peut être assurée par tout moyen approprié, notamment : a) la nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal ; b) la communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal ; c) la coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur ; d) l'approbation ou l'application par les tribunaux des accords concernant la coordination des procédures ; et e) la coordination des procédures concurrentes concernant le même débiteur.

70. Le Règlement européen sur l'insolvabilité exige la coopération et la communication entre les représentants de l'insolvabilité dans les procédures

¹¹⁷ Article 32.

¹¹⁸ Voir la communication de la Suisse.

d'insolvabilité concernant le même débiteur et des membres des groupes d'entreprises, en précisant les questions qui doivent faire l'objet de communications entre eux, y compris toute information qui peut être pertinente pour les autres procédures. Il traite également de la coopération et de la communication entre les tribunaux de l'UE dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Les moyens de coopération suggérés sont similaires à ceux énumérés dans les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité et comprennent également la coordination de la nomination des praticiens de l'insolvabilité et la coordination de la conduite des audiences¹¹⁹.

71. Certains États envisagent ou exigent la publication au journal officiel national de certaines informations relatives aux procédures d'insolvabilité internationale. Cette publication vise, entre autres, à mettre en œuvre l'obligation d'échange d'informations entre et parmi les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité au niveau international¹²⁰.

III. Outils d'application générale pour la localisation et le recouvrement civils d'actifs

A. Registres

72. Il existe dans tous les États de nombreux registres contenant des informations qui peuvent être utiles pour la localisation et le recouvrement d'actifs dans le cadre des procédures d'insolvabilité, en particulier pour retrouver des actifs appartenant aux débiteurs. Ces registres ont différents objets, notamment établir la preuve d'un titre de propriété (c'est le cas, par exemple, du registre foncier tenu dans certains pays de droit civil) et faciliter les opérations commerciales en fournissant des informations sur les titres de propriété, les sûretés et les intérêts de tiers relatifs à des biens ou sur le type de responsabilité d'une entité commerciale et l'identité de ses administrateurs, dirigeants et autres personnes autorisées à l'engager (par exemple, registres des actes mobiliers et des hypothèques ; registres du commerce) ou des informations sur les détenteurs de droits de propriété intellectuelle (registres des brevets, des marques et des droits d'auteur). Il existe également des registres des véhicules à moteur, des navires et des aéronefs et, en particulier dans l'UE¹²¹, des registres centraux des comptes bancaires¹²². On trouve parfois aussi des registres publics des procédures d'insolvabilité, qui permettent aux tribunaux, aux représentants de l'insolvabilité et aux créanciers d'obtenir des informations sur ces procédures concernant des débiteurs spécifiques¹²³.

73. Certains registres sont particulièrement utiles pour la localisation et le recouvrement d'actifs. Par exemple, les registres de titres, tels que les registres fonciers tenus dans certains pays de droit civil, exigent que les transferts et les charges sur les biens immobiliers y soient inscrits pour les rendre opposables aux tiers. Un avertissement aux utilisateurs du registre concernant une limitation ordonnée par un tribunal de la capacité du défendeur à transférer ou à grever les biens énumérés dans ledit registre peut effectivement empêcher que ne soient accomplies d'autres opérations concernant ces biens. Certains registres sont assortis d'une présomption d'exactitude des informations qu'ils contiennent, ce qui peut être utile si un créancier ou un représentant de l'insolvabilité doit prouver la propriété dans le cadre d'un litige civil.

¹¹⁹ Article 41 à 43. Voir également, par exemple, les articles 471 à 473 de la Loi suédoise sur l'insolvabilité.

¹²⁰ Voir, par exemple, la communication de la Belgique.

¹²¹ Après l'adoption de la directive (UE) 2015/849, JO L 141, 73 (cinquième directive anti-blanchiment).

¹²² Par exemple, la FICOPA en France.

¹²³ Voir, par exemple, le registre d'insolvabilité obligatoire en vertu de l'article 24 du Règlement européen sur l'insolvabilité.

74. Certains registres sont accessibles au public en ligne. D'autres, bien que disponibles publiquement, peuvent ne pas être facilement accessibles ou consultables (par exemple, les registres locaux sur papier, qui nécessitent des recherches en personne et manuelles dans chaque lieu où les biens immobiliers du débiteur peuvent être situés ; certains peuvent permettre des recherches par actifs ou en utilisant des critères autres que le nom du débiteur). L'accès à d'autres registres peut n'être accordé qu'aux personnes pouvant justifier d'un intérêt légitime. D'autres encore ne peuvent être consultés que par des personnes spécifiques (par exemple, seulement les personnes dont les informations figurent dans le registre) ou par des agences gouvernementales, généralement parce que les informations en question sont (commerciallement) sensibles ou confidentielles. Par exemple, dans certains pays, certains registres, tels que les registres des comptes bancaires, ne peuvent être consultés que par les procureurs et les tribunaux dans le cadre d'affaires pénales ou dans certaines affaires pénales spécifiques¹²⁴, notamment concernant le blanchiment d'argent¹²⁵. Une ordonnance spéciale d'un tribunal peut être nécessaire pour obtenir des informations extraites de ces registres.

B. Dossiers des organismes publics

75. Les dossiers des organismes publics, tels que l'administration fiscale et les agences d'assurance sociale, peuvent contenir des informations importantes sur les actifs des débiteurs. Dans certains États, le droit de l'insolvabilité oblige ces organismes à fournir au représentant de l'insolvabilité des informations concernant les actifs du débiteur extraites de leurs fichiers. Dans d'autres États, les représentants de l'insolvabilité peuvent dorénavant avoir accès aux dossiers des organismes publics en raison des lois sur la transparence de la vie publique¹²⁶. Toutefois, l'accès à certaines données peut être restreint (par exemple, parce que des considérations de protection de la vie privée prévalent)¹²⁷ ou être assorti de conditions (par exemple, le représentant de l'insolvabilité peut ne pouvoir obtenir que les informations qui sont directement pertinentes et importantes pour l'identification des actifs du débiteur), ou des limites peuvent être imposées à leur utilisation ultérieure (par exemple, le représentant de l'insolvabilité peut être tenu de ne pas révéler les informations obtenues à d'autres personnes ou de s'assurer que ces informations ne sont pas utilisées à des fins autres que celles de la procédure d'insolvabilité).

C. Obligations d'information

76. Les obligations d'information (aussi désignées en tant qu'obligations de divulgation d'informations) peuvent s'appliquer à certaines personnes, par exemple les personnes politiquement exposées, en ce qui concerne leurs biens et leurs revenus. Bien qu'elles soient souvent protégées par la loi sur les données personnelles et non accessibles dans le cadre d'une procédure civile, les informations communiquées peuvent être accessibles au représentant de l'insolvabilité ou dans le cadre d'une procédure pénale, d'où elles pourraient ensuite être utilisées dans la procédure d'insolvabilité¹²⁸. Le public peut avoir accès à d'autres renseignements découlant

¹²⁴ Voir, par exemple, en Autriche, le *Kontenregister- und Konteneinschagesetz*.

¹²⁵ Voir, par exemple, en Espagne, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

¹²⁶ Voir, par exemple, VG Berlin 30.8.2009 – VG 2 K 147/11 (tribunal administratif de Berlin), VG Köln, 1.12.2016 – 13 K 2824/15 (tribunal administratif de Cologne), VG Schleswig 15.10.2014 – 8 A 1/14 (tribunal administratif de Schleswig), à chaque fois en ce qui concerne l'administration fiscale.

¹²⁷ Voir, par exemple, VG Stuttgart 18.8.2009 – 8 K 1011/09 (tribunal administratif de Stuttgart), où il a été conclu que le représentant de l'insolvabilité ne pouvait pas accéder aux informations de l'agence d'assurance sociale en vertu de la Loi fédérale allemande sur la liberté d'information.

¹²⁸ Voir les communications de la Suisse et de l'Uruguay (notant également que les déclarations sur l'honneur du Président, du Vice-Président, des législateurs, des ministres de la Cour suprême de justice et des autres fonctionnaires visés à l'article 12 *bis* de la Loi n° 17.060 sont publiques).

d'obligations d'information, par exemple ceux que les entreprises doivent communiquer aux investisseurs ou au grand public conformément à leur devoir de diligence raisonnable (notamment pour empêcher l'exploitation irrégulière de sociétés cotées et pour sauvegarder les droits et intérêts légitimes des investisseurs, actionnaires et créanciers potentiels)¹²⁹.

D. Collecte de preuves dans le cadre de contentieux civils

1. Pendant la phase précontentieuse

77. La collecte de preuves sous une forme ou une autre pendant la phase précontentieuse est prévue dans quasiment tous les États. Il s'agit notamment de la production forcée (« discovery ») ou de la communication de preuves par les parties dans les pays de *common law* et de la collecte de preuves par les tribunaux dans les pays de droit civil, soient deux méthodes qui prévoient aussi bien l'une que l'autre la collecte de preuves auprès des parties et des non-parties. Dans la plupart des États, la collecte pendant la phase précontentieuse permet d'obtenir des preuves en prévision d'une phase contentieuse, qu'elle soit prévue ou déjà entamée, lorsque le temps est compté et qu'il y a un risque que les preuves en question disparaissent, soient perdues ou altérées de manière significative avant le début de la procédure contentieuse ou avant que cette dernière n'atteigne la phase de collecte des preuves¹³⁰. Dans certains États, la collecte de preuves pendant la phase précontentieuse est également possible, du moins dans une certaine mesure, si le demandeur peut démontrer un autre intérêt, le plus important de ces intérêts étant d'évaluer les éléments de preuve pour déterminer les chances de succès de la procédure, ce qui vise à favoriser des règlements équitables¹³¹.

78. Si ces conditions sont remplies, le tribunal ordonne généralement la collecte de preuves pendant la phase précontentieuse, qui se déroule généralement de la même manière que pendant la phase contentieuse (voir ci-dessous), bien que le nombre d'outils disponibles pour agir avant la phase contentieuse soit parfois limité (les outils de collecte de preuves disponibles pendant la phase contentieuse ne le sont pas nécessairement tous avant)¹³² et que leur mise en œuvre fasse l'objet de plus nombreuses conditions (par exemple, pour démontrer la probabilité de succès de la demande du plaignant sur le fond et la nécessité d'obtenir ou de préserver des preuves ou une autre mesure provisoire). Dans les pays de droit civil, le tribunal compétent peut interroger les parties et les témoins, inspecter des objets ou examiner des documents, ou nommer un expert pour élaborer un rapport, et il peut ordonner aux parties et aux témoins de comparaître pour être interrogés et exiger des personnes en possession de certains documents qu'elles les produisent¹³³. Dans les pays de *common law*, en revanche, la collecte de preuves prend la forme d'une communication ou

¹²⁹ Voir la communication de la Chine.

¹³⁰ Voir, par exemple, les articles 326 et 327 du Code fédéral civil et commercial argentin, l'article §384 du Code de procédure civile autrichien, l'article 381-1 du Code de procédure civile brésilien, les articles 183 à 190 du Code général de procédure colombien, l'article 145 du Code de procédure civile français, les articles 485 à 494a du Code de procédure civile allemand, l'article 158 du Code de procédure civile suisse, la règle fédérale de procédure civile n° 27 (États-Unis) (uniquement pour obtenir un témoignage et seulement « [s]i... la perpétuation du témoignage peut empêcher un échec ou un retard de la justice »), et la communication du Panama.

¹³¹ Voir, par exemple, les alinéas 2 et 3 de l'article 381 du Code de procédure civile brésilien, l'article 485-2 du Code de procédure civile allemand, et l'article 158-1 b) du Code de procédure civile suisse.

¹³² Voir, par exemple, l'article 485 du Code de procédure civile allemand (non disponible pour l'inspection des documents) et la règle fédérale de procédure civile n° 27 (États-Unis) (uniquement la déposition des témoins).

¹³³ Voir, par exemple, la communication du Panama (une fois ordonnée, cette procédure doit être exécutée le jour même, sans que soient entendus la partie adverse ou le détenteur du bien concerné. Le demandeur doit fournir une garantie pour couvrir les éventuels dommages qui pourraient survenir au cours de la procédure).

d'une production forcée, y compris l'obligation de comparaître pour faire une déposition et de produire des documents et des objets, le cas échéant¹³⁴.

79. Les mêmes règles et limitations s'appliquent généralement à la collecte de preuves pendant les phases précontentieuse et contentieuse. En particulier, dans la plupart des États, la collecte de preuves pendant la phase précontentieuse – tout comme pendant la phase contentieuse – n'est possible qu'en ce qui concerne les preuves qui sont pertinentes pour les demandes sur le fond des parties au litige. Dans les pays de *common law*, cette exigence de pertinence est parfois interprétée de manière large, de sorte qu'elle peut, dans certaines circonstances, inclure la preuve des actifs de l'une des parties¹³⁵. En revanche, dans certains pays, la pertinence est entendue comme signifiant que les faits à prouver au moyen des preuves à rassembler doivent être des faits nécessaires pour prouver un élément du fondement de la demande en justice¹³⁶. Cela comprendra rarement la preuve des actifs de l'autre partie, à moins que la demande en justice ne soit fondée sur une fraude civile. Dans ces pays, par conséquent, la collecte de preuves pendant la phase précontentieuse ne peut servir les fins de la localisation et du recouvrement d'actifs que dans des cas spécifiques.

2. Pendant la phase contentieuse

80. Les mêmes outils d'obtention de preuves qu'au stade précontentieux, y compris la communication et la production forcée dans les pays de *common law* et la collecte par les tribunaux dans les pays de droit civil, sont généralement disponibles pendant la phase contentieuse. Viennent s'ajouter à ceux-ci d'autres outils susceptibles d'être mis à disposition pendant la procédure contentieuse. La procédure contentieuse ayant pour but d'évaluer les créances, la collecte de preuves fait partie du processus et ne nécessite aucune justification supplémentaire. Pour la même raison, certains intérêts, notamment en ce qui concerne la vie privée et la protection des données, peuvent peser moins lourd au stade contentieux que d'autres considérations.

81. Comme pour la collecte de preuves pendant la phase précontentieuse, il y a des limites aux preuves qui peuvent être recueillies pendant la phase contentieuse. Par exemple, dans de nombreux pays, l'exigence de pertinence peut compliquer la mise en œuvre du processus de collecte de preuves pendant la phase contentieuse dans le but de localiser et de recouvrer les actifs du défendeur, car la preuve des actifs du défendeur sera rarement pertinente pour ce qui est de prouver le fondement de la requête du demandeur – sauf dans les cas impliquant des allégations de fraude civile. Outre la pertinence, il existe généralement des limites concernant la collecte de preuves en lien avec le secret professionnel et le produit du travail entre l'avocat et le client¹³⁷. Souvent, il existe également une sorte d'exigence de proportionnalité, qui peut s'appliquer particulièrement dans le contexte d'informations sensibles ou de secrets commerciaux¹³⁸. Les preuves qu'une partie a l'intention d'obtenir doivent souvent être identifiées de manière beaucoup plus spécifique dans les pays de droit civil que dans ceux de *common law*, en raison de règles strictes contre la « pêche aux preuves ».

82. Les informations sensibles, y compris celles qui sont couvertes par le secret bancaire ou la confidentialité bancaire, peuvent être traitées différemment d'un pays à l'autre. Dans certains pays, elles sont généralement protégées par le secret professionnel¹³⁹, à moins que les parties au litige ne soient invitées à révéler leurs propres comptes bancaires, secrets commerciaux et autres, auquel cas elles peuvent

¹³⁴ Voir [A/CN.9/WG.V/WP.175](#) pour les références aux ordonnances Norwich Pharmacal, Bankers Trust et Anton Piller.

¹³⁵ Voir, par exemple, la règle fédérale de procédure civile n° 26c (États-Unis).

¹³⁶ Voir, par exemple, l'article 150 du Code de procédure civile suisse.

¹³⁷ Voir, par exemple, les articles 383 à 390 du Code de procédure civile allemand, les articles 163 à 167 du Code de procédure civile suisse, et les règles fédérales de procédure civile n° 26b-1, 26b-3 et 26b-4 (États-Unis).

¹³⁸ Voir, par exemple, l'article 156 du Code de procédure civile suisse et les règles fédérales de procédure civile n° 26b-1 et 26c-1 G) (États-Unis).

¹³⁹ Voir, par exemple, les articles 383-1 6) et 384-3 du Code de procédure civile allemand.

être plus facilement accessibles. Dans d'autres pays, la décision d'ordonner ou non à un litigant ou à un tiers détenant de telles informations de les révéler est prise par le tribunal après mise en balance des intérêts en jeu ou analyse de la proportionnalité¹⁴⁰. Dans un autre groupe de pays encore, ces informations sont moins protégées ou doivent être mises à disposition sur le fondement d'une législation spéciale¹⁴¹.

3. Production forcée après la procédure (« post-trial discovery »)

83. Certains pays de *common law* permettent au créancier judiciaire d'imposer au débiteur judiciaire et à des tiers de produire des pièces « pour faciliter le jugement ou son exécution »¹⁴². Le créancier judiciaire peut ainsi obtenir des informations sur les actifs du débiteur, y compris des actifs cachés ou dissimulés. Il s'agit d'une production forcée « relativement permissive »¹⁴³ si elle est imposée au débiteur. Cependant, lorsqu'elle est imposée à des tiers, la production forcée est généralement limitée aux actifs du débiteur et ne saurait être étendue aux actifs des tiers en question. Toutefois, lorsqu'un tiers a des liens étroits avec le débiteur, une demande de production forcée élargie est autorisée¹⁴⁴.

4. Garanties

84. Habituellement, la partie adverse (ou future partie adverse) dans la procédure sur le fond a le droit d'être entendue avant que la collecte de preuves durant la phase précontentieuse ne soit ordonnée. Toutefois, de nombreux pays prévoient une décision *ex parte* dans les cas particulièrement urgents ou lorsqu'il existe un risque que les preuves en question soient autrement sorties du pays ou détruites¹⁴⁵. Dans de tels cas, le défendeur et les autres personnes concernées ont la possibilité d'être entendus ultérieurement au sujet de la mesure. S'il s'avère, lors de l'audition du défendeur, que les exigences relatives à la collecte de preuves durant la phase précontentieuse n'ont pas été respectées, certains pays prévoient que, dans certaines circonstances, les preuves produites ne sont pas recevables dans la procédure sur le fond. En outre, le demandeur d'une mesure *ex parte* est généralement soumis à une obligation d'information franche et complète. Des ordonnances accessoires peuvent être demandées mais, généralement dans ce cas, des garanties supplémentaires s'appliquent¹⁴⁶.

85. Les exigences de pertinence, de proportionnalité et de nécessité mentionnées ci-dessus limitent généralement la portée de la collecte de preuves au strict nécessaire. Des garanties supplémentaires peuvent s'appliquer dans le cas de mesures particulièrement intrusives, telles que des visites des lieux, des perquisitions, des inspections ou la saisie de preuves. Elles comprennent la présence du défendeur, de

¹⁴⁰ Voir, par exemple, l'article 156 du Code de procédure civile suisse et les règles fédérales de procédure civile n° 26b-1 et 26c-1 G (États-Unis).

¹⁴¹ Voir, par exemple, l'article 39 de la Loi argentine n° 21.526 (loi sur les entités financières) et le chapitre 3 de la *Bankers' Books Evidence Act 1879* (loi de 1879 sur les éléments de preuve et les registres bancaires) (Angleterre et Pays de Galles) (« une copie de toute entrée dans un registre bancaire sera traitée, dans le cadre de toute procédure légale, comme présomption de cette entrée, ainsi que des questions, transactions et comptes qui y sont enregistrés »). La même loi a été adoptée, entre autres, par plusieurs pays de *common law* et de droit mixte. Voir, par exemple, l'Australie (www.legislation.wa.gov.au/legislation/statutes.nsf/law_a2805_currencies.html), l'Inde (<https://indiankanoon.org/doc/1976331/>) et l'Irlande (www.irishstatutebook.ie/eli/1879/act/11/enacted/en/print.html). Les tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles n'autorisent généralement pas l'utilisation de la Loi pour obtenir des informations auprès de tiers.

¹⁴² Voir, par exemple, la règle fédérale de procédure civile n° 69a-2.

¹⁴³ Voir, par exemple, *République d'Argentine c. NML Capital, Ltd*, 573 U.S. 134, 138 (2014).

¹⁴⁴ Voir, par exemple, *G-Fours, Inc. c. Miele*, 496 F.2d 809 (2d Cir. 1974) (épouse du débiteur) et *Trustees of North Florida Operating Engineers Health and Welfare Fund c. Lane Crane Service, Inc.*, 148 F.R.D. 662 (M.D. Fla 1993) (prétendu alter ego du débiteur judiciaire).

¹⁴⁵ Voir, par exemple, la communication du Panama.

¹⁴⁶ Voir, par exemple, le document A/CN.9/WG.V/WP.175 pour une discussion relative aux ordonnances imposant le secret et la mise sous scellés (« gag and seal orders »).

son avocat ou de témoins tiers, la mise en œuvre des mesures pendant les heures de bureau ordinaires et l'enregistrement détaillé des mesures prises et des objets enlevés.

86. En ce qui concerne la production forcée après la procédure, il est généralement exigé que la mesure soit pertinente pour établir les actifs du créancier judiciaire et proportionnelle. Elle ne saurait concerner des points protégés, notamment par le secret professionnel entre l'avocat et son client, ou des documents élaborés par un avocat en vue du procès¹⁴⁷. En outre, le tribunal peut accorder une ordonnance protégeant la personne faisant l'objet d'une demande de production forcée contre les désagréments, les situations embarrassantes, la contrainte ou les charges ou frais excessifs¹⁴⁸.

5. Aspects internationaux

87. En règle générale, tous les litigants, étrangers et nationaux, ont accès aux mesures relatives à la collecte de preuves. Toutefois, les règles de compétence judiciaire peuvent exiger qu'il y ait compétence à l'égard du défendeur dans la procédure prévue ou déjà en cours pour que le tribunal puisse ordonner la mesure, indépendamment du fait que les preuves concernées se trouvent ou non dans le pays. Dans d'autres pays, le tribunal a également une compétence judiciaire lorsque les preuves à rassembler se trouvent dans le pays. Dans d'autres encore, la compétence dépend de la raison de la collecte des preuves, et elle est plus facilement établie pour protéger des preuves de la dispersion ou de la destruction que simplement pour évaluer les chances de succès d'une procédure.

88. Dans les pays de *common law*, les ordonnances de divulgation comme les injonctions fonctionnent in personam, ce qui signifie que la personne à qui il est ordonné de communiquer certains documents ou informations est personnellement tenue de le faire. Si elle ne respecte pas l'ordonnance, la personne concernée peut faire l'objet de sanctions pour entrave à l'exercice de la justice. Cela signifie que l'ordonnance peut être exécutée dans le pays contre la personne ou ses biens qui y sont situés. Pour cette raison, la plupart des tribunaux sont réticents à accorder des ordonnances de divulgation à l'encontre de personnes situées à l'étranger, sans toutefois exclure totalement cette possibilité¹⁴⁹. Une ordonnance à l'encontre d'une personne située à l'étranger peut être plus facile à obtenir si celle-ci est présente sous une forme ou une autre dans le pays¹⁵⁰.

89. Dans certains pays, les ordonnances de divulgation peuvent être disponibles aux fins de procédures étrangères et peuvent être obtenues là où la personne à qui l'on ordonne de communiquer des informations est domiciliée¹⁵¹. Les informations obtenues peuvent ensuite être utilisées pour introduire ou poursuivre une procédure dans un autre pays.

90. De nombreux États exigent que soit suivie une procédure diplomatique pour la signification d'actes à l'étranger. Si les États concernés sont parties à la Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, les procédures qui y sont prévues doivent être mises en œuvre lorsque « un acte judiciaire ou extrajudiciaire doit être transmis à l'étranger pour y être signifié ou notifié »¹⁵². La procédure de la lettre

¹⁴⁷ Voir, par exemple, les règles fédérales de procédure civile n^{os} 26b-1, 26b-3 et 26b-4 (États-Unis).

¹⁴⁸ Voir, par exemple, la règle fédérale de procédure civile n^o 26c (États-Unis).

¹⁴⁹ Voir, par exemple, *Sabados c. Facebook Ireland* [2018] EWHC 2369.

¹⁵⁰ Voir, par exemple, *Credit Suisse Trust c. Banca Monte Dei Pasche Di Siena* [2014] EWHC 1447.

¹⁵¹ Voir, par exemple, *K&S c. Z&Z BVIHCM (COM) 2020/0016* (Îles Vierges britanniques). Par comparaison, la loi intitulée *Evidence (Proceedings in other Jurisdictions) Act* de 1975 (Loi sur les preuves dans le cadre de procédures à l'étranger) permet aux tribunaux d'autres pays de demander des preuves pour des procédures dans le pays et est considéré comme le seul moyen d'obtenir des preuves en Angleterre et au Pays de Galles pour des procédures à l'étranger ; *Ramilos Trading Ltd. c. Buyanovsky* 2016 EWHC 3175.

¹⁵² Article 1 (voir également le Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Notification, par. 29 à 51, pour de plus amples détails).

rogatoire est prévue aux articles 2 à 7 et les autres procédures possibles aux articles 8 et 9 (signification ou notification par les soins des agents consulaires ou diplomatiques de l'État concerné) ainsi qu'à l'article 10 de la Convention (signification ou notification directement par la voie de la poste ou par communication entre tribunaux)¹⁵³.

91. Si au moins une partie des preuves à recueillir ou la personne ayant le contrôle de ces preuves sont situées à l'étranger, il peut être nécessaire d'adresser une lettre rogatoire à l'autorité étrangère compétente (en vertu de traités d'entraide judiciaire ou autrement) ou d'utiliser les procédures prévues par la Convention de La Haye sur l'obtention de preuves¹⁵⁴, le cas échéant, ou, au sein de l'UE, le règlement européen sur l'obtention des preuves¹⁵⁵. Ces procédures comprennent la procédure de la commission rogatoire (articles 1 à 14 de la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves et articles 5 à 18 du règlement européen sur l'obtention des preuves) et les autres procédures possibles prévues aux articles 15 à 22 de la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves (par l'intermédiaire d'agents diplomatiques ou consulaires ou de commissaires) et à l'article 19 du règlement européen sur l'obtention des preuves, qui permet l'obtention directe de preuves par des membres d'une juridiction d'un État de l'UE dans un autre État de l'UE, mais uniquement si elle peut être effectuée sur une base volontaire.

92. Un État dispose d'une loi qui prévoit spécifiquement la production forcée de pièces sur le territoire national par un tribunal étranger ou toute personne intéressée en vue de leur utilisation dans le cadre d'une procédure prévue ou en cours devant un tribunal étranger ou international¹⁵⁶. Cette communication préalable peut être ordonnée par le tribunal du district dans lequel réside ou se trouve la personne à qui les preuves sont demandées. L'ordonnance de production forcée rendue en vertu de cette loi est discrétionnaire et peut dépendre d'un certain nombre de facteurs, notamment de savoir si le tribunal étranger lui-même pourrait ordonner cette communication et si le demandeur tente de contourner les restrictions applicables à la collecte de preuves imposées par le pays étranger, bien que la jurisprudence des cours d'appel soit divisée sur certaines de ces questions.

E. Mesures conservatoires et ordonnances préliminaires

1. Généralités

93. Les lois procédurales passées en revue prévoient diverses mesures et ordonnances visant à protéger les actifs ou garantir l'exécution. Il s'agit notamment

¹⁵³ Pour l'état de la Convention et les déclarations et réserves faites à son égard, voir <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=17>.

¹⁵⁴ Pour l'état de la Convention et les déclarations et réserves faites à son égard, voir <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=82>. L'article 23 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (Convention de La Haye sur l'obtention de preuves) permet aux États parties à la Convention de déclarer qu'ils « n'exécute[r]ont pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue [...] sous le nom de « pre-trial discovery of documents ». De nombreux États parties à la Convention ont fait une telle déclaration.

¹⁵⁵ Règlement (UE) 2020/1783 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (obtention des preuves) (refonte).

¹⁵⁶ Article 1782 du titre 28 du Code des États-Unis.

des saisies ou des ordonnances de saisie-arrêt¹⁵⁷, des séquestres¹⁵⁸, des saisies nommées « embargo » en espagnol¹⁵⁹, des ordonnances de gel¹⁶⁰, des ordonnances conservatoires¹⁶¹, des sûretés ou des privilèges ordonnés par la justice¹⁶² et des saisies-exécutions¹⁶³. Ces mesures peuvent être accordées pour différents motifs selon qu'elles sont demandées avant, pendant ou après la procédure et qu'elles sont dirigées contre la personne du défendeur (par exemple, saisie de passeports ou ordonnances limitant la liberté de mouvement, voire arrestation)¹⁶⁴, contre ses actifs ou contre un

¹⁵⁷ Permettant à une autorité publique de saisir les actifs identifiés dans la décision de justice. Voir par exemple l'article 1413 du Code judiciaire belge, l'article 917 du Code de procédure civile allemand, les articles 430 et suivants ainsi que 700 et suivants du Code de procédure civile néerlandais, les articles 271 à 278 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, la règle fédérale de procédure civile n° 64 (États-Unis) (faisant référence aux recours selon la loi de l'État dans lequel siège le tribunal fédéral de district, y compris, le cas échéant, la saisie et la saisie-arrêt), et la communication du Panama. La saisie (avant jugement) n'entraîne généralement pas de changement pour ce qui est de la propriété légale, mais elle fait perdre au débiteur la capacité de transférer ou de grever les actifs. Dans certains pays, le créancier n'a pas besoin de préciser les actifs du débiteur qui pourraient faire l'objet d'une saisie ou d'une saisie-arrêt. Dans ces pays, il incombe à l'autorité responsable de la saisie ou de la saisie-arrêt de trouver les biens concernés. Dans d'autres pays, le créancier est tenu d'identifier et de localiser les actifs à saisir avant de pouvoir obtenir une décision de saisie ou de saisie-arrêt, ce qui présuppose qu'il ait connaissance des actifs que le débiteur possède sur le territoire concerné, même si dans certains pays, il peut suffire d'une description générale, telle que « toutes les machines dans l'entrepôt X » ou « tous les comptes d'entreprise auprès de la banque Y ».

¹⁵⁸ Permettant de retirer les actifs au débiteur ou à un tiers. Voir, par exemple, les communications du Panama et de l'Uruguay.

¹⁵⁹ Voir, par exemple, la communication de l'Uruguay.

¹⁶⁰ Voir par exemple la partie 25 des règles de procédure civile et la directive pratique 25A (Angleterre et Pays de Galles), également connue sous le nom d'injonction Mareva d'après le nom de l'affaire dans laquelle elle a été adoptée. *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulk Carriers S.A.* [1975] 2 Lloyd's Rep. 509.

¹⁶¹ Voir, par exemple, au sein de l'UE, le Règlement (UE) n° 655/2014, JO L-189, 59 (2014) qui prévoit la saisie des comptes bancaires par le biais de l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires (OESC), mentionnée dans le document A/CN.9/1008. L'OESC fonctionne *ex parte*, le défendeur recevant une notification et ayant le droit d'être entendu rapidement après la saisie. Le Règlement impose au demandeur de démontrer qu'il existe un risque réel justifiant la nécessité de geler le compte du débiteur et de fournir des informations sur les comptes à saisir. Toutefois, si le demandeur n'est pas en mesure de fournir ces renseignements, mais qu'il a des raisons de croire que le défendeur détient un ou plusieurs comptes bancaires dans un État membre particulier de l'UE, il peut déposer une demande d'informations relatives aux comptes en même temps que la demande d'OESC. Cette demande d'informations relatives aux comptes fait l'objet d'une question interlocutoire avant que ne soit rendue l'OESC. Le Règlement exige que : a) la créance du demandeur ait été réduite à un jugement ou à une autre forme de titre exécutoire ; b) le demandeur justifie les raisons pour lesquelles il pense que le débiteur détient un ou plusieurs comptes dans l'État membre déterminé ; et c) que les conditions prévues pour la délivrance de l'OESC soient remplies. Si ces conditions sont réunies, la juridiction transmet la demande à l'autorité compétente de l'État membre requis, qui utilise alors l'un des différents moyens énumérés dans le Règlement, dont au moins un doit avoir été mis en place par l'État membre à cette fin, pour obtenir les informations relatives au compte bancaire du débiteur. Parmi ces moyens figurent la consultation d'un registre central des comptes bancaires et l'obligation faite aux banques locales de répondre aux demandes visant à déterminer si le débiteur détient un compte auprès d'elles.

¹⁶² Voir, par exemple, l'article 932 du Code de procédure civile allemand.

¹⁶³ Voir, par exemple, les communications du Panama et de l'Uruguay.

¹⁶⁴ Un certain nombre d'États prévoient une ordonnance visant à limiter la capacité du défendeur à se déplacer. Dans certains pays, cela se fait principalement par la saisie des passeports ou d'autres documents délivrés par les pouvoirs publics. Dans d'autres pays, l'ordonnance peut aller jusqu'à l'arrestation du défendeur. Cela peut être ordonné lorsqu'une saisie ou une saisie-arrêt d'actifs connus ne suffirait pas à garantir l'exécution d'un jugement, par exemple lorsque l'emplacement des actifs du défendeur reste inconnu et que ce dernier ne semble pas disposé à communiquer d'informations à ce sujet. Voir, par exemple, l'article 918 du Code de procédure civile allemand et les ordonnances dites de passeport rendues en vertu de la section 37-1 de la loi de 1981 intitulée *Senior Courts Act* du Royaume-Uni. Voir *Bayer c. Winter*, [1986] 1 WLR 497, et la règle fédérale de procédure civile n° 64 (États-Unis) (faisant référence aux recours selon la loi de l'État dans lequel siège le tribunal fédéral de district, y compris, le cas échéant, l'arrestation).

tiers détenant ou contrôlant lesdits actifs ou des actifs dont le débiteur est le bénéficiaire effectif, comme un fiduciaire, une banque ou l'opérateur d'une bourse de cryptomonnaies (par exemple, ordonnances de gel de compte). En fonction de leurs effets, elles peuvent être qualifiées de *in personam* ou *in rem*, bien que la frontière entre ces deux catégories puisse être floue¹⁶⁵.

94. Certains États accordent aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire pour ordonner toute mesure nécessaire en fonction des circonstances de l'espèce¹⁶⁶. Dans le contexte numérique, le défendeur peut être inconnu, et certains pays permettent dorénavant d'ordonner des mesures à l'encontre de « personnes inconnues » (par exemple, ordonner le gel d'actifs numériques connus dont le propriétaire reste jusqu'alors inconnu)¹⁶⁷. L'inverse peut également survenir : les opérateurs de plateformes numériques peuvent recevoir l'ordre de geler les transactions relatives à tous les actifs numériques d'un utilisateur connu, actifs qui peuvent eux-mêmes être inconnus.

95. Lorsque des mesures sont demandées avant ou pendant la procédure, alors que l'existence de la créance du demandeur n'est pas encore manifeste, et parce que la requête peut être déposée auprès d'un tribunal autre que celui qui statuera sur la demande concernée, le demandeur doit, dans la plupart des pays, fournir des preuves de sa créance. Toutefois, étant donné que ces mesures sont demandées de manière urgente et donc sans devoir attendre un jugement sur le fond, le degré de preuve concernant le fondement de l'action visant à les obtenir ne saurait être aussi élevé que celui requis pour faire prévaloir le fond. Il suffit donc généralement d'un degré de preuve plus bas, tel qu'un cas proprement défendable ou une probabilité minimale bien établie¹⁶⁸. On dit parfois qu'il faut un *fumus boni iuris*, c'est-à-dire l'apparence d'un droit légitime (ou, pour traduire littéralement l'expression latine, « la fumée du bon droit »).

96. Lorsqu'une créance a déjà été reconnue dans un jugement, ce dernier fait office de preuve de la créance¹⁶⁹. Une fois le jugement exécutoire, les mesures conservatoires et les ordonnances préliminaires ne sont généralement plus disponibles dans certains pays puisque, théoriquement, le créancier peut entamer une procédure d'exécution immédiatement et n'en a donc plus besoin. De plus, dans certains pays, l'exécution peut être effectuée directement par l'huissier, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une saisie ou une ordonnance de saisie-arrêt supplémentaire du tribunal¹⁷⁰. Il peut néanmoins être nécessaire de prévoir une forme de protection pendant les premiers stades de la procédure d'exécution pour garantir l'exécution du jugement¹⁷¹. Dans les pays où il n'y a pas d'autre moyen de garantir suffisamment l'exécution du jugement entre la demande d'exécution et le moment où l'exécution a lieu, il est

¹⁶⁵ Par exemple, une ordonnance de saisie peut entraîner à la fois l'obligation pour le défendeur de ne pas disposer de l'actif saisi au risque d'encourir des sanctions pénales et, lors de l'exécution de l'ordonnance, le gel effectif de l'actif qui prive d'effet toute opération ou charge, y compris pour le tiers concerné.

¹⁶⁶ Voir, par exemple, les articles 294 à 299 du Code de procédure civile brésilien.

¹⁶⁷ Voir, par exemple, *CMOC Sales & Marketing Ltd. c. Personnes inconnues et 30 autres* [2018] EWHC 2230 (Com.) (Angleterre), et *ChainSwap c. Personnes inconnues*, BVIHC (COM) 2022/031 (Îles Vierges britanniques).

¹⁶⁸ Voir par exemple l'article L511-1 du Code des procédures civiles d'exécution français, l'article 920-2 du Code de procédure civile allemand, l'article 272 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, l'article 7-2 du Règlement de l'UE sur l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes, et l'article 17A-1 b) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) (LTA).

¹⁶⁹ Voir, par exemple, l'article 8-2 i) du Règlement de l'UE sur l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes.

¹⁷⁰ Voir, par exemple, les articles 430 et suivants ainsi que 700 et suivants du Code de procédure civile néerlandais.

¹⁷¹ Voir, par exemple, l'article 845 du Code de procédure civile allemand (*Vorpfindung*).

généralement possible, une fois que le créancier dispose d'un jugement exécutoire, d'obtenir une mesure conservatoire valable avant et pendant la procédure¹⁷².

97. Étant donné que ces mesures visent à garantir la satisfaction de la créance avant l'exécution – souvent même avant ou au début de la procédure – la plupart des pays exigent que le demandeur établisse en quoi la mesure est particulièrement nécessaire. Généralement, il faut pouvoir démontrer que, sans la mesure, l'exécution du jugement sera impossible ou considérablement compromise¹⁷³. Dans les pays de *common law*, cela peut, en ce qui concerne les injonctions, être formulé en termes de la règle dite du préjudice irréparable. Autrement dit, le demandeur doit démontrer que sans l'injonction, il risque de subir un préjudice qu'une demande de dommages-intérêts ou tout autre recours de droit commun contre le défendeur ne permettrait pas de réparer ou que, sans l'injonction, la probabilité qu'il subisse un préjudice irréparable est élevée alors que la probabilité que le défendeur subisse un préjudice irréparable si l'injonction est octroyée est faible¹⁷⁴. Dans un cas comme dans l'autre, le fait que la mesure est indispensable peut être établi de diverses manières, notamment en démontrant qu'il y a lieu de craindre la dispersion des biens du débiteur. Dans certains pays, les motifs de ces mesures peuvent être plus étroitement circonscrits, par exemple au sein d'une liste exhaustive des éventuelles raisons spécifiques permettant d'obtenir une mesure (y compris, par exemple, le risque que le débiteur fuie ou fasse sortir ses actifs du pays ; dans de tels cas, l'imposition de diverses mesures accessoires peut également se justifier¹⁷⁵)¹⁷⁶.

98. En outre, le tribunal peut ordonner ou interdire au défendeur ou à un tiers de faire une chose donnée, à condition que cette décision soit nécessaire et proportionnée pour garantir l'exécution d'un jugement futur¹⁷⁷. Il peut notamment s'agir d'une décision ordonnant de ne pas retirer une chose donnée d'un certain endroit ; de ne pas transférer des actifs à une personne donnée ou à toute autre personne, ni de les grever d'une sûreté ; de ne pas payer une dette ou de ne pas recevoir de paiement associé à une dette ; de rapporter une chose à un endroit donné ; de mettre la chose à la garde d'un tiers de confiance ou du tribunal. Comme on l'a vu plus haut, les ordonnances de cette catégorie peuvent également être délivrées aux exploitants de certains registres ou à des autorités administrant divers registres (foncier, du commerce ou des sociétés, entre autres). Certains pays établissent une distinction entre la saisie et la saisie-arrêt d'une part et ces autres ordonnances d'autre part, selon que la demande du plaignant concerne un paiement monétaire, auquel cas elle est garantie par la saisie ou la saisie-arrêt, ou qu'il s'agit d'une requête visant à faire ou à interdire de faire quelque chose, auquel cas une ordonnance est émise. Lorsque cette distinction est faite, il peut y avoir de légères différences dans les conditions d'utilisation de ces mesures et en ce qui concerne les garanties applicables.

2. Garanties

99. Les lois exigent généralement que le défendeur ait le droit d'être entendu avant que les mesures énumérées dans la présente section ne soient prises. Toutefois, dans les cas d'urgence particulière ou lorsqu'il existe un risque de dispersion des biens si

¹⁷² Voir, par exemple, l'article 271-1 6) de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

¹⁷³ Voir, par exemple, les articles 917 et 918 du Code de procédure civile allemand et l'article 7-1 du Règlement de l'UE sur l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes.

¹⁷⁴ Voir également *American Hospital Supply Corp. c. Hospital Products Ltd*, 780 F.2d 589 (7th Cir. 1986) (le préjudice subi par le demandeur si l'injonction n'est pas accordée, multiplié par la probabilité que cette décision soit erronée sur le fond, doit être plus important que le préjudice subi par le défendeur si l'injonction est accordée, multiplié par la probabilité que l'octroi de l'injonction soit erroné sur le fond). Voir également l'article 17A-1 a) de la LTA.

¹⁷⁵ Voir, par exemple, le document [A/CN.9/WG.V/WP.175](#) pour une discussion relative aux ordonnances imposant le secret et la mise sous scellés.

¹⁷⁶ Voir, par exemple, l'article 271 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

¹⁷⁷ Voir, par exemple, l'article 935 du Code de procédure civile allemand, les alinéas a) à c) de l'article 262 du Code de procédure civile suisse et la règle fédérale de procédure civile n° 65 (États-Unis).

le défendeur savait qu'une procédure était en cours pour obtenir une mesure, la mesure peut être accordée *ex parte* et certaines mesures accessoires peuvent s'appliquer pour en assurer l'efficacité¹⁷⁸. Dans certains pays, la saisie et la saisie-arrêt sont accordées *ex parte* de manière systématique, en partant du principe qu'en cas de risque de dispersion des actifs, la rapidité et la surprise sont toujours essentielles¹⁷⁹. Dans d'autres pays, ce n'est pas le cas en raison de considérations liées au respect des formes régulières¹⁸⁰. Si la mesure est accordée *ex parte*, le défendeur a le droit d'être entendu dans les plus brefs délais lors de l'exécution de la mesure et de faire annuler celle-ci par le tribunal s'il s'avère que les conditions préalables n'étaient pas remplies¹⁸¹. Habituellement, le demandeur est également tenu de déposer une plainte ou une demande de procédure d'exécution dans un délai déterminé, généralement court, afin d'appuyer la mesure si une action ou une procédure d'exécution ne sont pas déjà en cours¹⁸².

100. Certains biens du défendeur, tels que les objets personnels ou les salaires dans les limites nécessaires pour assurer un niveau de revenu de base, ne sauraient faire l'objet d'une saisie ou d'une saisie-arrêt¹⁸³. Il peut y avoir d'autres restrictions sur les actifs visés par ces mesures ou l'actif en question peut dicter la nature de la mesure octroyée. Par exemple, dans certains pays, le créancier pourra réclamer le bien détourné et tous les éventuels actifs dans lesquels celui-ci aura été converti par la suite, alors que dans d'autres pays, il pourra seulement revendiquer la propriété du bien initial, tandis qu'il devra faire valoir des droits personnels pour recouvrer les autres actifs.

101. Il est possible que le défendeur puisse faire rétracter la mesure ou faire ordonner une mesure moins intrusive en déposant une garantie pour la créance¹⁸⁴. Dans certains pays, il peut faire rétracter la mesure à un moment ultérieur si les circonstances ont changé, par exemple parce qu'il a payé la dette ou que celle-ci s'est éteinte d'une autre manière¹⁸⁵. Les mesures ordonnées peuvent faire l'objet d'un réexamen périodique obligatoire du tribunal et la personne ayant demandé une mesure peut être tenue d'informer le tribunal des changements qui en nécessiteraient la fin ou la modification. Des sanctions peuvent être imposées en cas d'utilisation abusive de la mesure ou de manquement.

102. Dans de nombreux pays, le demandeur est responsable envers le défendeur de tout dommage découlant d'une mesure dont il s'avérerait qu'elle n'était pas justifiée¹⁸⁶. Dans certains pays, il s'agit d'une responsabilité sans faute, c'est-à-dire

¹⁷⁸ Voir, par exemple, le document [A/CN.9/WG.V/WP.175](#) pour une discussion relative aux ordonnances imposant le secret et la mise sous scellés.

¹⁷⁹ Voir, par exemple, les articles 272 à 278 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

¹⁸⁰ Voir, par exemple, *Sniadach c. Family Finance Corp.*, 395 U.S. 337 (1969) (la saisie-arrêt des salaires avant qu'une action n'ait été jugée sur le fond et sans fournir de notification au défendeur ou sans lui donner la possibilité d'être entendu viole la clause de procédure régulière (Due Process Clause) du XIV^e amendement de la Constitution des États-Unis).

¹⁸¹ Voir, par exemple, l'article L511-7 du Code des procédures civiles d'exécution français, l'article 924 du Code de procédure civile allemand et l'article 278 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

¹⁸² Voir, par exemple, l'article L.511-7 du Code des procédures civiles d'exécution français, l'article 926 du Code de procédure civile allemand, l'article 1185 du Code commercial mexicain, et l'article 279 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

¹⁸³ Voir, par exemple, les articles 92 à 95 a) de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite et les articles 1671 à 1677 du titre 15 du Code des États-Unis.

¹⁸⁴ Voir, par exemple, l'article 934-1 du Code de procédure civile allemand, l'article 1180 du Code commercial mexicain, l'article 277 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, la jurisprudence américaine, et l'article 17 D de la LTA (qui prévoit la modification, la suspension et la rétractation de la mesure).

¹⁸⁵ Voir, par exemple, l'article 927 du Code de procédure civile allemand.

¹⁸⁶ Voir, par exemple, la jurisprudence française, l'article 945 du Code de procédure civile allemand, l'article 273 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, l'article 13 du Règlement de l'UE sur l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes, et l'article 17 G de la LTA.

que le demandeur est responsable envers le défendeur pour l'octroi injustifié d'une mesure, indépendamment du fait qu'il ait agi intentionnellement ou par négligence pour obtenir la mesure. Pour qu'une mesure soit accordée, le dépôt d'une garantie peut être obligatoire soit dans tous les cas soit dans la plupart d'entre eux¹⁸⁷. Autrement, il se peut qu'il appartienne au tribunal de déterminer s'il existe un risque particulier que le défendeur ne puisse pas obtenir de dommages et intérêts de la part du requérant s'il s'avérait que la mesure avait été accordée à tort¹⁸⁸.

103. Les mesures touchant à la dignité humaine et aux droits humains (notamment à la liberté de circulation et à la protection de la vie privée) sont généralement soumises à des garanties plus strictes. Il est notamment prévu qu'elles doivent être proportionnelles. Par exemple, s'il suffit, pour garantir l'exécution d'un jugement, d'ordonner au défendeur de se présenter régulièrement à un organisme gouvernemental local ou de remettre ses documents d'identification jusqu'à ce qu'il ait identifié ses actifs ou les ait mis à disposition pour une saisie ou une saisie-arrêt, une telle ordonnance doit être préférée à toute mesure plus contraignante, y compris, dans le pire des cas, l'arrestation du débiteur. En outre, ces ordonnances sont généralement d'une durée limitée, qui ne peut être prolongée que dans des circonstances extraordinaires pour atteindre l'objectif pour lequel elles ont été accordées¹⁸⁹.

3. Aspects internationaux

104. La compétence pour ordonner des mesures conservatoires et des ordonnances préliminaires appartient généralement au tribunal compétent à l'égard du défendeur ou qui serait compétent à l'égard du défendeur dans la procédure au fond. Selon la mesure en question, elle peut également ou uniquement relever du tribunal au lieu où se trouvent les actifs en question¹⁹⁰. En revanche, la compétence d'exécution, c'est-à-dire la compétence des autorités locales pour saisir ou séquestrer des biens, ou pour arrêter le défendeur, entre autres actions, est généralement limitée au tribunal du lieu où les actifs ou le défendeur sont situés¹⁹¹.

105. Comme elles fonctionnent généralement in rem, les ordonnances de saisie et de saisie-arrêt peuvent être limitées au pays dans laquelle se trouvent les actifs à saisir. Néanmoins, il existe des pays dans lesquels les saisies et les ordonnances similaires peuvent également être émises par le tribunal qui a ou aurait la compétence judiciaire dans la procédure au fond¹⁹². Dans ce cas, une ordonnance de saisie ou de saisie-arrêt pourrait être émise par un tribunal dans un pays, puis reconnue et exécutée par l'autorité compétente dans un autre pays.

106. En comparaison, dans les pays de *common law*, les ordonnances préliminaires ordonnant ou interdisant au défendeur ou à des tiers de faire une certaine chose, telles que les injonctions préliminaires, y compris les ordonnances de gel, fonctionnent généralement in personam. Elles peuvent être octroyées indépendamment de la localisation des actifs et du fait que l'activité doit avoir lieu dans le pays ou à l'étranger¹⁹³. Leur exécution à l'étranger nécessitera la coopération des tribunaux du

¹⁸⁷ Voir, par exemple, l'article 1176 du code commercial mexicain, (si la procédure principale n'est pas encore en cours) et l'article 12 du Règlement de l'UE sur l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes.

¹⁸⁸ Voir, par exemple, la Directive pratique 25A (Angleterre et Pays de Galles), l'article 921 du Code de procédure civile allemand et l'article 264-1 du Code de procédure civile suisse.

¹⁸⁹ Voir, par exemple, *Lakatamia Shipping Co. Ltd. c. Su* [2021] EWCA Civ 1187.

¹⁹⁰ Voir, par exemple, l'article 35 du règlement Bruxelles I de l'UE et l'article 10 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé.

¹⁹¹ Voir, par exemple, l'article 431 de la quatrième reformulation du droit des relations étrangères des États-Unis.

¹⁹² Voir, par exemple, l'article 919 du Code de procédure civile allemand et l'article 272 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

¹⁹³ Voir le document [A/CN.9/WG.V/WP.175](#) pour la référence aux « ordonnances de gel mondiales », émises lorsque le tribunal a compétence personnelle sur le défendeur selon la législation nationale ou selon les traités internationaux potentiellement applicables. Il est possible que des conditions

pays étranger, généralement par le biais de la reconnaissance et de l'exécution de l'ordonnance.

107. Dans certains pays, seuls les tribunaux sont en droit d'accorder des mesures conservatoires dans le cadre d'une procédure d'arbitrage ; dans d'autres, ce pouvoir est partagé entre les tribunaux et le tribunal arbitral, selon diverses combinaisons et caractéristiques¹⁹⁴ ; dans d'autres encore, il relève exclusivement du tribunal arbitral¹⁹⁵. Certaines mesures conservatoires peuvent relever des seuls tribunaux et ne pas être disponibles pour des arbitrages à l'étranger¹⁹⁶. Les exigences relatives à l'octroi de mesures conservatoires de protection et d'ordonnances préliminaires par les tribunaux arbitraux et les garanties relatives à leur utilisation sont similaires à celles en place pour les tribunaux nationaux.

108. Alors que de nombreux pays ne reconnaissent pas et n'exécutent pas les décisions étrangères relatives à des mesures conservatoires et que certains instruments internationaux les excluent explicitement de leur champ d'application¹⁹⁷, dans d'autres pays, l'exécution internationale des mesures conservatoires et des ordonnances préliminaires peut être facilitée par les instruments internationaux applicables, tels que la Convention de l'Organisation des États américains sur l'exécution des mesures préventives ou la législation supranationale au sein de l'UE¹⁹⁸, ou par les lois nationales, y compris celles qui incorporent des textes de la CNUDCI¹⁹⁹.

IV. Les procédures pénales à l'appui de la localisation et du recouvrement d'actifs dans le cadre de procédures d'insolvabilité

109. Divers outils liés aux procédures pénales peuvent être utilisés à l'appui de la localisation et du recouvrement d'actifs dans le cadre de procédures d'insolvabilité. Tout d'abord, certains pays permettent à la victime d'une infraction ou, parfois, plus généralement à une personne intéressée, telle que le représentant de l'insolvabilité, de participer à une procédure pénale en tant que « partie civile » (*Privatkläger* en allemand)²⁰⁰. Les droits des parties civiles diffèrent d'un pays à l'autre, mais comprennent généralement : a) la possibilité de demander l'ouverture d'une

s'ajoutant à celles qui s'imposent pour une ordonnance de gel nationale (injonction Mareva) doivent être remplis, par exemple, que les actifs du défendeur situés dans le pays ne suffisent pas à couvrir un jugement potentiel. Comme pour les ordonnances de gel nationales, l'exécution d'une ordonnance de gel mondiale se fait principalement contre la partie adverse ou ses actifs dans le pays. Si la partie adverse ne respecte pas l'ordonnance de gel, elle encourt des sanctions pour entrave à l'exercice de la justice, telles que des amendes et des peines d'emprisonnement, qui seront appliquées dans le pays.

¹⁹⁴ Voir [A/CN.9/WG.II/WP.119](#), par. 19 à 33.

¹⁹⁵ Voir l'article 17 de la LTA.

¹⁹⁶ Par exemple, la Cour suprême des États-Unis a jugé que la production forcée au titre de l'article 1782 n'était pas disponible dans le cadre de procédures menées devant des organes juridictionnels privés, y compris les tribunaux d'arbitrage commercial international. Voir *ZF Automotive US, Inc. et al. c. Luxshare Ltd*, 142 S.Ct. 2078 (2022).

¹⁹⁷ Voir, par exemple, le Règlement de l'UE sur l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes évoqué ci-dessus. Voir également les articles 2 a), 4 à 29 et 36 à 67 du Règlement Bruxelles I ou d'autres règlements de l'UE où le terme « jugement » est compris comme incluant les décisions sur les mesures conservatoires aux fins de reconnaissance et d'exécution sous certaines conditions.

¹⁹⁸ Voir, par exemple, l'article 3-1 b) de la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale du 2 juillet 2019.

¹⁹⁹ Pour la reconnaissance et l'exécution des mesures conservatoires prononcées par les tribunaux arbitraux, voir les articles 17H et 17I de la LTA.

²⁰⁰ Voir, par exemple, l'article 21 *bis* du Code de procédure pénale belge et la communication de la Belgique pour plus de détails, les articles 85 à 91-1 du Code de procédure pénale français, les articles 374 à 394 du Code de procédure pénale allemand, et les articles 118 et suivants du Code de procédure pénale suisse.

procédure pénale ; b) l'accès à au moins certains dossiers de la procédure pénale ; c) la possibilité de demander des dommages-intérêts en vertu du droit de la responsabilité civile applicable dans le cadre d'une action civile parallèle devant être tranchée par le même tribunal ; ainsi que d) le droit de faire appel de certaines décisions du tribunal. Dans certains pays, la partie civile peut également être en mesure de demander des ordonnances de gel des actifs.

110. Deuxièmement, si des enquêtes pénales liées à l'insolvabilité sont ouvertes, comme des enquêtes pour fraude ou pour des délits liés à l'insolvabilité, dans certains pays, le représentant de l'insolvabilité peut obtenir l'accès aux dossiers ou aux informations provenant des dossiers des enquêtes pénales sans ordonnance du tribunal²⁰¹. Dans d'autres pays, une ordonnance spéciale du tribunal est nécessaire²⁰². Dans les enquêtes pénales internationales, les traités d'entraide judiciaire peuvent faciliter l'accès aux informations obtenues dans le cadre de ces enquêtes²⁰³. Le représentant de l'insolvabilité peut être tenu de démontrer que la demande vise à obtenir des documents pour leur valeur intrinsèque dans le seul but de retrouver des actifs et que l'impératif de la divulgation l'emporte sur celui du maintien du secret. Les autres garanties habituelles visant à protéger l'intérêt de l'enquête pénale et les droits de l'accusé s'appliquent²⁰⁴.

111. Troisièmement, dans certaines circonstances, quelques pays prévoient la confiscation des actifs découlant d'un comportement criminel ou obtenus en rémunération d'un tel comportement et la remise ultérieure de ces biens confisqués aux victimes de l'infraction²⁰⁵. Dans le contexte des infractions liées à l'insolvabilité²⁰⁶, cela peut constituer un outil utile pour que les créanciers récupèrent les actifs. Cependant, lorsque les créanciers ne sont pas tous victimes de l'infraction, cet outil conduit de fait à la satisfaction de certains d'entre eux au détriment des autres et donc à une violation du principe de traitement équitable des créanciers. En outre, comme cela a été noté au cours du Colloque, l'ouverture d'une procédure pénale conjointement à la procédure d'insolvabilité peut dans certains cas empêcher la clôture de cette dernière avant la première²⁰⁷.

²⁰¹ Voir, par exemple, l'article 474 du Code de procédure pénale allemand, l'article 222-5 de la Loi fédérale suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite, et la communication de l'Autriche.

²⁰² Voir, par exemple, la règle fédérale de procédure pénale n° 6 e-3) E) 1) (États-Unis) (concernant les procédures dites de « grand jury », à savoir devant un jury d'accusation).

²⁰³ Les demandes d'assistance au titre de ces traités peuvent devoir être acheminées par l'intermédiaire du procureur général (par exemple, aux Pays-Bas) ou d'une autre autorité compétente de l'État.

²⁰⁴ Par exemple, selon la règle fédérale de procédure pénale n° 6 e-3) E) 1) des États-Unis, s'il est fait droit à une demande visant à obtenir des informations recueillies pendant une procédure devant un jury d'accusation en vue de leur utilisation dans une autre procédure, le tribunal administre la production des informations de manière à protéger l'enquête pénale.

²⁰⁵ Voir, par exemple, les articles 42 et 43 du Code de procédure pénale belge et les articles 70 à 73 du Code de procédure pénale suisse.

²⁰⁶ Voir les communications de la République dominicaine et de l'Espagne.

²⁰⁷ A/CN.9/1008, par. 35.