



Assemblée générale

Distr. limitée
6 février 2023
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Soixante-deuxième session
New York, 17-20 avril 2023

Outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs utilisés dans les procédures d'insolvabilité

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction.....	2
Annexe	
Projet de texte sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité.....	4



Introduction

1. L'ordre du jour provisoire de la soixante et unième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.185) 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, à sa cinquante-quatrième session, a confié au Groupe¹. Annexé à la présente note se trouve l'avant-projet d'un texte descriptif, informatif et éducatif sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité, qui s'appuie sur l'inventaire dont le Groupe de travail était saisi à sa soixante et unième session (A/CN.9/WG.V/WP.182), inventaire révisé, comme l'avait demandé ce dernier², pour prendre en compte les commentaires faits en son sein, et étoffé par un examen des éléments suivants :

a) Dispositions permettant de recourir à la localisation et au recouvrement d'actifs et autres dispositions des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité de nature plus générale, applicables à la localisation et au recouvrement d'actifs (relatives, par exemple, à la compétence, à la loi applicable et à la constitution et à l'étendue de la masse de l'insolvabilité). Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'une synthèse de ces informations avait été présentée à l'origine sous forme de tableau (tableau 2) dans le document A/CN.9/WG.V/WP.178 dont il était saisi à sa soixantième session. Les informations ont été modifiées à la lumière des commentaires formulés lors de cette session ;

b) Termes relatifs à la localisation et au recouvrement d'actifs, expliqués dans le projet de texte soit dans le corps du texte, soit dans les notes de bas de page. Fondées sur le contenu du tableau 1 qui figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.178 dont le Groupe de travail était saisi à sa soixantième session, les explications traduisent les observations faites au sein du Groupe de travail et par les experts consultés ;

c) Outils propres à la localisation et au recouvrement d'actifs. Les explications s'appuient sur les documents mentionnés au paragraphe 1 du document A/CN.9/WG.V/WP.182, notamment les tableaux 2 et 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.178 dont le Groupe de travail était saisi à sa soixantième session, et traduisent les observations formulées à ce sujet lors cette session ;

d) Aspects relatifs à la localisation et au recouvrement d'actifs dans certains pays qui n'étaient pas pris en compte dans l'inventaire initial. La description de ces aspects s'appuie sur les résultats de nouvelles consultations d'experts par le secrétariat et sur les contributions de M. Tomislav Šunjka, spécialiste de la localisation et du recouvrement d'actifs et actuel président du sous-comité sur le recouvrement d'actifs de l'Association internationale du barreau (IBA), que le Secrétariat a engagé comme consultant pour le projet afin d'aborder les aspects pratiques de la localisation et du recouvrement d'actifs ;

e) Aspects numériques de la localisation et du recouvrement d'actifs, reflétant les délibérations connexes dans d'autres forums internationaux, la jurisprudence pertinente et les contributions des experts consultés.

2. Le document de travail ayant dû être élaboré dans des délais serrés et ne pas dépasser une longueur donnée, le secrétariat n'a pas été en mesure de couvrir tous les points liés aux éléments énumérés ci-dessus. Il a donc identifié dans le projet de texte les points qu'il considérait comme saillants. Le Groupe de travail voudra peut-être les compléter ou les modifier d'une autre manière.

3. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager les prochaines étapes en ce qui concerne le projet de texte. On pourrait par exemple envisager d'ajouter à

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

² A/CN.9/1126, par. 36.

celui-ci des annexes fournissant des informations supplémentaires respectivement aux responsables politiques, aux législateurs, aux juges et aux praticiens, à savoir :

a) Des recommandations pourraient être formulées à l'intention des responsables politiques et des législateurs concernant, entre autres, l'accès du représentant de l'insolvabilité et du représentant étranger, selon le cas, aux systèmes, bases de données et registres centralisés qui se sont avérés indispensables pour la localisation et le recouvrement d'actifs, et la prorogation des délais légaux pour engager des actions en annulation et d'autres actions lorsque le débiteur n'a pas respecté ses obligations d'information au titre de la législation sur l'insolvabilité³ ;

b) La compilation de la jurisprudence de référence relative à la localisation et au recouvrement d'actifs pourrait être utile aux juges⁴ ;

c) En plus des informations dont il est proposé l'inclusion à l'alinéa b) ci-dessus, les praticiens pourraient trouver une illustration utile du fonctionnement pratique des outils de localisation et de recouvrement d'actifs et de leurs diverses combinaisons⁵.

³ A/CN.9/1126, par. 23 à 25, 27, 30, 32 et 33.

⁴ Voir par exemple l'annexe I du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (le « Guide pratique »). Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.10.V.6. Disponible à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/practice_guide_ebook_french.pdf.

⁵ Voir, par exemple, « Reconnaître et prévenir la fraude commerciale : indicateurs de fraude commerciale ». Disponible à l'adresse <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/recognizing-and-preventing-commercial-fraud-f.pdf>.

Annexe

Projet de texte sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité

I. Introduction

A. Origine, portée et objet du texte

1. Le présent texte porte sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité. Les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité établissent une liste cumulative de conditions qu'une procédure doit remplir pour être considérée comme une « procédure d'insolvabilité »¹. Il doit s'agir : a) d'une procédure collective (judiciaire ou administrative)² ; b) régie par une loi relative à l'insolvabilité³ ; c) soumise au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal (y compris dans le cas d'un débiteur non dessaisi⁴)⁵ ; d) ouverte à l'égard d'un débiteur (personne physique ou morale) en grande difficulté financière ou insolvable⁶ ; et e) visant à liquider ou à restructurer l'entreprise débitrice en tant qu'entité commerciale⁷. À la lumière de ces exigences cumulatives, les procédures d'insolvabilité susceptibles d'être ouvertes dans certains pays en rapport avec la gouvernance d'entreprise ou les réparations liées à des fraudes sont exclues du champ d'application du présent texte.

2. La « procédure d'insolvabilité » au sens des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité englobe : a) la « liquidation », à savoir la procédure visant à vendre des actifs et à en disposer afin d'en répartir le produit entre les créanciers conformément à la loi sur l'insolvabilité⁸ ; b) le redressement, à savoir le processus par lequel la viabilité et la prospérité financières de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies et l'entreprise peut continuer de fonctionner par le recours à différentes mesures pouvant comprendre la remise ou le rééchelonnement des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité⁹ ; c) la procédure de redressement accélérée, qui combine des négociations volontaires de restructuration et l'acceptation d'un plan avec une procédure accélérée menée conformément à la loi sur l'insolvabilité en vue de l'homologation de ce plan par le tribunal¹⁰ ;

¹ Voir le glossaire principal du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le « Guide » et le « Glossaire », terme nn) ; et l'article 2 a) de la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (2018) (LTJI) et l'article 2 h) de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (2019) (LTIGE) ; la définition de « procédure étrangère » à l'article 2 a) de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) (LTI) est essentiellement la même.

² Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 69 à 72.

³ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 73.

⁴ « Débiteur non dessaisi » : débiteur qui, par décision du tribunal, garde les rênes de son entreprise après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, en conséquence de quoi le tribunal ne nomme pas de représentant de l'insolvabilité (Glossaire, terme v)) ou en nomme un pour remplir des fonctions limitées spécifiées par le tribunal (par exemple pour assister ou superviser le débiteur non dessaisi). Ce terme n'est pas destiné à englober les débiteurs non dessaisis autoproclamés.

⁵ Recommandation 112 du Guide, et Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 71, 74 à 76 et 86.

⁶ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 1, 48, 49, 65 et 67, renvoyant aux recommandations 15 et 16 du Guide, qui énoncent les critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par le débiteur (le débiteur est ou sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance ou son passif dépasse la valeur de son actif) ou les créanciers (le débiteur est dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance ou son passif dépasse la valeur de son actif).

⁷ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 77 et 78.

⁸ Glossaire, terme dd).

⁹ Ibid., terme qq).

¹⁰ Texte sur l'objet des dispositions législatives précédant la recommandation 160 du Guide. Voir également le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 75.

d) la procédure ouverte par une micro- ou petite entreprise (MPE) débitrice à un stade précoce de ses difficultés financières¹¹ ; et e) la procédure provisoire, de restructuration ou toute autre procédure dont le tribunal estime, au cas par cas, qu'elle satisfait à la liste cumulative de conditions figurant au paragraphe 1 ci-dessus¹².

3. Non prescriptif, ce texte vise à sensibiliser les décideurs politiques, les législateurs, les juges et les praticiens aux outils de localisation et de recouvrement d'actifs et à diverses questions connexes. Les États peuvent y trouver des informations utiles pour évaluer la disponibilité, l'accessibilité, l'efficacité et l'efficacé de leur cadre national en matière de localisation et de recouvrement d'actifs. Les juges et les praticiens peuvent s'y informer quant aux outils de localisation et de recouvrement d'actifs employés dans divers pays, y compris pour ce qui est des exigences légales réglementant leur utilisation, des problèmes qui découlent de leur mise en œuvre et des solutions possibles pour résoudre ces derniers.

4. Le texte est issu des propositions faites à la CNUDCI visant à présenter un ensemble de possibilités que les États pourraient mettre à profit en incorporant celles qu'ils auraient choisies dans leur droit interne afin d'améliorer, si nécessaire, le cadre national en matière de localisation et de recouvrement d'actifs, y compris en ce qui concerne la coopération internationale dans ce domaine¹³. Les propositions ont été examinées lors du Colloque international (Vienne, 6 décembre 2019)¹⁴ et au sein de la Commission avant d'être attribuées au Groupe de travail V de la CNUDCI (droit de l'insolvabilité) en 2021¹⁵. Il a été reconnu au cours des discussions que certains pays ne disposaient pas d'outils appropriés pour localiser et recouvrer des actifs et que l'accès aux outils existants, en particulier par des parties étrangères, n'était pas toujours efficace ou efficient. Si la Commission a accepté de confier le thème de la localisation et du recouvrement d'actifs au Groupe de travail, en limitant le champ d'application de ses travaux à ce seul sujet, elle a également reconnu que la localisation et le recouvrement d'actifs s'effectuaient dans différents contextes et que, par conséquent, les résultats des travaux pourraient s'avérer utiles dans d'autres domaines du droit où ce sujet avait un rôle à jouer¹⁶.

5. L'examen du texte au sein du Groupe de travail¹⁷ s'est fait en partant du principe qu'une meilleure connaissance des outils et des questions connexes contribuerait à l'efficacité et à l'efficacé de la localisation et du recouvrement d'actifs aux niveaux national et international, conditions indispensables pour atteindre les objectifs de toute loi sur l'insolvabilité, à savoir notamment la transparence, la prévisibilité, la sécurité, la préservation et l'optimisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité¹⁸ et la protection des intérêts légitimes des créanciers¹⁹, du débiteur et des autres parties

¹¹ Guide, recommandation 294.

¹² En ce qui concerne les procédures provisoires, voir Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 79 et 80. Pour les procédures de restructuration, voir le Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 11 relatif à l'article 2.

¹³ Propositions des États-Unis concernant les travaux futurs que la CNUDCI pourrait mener sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs (A/CN.9/WG.V/WP.154 et A/CN.9/996).

¹⁴ Le rapport du Colloque se trouve dans le document A/CN.9/1008, disponible sur le site Sessions de la Commission | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

¹⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 17 (A/73/17)*, par. 250 et 253 d) ; *ibid.*, *soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17)*, par. 200 à 203 ; *ibid.*, *soixante-quinzième session, Supplément n° 17 (A/75/17)*, deuxième partie, par. 62 à 65 ; et *ibid.*, *soixante-seizième session, Supplément n° 17 (A/76/17)*, par. 215 à 217.

¹⁶ *Ibid.*, *soixante-seizième session, Supplément n° 17 (A/76/17)*, par. 217.

¹⁷ Pour les rapports du Groupe de travail sur les sessions au cours desquelles le sujet a été examiné, voir les documents A/CN.9/1088, A/CN.9/1094, A/CN.9/1126, [à compléter], disponibles à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/content/groupe-de-travail-v-droit-de-linsolvabilit%C3%A9>.

¹⁸ « Masse de l'insolvabilité » : actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité (Glossaire, terme ee)).

¹⁹ « Créancier » : personne physique ou morale qui a contre le débiteur une créance née au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou avant (Glossaire, terme s)). En règle générale, ce terme désigne à la fois les créanciers de l'État du for et les créanciers étrangers (Glossaire, par. 10).

intéressées²⁰. L'absence d'un tel cadre, en revanche, augmente considérablement les risques de fraude commerciale et de dispersion des actifs et limite les possibilités de rétablir l'intégrité de la masse de l'insolvabilité au profit de toutes les parties intéressées. En conséquence, les chances que le redressement des entreprises viables réussisse et que la liquidation des entreprises non viables se fasse de manière ordonnée et rapide sont réduites. En outre, la faiblesse du cadre en matière de localisation et de recouvrement d'actifs compromet la bonne réalisation des actifs, ce qui peut décourager les flux d'investissements étrangers directs puisque les investisseurs ont besoin de sécurité et de l'assurance qu'ils pourront rentrer dans leurs fonds. Par conséquent, un cadre efficace et efficient contribue non seulement à atteindre les objectifs des lois sur l'insolvabilité et les buts plus larges de l'état de droit et de la bonne gouvernance, mais aussi à la création et au maintien d'un environnement propice au commerce, aux affaires, aux investissements, à l'accès au crédit et au développement durable²¹.

6. Les objectifs cités au paragraphe précédent sous-tendent les travaux et les instruments de la CNUDCI dans le domaine du droit de l'insolvabilité, notamment la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) (LTI), le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le « Guide »), la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (2018) (LTJI), la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (2019) (LTIGE) et les documents d'orientation y afférents²². Le texte s'appuie sur ces travaux et ces instruments et les complète, en se concentrant sur les dispositions que l'on trouve couramment dans les droits international, régional et national de l'insolvabilité et dans d'autres lois qui permettent et facilitent la localisation et le recouvrement d'actifs, en décrivant les principaux outils en la matière ainsi que les outils supplémentaires que l'on y trouve (leurs objectifs, leurs conditions d'utilisation et les garanties contre les abus), et en mettant en évidence les questions découlant de l'utilisation de ces outils, y compris dans l'environnement numérique et au-delà des frontières.

B. Généralités relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs

7. Bien qu'il n'existe pas de définition commune de la localisation et du recouvrement d'actifs, on entend généralement par « localisation d'actifs » le processus consistant à identifier et à retrouver des actifs ou leur produit. Le « recouvrement d'actifs » fait suite au processus de localisation et s'entend comme le processus de restitution des actifs ou de leur produit à la ou aux parties en droit de les réclamer. Les « avoirs » localisés et recouverts peuvent comprendre tout ce qui présente de la valeur pour la ou les parties en question.

8. Dans les relations commerciales, la localisation et le recouvrement d'actifs ont généralement lieu : a) lors d'une enquête de diligence raisonnable (par exemple, avant une opération commerciale du type fusion ou acquisition) ; b) en prévision d'un différend (procédure judiciaire ou arbitrale) ; c) pendant une procédure judiciaire ou arbitrale ; d) pour la réalisation d'une sûreté ou l'exécution d'un jugement ou d'une sentence arbitrale ; et e) avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et pendant

²⁰ « Partie intéressée » : toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité ou des aspects particuliers d'une procédure d'insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d'insolvabilité aurait des incidences (Glossaire, terme ii).

²¹ Guide, première partie et <https://sdgs.un.org/fr>.

²² Guides de l'incorporation des lois types, Guide pratique, Précis et texte sur le point de vue du juge. Tous les textes cités dans le paragraphe sont disponibles à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency>.

cette dernière²³. Dans d'autres contextes, la localisation et le recouvrement d'actifs interviennent, par exemple, pour le recouvrement des impôts, le règlement des déclarations de sinistres, la résolution des questions familiales, d'héritage et de succession, la protection des consommateurs et des dépôts ainsi que, dans les procédures pénales, avant et pendant l'enquête, lors de la condamnation et pendant les étapes qui suivent la condamnation. Dans ce dernier contexte, la localisation et le recouvrement d'actifs ont été au centre des activités et des instruments internationaux de lutte contre la criminalité transnationale organisée (par exemple, le blanchiment d'argent et la corruption)²⁴.

9. Quel que soit le contexte dans lequel se déroulent la localisation et le recouvrement des actifs, les praticiens : a) utilisent des techniques similaires (par exemple, la consultation des mêmes sources d'information pour rechercher des actifs, telles que des registres, des témoins, des dossiers administratifs et des archives judiciaires, ainsi qu'Internet et d'autres sources publiques) ; b) doivent répondre à des exigences similaires et tenir compte de considérations similaires (par exemple, des obligations internationales, la sûreté et la sécurité, la procédure régulière, des motifs raisonnables, l'interdiction des demandes spéculatives (c'est-à-dire de la « pêche aux moyens de preuve »), la protection de la vie privée, la protection des données, les lois sur le secret bancaire et le secret professionnel entre l'avocat et son client) ; et c) font face à des défis similaires, tels que les obstacles et l'inertie bureaucratiques, les lacunes du cadre applicable à la localisation et au recouvrement d'actifs et les questions de droit en souffrance (par exemple, en ce qui concerne les créances concurrentes, y compris les créances mixtes publiques et privées, relatives à un même actif ; les droits des cessionnaires de bonne foi ; et le financement par des tiers des actions de localisation et de recouvrement d'actifs).

10. Des défis supplémentaires se posent dans le contexte international, notamment en raison de la diversité des règles et des outils relatifs à la compétence, aux procédures et à la législation en matière de localisation et de recouvrement d'actifs. Par exemple, les régimes de traçabilité des actifs et les règles sur la capacité juridique et les délais de prescription peuvent différer²⁵. Certains concepts peuvent être connus dans des pays mais pas dans d'autres (« fiducie judiciaire », « action paulienne » ; voir par. 98 ci-dessous). Les outils utilisés dans certains pays (par exemple, la production forcée et la communication préalable de pièces, les ordonnances imposant le secret et la mise sous scellés (« gag and seal orders ») et l'interception de la correspondance) peuvent aller à l'encontre des politiques publiques dans d'autres pays. Les effets extraterritoriaux de certains outils peuvent être reconnus dans divers pays mais contestés dans d'autres. Ainsi, l'efficacité de certains outils de localisation et de recouvrement d'actifs peut être bonne dans un environnement national ou entre des pays partageant la même tradition juridique, mais plus faible dans d'autres contextes. En outre, la localisation et le recouvrement internationaux d'actifs posent souvent des problèmes pratiques plus ou moins complexes, allant du besoin de démêler l'écheveau de structures complexes (sociétés et fiducies) qui sont souvent utilisées pour dissimuler la véritable propriété des actifs à la nécessité de surmonter les difficultés d'accès à des registres locaux, qui peuvent être liées à leur configuration (par exemple, une langue étrangère ou des exigences d'identification locales).

11. Les moyens numériques, les sources d'information ouvertes (telles que les registres en ligne, les bases de données et les réseaux sociaux), les méthodes d'enquête modernes (dynamiques, intelligentes et multifactorielles) et les techniques de police scientifique facilitent considérablement la localisation des actifs tant

²³ « Ouverture de la procédure [d'insolvabilité] » : date effective de la procédure d'insolvabilité, qu'elle soit définie par la loi ou par une décision de justice [Glossaire, terme gg].

²⁴ Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 52 à 59.

²⁵ Ainsi, 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, il pourra seulement revendiquer la propriété du bien initial et devra faire valoir des droits personnels pour recouvrer les autres actifs.

physiques que numériques, y compris entre pays, notamment en réduisant aussi bien les barrières administratives que les obstacles et l'inertie bureaucratiques. Toutefois, ils ne sauraient éliminer tous les obstacles à la localisation et au recouvrement efficaces d'actifs, en particulier ceux découlant de questions de droit en souffrance ou de choix politiques délibérément restrictifs, ou encore de la nécessité de faire intervenir des intermédiaires, par exemple les fournisseurs de services d'informatique en nuage ou les opérateurs de plateformes numériques qui sont souvent en possession d'actifs numériques recherchés (comme des cryptomonnaies, des points de fidélité de compagnies aériennes, des éléments virtuels de jeux en ligne, des jetons non fongibles) ou des données nécessaires pour accéder à ces actifs et en prendre le contrôle (entre autres des mots de passe ou des codes de contrôle). L'utilisation de moyens numériques a fait naître d'autres défis, notamment la perte éventuelle de données (lesquelles peuvent constituer des preuves ou des actifs numériques) du fait d'une cyberattaque ou d'un acte de cybercriminalité (voir chap. IV ci-dessous).

C. Spécificités de la localisation et du recouvrement d'actifs

12. Tout en partageant les caractéristiques et les défis décrits dans la section B ci-dessus et en s'appuyant sur les outils disponibles également dans d'autres domaines du droit, la localisation et le recouvrement civils d'actifs ont leurs propres particularités, qui découlent de la nature et des objectifs des procédures d'insolvabilité en tant que procédures d'exécution collectives. Ces dernières visent notamment à la reconnaissance des droits des créanciers existants, au traitement équitable des créanciers se trouvant dans des situations similaires, et à la préservation, la protection et l'optimisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité pour permettre une distribution équitable aux créanciers. La localisation et le recouvrement civils d'actifs permettent de réaliser ces objectifs, notamment par la vérification de déclarations selon lesquelles la masse de l'insolvabilité ne comprend aucun actif à répartir entre les créanciers, de créances qui peuvent être fictives et d'opérations réalisées par le débiteur non dessaisi²⁶, les administrateurs²⁷ ou le représentant de l'insolvabilité qui peuvent s'avérer reposer sur des abus de pouvoir. Associés à un régime de sanctions efficace visant à prévenir les abus ou l'utilisation indue du régime d'insolvabilité²⁸ et à imposer des sanctions appropriées en cas de faute, ils jouent un rôle non négligeable pour ce qui est de prévenir la dispersion des actifs avant et pendant les procédures d'insolvabilité. De plus, si les actifs ont déjà été dispersés, ils permettent de reconstituer l'intégrité de la masse de l'insolvabilité au profit de tous les créanciers et des autres parties intéressées.

²⁶ « Créance » : droit à paiement sur la masse du débiteur, qu'il naisse d'une dette, d'un contrat ou d'un autre type d'obligation juridique, qu'il soit d'un montant déterminé ou indéterminé, échu ou non échu, contesté ou non contesté, garanti ou non garanti, certain ou conditionnel. Note : Certains pays considèrent la possibilité ou le droit, lorsque la loi applicable le permet, de recouvrer des actifs auprès du débiteur comme une créance [voir Glossaire, terme n)].

²⁷ La quatrième partie du Guide fait référence aux administrateurs au sens large, c'est-à-dire des personnes qui exercent un contrôle de fait sur le débiteur pendant la période précédant l'insolvabilité, y compris les administrateurs officiellement désignés, les administrateurs de fait et les administrateurs « occultes ».

²⁸ « Représentant de l'insolvabilité » : personne ou organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l'insolvabilité (voir Glossaire, terme rr)). Par commodité, selon le contexte, le terme « représentant de l'insolvabilité » peut également désigner un « professionnel indépendant », à savoir un particulier ou une entité possédant les qualifications requises, indépendant(e) du débiteur, des créanciers et des autres parties intéressées, nommé(e) par l'autorité compétente pour accomplir une ou plusieurs tâches liées à une procédure d'insolvabilité simplifiée, sous réserve de l'obtention des autorisations voulues concernant les exigences déontologiques, professionnelles et autres, ainsi que de l'absence de conflits d'intérêts. Dans l'exécution de toute tâche que lui assigne l'autorité compétente, le professionnel indépendant rend compte à celle-ci et est tenu de se conformer à toute instruction ou directive applicable qu'elle pourrait émettre en ce qui concerne les tâches qui lui sont confiées (voir Guide, cinquième partie, deuxième section, par. 25 g)). Selon les besoins du contexte, l'un ou l'autre de ces termes a été utilisé.

13. Dans le contexte spécifique des procédures d'insolvabilité, la localisation consiste à identifier et à retrouver les actifs du débiteur. Dans le Guide, les « actifs du débiteur » sont définis, de manière générale, comme les biens et les droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés²⁹ ou sur des actifs appartenant à des tiers [Glossaire, terme c)].

14. Le recouvrement des actifs du débiteur fait suite à leur localisation dans le but de restituer à la masse ceux d'entre eux qui, en vertu de la loi applicable, doivent être pris en compte dans la procédure d'insolvabilité. Le Guide recommande que la loi sur l'insolvabilité spécifie que la masse de l'insolvabilité devrait comprendre : a) les actifs du débiteur, y compris ses droits sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers ; b) les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; et c) les actifs récupérés au moyen d'une action en annulation³⁰ ou autre (recommandation 35). En outre, le Guide recommande de préciser dans la loi sur l'insolvabilité que tout actif non déclaré ou dissimulé du débiteur fait partie de la masse de l'insolvabilité (recommandation 314).

15. Certains pays incluent dans la masse de l'insolvabilité tous les actifs du débiteur, où qu'ils se trouvent. D'autres n'y incluent que les actifs du débiteur 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 des actifs situés à l'étranger. D'autres pays suivent une démarche intermédiaire, voulant par exemple que la masse de l'insolvabilité dans la procédure principale³¹ englobe tous les actifs du débiteur où qu'ils se trouvent. À l'instar de la LTI, divers textes législatifs envisagent que certains des actifs du débiteur puissent être mis de côté en vue de leur administration dans une procédure particulière (principale, non principale³², 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. Le Guide recommande que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité ouverte au centre des intérêts principaux du débiteur³³, la loi sur l'insolvabilité spécifie que la masse de l'insolvabilité devrait inclure tous les actifs du débiteur, où qu'ils se trouvent (recommandation 36), et que, lorsque la loi sur l'insolvabilité adopte une approche universelle, comme le recommande le Guide³⁴, elle aborde également la question de la reconnaissance des procédures étrangères³⁵. Il recommande aussi l'incorporation de la LTI (recommandation 5).

²⁹ « Actif grevé » : actif sur lequel un créancier a une sûreté réelle (Glossaire, terme a)).

³⁰ « Dispositions d'annulation » : dispositions de la loi sur l'insolvabilité permettant d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant une procédure d'insolvabilité et de recouvrer l'un quelconque des actifs transférés ou sa valeur dans l'intérêt collectif des créanciers (Glossaire, terme y) ; Guide, cinquième partie, deuxième section, terme a)).

³¹ « Procédure principale » : une procédure d'insolvabilité qui a lieu dans l'État où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur (Guide, quatrième partie, deuxième section, terme c)) ; art. 2 j) LTIGE ; la définition du terme « procédure étrangère principale » figurant à l'article 2 b) de la LTI est essentiellement identique). Pour l'explication du terme « centre des intérêts principaux », voir la note de bas de page 33.

³² « Procédure non principale » : une procédure d'insolvabilité, autre qu'une procédure principale, qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement (défini comme tout endroit où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services) (LTIGE, art. 2 k) et l) ; la définition du terme « procédure étrangère non principale » figurant à l'article 2 c) de la LTI est essentiellement identique).

³³ Le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu a) où le débiteur a son administration centrale et b) qui peut facilement être vérifié par les créanciers (voir Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 145).

³⁴ Note de bas de page 7 dans la version publiée du Guide, deuxième partie, chapitre II.

³⁵ « Procédure étrangère » : procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation (LTI, art. 2 a)).

16. La date à partir de laquelle la masse de l'insolvabilité doit être constituée pourrait être soit la date du dépôt de la demande d'ouverture, soit la date effective d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (recommandation 37); pour une procédure d'insolvabilité simplifiée, le Guide recommande que la date effective d'ouverture soit la date à partir de laquelle la masse de l'insolvabilité doit être constituée (recommandation 315). 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 la section « Mesures provisoires » ci-dessous).

17. Les actifs du débiteur ne font pas tous partie de la masse de l'insolvabilité. S'agissant de personnes physiques, les types d'actifs qui sont généralement exclus comprennent les actifs dont le débiteur a besoin pour gagner sa vie, les gains tirés, après la demande d'ouverture, de la prestation de services personnels, ainsi que les articles personnels et ménagers nécessaires à la satisfaction des besoins élémentaires du débiteur et de sa famille. D'autres exemptions peuvent s'appliquer aux actifs communs tels que les biens du couple. Les créances indemnitaires de nature personnelle (résultant par exemple d'un préjudice corporel, d'un délit de diffamation ou d'une atteinte à la réputation) sont aussi généralement exclues de la masse de l'insolvabilité de la personne physique débitrice³⁶. Les obligations des traités internationaux peuvent s'appliquer à ce type d'exclusions. En comparaison, les démarches relatives à l'exclusion des actifs de la masse de l'insolvabilité lorsque le débiteur est une personne morale varient selon les lois sur l'insolvabilité. Certaines lois peuvent exclure les actifs fiduciaires et les actifs soumis à un arrangement (contractuel ou autre) qui implique, plutôt qu'un transfert de propriété, l'utilisation de ces actifs et leur restitution au propriétaire une fois atteint l'objectif pour lequel le débiteur en a la jouissance (un tel accord est parfois connu en tant que « dépôt »). Peuvent aussi être exclus des actifs susceptibles d'être revendiqués, tels que des marchandises fournies au débiteur avant l'ouverture de la procédure mais qui n'ont pas été payées et peuvent être récupérées par le fournisseur (sous réserve d'identification et d'autres conditions applicables)³⁷. Il existe également différentes manières de traiter les actifs grevés : selon les pays, ils sont ou non intégrés à la masse de l'insolvabilité. En outre, différentes approches peuvent être adoptées quant à la manière de constituer la masse de l'insolvabilité dans les procédures d'insolvabilité simplifiées. En particulier, tous les actifs peuvent être inclus dans la masse et la MPE débitrice peut être autorisée à demander l'exclusion de certains actifs jusqu'à un certain seuil de valeur. Autrement, des actifs peuvent être exclus jusqu'à certains plafonds ou certaines catégories d'entre eux peuvent l'être, ou encore tous les actifs d'une MPE débitrice peuvent être exclus de manière générale sous réserve de contestation par les créanciers.

18. Du fait de ces exclusions, il pourrait être impossible de localiser et de recouvrer certains des actifs du débiteur. S'agissant des actifs susceptibles d'être retrouvés, des considérations pratiques (par exemple, la disponibilité de fonds dans la masse de l'insolvabilité, les coûts de la localisation et du recouvrement et les chances de succès) peuvent influencer le choix des biens qui seront recherchés puis de ceux qu'on tentera de recouvrer pour les intégrer à la masse de l'insolvabilité. Par exemple, la traçabilité et la recouvrabilité de certains actifs peuvent être entravées par des protections spéciales (notamment celles qui sont habituellement accordées aux bénéficiaires de transferts de bonne foi). Divers régimes spéciaux, y compris ceux prévus par des instruments internationaux, peuvent compliquer la localisation et le recouvrement de certains actifs. Certains actifs peuvent devoir être remplacés par leur valeur en espèces ou par la valeur d'une opération annulée.

19. La localisation et le recouvrement d'actifs sont rendus possibles et facilités par l'ensemble du cadre juridique de l'insolvabilité, notamment les vastes pouvoirs

³⁶ Note de bas de page n° 8 dans la version publiée du Guide, deuxième partie, chapitre II.

³⁷ Guide, deuxième partie, chap. II, sect. A.3, par. 17 à 21 et cinquième partie, par. 173 à 175 et 197.

administratifs et d'enquête dont disposent le tribunal et le représentant de l'insolvabilité³⁸. Ces dispositions, pouvoirs et prérogatives ne sont pas disponibles en dehors des procédures d'insolvabilité, y compris dans les procédures d'exécution individuelles que le représentant de l'insolvabilité peut décider d'engager ou auxquelles il peut décider de se joindre.

20. Dans le même temps, la localisation et le recouvrement d'actifs comportent leurs propres difficultés. Ainsi, la coopération du débiteur et des tiers qui ont eu des rapports avec lui est souvent essentielle pour que les mesures (notamment l'introduction d'actions en annulation) interviennent en temps voulu. Bien qu'elle soit un outil puissant en matière de localisation et de recouvrement d'actifs, l'annulation peut être imprévisible ou inefficace si elle est lente, complexe ou réalisable uniquement sur des bases très étroites. En outre, l'absence ou l'insuffisance de fonds dans la masse de l'insolvabilité peut entraver les opérations, à moins que des financements alternatifs ou d'autres arrangements (par exemple, un fonds de réserve) ne soient mis en place. Toutefois, si les garanties habituelles (par exemple, le contrôle des actions et des dépenses, l'évaluation de leur caractère raisonnable et nécessaire, l'atténuation des risques d'influence sur le déroulement de la procédure) ne permettent pas de résoudre les tensions qu'elles peuvent susciter avec d'autres considérations prises en compte dans la procédure d'insolvabilité, le tribunal peut refuser d'autoriser ces solutions alternatives.

21. Dans les cas d'insolvabilité internationale, outre les problèmes habituels liés à la compétence, à la capacité juridique et aux délais de prescription, des difficultés spécifiques peuvent découler de l'application de règles différentes, dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et dans un État où une action de localisation et de recouvrement d'actifs est engagée, à diverses questions de droit de l'insolvabilité, telles que la composition de la masse de l'insolvabilité, le traitement de certains actifs, droits ou créances, et l'annulation. La non-reconnaissance des effets de la procédure d'insolvabilité qui a été ouverte sur ces questions ainsi que les mesures que l'État peut prendre pour protéger ses intérêts locaux peuvent créer des difficultés supplémentaires pour le recouvrement des actifs de la masse de l'insolvabilité.

22. Les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommandent des mécanismes qui permettraient aux tribunaux de traiter ces questions, dont notamment : a) l'accès direct et rapide du représentant étranger et des créanciers étrangers aux tribunaux des États adoptants ; b) différents types d'assistance et de mesures, y compris des mesures provisoires, que les tribunaux nationaux peuvent fournir en faveur de la procédure étrangère et au représentant étranger³⁹ ; c) des procédures rapides pour la reconnaissance de la procédure étrangère, la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité⁴⁰ et l'octroi de mesures ; d) des communications

³⁸ « Tribunal » : autorité judiciaire ou autre compétente pour contrôler ou superviser une procédure d'insolvabilité (Glossaire, terme uu). Dans le présent texte, selon le contexte dans lequel il est utilisé, le terme tribunal » peut également désigner une autorité (judiciaire ou autre) autre que celle qui est compétente pour contrôler ou superviser les procédures d'insolvabilité, qui peut exercer un pouvoir de décision en ce qui concerne les procédures liées à la localisation et au recouvrement d'actifs (par exemple, rendre une décision au sujet de créances contestées ou administrer les procédures d'annulation). Par souci de commodité, le terme « tribunal » désigne également l'« autorité compétente » : Autorité administrative ou judiciaire chargée de conduire et/ou de superviser des procédures d'insolvabilité simplifiées (Guide, cinquième partie, deuxième section, par. 25 b)). Selon les besoins du contexte, l'un ou l'autre de ces termes a été utilisé.

³⁹ « Représentant étranger » : personne ou organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère (LTI, art. 2 d)).

⁴⁰ « Jugement lié à l'insolvabilité » : jugement qui survient à la suite d'une procédure d'insolvabilité ou y est substantiellement associé, que cette procédure soit ou non close (LTJI, art. 2 d)).

« Jugement » : toute décision, quelle que soit sa dénomination, rendue par un tribunal ou une autorité administrative, sous réserve qu'une décision administrative produise les mêmes effets

directes et la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité ; e) la coordination des procédures concurrentes ; et f) [*des règles uniformes sur la loi applicable dans les procédures d'insolvabilité*]. Il a également été noté que la localisation et le recouvrement d'actifs dans le contexte de l'insolvabilité internationale bénéficiaient de la spécialisation de tribunaux nationaux dans les affaires d'insolvabilité internationale ainsi que de règles de procédure conçues spécifiquement pour garantir le traitement rapide et coordonné de telles affaires.

23. Dans le même temps, la localisation et le recouvrement d'actifs interagissent étroitement avec d'autres dispositions juridiques, relevant notamment du droit de l'insolvabilité, en particulier celles qui garantissent la responsabilité et la transparence des mesures prises dans ce domaine et celles qui visent à parvenir à un équilibre approprié entre des opérations efficaces et efficientes et la sécurisation du marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques⁴¹. En outre, l'efficacité de la localisation et du recouvrement d'actifs dépend d'un environnement général favorable, caractérisé entre autres par la bonne gouvernance, l'état de droit et le soutien institutionnel (lequel se manifeste, comme indiqué ci-dessus, notamment par la rapidité avec laquelle les tribunaux sont à même de traiter les mesures liées à la localisation et au recouvrement d'actifs), le professionnalisme des représentants de l'insolvabilité et des autres praticiens intervenant dans les opérations de localisation et de recouvrement d'actifs, et la qualité des mécanismes d'exécution. (Voir par. 45 à 49 ci-après.)

D. Structure du texte

24. Les parties ci-dessous du texte sont structurées de la manière suivante :

- a) Le chapitre II traite de la localisation et du recouvrement d'actifs dans le contexte plus large du droit de l'insolvabilité et d'un cadre propice à l'efficacité et à l'efficacité des procédures ;
- b) Les chapitres suivants examinent les outils de localisation et de recouvrement d'actifs ; et
- c) Le dernier chapitre met l'accent sur les aspects numériques.

25. Les définitions constituant le glossaire apparaissent soit dans les notes de bas de page, soit dans le texte. Les règles d'interprétation habituelles sont applicables : « ou » n'est pas exclusif ; le singulier inclut le pluriel ; les mots « inclure », « comprendre », « par exemple », « tel » et leurs équivalents ne signifient pas que les listes qu'ils introduisent sont exhaustives ; Le terme « personnes » devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, à moins que le contexte n'indique un sens différent.

II. Contextualisation de la localisation et du recouvrement d'actifs

A. La localisation et le recouvrement d'actifs et les objectifs clefs du droit de l'insolvabilité

26. Lorsqu'un débiteur est ou sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance ou lorsque son passif dépasse la valeur de ses actifs, le droit de l'insolvabilité, pour être efficace et efficient, doit prévoir des mécanismes juridiques permettant de traiter de façon collective les créances à l'encontre de la masse de l'insolvabilité, soit par la liquidation des entreprises en faillite, soit par le

qu'une décision judiciaire. Aux fins de la présente définition, le terme « décision » englobe un arrêt ou une ordonnance, ainsi que la fixation des frais (LTJI, art. 2 c)).

⁴¹ Guide, recommandation 1 a).

redressement des entreprises viables. Les créanciers et les autres parties intéressées, y compris le débiteur, ses propriétaires et ses employés, sont fortement incités à maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité, ce qui permet de répartir un montant plus important et de réduire la charge de l'insolvabilité pour le débiteur. L'un des principaux objectifs du droit de l'insolvabilité est donc de préserver, de protéger et d'optimiser la valeur de la masse de l'insolvabilité⁴². La localisation et le recouvrement d'actifs appuient cet objectif, puisque leur but premier est d'identifier, de retrouver et de récupérer le plus grand nombre possible d'actifs de la masse de l'insolvabilité, aussi rapidement et à des coûts aussi bas que possible.

27. Un autre objectif clef des régimes d'insolvabilité est d'assurer le traitement équitable des créanciers se trouvant dans des situations similaires⁴³. Il repose sur le principe selon lequel, dans une procédure collective, les créanciers ayant les mêmes droits devraient être traités équitablement, leurs créances étant remboursées en fonction de leur rang et de leurs droits réels. Cela signifie que tout ajustement apporté par une loi sur l'insolvabilité à la priorité accordée aux créances d'une même classe s'applique de la même manière à tous les créanciers de cette classe. Cet objectif est étroitement lié aux autres finalités d'un droit de l'insolvabilité efficace et efficient visant à garantir la transparence et la prévisibilité des textes législatifs et à reconnaître les droits des créanciers existants⁴⁴. La localisation et le recouvrement d'actifs favorisent la réalisation de ces objectifs en s'attaquant à la fraude, au favoritisme, aux préférences⁴⁵ et à d'autres actes ou opérations préjudiciables au traitement équitable des créanciers se trouvant dans des situations similaires.

28. La localisation et le recouvrement d'actifs interviennent également dans la réalisation d'autres objectifs d'un droit de l'insolvabilité efficace et efficient, car ils sont interconnectés et se renforcent mutuellement. Par exemple, l'identification, la récupération et le recouvrement des actifs de la masse de l'insolvabilité promptement et moyennant des coûts et des perturbations aussi faibles que possible contribuent à réaliser l'objectif de résolution efficace et impartiale de l'insolvabilité⁴⁶, ce qui concourt à remplir les objectifs de maximisation de la valeur et de traitement équitable des créanciers se trouvant dans des situations similaires.

B. Environnement favorable à la localisation et au recouvrement d'actifs : le cadre juridique de l'insolvabilité

29. Les sections ci-dessous expliquent comment un cadre juridique de l'insolvabilité conforme aux recommandations des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité peut faciliter la localisation et le recouvrement d'actifs.

1. Large portée de la loi sur l'insolvabilité

30. Le Guide recommande que le droit de l'insolvabilité régie les procédures d'insolvabilité contre tous les débiteurs, personnes physiques ou morales, y compris les entreprises publiques, qui exercent des activités économiques. Il précise que les exclusions du champ d'application de la loi sur l'insolvabilité devraient être limitées et clairement indiquées dans cette dernière⁴⁷. Il recommande d'établir des mécanismes permettant de couvrir les frais d'administration des procédures d'insolvabilité lorsque les actifs et les sources de revenus du débiteur sont insuffisants pour y faire face (recommandations 26 et 280). Ces mécanismes pourraient traiter diverses préoccupations et résoudre un problème particulier qui se pose dans les pays où des demandes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont rejetées faute

⁴² Ibid., recommandation 1 b) et f).

⁴³ Ibid., recommandation 1 d) et f).

⁴⁴ Ibid., recommandations 1 h), 3 et 4.

⁴⁵ « Traitement préférentiel » : opération au terme de laquelle un créancier obtient un avantage ou bénéficie d'un paiement irrégulier (Glossaire, terme tt)).

⁴⁶ Guide, recommandation 1 e).

⁴⁷ Ibid., recommandations 8 et 9.

d'actifs dans la masse de l'insolvabilité. En effet, pour pouvoir localiser et recouvrer les actifs potentiellement dispersés pour en répartir la valeur entre les créanciers, il faut qu'une procédure d'insolvabilité soit ouverte. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité qu'un créancier ou un groupe de créanciers avancent les coûts estimés d'une procédure d'insolvabilité. Ceux-ci peuvent être incités à agir de la sorte s'ils pensent que certaines opérations peuvent être annulées ou des actifs dissimulés découverts, même si, dans la plupart des cas, ils ne sont pas disposés à risquer des sommes d'argent pour rien dans le seul espoir de recouvrer une partie de leur dette. Dans de tels cas, la mise en œuvre de modes alternatifs de financement de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut être une solution⁴⁸.

2. Mécanismes visant à protéger, préserver et optimiser la valeur de la masse de l'insolvabilité

31. Les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommandent des mécanismes de protection, de préservation et d'optimisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité qui appuient la localisation et le recouvrement d'actifs de plusieurs façons. Ils recommandent de prévoir des mesures provisoires urgentes pour éviter la dispersion des actifs avant l'ouverture ou la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité. Il peut s'agir de suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur et de confier la gestion et la surveillance des activités de ce dernier, ou la réalisation de tout ou partie de ses actifs, au représentant de l'insolvabilité.

32. Lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les mécanismes de protection, de préservation et d'optimisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité ont pour buts principaux de : a) rétablir l'intégrité de la masse, notamment par des actions en annulation ; et b) préserver et maximiser la valeur de la masse, notamment par l'arrêt des poursuites⁴⁹. L'arrêt des poursuites devrait prévenir le démembrement prématuré de la masse de l'insolvabilité par les créanciers engageant des poursuites individuelles pour recouvrer leurs créances. En préservant le statu quo, il laisse un peu de répit pour des opérations de localisation et de recouvrement d'actifs plus ordonnées et plus efficaces que ce ne serait le cas si on laissait se dérouler des procédures individuelles distinctes d'exécution et autres contre la masse de l'insolvabilité.

33. Les mécanismes de protection, de préservation et d'optimisation de la valeur de la masse imposés à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité comprennent souvent aussi ceux qui visent à mettre en place un régime approprié de contrôle des actifs et des affaires du débiteur. Ils peuvent différer selon que le débiteur conserve le plein contrôle de l'entreprise (débiteur non dessaisi) ou qu'il est totalement ou partiellement évincé de sa gestion. Le Guide recommande de clarifier les droits et obligations respectifs du débiteur, du représentant de l'insolvabilité nommé à titre provisoire et de tous les participants à la procédure d'insolvabilité en ce qui concerne l'utilisation, la disposition⁵⁰ ou la réalisation des actifs du débiteur et l'administration de ses affaires⁵¹.

3. Moyens commodes d'identifier, de récupérer, de préserver et de recouvrer les actifs de la masse de l'insolvabilité

⁴⁸ Voir l'examen de différentes options envisageables dans les deuxième et cinquième parties du Guide, dans le contexte des recommandations 26, 125 et 280.

⁴⁹ « Arrêt des poursuites » : mesure qui empêche l'introduction, ou suspend la continuation, des actions individuelles, judiciaires, administratives ou autres, visant les actifs, les droits, les obligations ou les dettes du débiteur, y compris les actions visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers ou à la réaliser ; et qui empêche les mesures d'exécution contre les actifs de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, ainsi que le transfert des actifs ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces actifs ou droits ou d'autres actes de disposition de ces actifs ou droits (Glossaire, terme e)).

⁵⁰ « Disposition » : tout moyen de transférer un actif ou un droit sur un actif ou de s'en défaire, en totalité ou en partie (Glossaire, terme x)).

⁵¹ Voir par exemple les recommandations 41, 112 et 284 à 287.

34. Lorsque le droit de l'insolvabilité comporte des dispositions prévoyant des moyens pratiques d'identifier, de récupérer, de préserver et de recouvrer les actifs de la masse de l'insolvabilité, l'efficacité et l'efficience des opérations de localisation et de recouvrement d'actifs sont également accrues. Par exemple, il suffit d'une mesure aussi courante que la notification de la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pour déconseiller aux créanciers ou aux tiers de conclure avec le débiteur des opérations qui seront considérées comme non valables, inapplicables ou annulables en vertu du droit de l'insolvabilité. Grâce à la notification, les débiteurs du débiteur savent également qu'ils devraient effectuer leurs règlements non pas au débiteur mais plutôt au représentant de l'insolvabilité. Dans certains pays, l'avis de notification impose à tous les détenteurs de quelconques actifs, registres commerciaux ou autres documents du débiteur de mettre ceux-ci à la disposition du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité, selon le cas, sous peine des sanctions prévues par la loi. Le Guide recommande également d'imposer au débiteur une obligation spécifique en ce qui concerne la communication d'informations exactes, exhaustives et fiables relatives à sa situation et à la localisation de ses actifs et de ses documents commerciaux.

4. Mesures incitatives et dissuasives

35. Le Guide reconnaît qu'il est important à la fois : a) de mettre en place des mesures incitatives appropriées pour encourager le respect des obligations découlant du droit de l'insolvabilité (parmi les objectifs de la loi sur l'insolvabilité, il cite ainsi expressément la mise en place de mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations) ; et b) de prévoir des recours efficaces pour décourager le non-respect des règles (par exemple, une sanction pécuniaire pourrait être imposée à toute personne contrôlant ou détenant des documents commerciaux du débiteur pour chaque jour de retard dans la remise desdits documents au représentant de l'insolvabilité). Dans le même temps, il souligne l'importance de la prévention, notamment par la sensibilisation, l'éducation, les alertes précoces et les signaux d'alarme.

36. Bien que les mesures incitatives et les recours liés au respect des dispositions applicables lors des procédures d'insolvabilité figurent souvent non seulement dans les lois sur l'insolvabilité mais aussi dans d'autres textes législatifs comme ceux des droits des sociétés, administratif et pénal, les créanciers et les autres parties intéressées peuvent préférer ces mesures et recours prévus par le droit de l'insolvabilité à l'imposition de sanctions pénales ou administratives, dont les objectifs sont différents et qui n'ont pas nécessairement la souplesse voulue dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Le Guide recommande que la loi sur l'insolvabilité préserve la possibilité pour les tribunaux d'envisager des mesures incitatives et des recours ciblés et adaptés au cas par cas, en fonction des circonstances et des affaires⁵². En particulier, les tribunaux administrant des procédures d'insolvabilité pourraient devoir prendre en compte plus largement les personnes susceptibles d'être concernées par les mesures incitatives et les recours prévus par la loi sur l'insolvabilité. En outre, du point de vue du droit de l'insolvabilité, la localisation et le recouvrement d'actifs visent essentiellement à faciliter la recherche des actifs de la masse de l'insolvabilité au profit de tous les créanciers, et pas seulement de ceux qui, par exemple, peuvent avoir été victimes d'actes criminels et donc bénéficier d'ordonnances d'indemnisation dans le cadre de procédures pénales.

37. Les mesures incitatives et les recours prévus par le droit de l'insolvabilité peuvent être mis en œuvre par le biais de la décharge (par exemple, en accordant une décharge anticipée ou, à l'inverse, en refusant la décharge ou en annulant une décharge déjà accordée), du rejet d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, du rejet ou de la conversion d'une procédure et d'ordonnances de

⁵² Voir entre autres les recommandations 20, 28, 301 et 309 et les commentaires correspondants.

compensation des coûts et des dommages⁵³. Les dispositions relatives à la composition de la masse de l'insolvabilité qui peuvent notamment prévoir, comme le recommande le Guide (recommandation 314), que tout actif dissimulé ou dont l'existence n'a pas été déclarée fait partie de la masse de l'insolvabilité intéressent directement la localisation et le recouvrement d'actifs.

38. Les dispositions du Guide qui recommandent d'autoriser à la fois les débiteurs et les créanciers à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et de garantir que les demandes soient traitées de manière rapide, efficace et économique, sous réserve des mesures de protection contre une utilisation abusive de la loi sur l'insolvabilité, constituent une mesure dissuasive contre la dispersion des actifs et, en même temps, un facteur important pour le déroulement des opérations de localisation et recouvrement d'actifs en temps voulu (voir recommandations 14 à 29 et 292 à 301).

39. Par exemple, le Guide prévoit un régime d'ouverture spécial pour les entrepreneurs individuels et certaines autres PME, qui leur évite d'avoir à prouver leur insolvabilité⁵⁴. Dans le même temps, compte tenu de la facilité avec laquelle les PME peuvent accéder à un régime d'insolvabilité simplifié et obtenir une décharge, la cinquième partie du Guide recommande de mettre en place des protections spéciales contre les abus, notamment contre une éventuelle dispersion des actifs avant l'ouverture d'une procédure. Parmi ces mesures, on peut citer l'opposition des créanciers à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité simplifiée ou d'un type particulier de procédure, ou à la décision du tribunal de clore la procédure d'insolvabilité et d'accorder une décharge lorsque la masse ne comporte aucun actif. L'opposition des créanciers peut conduire à des vérifications supplémentaires concernant le débiteur, ses activités et ses actifs, à la suite desquelles il peut s'avérer nécessaire d'engager des actions en annulation ou de prendre d'autres mesures en matière de localisation et de recouvrement d'actifs, ce qui peut alors imposer la conversion de procédures d'insolvabilité simplifiées en procédures standard.

40. Pour les grandes entreprises, entre les deux séries de critères et de normes applicables, le Guide donne la priorité au critère de la cessation de paiement, celui du bilan passant en seconde position. Le critère de la cessation de paiement met les facteurs déterminants à la portée des créanciers et vise à déclencher la procédure d'insolvabilité à un stade suffisamment précoce des difficultés financières du débiteur pour limiter autant que possible la dispersion de ses actifs et éviter une course aux actifs entre les créanciers. Le fait d'autoriser l'ouverture de la procédure seulement lorsque le débiteur peut apporter la preuve d'une insolvabilité sur la base du bilan peut avoir pour effet de diminuer les sommes recouvrées.

41. Lorsque la demande ne déclenche pas automatiquement l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le Guide recommande des mécanismes visant à simplifier l'évaluation des conditions d'admissibilité, car le délai entre la demande et l'ouverture peut entraîner la dispersion des actifs par les actions du débiteur et des créanciers. Par exemple, pour rationaliser l'évaluation, les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommandent d'inclure des dispositions sur la présomption d'insolvabilité (voir entre autres la recommandation 17 du Guide et l'article 31 de la LTI). Une présomption d'insolvabilité fondée sur la reconnaissance d'une procédure étrangère principale est importante dans le contexte de l'insolvabilité internationale, où l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale dans l'État accordant la reconnaissance peut revêtir un caractère d'urgence pour permettre au représentant étranger d'accéder aux voies de recours locales. Dans certains pays, il existe des présomptions supplémentaires d'insolvabilité. Il s'agit notamment de la fermeture de l'entreprise (du siège administratif ou de tout autre lieu où le débiteur exerce son activité principale) ou du fait que les membres de l'organe d'administration ou les représentants légaux se cachent ou sont absents du siège social ou de l'établissement principal pendant plus de jours que le nombre fixé, sans laisser aux représentants

⁵³ « Décharge » : libération, conformément au droit applicable, d'un débiteur des dettes visées par la procédure d'insolvabilité.

⁵⁴ Guide, recommandations 272, 275 et 292.

légaux suffisamment de pouvoirs ou d'actifs pour s'acquitter de leurs obligations. En outre, la non-présentation de rapports financiers annuels (vérifiés) pendant un certain nombre d'années (tel que prévu par la loi) peut conduire à la présomption que l'entreprise n'est pas en mesure de faire face à ses obligations et constituer un motif légal d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

5. Clarté et sécurité

42. Les dispositions du Guide relatives à l'admissibilité et à l'ouverture sont complétées par des dispositions relatives à la compétence et au droit applicable. Selon les mesures prises en matière de localisation et de recouvrement d'actifs, différents tribunaux peuvent intervenir, au niveau national et à l'étranger. Par ailleurs, différentes règles de compétence peuvent s'appliquer à la localisation et au recouvrement d'actifs en vertu, d'une part, du droit de l'insolvabilité et, d'autre part, d'autres lois. En particulier, il pourrait y avoir différents facteurs de rattachement (par exemple, le lieu où se trouveraient le débiteur, des personnes ayant des liens privilégiés avec lui ou d'autres personnes à qui des actifs pourraient avoir été transférés ou cédés, le lieu où se trouverait un tiers soumis à l'ordonnance du tribunal ou le lieu où se trouveraient les preuves ou les actifs).

43. Le Guide recommande que la loi sur l'insolvabilité indique clairement quel tribunal est compétent pour ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement, et détermine également quels débiteurs ont des liens suffisants avec l'État pour être soumis à sa loi sur l'insolvabilité⁵⁵. Il y est précisé que ces motifs devraient inclure l'emplacement du centre des intérêts principaux ou de l'établissement dans l'État⁵⁶. Les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité reconnaissent implicitement le rôle de coordination joué par le tribunal qui ouvre la procédure d'insolvabilité dans le pays du centre des intérêts principaux (ou la procédure de planification dans le contexte de l'insolvabilité d'un groupe d'entreprises). Néanmoins, ils admettent également que d'autres critères, tels que la présence d'actifs, interviennent en ce qui concerne l'ouverture de procédures locales afin de traiter des actifs locaux.

44. En raison des divers critères d'éligibilité des débiteurs ou des interprétations divergentes d'un même critère, il peut arriver qu'un débiteur ayant des actifs dans différents pays remplisse les conditions requises pour tomber sous le coup de la loi sur l'insolvabilité de plusieurs États, d'où la possibilité que des procédures d'insolvabilité distinctes soient ouvertes dans ces États. La prévisibilité et la clarté sur des questions telles que le lieu où une procédure d'insolvabilité ou des actions en matière de localisation et de recouvrement d'actifs peuvent être engagées, ou le lieu où des mesures urgentes peuvent être obtenues et la loi applicable sont donc importantes, en particulier dans les cas d'insolvabilité internationale. Les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommandent un cadre pour traiter ces cas (voir par. 22 ci-dessus). [*À développer : aspects relatifs à la loi applicable*].

C. Environnement favorable à la localisation et au recouvrement d'actifs : autres domaines du droit et cadre institutionnel

45. Le succès de la localisation et du recouvrement d'actifs dépend de nombreux facteurs, notamment des structures judiciaires. Si celles-ci ne permettent pas de traiter rapidement les demandes, l'inclusion dans la législation d'outils spécialisés aux fins de la localisation et du recouvrement d'actifs ne permettra pas d'atteindre les objectifs fixés.

46. Outre les tribunaux, les professionnels intervenant dans la localisation et le recouvrement d'actifs (représentants de l'insolvabilité, conseillers juridiques, comptables, spécialistes en criminalistique et autres conseillers experts) jouent un

⁵⁵ Guide, recommandation 13.

⁵⁶ Ibid., recommandation 10.

rôle important en veillant à ce que les procédures soient menées dans les délais, de manière transparente et au niveau requis de responsabilité et d'intégrité. Ils doivent généralement respecter des normes professionnelles en fonction desquelles leurs performances sont évaluées. Le non-respect de ces normes peut entraîner leur récusation. Ils peuvent être tenus de suivre des formations régulières pour conserver leur autorisation d'exercer ou pour être certifiés conformément aux normes applicables, y compris celles relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs.

47. La localisation et le recouvrement d'actifs sont également influencés par plusieurs processus parallèles aux niveaux national, régional et international, y compris ceux qui appuient les efforts internationaux de lutte contre les flux financiers illicites et le financement du terrorisme, pour démanteler les sanctuaires accueillant l'argent de la corruption, pour empêcher le blanchiment du produit de la corruption et pour faciliter la restitution plus systématique et plus rapide des actifs volés, en vue de leur usage public. Ces processus exigent des États, entre autres, qu'ils coopèrent et coordonnent mieux leurs efforts de localisation et de recouvrement d'actifs⁵⁷, et ils ont conduit, en particulier, à : a) l'adoption, dans de nombreux pays, d'une législation sur les bénéficiaires effectifs en dernier ressort, faisant également intervenir des contrôles en matière de connaissance de la clientèle⁵⁸ ; b) l'établissement de registres pertinents pour la localisation et le recouvrement d'actifs, notamment les registres auxquels déclarer les administrateurs et les bénéficiaires effectifs⁵⁹ ; et c) la mise en œuvre de politiques et de systèmes de gestion des signalements d'irrégularités⁶⁰.

48. En outre, de nombreuses normes généralement acceptées pour l'organisation et la gestion des entreprises (par exemple, les normes comptables et les systèmes de gestion des actifs) reposent sur des concepts et des principes qui aident à prévenir ou à minimiser la perte d'actifs et à récupérer des actifs perdus. Ces concepts et principes comprennent : a) le système en partie double où, pour chaque opération commerciale, une entrée est saisie dans au moins deux comptes en tant que débit ou crédit ; b) un journal auxiliaire où toutes les opérations sont initialement enregistrées et un journal centralisateur où tous les mouvements sont consignés ; c) l'existence d'informations dûment étayées, y compris des informations relatives aux actifs (dans un registre des actifs et des stocks), à la situation financière, aux résultats, aux opérations avec les sociétés affiliées et à toute autre information importante pour l'évaluation du

⁵⁷ Voir par exemple les dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui font de la restitution des avoirs un principe fondamental du texte, et les documents d'orientation sur la localisation et le recouvrement des actifs qui s'y rapportent.

⁵⁸ Le terme « bénéficiaire effectif » désigne la ou les personnes physiques qui possèdent ou contrôlent véritablement une personne morale ou une construction juridique, même lorsque cette propriété ou ce contrôle s'exerce via une chaîne de propriété ou par des moyens autres que le contrôle direct. Les normes relatives aux bénéficiaires effectifs en dernier ressort et à la connaissance de la clientèle visent à faciliter l'identification des bénéficiaires finaux de fonds et à protéger les entreprises et les institutions financières contre la fraude, la corruption, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Elles requièrent généralement, outre la vérification de la propriété effective, l'identification des clients, la surveillance des personnes politiquement exposées et le contrôle des sanctions, la vérification de l'origine des fonds et des richesses, une diligence accrue en cas de risques élevés ou de signaux d'alerte dans la relation client, des obligations de documentation et de notification et le gel des avoirs. En outre, la « règle de voyage » oblige les institutions financières à faire « voyager » certaines informations relatives aux transferts de fonds d'une institution financière à la suivante tout au long de la chaîne de paiement lors de virements électroniques ou de transferts similaires.

⁵⁹ Les normes relatives aux bénéficiaires effectifs en dernier ressort encouragent les États à procéder à des évaluations complètes des risques liés aux personnes morales, notamment en inscrivant ces dernières dans un registre des sociétés accessible au public indiquant leur dénomination sociale, la preuve de leur constitution, leur forme et leur statut juridique, l'adresse de leur siège social, les éléments principaux régissant leur fonctionnement et la liste des administrateurs. Les entreprises sont tenues de garder la trace de leurs actionnaires. (Voir par exemple la recommandation 24 à l'adresse <https://www.fatf-gafi.org/fr/publications/Recommandationsgafi/Recommandations-gafi.html>).

⁶⁰ Voir par exemple l'article 33 de la Convention des Nations Unies contre la corruption relatif à la protection des personnes qui communiquent des informations. [Focus areas – whistleblower protection \(unodc.org\)](#).

développement futur de l'entreprise (dans des rapports et des états financiers) ; et d) des actions correctives rapides pour éliminer les pratiques non conformes. Ces exigences sont complétées par des obligations en matière d'audit, d'établissement de rapports et d'obligation publique d'information afin de garantir que les renseignements présentés dans les documents commerciaux sont exacts, complets, transparents, disponibles et accessibles, le cas échéant, par les autorités publiques (par exemple, les autorités fiscales, la sécurité sociale), les actionnaires, les créanciers, les investisseurs potentiels et le public⁶¹. Dans de nombreux pays, le fait de fournir des informations inexactes ou incomplètes dans les états financiers ou les opinions des commissaires aux comptes, ou de les dissimuler, constitue une infraction pénale, tout comme le fait de ne pas signaler aux autorités compétentes ou de ne pas communiquer d'une autre manière comme l'exige la loi : des fraudes et d'autres délits économiques ; toute menace imminente pour la poursuite de l'activité de l'entreprise ; et d'autres faits susceptibles de causer un préjudice important à l'entreprise, aux actionnaires, aux créanciers ou aux investisseurs, ou tout soupçon à cet égard.

49. Certaines de ces normes, ainsi que celles qui ont été spécifiquement conçues pour les applications des technologies de l'information (TI), concernent l'identification et la traçabilité des produits et des opérations (par exemple dans les secteurs des transports et de la finance), l'identification des propriétaires et détenteurs successifs, ainsi que le traçage et le suivi des marchandises tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Les normes conçues tout exprès pour les transactions impliquant des actifs numériques comprennent celles qui sont relatives à la gestion appropriée de la sécurité, aux responsabilités du dépositaire et à la surveillance sur les plateformes intégrées [par exemple, l'Internet des objets (IoT)]. D'autres normes définissent des exigences spécifiques pour la gestion de l'identité et pour les contrats intelligents dans les systèmes avec dispositif d'enregistrement électronique partagé.

III. Étude des outils de localisation et de recouvrement d'actifs

A. Outils spécialement conçus pour les procédures d'insolvabilité : contexte national

1. Mesures préventives

50. Une mesure efficace visant à empêcher la dispersion des actifs de la masse consiste à imposer au débiteur et aux personnes qui exercent un contrôle de fait⁶² sur l'entreprise de ce dernier pendant la période précédant l'insolvabilité l'obligation 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, en réduire l'ampleur au minimum⁶³. Les mesures raisonnables énumérées dans le Guide peuvent notamment consister à : a) veiller à l'établissement et à la tenue à jour de la comptabilité ; b) protéger les actifs de manière à en maximiser la valeur et à éviter la perte d'actifs essentiels ; c) éviter d'engager l'entreprise dans des opérations pouvant être susceptibles d'annulation à moins qu'elles ne se justifient dans le cours normal des affaires ; et d) veiller à ce que les pratiques de gestion prennent en compte les intérêts des créanciers et des autres parties prenantes. Le Guide recommande l'adoption d'exigences similaires pour les MPE, y compris les entrepreneurs

⁶¹ « Actionnaire » : détenteur d'actions émises ou de titres similaires qui représentent un droit de propriété sur une fraction du capital d'une société ou d'une autre entreprise (Glossaire, terme d)).

⁶² « Contrôle » : capacité de déterminer, directement ou indirectement, les politiques opérationnelles et financières d'une entreprise (Guide, troisième partie, terme c) ; et art. 2 c) LTIGE). « Membre contrôlé du groupe d'entreprises » : membres du groupe d'entreprises contrôlés par la société mère, quelle que soit leur structure juridique (Guide, troisième partie, par. 5). Dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs, les termes « société mère » et « contrôle » devraient être compris au sens large, comme englobant la capacité de déterminer, directement ou indirectement, non seulement les politiques opérationnelles et financières d'une personne, physique ou morale, du débiteur ou autre, mais aussi, par exemple, leurs actifs.

⁶³ Guide, quatrième partie et recommandation 372.

individuels⁶⁴. La violation de ces obligations peut engager la responsabilité (civile, administrative 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 »).

51. Ces obligations vont au-delà de celles qui incombent à une société ou à un entrepreneur individuel et aux personnes exerçant un contrôle de fait sur l'entreprise dans des conditions commerciales normales (c'est-à-dire en dehors de la période précédant l'insolvabilité). Parmi les obligations qui surviennent pendant la période précédant l'insolvabilité, on pourrait mentionner l'obligation de tenir une liste détaillée des transferts préférentiels et des justifications correspondantes. Ces obligations visent à réduire au minimum les pertes que risquent de subir les créanciers ou à éviter l'insolvabilité⁶⁵. Dans le même temps, elles facilitent la localisation et le recouvrement d'actifs, notamment en obligeant les personnes responsables à suivre les actifs, à assurer la transparence de la comptabilité du débiteur et à éviter les transferts préférentiels et autres transferts d'actifs susceptibles de porter préjudice aux créanciers. En cas d'insolvabilité, ces mesures, si elles sont respectées, donnent au tribunal et au représentant de l'insolvabilité une vue d'ensemble rapide et précise des actifs de la masse de l'insolvabilité et dispensent d'engager des procédures d'annulation ou de prendre d'autres mesures liées à la localisation et au recouvrement des actifs. Des obligations similaires peuvent être imposées aux représentants du débiteur, par exemple à un avocat, en particulier pour conserver les biens du débiteur dans l'état où ils se trouvent jusqu'au dépôt de la demande volontaire d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

52. En outre, le Guide envisage, dans le contexte d'un régime d'insolvabilité simplifié, que l'autorité compétente puisse nommer un professionnel indépendant très tôt, avant même le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité simplifiée, par exemple pour aider le débiteur à établir cette demande⁶⁶. Parmi les fonctions qui lui sont attribuées, le professionnel indépendant peut être chargé de rétablir l'intégrité de ce qui deviendra la masse de l'insolvabilité dans une future procédure d'insolvabilité.

2. Mesures provisoires

53. Le Guide recommande que, dans les pays où le dépôt d'une demande n'entraîne pas automatiquement l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le tribunal puisse accorder des mesures provisoires, à la demande du débiteur, des créanciers ou de tiers, entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. Dans certains pays, les mesures provisoires sont imposées d'office par les tribunaux.

54. Les mesures provisoires ont pour objectif de protéger les actifs du débiteur susceptibles d'entrer dans la masse de l'insolvabilité d'une éventuelle dispersion. Par conséquent, les demandes portant sur de telles mesures doivent être traitées rapidement, notamment en cas de soupçon de fraude, faute de quoi le débiteur et d'autres parties pourraient être tentés, en apprenant l'existence de la demande, de transférer des actifs hors de la portée des créanciers et de prendre d'autres mesures qui rendraient la localisation et le recouvrement des actifs sensiblement plus difficiles.

55. Le Guide fournit une liste non exhaustive de mesures provisoires, et note que toute autre mesure provisoire existant en vertu de la loi sur l'insolvabilité qui n'y est pas énumérée entrerait dans la catégorie des mesures applicables ou pouvant être prononcées à l'ouverture de la procédure. Parmi celles qui y sont spécifiquement énumérées, on trouve : a) l'interdiction ou la suspension des mesures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur ; b) le soin de confier l'administration ou la supervision de l'entreprise du débiteur à un représentant de l'insolvabilité ou à une

⁶⁴ Recommandation 372.

⁶⁵ Ibid., quatrième partie, p. 11 et suiv.

⁶⁶ Ibid., recommandations 275 à 279 et commentaire correspondant.

autre personne désignée par le tribunal ; et c) le soin de confier la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne désignée par le tribunal. Parmi les autres mesures, on mentionnera la production forcée, les inspections judiciaires, l'audition de témoins, la collecte de preuves et l'ordre de fournir des renseignements concernant les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur.

56. 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, agissant d'office ou à la demande d'une personne intéressée ou d'un représentant de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire (le cas échéant), peuvent, afin de préserver la valeur des actifs du débiteur : a) ordonner l'établissement immédiat d'un inventaire détaillé des actifs du débiteur, des descentes sur les lieux, des perquisitions ou d'autres mesures similaires par un représentant de l'insolvabilité nommé à titre provisoire ; ii) délivrer une ordonnance d'interdiction temporaire contre le débiteur, ses actifs ou des tiers (par exemple, gel provisoire, saisie, mise sous scellés, saisies préventives et mesures conservatoires), notamment pour garantir le droit d'annulation ; et iii) limiter les pouvoirs du débiteur sur ses actifs (par exemple en soumettant les transferts de tout ou partie des actifs ou la constitution de sûretés sur ces biens à l'autorisation d'un représentant de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire). Dans certains pays, il peut être nommé 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 le dessaisissement du débiteur de l'exploitation de son entreprise.

57. Certains pays autorisent leurs tribunaux, dès réception d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, à demander des informations relatives au débiteur au débiteur lui-même, ainsi qu'à différents registres et à d'autres tiers, concernant notamment les comptes bancaires, les contrats conclus et les biens meubles et immeubles détenus par celui-ci. Ces mesures visent à aider le tribunal à décider s'il doit ouvrir une procédure d'insolvabilité ou rejeter la demande et à déterminer, le cas échéant, le type de procédure qu'il engagera. Dans certains pays, le droit de demander ces informations est également accordé à un représentant de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire et aux créanciers.

58. Les mesures provisoires sont généralement assorties de garanties visant à en empêcher l'utilisation abusive. Le Guide fait référence aux garanties suivantes : a) exiger du demandeur qu'il démontre que la mesure doit être prise d'urgence et que son octroi l'emporte sur tout préjudice qui pourrait en résulter, et qu'il informe le tribunal de tout changement important pouvant nécessiter de modifier la mesure provisoire ou d'y mettre fin⁶⁷ ; b) exiger du demandeur une indemnisation en rapport avec les mesures provisoires et, le cas échéant, le paiement de frais ou droits⁶⁸ ; et c) imposer des sanctions en rapport avec une demande de mesures provisoires, y compris au demandeur si la mesure provisoire a été obtenue de manière abusive⁶⁹.

59. Des garanties supplémentaires peuvent être imposées, notamment lors de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité à titre de mesure provisoire ce qui, dans certains pays, est considéré comme une grave ingérence dans les affaires du débiteur et, à ce titre, n'est pas facilement accordé, en particulier lorsque d'autres mesures permettent adéquatement de préserver le statu quo. Parmi les cas justifiant qu'un représentant de l'insolvabilité soit nommé à titre de mesure provisoire, on mentionnera le cas où des administrateurs suppriment ou dispersent des actifs (par exemple, dans le cadre du transfert illégal d'actifs dans une nouvelle entreprise (« phoenixing » en anglais), le cas où ils gèrent l'entreprise sans faire preuve de la diligence requise et le cas de litiges opposant actionnaires et administrateurs.

⁶⁷ Ibid., deuxième partie, par. 90.

⁶⁸ Ibid., recommandation 40.

⁶⁹ Ibid.

60. Le Guide recommande que la loi sur l'insolvabilité indique clairement comment les droits et obligations se répartissent entre le débiteur et tout représentant de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire. Selon le Guide, entre le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure, le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter son entreprise ainsi qu'à utiliser les actifs et à en disposer dans le cours normal des affaires⁷⁰, sauf restrictions imposées par le tribunal⁷¹.

61. Les personnes touchées par une mesure provisoire ont le droit de la contester et d'en demander l'aménagement. Par conséquent, il est prévu qu'il faut notifier ces personnes de manière appropriée et leur donner la possibilité d'être entendues, avec certaines restrictions. Ainsi, les mesures provisoires peuvent être prononcées *ex parte*, sans notification préalable, si bien que le droit d'être entendu sera accordé *ex post* dans ce cas. La loi peut alors conférer au débiteur ou à toute autre partie intéressée touchée par la mesure provisoire le droit d'être entendus rapidement au sujet du maintien ou non de la mesure.

62. 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 touchée par une mesure. Parmi les circonstances justifiant qu'il y soit mis fin, on mentionnera : a) le cas où la demande d'ouverture est rejetée ; ii) le cas où la décision d'accorder ces mesures est contestée avec succès ; et c) le cas où 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 personnes.

63. Tout en abordant la question des mesures provisoires, le Guide indique qu'idéalement, le délai compris entre la demande et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être très court⁷².

3. Mesures applicables dès l'ouverture de la procédure

64. Le Guide envisage les mesures suivantes dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité : a) un arrêt des poursuites⁷³ et un traitement particulier des contrats poursuivis et des clauses *ipso facto*⁷⁴ ; b) l'identification des actifs du débiteur qui feront l'objet de la procédure d'insolvabilité et qui constitueront la masse de l'insolvabilité⁷⁵ ; et c) l'imposition d'un contrôle sur l'utilisation et la disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité⁷⁶ et sur l'entreprise du débiteur⁷⁷. Il aborde également le traitement des opérations non autorisées⁷⁸. On trouve des mesures similaires dans de nombreux pays.

a) Arrêt des poursuites et traitement des contrats poursuivis et des clauses *ipso facto*

65. Il est courant d'imposer la suspension ou l'interdiction : 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 tout ou partie des actions pendant une certaine période fixée par la loi ou le tribunal, tandis que dans d'autres, il est

⁷⁰ « Cours normal des affaires » : opérations réalisées à la fois i) dans le cadre de l'activité de l'entreprise du débiteur avant la procédure d'insolvabilité ; et ii) dans des conditions commerciales normales (Glossaire, terme m)).

⁷¹ Guide, recommandation 41.

⁷² Ibid., recommandations 18 et 296 et commentaire correspondant.

⁷³ Ibid., recommandations 46 à 51, 317 et 318 et commentaire correspondant.

⁷⁴ Ibid., recommandations 69 à 86 et commentaire correspondant.

⁷⁵ Ibid., recommandations 35 à 38 et 313 à 315 et commentaire correspondant.

⁷⁶ Ibid., recommandation 46 e).

⁷⁷ Ibid., recommandations 112 à 114 et 284 à 287.

⁷⁸ Ibid., deuxième partie, chap. II, par. 16, et chap. III, par. 2, 12 et 33.

prononcé par le tribunal à la demande de personnes intéressées, du représentant de l'insolvabilité ou d'office (la durée et la portée de l'arrêt peuvent alors varier).

66. Par ailleurs, le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur peut être inopposable en vertu de la loi sur l'insolvabilité. 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.

67. L'imposition de ces mesures poursuit de nombreux objectifs. En termes de localisation et de recouvrement d'actifs, il s'agit de protéger la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers et du débiteur, y compris des personnes exerçant un contrôle de fait sur ce dernier, de préserver le statu quo et d'accorder un répit aux personnes concernées aux fins de l'administration équitable et ordonnée de la procédure d'insolvabilité et de la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité, y compris par le biais des outils pertinents.

68. Comme ces mesures peuvent porter atteinte aux intérêts légitimes des personnes concernées, elles sont généralement assorties de garanties. Ainsi, on peut en particulier limiter l'arrêt des poursuites dans la durée. On peut également prévoir des exceptions à cet arrêt. Par exemple, les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité prévoient que l'arrêt des poursuites n'a pas d'incidence sur le droit d'engager ou de poursuivre une action ou procédure individuelle nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur (recommandation 47). Dans certains pays, toute action visant à augmenter la valeur de la masse, action paulienne ou action contre le représentant de l'insolvabilité est également exclue de la portée de l'arrêt. Le Guide évoque aussi la possibilité de demander un aménagement de l'arrêt des poursuites et la protection contre toute dépréciation des actifs grevés ou des actifs appartenant à des tiers touchés par la mesure.

b) Identification des actifs de la masse de l'insolvabilité et constitution de la masse de l'insolvabilité

69. De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité, dès sa nomination, qu'ils déterminent les actifs qui appartiennent à la masse de l'insolvabilité, en dressent un inventaire détaillé, estiment la valeur de chacun d'entre eux et mettent sous séquestre les livres, pièces comptables et autres preuves. Elles diffèrent toutefois en ce qui concerne l'obligation de saisir, de mettre sous scellés ou simplement de marquer les actifs dont le débiteur n'a plus le contrôle. Cela peut dépendre du type d'actif et du risque de dispersion en l'absence d'une telle mesure, ainsi que de la question de savoir si l'on est en présence d'une liquidation ou d'un redressement de l'entreprise, et d'un régime de non-dessaisissement, total ou partiel, ou de dessaisissement total du débiteur. En cas de liquidation, on procède généralement à la fermeture complète des entrepôts ou de l'entreprise et à la mise sous séquestre des biens fongibles, comme les espèces.

70. L'inventaire des actifs est une liste détaillée, ventilée par groupes et rubriques, qui recense tous les documents justificatifs. Des règles différentes peuvent s'appliquer à l'inventaire pour les différents actifs, par exemple : i) pour les biens meubles, on indique leur nature, leur quantité, leur qualité, leur état et toute autre information ou indication requise pour leur présentation détaillée ; ii) pour les espèces, on indique la quantité, le montant et la devise ; iii) pour les sommes détenues sur des comptes bancaires, on indique le nom de la banque, le numéro de compte et le solde ; iv) pour les véhicules à moteur, on indique les détails de l'immatriculation auprès du registre pertinent ; et v) pour les biens immeubles, on indique leur emplacement, le numéro d'enregistrement du bien et d'autres détails provenant du registre des biens immobiliers compétent. L'établissement de l'inventaire par le représentant de l'insolvabilité peut devoir se faire sous la surveillance du tribunal ou d'un certificateur public. En outre, la présence du débiteur peut être exigée dans tous les cas. Les descentes sur les lieux peuvent être assorties de garanties similaires. Des règles particulières peuvent s'appliquer au traitement des livres comptables. Ainsi, en

cas de liquidation, on peut exiger, outre la présentation détaillée, la clôture des livres et interdire les nouvelles entrées.

71. Dans certains pays, le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, s'il en a été nommé un, peut émettre une ordonnance de recherche ou de suivi s'il découvre, après inspection des livres comptables du débiteur, que des actifs de la masse de l'insolvabilité ont disparu. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient la réouverture de la procédure d'insolvabilité si des actifs qui auraient dû faire partie de la masse de l'insolvabilité sont découverts, ou si l'on apprend la dissimulation ou le transfert illégal de ces actifs après la clôture de la procédure.

c) Contrôle de l'utilisation et de la disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité et de l'exploitation de l'entreprise du débiteur

72. Lorsqu'aucun régime de non-dessaisissement du débiteur n'a été mis en place, ce qui est généralement le cas lors d'une liquidation, et une fois l'inventaire terminé et certifié, le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, selon le cas, assume le contrôle et la responsabilité de tous les actifs et documents qui y figurent, et il lui revient notamment d'assurer la 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. Ils bénéficient généralement de l'aide des forces de police pour obtenir le contrôle des biens. Des garanties, telles que l'autorisation du tribunal et l'examen des objections, s'appliquent lorsque les droits de tiers sont affectés par ces mesures. Des experts peuvent être désignés pour estimer la valeur des biens.

73. Dans le cadre d'un redressement, un représentant de l'insolvabilité peut être nommé pour dessaisir le débiteur, en tout ou en partie, de l'exploitation de l'entreprise. Lorsqu'un régime de non-dessaisissement est en place, un représentant de l'insolvabilité peut être nommé pour superviser le débiteur non dessaisi dans l'exploitation au quotidien de l'entreprise. L'autorisation du tribunal peut être requise pour la vente de certains actifs ou la conclusion de certaines opérations. Un représentant de l'insolvabilité peut également être désigné pour assumer certaines fonctions précises (par exemple, l'annulation d'opérations en cas de conflit d'intérêts ; en effet, il est peu probable que le débiteur non dessaisi qui a conclu des opérations à un prix sous-évalué ou préférentiel les remette en question). Ainsi, un médiateur d'entreprise est nommé dans certains pays, dont les fonctions peuvent inclure le transfert à un ou plusieurs tiers, sous la surveillance du tribunal, de certains actifs du débiteur non dessaisi, l'objectif étant d'en empêcher la dissimulation par ce dernier et d'en assurer la conservation.

74. 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 tribunal. Elles permettent de récupérer les actifs transférés et de les restituer à la masse de l'insolvabilité, et de déclarer inopposables à la masse de l'insolvabilité toutes les obligations *ultra vires*, sauf, dans certains pays, lorsque le cocontractant a conclu l'opération de bonne foi et donné une contrepartie ou peut prouver que l'opération ne porte pas 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 citera le transfert de la propriété d'actifs importants 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 valablement. Dans certains pays, le représentant de l'insolvabilité peut autoriser toute opération ayant entraîné une augmentation effective de la valeur des actifs du débiteur ou eu un effet favorable pour les créanciers.

75. Sans préjudice de la possibilité de procéder à des ajustements, le Guide recommande, dans chaque affaire d'insolvabilité, de préciser clairement les actes de

disposition d'actifs qui peuvent être effectués par le débiteur ou le représentant de l'insolvabilité. Pour déterminer les personnes habilitées à décider d'utiliser les actifs de la masse ou d'en disposer et les mesures de protection exigées, on distingue généralement les actes qui interviennent dans le cours normal des affaires de l'entreprise débitrice de ceux qui interviennent dans d'autres circonstances (« en dehors du cours normal des affaires »). L'utilisation et la disposition en dehors du cours normal des affaires exigent généralement l'approbation du tribunal ou des créanciers.

76. La notion de « cours normal des affaires » n'est pas comprise de manière uniforme dans tous les pays. Pour la définir, les États mettent l'accent sur des éléments différents. Dans la plupart des pays, la définition a pour objet de déterminer ce qui constitue la conduite habituelle des affaires et de permettre à une entreprise de faire des paiements courants et de conclure des contrats courants dans le cadre de son activité, sans courir le risque que ces opérations soient annulées en cas d'insolvabilité. Ces opérations courantes pourraient être, par exemple, le paiement du loyer, de services essentiels tels que l'électricité, et peut-être aussi le paiement de fournitures commerciales. Pour définir les opérations qui relèvent du cours normal des affaires, certains pays tiennent compte de la dimension et de la fréquence des opérations. Les opérations illégales et inappropriées, comme les systèmes de Ponzi, sont néanmoins exclus.

77. Le Guide considère les opérations conformes tant à l'exploitation de l'entreprise du débiteur avant la procédure d'insolvabilité qu'aux conditions commerciales normales comme relevant du cours normal des affaires. Il recommande de permettre l'utilisation et la disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité (y compris les actifs grevés) dans le cours normal des affaires, à l'exception d'un produit en espèces, qui est soumis à un régime particulier destiné à protéger les droits des créanciers garantis⁷⁹ sur ce type d'actifs. Le Guide prévoit également ce qui suit : i) en dehors du cours normal des affaires, cette utilisation et cette disposition sont uniquement possibles à condition d'en aviser les créanciers, sauf dans le cas des ventes urgentes ; ii) les créanciers devraient avoir la possibilité d'être entendus par le tribunal ; iii) les méthodes de vente devraient assurer la maximisation du prix obtenu pour les actifs vendus ; iv) une protection particulière, y compris de la valeur⁸⁰, est octroyée aux tiers propriétaires d'un actif en la possession du débiteur, ainsi qu'aux créanciers garantis et aux détenteurs d'autres droits sur un actif, en cas de vente de cet actif libre de ces sûretés et autres droits ; v) la disposition d'actifs en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur⁸¹ fait l'objet d'un examen attentif avant d'être autorisée ; et vi) l'abandon des actifs constituant une charge est autorisé, à condition d'en aviser les créanciers et de leur donner la possibilité de s'y opposer, sauf dans le

⁷⁹ « Créancier garanti » : créancier détenant une créance garantie. « Créance garantie » : créance assortie d'une sûreté réelle constituée en garantie d'une dette et réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur. « Sûreté réelle » : droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations (Glossaire, termes o, u) et ss)).

⁸⁰ « Protection de la valeur » : mesures visant à maintenir la valeur économique des actifs grevés et des actifs appartenant à des tiers pendant la procédure d'insolvabilité (certaines législations parlent de « protection adéquate »). Une protection peut être assurée par des versements en espèces, la constitution d'une sûreté réelle sur des actifs de remplacement ou des actifs supplémentaires ou par d'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter la protection nécessaire (Glossaire, terme pp)).

⁸¹ « Personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur » : si le débiteur est une personne morale, on entendrait par personne ayant des liens privilégiés avec lui notamment : a) une personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle effectif sur l'entreprise du débiteur ; et b) une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du débiteur. Si le débiteur est une personne physique, on entendrait par personne ayant des liens privilégiés avec lui notamment une personne qui lui est liée par le sang ou par alliance. Dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs, ce terme peut avoir une large portée, décidée par le tribunal au cas par cas. Il peut s'agir notamment de personnes qui se rendent complices de la dissimulation d'actifs. Dans ce contexte, ce terme doit également être interprété comme désignant non seulement une personne physique ou morale distincte, mais aussi un groupe de personnes, quelle que soit leur combinaison.

cas où la valeur de l'actif grevé est inférieure au montant d'une créance garantie et où cet actif n'est pas nécessaire au redressement.

d) Autres mesures

78. D'autres mesures peuvent être prévues par une loi ou être autorisées par le tribunal dans les limites fixées par la loi. Par exemple, dans certains pays, le tribunal peut ordonner, y compris *ex parte*, l'interception du courrier du débiteur sous certaines conditions et sous réserve de certaines garanties, telles que le droit d'être entendu. Dans d'autres, cette mesure est automatique (c'est-à-dire qu'aucune décision de justice n'est nécessaire). Certaines mesures peuvent viser les biens des administrateurs ou liquidateurs, tant actuels qu'anciens.

79. De nombreux pays exigent que la décision du tribunal relative à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité soit rapidement transmise à toutes les autorités compétentes, notamment à celles qui enregistrent les droits de propriété (par exemple, les registres fonciers). Celles-ci peuvent être tenues par la loi d'inscrire immédiatement une annotation sur les mentions du registre relatives au débiteur, ou à ses actifs, afin d'empêcher les opérations non autorisées impliquant des actifs de la masse de l'insolvabilité.

4. Obligations du débiteur⁸² et des tiers, y compris des organismes publics

a) Obligations du débiteur

80. Le débiteur est généralement soumis, entre autres, aux obligations suivantes :

i) Coopérer avec le tribunal, le représentant de l'insolvabilité et tout autre agent nommé par le tribunal, selon le cas, et les aider à s'acquitter de leurs fonctions dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, notamment à prendre le contrôle effectif de la masse de l'insolvabilité et à récupérer les documents commerciaux. Cette obligation peut englober également l'obligation de communiquer les documents nécessaires pour réclamer un bien ou y avoir effectivement accès ;

ii) Fournir des renseignements exacts, fiables et complets sur sa situation financière et ses affaires, notamment des listes des opérations réalisées avant l'ouverture de la procédure qui concernent le débiteur ou ses actifs ; des procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours, y compris les procédures d'exécution ; des éléments d'actif et de passif, des bénéfices et des décaissements, y compris la valeur estimée de l'actif et du passif ; des débiteurs et de leurs obligations ; et des créanciers et de leurs créances. Cette obligation peut porter non seulement sur les connaissances actuelles, mais aussi sur la nécessité d'effectuer tous les travaux préparatoires nécessaires pour fournir les informations pertinentes. Dans certains pays, le débiteur peut être tenu de fournir ces informations par déclaration sous serment (affidavit) ;

iii) Fournir les moyens de rendre lisible le contenu de toutes les informations fournies dans un délai raisonnable ;

iv) Apporter au tribunal, au représentant de l'insolvabilité ou aux créanciers agissant par l'intermédiaire du comité des créanciers⁸³ ou par d'autres voies, à leur demande, les explications qui s'imposent au sujet de l'insolvabilité ;

v) 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 tribunal ;

⁸² Guide, recommandations 110, 111, 284 à 286 et 290 et commentaire correspondant.

⁸³ « Comité des créanciers » : organe représentatif des créanciers dont les membres sont désignés conformément à la loi sur l'insolvabilité et qui est doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans ladite loi (Glossaire, terme h)).

vi) Apporter son aide ou sa coopération aux fins du recouvrement des actifs ou de la prise de contrôle de la masse et des documents commerciaux, où qu'ils se trouvent ; et

vii) 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.

81. Comme indiqué dans la section précédente, des obligations supplémentaires et diverses mesures de contrôle peuvent être imposées au débiteur non dessaisi.

82. 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 justice. Dans d'autres, il s'agit d'une obligation légale qui peut automatiquement être imposée à un débiteur qui refuse de coopérer.

83. Le débiteur peut être soumis à la contrainte judiciaire ainsi qu'à des sanctions (y compris des sanctions pénales telles que des amendes et la confiscation de biens) s'il ne respecte pas les obligations qui lui incombent en vertu de la loi sur l'insolvabilité ou s'il y a des raisons de croire qu'il tentera de se soustraire à ces obligations. Le dessaisissement du débiteur par le représentant de l'insolvabilité, la conversion d'une procédure de redressement en liquidation et le refus de la décharge ou l'annulation d'une décharge déjà accordée peuvent être envisagés en tant que sanctions, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, en cas de violation, par le débiteur, de ses obligations. En plus du débiteur, la personne qui exerce un contrôle sur l'entreprise débitrice et leurs éventuels 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'insolvabilité. Dans les cas graves, des sanctions pénales peuvent être appliquées, y compris des peines d'emprisonnement. Dans certains pays, si le débiteur ou la personne exerçant un contrôle refuse de collaborer, notamment en dissimulant des actifs ou en fournissant de fausses informations ou déclarations, son comportement est considéré comme une présomption de culpabilité. 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.

84. Des garanties sont généralement prévues pour le débiteur afin de prévenir les abus. En particulier, 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. Ceux-ci 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

85. 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, les comptes et les cocontractants du débiteur (dans un bref délai et gratuitement) ; ii) de permettre l'accès à des locaux et à des conteneurs aux fins 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 pertinentes. Les personnes qui ont loué, emprunté, gardé en dépôt ou autrement utilisé ou eu en leur possession des actifs du débiteur peuvent se voir interdire de conclure des opérations portant sur ces actifs avec des tiers.

86. Dans certains pays, ces obligations sont établies par la loi et naissent dès lors que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité est rendue publique. Cette notification signale, entre autres, à toute personne qui a la garde d'actifs du débiteur qu'elle doit, sous peine de poursuites, mettre ceux-ci à la disposition du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité, selon le cas. Le représentant de l'insolvabilité peut ainsi exiger l'exécution de ces obligations sans avoir à obtenir au préalable une ordonnance judiciaire de divulgation ou de recherche. Dans d'autres pays, une décision de justice est requise.

87. 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 par. 91 ci-dessous) ; ii) selon le type de renseignements obtenus, des restrictions à leur communication et à leur utilisation ultérieures ; et iii) des restrictions à 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. Devoirs et pouvoirs du représentant de l'insolvabilité

88. Le représentant de l'insolvabilité a pour obligation générale de protéger et de préserver les actifs de la masse de l'insolvabilité (recommandation 120). Un certain nombre de devoirs et de fonctions découlent de cette obligation générale, y compris en relation avec la localisation et le recouvrement d'actifs. Le Guide souligne qu'il importe que la loi sur l'insolvabilité donne au représentant de l'insolvabilité les moyens de s'acquitter de ces devoirs et fonctions de manière efficace et effective.

89. Les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité en matière de localisation et de recouvrement d'actifs découleraient de la loi sur l'insolvabilité et d'autres lois, de décisions de justice et des conditions de sa nomination, et dépendraient du type de procédure d'insolvabilité dans laquelle il a été nommé (liquidation ou redressement) et de la question de savoir s'il dessaisit entièrement ou partiellement le débiteur du contrôle de la masse de l'insolvabilité et de l'exploitation de l'entreprise au quotidien. En cas de dessaisissement limité, le Guide recommande que la loi précise la répartition des responsabilités entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité (recommandation 112). Les pouvoirs, devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité sont donc censés être alignés sur les droits et obligations du débiteur, par exemple l'obligation de fournir des informations au représentant de l'insolvabilité et de coopérer autrement avec lui.

90. Les pouvoirs, devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité en matière de localisation et de recouvrement d'actifs peuvent être regroupés comme suit :

a) Établir un inventaire détaillé (y compris par la prise d'images numériques judiciaires de documents électroniques) et prendre immédiatement le contrôle des actifs composant la masse de l'insolvabilité et des documents commerciaux du débiteur ;

b) Obtenir des informations concernant le débiteur, son actif, son passif et ses opérations antérieures (en particulier celles survenues pendant la période suspecte) auprès de diverses sources (par exemple registres, dossiers administratifs, archives judiciaires et rapports d'enquête) et par différents moyens (par exemple audition du débiteur et de toute personne ayant traité avec lui ; inspection de locaux, conteneurs,

coffres et boîtes ; enquêtes et autres mesures d'investigation). Des limites peuvent être imposées à l'emploi de ces outils. Par exemple, des décisions de justice spéciales peuvent être requises pour l'audition (publique) de personnes en général ou de certaines d'entre elles seulement. Des limites peuvent être imposées aux sujets susceptibles d'être couverts dans le cadre d'une audition du débiteur et des tiers. Par exemple, dans certains pays, le débiteur n'est pas tenu de fournir des informations qui ne sont pas liées à l'insolvabilité et n'est pas censé obtenir des documents qui se trouvent entre les mains de tiers. Il peut également y avoir des limites aux méthodes qui peuvent être utilisées dans le cadre des auditions et à la manière dont les conclusions de celles-ci peuvent être utilisées par la suite. Des garanties particulières peuvent être imposées pour l'audition de certaines personnes, comme les employés. Le non-respect de ces exigences peut entraîner des poursuites contre le représentant de l'insolvabilité pour abus de pouvoir ou abus de procédure ;

c) Prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger et préserver les actifs de la masse de l'insolvabilité et l'entreprise du débiteur, notamment en empêchant les actes de disposition non agréés de ces actifs. À cette fin, le représentant de l'insolvabilité peut fermer des entrepôts ou l'entreprise dans son ensemble, mettre sous séquestre certains biens fongibles, tels que les espèces, inscrire les droits de la masse (lorsque l'inscription est nécessaire pour rendre ces droits opposables à autrui) et procéder à d'autres inscriptions appropriées dans des registres afin d'empêcher la réalisation d'opérations non autorisées portant sur des actifs de la masse. Il peut demander au tribunal d'ordonner le gel ou la préservation d'actifs. Dans certains pays, le représentant de l'insolvabilité peut émettre une injonction de ne pas faire (« stop notices »), indépendamment de l'arrêt des poursuites prévu par la loi ou de toute décision de justice, pour empêcher, pendant une courte période (par exemple, 14 jours), les personnes visées par une telle injonction d'accomplir certains actes (par exemple, transférer des parts) ;

d) Prendre toutes les mesures nécessaires pour rétablir l'intégrité de la masse de l'insolvabilité, notamment en i) cherchant à déterminer où se trouvent les actifs et documents manquants, ii) localisant et recouvrant ceux-ci, iii) demandant, le cas échéant, au tribunal d'ordonner la localisation, le suivi, la recherche ou la saisie d'actifs, iv) engageant des procédures individuelles d'exécution et autres, notamment des procédures en annulation, et des actions contre les administrateurs, associés et autres personnes personnellement responsables des obligations du débiteur, v) représentant la masse de l'insolvabilité dans toutes les actions et procédures liées au débiteur, à ses actifs ou à ses créances à l'encontre de la masse (par exemple contentieux commercial, procédure arbitrale ou administrative, entre autres), vi) réclamant les paiements dus au débiteur et la restitution des actifs de la masse, vii) soumettant des titres exécutoires à un huissier (par exemple, sur la base de billets à ordre, de jugements définitifs ou d'accords de règlement), viii) demandant des remboursements d'impôts et ix) engageant d'autres actions éventuelles en recouvrement d'actifs de la masse ;

e) Prendre d'autres mesures autorisées par la loi applicable pour protéger, préserver et maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité, notamment i) vérifier et admettre les créances, ou s'opposer aux créances ou à leur montant, ii) gérer le règlement de la dette, les actions en compensation et actions similaires, iii) céder des créances, des obligations ou des dettes, iv) examiner les contrats qui n'ont pas été pleinement exécutés afin de décider s'il faut les honorer, en poursuivre l'exécution ou les rejeter ;

f) Nommer et rémunérer les comptables, avocats et autres professionnels qui peuvent aider le représentant de l'insolvabilité à s'acquitter de ses fonctions (par exemple pour l'évaluation des actifs ou des enquêtes criminalistiques). Dans certains pays, l'autorisation du tribunal peut être requise pour faire appel à des tiers ;

g) Fournir périodiquement au tribunal et aux créanciers des informations décrivant en détail la conduite de la procédure ; et

h) Présenter au tribunal ou aux créanciers, selon le cas, un rapport et un décompte final concernant l'administration de la masse de l'insolvabilité.

91. 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 pouvoirs en matière de localisation et de recouvrement d'actifs sans passer par le tribunal. À ce titre, il peut exercer les droits qui seraient revenus au 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. Lorsque le représentant de l'insolvabilité agit en cette qualité, les tiers (par exemple, les compagnies d'assurance, les banques, les fournisseurs de portefeuilles de cryptomonnaies) 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 passer par le tribunal, par exemple pour obtenir l'accès à des informations qui seraient sinon confidentielles ou protégées ou pour bénéficier de l'aide des services de répression afin de contraindre un débiteur qui refuse de coopérer à s'acquitter des obligations lui incombant en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Lorsque le représentant de l'insolvabilité agit dans un cadre plus restreint, il peut avoir besoin d'obtenir une décision de justice pour contraindre les tiers à coopérer avec lui. Des sanctions prenant la forme d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement peuvent être imposées aux personnes qui ne se plient pas à ces obligations.

92. Des considérations pratiques peuvent influencer les stratégies et les étapes suivies par le représentant de l'insolvabilité en matière de localisation et de recouvrement d'actifs. Il s'agit notamment de la disponibilité de fonds dans la masse de l'insolvabilité ou, à défaut, d'un financement par des tiers ou par un fonds fiduciaire pour le règlement des litiges, des perspectives de réussite, des avantages attendus pour l'ensemble des créanciers, de l'éventuel engagement d'actions en localisation et en recouvrement par des créanciers ou des tiers, et de l'exigence générale tendant à ce que le représentant de l'insolvabilité agisse avec la vigilance et la diligence requises d'un entrepreneur avisé. Par exemple, la localisation et le recouvrement de certains actifs, notamment lorsqu'ils sont contestés, peuvent se heurter à des obstacles. De même, il peut ne pas être possible de mener des enquêtes criminalistiques dans plusieurs pays, même si cela serait souhaitable, en raison des restrictions applicables dans les pays concernés, des coûts ou d'autres considérations. En outre, certains pouvoirs du représentant de l'insolvabilité peuvent être limités dans le temps (par exemple, des délais peuvent s'appliquer à l'introduction de certaines actions) tandis que d'autres peuvent s'éteindre dès l'ouverture d'une procédure judiciaire. L'ouverture de cette dernière peut déclencher la procédure de production forcée et offrir une protection juridique à la personne concernée, par exemple contre l'auto-incrimination.

93. Des garanties sont généralement mises en place pour que les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité s'équilibrent avec leurs éventuelles incidences sur la masse, le débiteur, les créanciers et les tiers. Il faut trouver un équilibre approprié, par exemple, en octroyant au représentant de l'insolvabilité le droit d'accéder à des informations confidentielles ou classifiées et de les utiliser. Le Guide recommande également de prévoir des mesures pour garantir que le représentant de l'insolvabilité s'acquitte de ses fonctions et exerce ses pouvoirs avec l'intégrité et les qualifications requises (par exemple, pour éviter toute collusion ou pression induue de la part des créanciers ou de tiers, tels que les prestataires d'un financement pour les actions en localisation et en recouvrement d'actifs). Parmi les garanties habituelles, on nommera les exigences en matière de qualifications, la déclaration des conflits d'intérêts éventuels, le contrôle de la nomination, de la rémunération et de la performance, ainsi que l'existence de procédures spéciales de révocation et de remplacement (voir recommandations 115 à 125). En outre, les normes habituelles de transparence s'appliquent aux actions menées par le représentant de l'insolvabilité en matière de

localisation et de recouvrement d'actifs (par exemple, déclaration en temps utile, au tribunal et aux créanciers, des actions prévues et engagées dans ce domaine).

94. Le représentant de l'insolvabilité doit rendre des comptes et est personnellement responsable de l'exercice de ses fonctions. Il peut voir sa responsabilité engagée (amendes, dessaisissement, réparation des dommages causés à un créancier, au débiteur ou à un tiers) et être révoqué pour n'avoir pas ou pas correctement engagé certaines actions en matière de localisation et de recouvrement d'actifs. Lorsque des représentants de l'insolvabilité se font rémunérer leurs services sur des fonds publics, la loi peut exiger qu'ils démontrent qu'ils ont pris toutes les mesures nécessaires pour localiser les actifs du débiteur, les saisir et en disposer. Ils peuvent être tenus de soumettre à l'autorité compétente des informations qui lui permettent de vérifier que des mesures ont été prises pour localiser les actifs de la masse de l'insolvabilité. Ces informations peuvent comprendre le procès-verbal de la saisie (et l'inventaire effectué), les procès-verbaux des assemblées de créanciers attestant de toute décision prise de ne pas localiser et recouvrer certains actifs, des informations relatives aux recherches de véhicules, des informations fiscales et des copies de titres de propriété.

6. Annulation et actions similaires

95. Le Guide recommande d'inclure dans la loi sur l'insolvabilité des dispositions qui préserveraient l'intégrité de la masse de l'insolvabilité et faciliteraient le recouvrement de sommes d'argent ou d'actifs auprès des personnes qui sont parties à des opérations, y compris garanties, qui ont été conclues avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et devraient être annulées (dispositions d'annulation)⁸⁴. Les dispositions d'annulation visent à faciliter la réalisation des objectifs collectifs de la procédure d'insolvabilité, à garantir que les créanciers recevront une juste part des actifs de la masse, conformément aux priorités établies, et à décourager l'engagement d'actions pendant la période précédant l'insolvabilité qui lèseraient les intérêts collectifs des créanciers.

96. On trouve des dispositions relatives à l'annulation dans la loi sur l'insolvabilité de nombreux pays. Elles traitent généralement des points suivants : a) critères permettant de déterminer les opérations annulables ; b) durée de la période suspecte⁸⁵ ; c) personnes pouvant engager une action en annulation ; d) délais d'introduction de ces actions ; e) conséquences de l'annulation ; et f) moyens de défense et autres garanties disponibles.

97. Les lois de certains pays évoquent également l'issue des actions en annulation qui sont poursuivies après la clôture de la procédure d'insolvabilité, en autorisant la création, dans ces cas, d'entreprises ad hoc qui gèrent la suite de ces actions (c'est-à-dire la répartition de tout produit supplémentaire entre les créanciers, etc.). Cette mesure évite de devoir maintenir la procédure d'insolvabilité ouverte (ou à la réouvrir si l'issue de l'action l'exige) et garder le représentant de l'insolvabilité en place pendant la durée de l'action en annulation, qui peut être longue dans certains pays. Dans certains pays, les représentants de l'insolvabilité hésitent à engager de telles actions en raison du risque d'être engagés sur la durée sans être rémunérés, ou du moins pas suffisamment.

98. Les actions en annulation se distinguent des actions similaires que des lois non relatives à l'insolvabilité mettent à la disposition des créanciers ou du représentant de l'insolvabilité. Ainsi, dans de nombreux pays, le droit des obligations autorise les créanciers à engager des actions pour se protéger des opérations juridiques frauduleuses destinées à appauvrir la masse du débiteur par des transferts effectués à des tiers de mauvaise foi (actions pauliennes). Dans certains pays, ces actions peuvent

⁸⁴ Ibid., recommandations 87 à 99, 217, 218, 228 et 316 et commentaire correspondant.

⁸⁵ « Période suspecte » : période servant de référence pour l'annulation éventuelle de certaines opérations. Elle est en général calculée rétroactivement à partir de la date de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la date d'ouverture de cette procédure (Glossaire, terme jj).

être suspendues ou interrompues à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et le représentant de l'insolvabilité peut soit les reprendre, soit engager à la place une action en annulation en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Dans d'autres, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne produit pas cet effet, ce qui signifie que les actions engagées par des créanciers peuvent se poursuivre jusqu'à leur conclusion et que les résultats de ces actions sont intégrés dans la procédure d'insolvabilité au moment opportun. Dans certains pays, la fiducie judiciaire (« constructive trust ») peut être utilisée comme moyen efficace pour localiser et recouvrer des biens détournés ou acquis de manière illicite. Ce type de fiducie est créé par effet de la loi lorsqu'il serait inéquitable de permettre au bénéficiaire de l'actif concerné d'en revendiquer la pleine propriété effective. Elle vise à protéger les droits de propriété lorsque le bien a été transféré de manière illicite. Parfois, ce genre d'outils permettent de recouvrer des actifs pour la masse plus rapidement qu'une action en annulation.

a) Opérations annulables

99. 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 créanciers. Le Guide indique les opérations 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 leurs intérêts ; 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 chirographaires existantes. L'inscription ou l'enregistrement de sûretés réelles effectués au-delà du délai fixé par la loi sont également annulables.

100. Dans certains pays, il n'existe pas de notion d'opérations à un prix sous-évalué. Par contre, les administrateurs sont poursuivis pour avoir cédé des actifs en dessous de leur valeur marchande ou, plus couramment, pour avoir manqué à leurs obligations fiduciaires en exécutant l'opération concernée. Dans d'autres pays, les critères d'annulation sont spécifiés dans la loi ou interprétés par les tribunaux de manière très étroite. Dans d'autres pays encore, d'autres critères ou des critères supplémentaires à ceux énumérés dans le Guide peuvent s'appliquer. Ainsi, les opérations suivantes peuvent être nulles ou annulables : i) tout paiement effectué par le débiteur pour des dettes échues, et toute autre opération effectuée par le débiteur à titre onéreux après la cessation des paiements mais avant la déclaration d'insolvabilité, si ceux qui ont reçu des paiements du débiteur ou traité avec lui avaient connaissance de la cessation des paiements ; et ii) l'exercice licite du droit de diviser les biens pendant la période suspecte, si celui-ci a porté atteinte aux intérêts de tout ou partie des créanciers.

b) Période suspecte

101. La durée de la période suspecte varie elle aussi 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'être annulées impliquent une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, les lois sur l'insolvabilité prévoient généralement une période suspecte plus longue. Celle-ci est en général calculée rétroactivement à partir de la date de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la date d'ouverture de cette

procédure. Des règles particulières peuvent s'appliquer pour le calcul rétrospectif de cette période en cas de regroupement des patrimoines⁸⁶.

c) Droit d'intenter des actions en annulation

102. 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'insolvabilité. Les frais d'une action 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 l'engagement et le financement de cette action. 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. Le Guide recommande cette approche. 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 faire.

103. 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. L'approche la plus courante (et celle retenue dans le Guide) 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. Dans ce cas, si la procédure aboutit, seuls les frais et dépenses liés aux actions engagées par les créanciers peuvent être remboursés en priorité en tant que dépenses administratives, jusqu'à la limite du montant fixé par la loi, le cas échéant. D'autres lois peuvent exiger que les créanciers désireux d'engager une action en annulation le fassent à leurs propres risques et frais, c'est-à-dire qu'ils ne seront pas remboursés. D'autres lois encore prévoient que tout ce qui est recouvré peut être utilisé pour couvrir les coûts encourus par les créanciers poursuivants, et que seul l'excédent est remis à la masse de l'insolvabilité, sous réserve que les créanciers présentent des comptes détaillés.

d) Délais pour engager l'action en annulation

104. L'engagement d'une action en annulation peut être soumis à des délais. Le cas échéant, ceux-ci commencent généralement à courir dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Dans le cas des opérations dissimulées, qu'un représentant de l'insolvabilité ne pouvait raisonnablement pas découvrir, ce délai peut commencer à courir à la date de leur découverte. Aucun délai ne peut être imposé pour l'engagement d'actions en annulation dans le cas des opérations frauduleuses.

e) Éléments à prouver et charge de la preuve

105. Il peut exister différentes présomptions en matière d'annulation, notamment en ce qui concerne le préjudice causé aux créanciers. Par exemple, on peut prévoir une présomption relative ou simple de préjudice causé aux créanciers lorsque les opérations concernées ont été effectuées avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ou qu'elles portent sur la constitution d'une nouvelle sûreté sur une dette existante ou le paiement de créances garanties non échues. En particulier, pour les opérations effectuées avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la loi peut supprimer la condition tendant à ce que le débiteur soit insolvable au moment de l'opération, ou le devienne à la suite de l'opération. On peut prévoir une présomption irréfragable de préjudice causé aux

⁸⁶ « Regroupement des patrimoines » : traitement des actif et passif respectifs de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique (Guide, troisième partie, terme e)).

créanciers lorsqu'il s'agit d'actes de disposition à titre gratuit, à l'exception des dons d'usage, et du paiement de créances chirographaires non échues.

106. Les lois sur l'insolvabilité énoncent des règles différentes en ce qui concerne les éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération particulière. Dans certaines lois, c'est au débiteur qu'incombe la charge de prouver que l'opération n'entre dans aucune catégorie d'opérations annulables. D'autres lois sur l'insolvabilité disposent que le représentant de l'insolvabilité est tenu de prouver que l'opération satisfait aux critères d'annulation. Dans certaines lois, il incombe au bénéficiaire de l'opération de réfuter au moins certains éléments, comme la connaissance de l'insolvabilité du débiteur au moment de l'opération, ou du fait que l'opération s'est réalisée à un prix sous-évalué. D'autres lois permettent de transférer la charge de la preuve au cocontractant lorsqu'il est difficile pour le représentant de l'insolvabilité d'établir que le débiteur avait effectivement l'intention de frauder les créanciers, ou de prouver certains éléments étant donné qu'il n'est pas partie à l'opération.

107. Dans le contexte des groupes d'entreprises, le tribunal peut tenir compte des circonstances dans lesquelles s'est déroulée l'opération, y compris la relation entre les parties à l'opération, le degré d'intégration entre les membres du groupe⁸⁷ qui sont parties à l'opération, son objet, le fait de savoir si celle-ci a contribué aux activités du groupe dans son ensemble, et si elle a procuré aux membres du groupe ou à d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec eux des avantages que ne s'accorderaient pas normalement des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles.

f) Conséquences de l'annulation

108. 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 restitués.

g) Garanties

109. Les pouvoirs d'annulation sont limités par la loi. Les restrictions les plus courantes, outre celles déjà mentionnées plus haut, consistent à exclure l'annulation de certaines opérations et à permettre d'invoquer certains moyens de défense contre l'annulation, par exemple le fait que l'opération a été conclue dans le cours normal des affaires.

7. Actions contre les administrateurs, les actionnaires et d'autres personnes⁸⁸

a) Actions introduites contre les administrateurs pour manquement à leurs obligations envers les créanciers pendant la période précédant l'insolvabilité

110. Comme indiqué ci-dessus au titre des « Mesures préventives » et des « Obligations des tiers et des organismes publics », sous certaines conditions, les administrateurs peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée pour leur comportement pendant la période où le débiteur était insolvable ou pendant la période précédant son insolvabilité. Les actions contre les administrateurs ne visent pas à

⁸⁷ « Membre d'un groupe d'entreprises » : entreprise qui fait partie d'un groupe d'entreprises ; « Groupe d'entreprises » : deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante ; « Entreprise » : toute entité, quelle que soit sa forme juridique, qui exerce des activités économiques et à laquelle la loi sur l'insolvabilité peut s'appliquer (Guide, troisième partie, termes a) et b) ; quatrième partie, deuxième section, terme a) ; art. 2 a), b) et d) de la LTIGE).

⁸⁸ Guide, quatrième partie.

recouvrer les actifs du débiteur (ou à faire faire à la masse un paiement en espèces correspondant à la valeur de l'opération), comme dans le cas de l'annulation, mais à obtenir réparation des préjudices que leurs actes ont causés aux créanciers, le tribunal procédant à l'évaluation de ces préjudices au cas par cas. Ces actions peuvent s'ajouter à celles qui pourraient être introduites pour annuler des opérations ayant pu avoir lieu entre le débiteur et les administrateurs ainsi qu'aux autres recours que la loi sur l'insolvabilité peut prévoir contre ces derniers, comme le report des paiements que le débiteur leur doit, ou le déclassement ou le rejet de leurs créances. Dans certains pays, par exemple, les administrateurs peuvent assumer une responsabilité subsidiaire et se voir ordonner de régler tout ou partie du passif de la masse de l'insolvabilité en cas de faute grave et caractérisée (par exemple, s'ils ne demandent pas l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité lorsqu'ils sont tenus de le faire). Dans d'autres pays, sous certaines conditions restreintes, la procédure d'insolvabilité peut leur être étendue, et ils peuvent assumer une responsabilité conjointe et solidaire avec le débiteur. En outre, dans certains pays, des actions peuvent être introduites contre d'anciens administrateurs pour débauchage de personnel, transfert des activités et des actifs vers leur nouvelle entreprise (pratique illégale connue en anglais sous le nom de « phoenixism ») et utilisation de secrets commerciaux, de savoir-faire et d'autres actifs de propriété intellectuelle du débiteur, qu'ils soient ou non protégés, dans leur nouvelle position.

111. 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 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'engager et la financer. 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.

112. Les procédures contre les administrateurs peuvent continuer après la clôture de la procédure d'insolvabilité, et leur issue peut ou non nécessiter de rouvrir cette dernière. Outre les recours prévus par la loi sur l'insolvabilité, les administrateurs peuvent se voir interdire d'exercer de telles fonctions ou de prendre part à la gestion d'une entreprise. Certaines législations prévoient d'autres sanctions contre les administrateurs en fonction des effets de leur comportement sur l'insolvabilité et la procédure d'insolvabilité.

113. Une action engagée contre les administrateurs peut viser un actif important de la masse de l'insolvabilité et accroître la valeur pour les créanciers. De plus, le fait de tenir les administrateurs redevables de leur comportement pendant la période précédant l'insolvabilité peut permettre de se passer de la localisation et du recouvrement d'actifs ou d'en garantir l'efficacité.

114. Cependant, le Guide relève des préoccupations concernant les incidences négatives que des mesures excessives contre les administrateurs pourraient avoir sur la gestion de l'entreprise, en particulier lors de la période où celle-ci fait face à des difficultés financières. C'est pourquoi il recommande d'adopter une approche prudente pour régler les obligations des administrateurs pendant la période précédant l'insolvabilité et leur responsabilité en cas de manquement à leurs obligations. Il laisse aux États le soin de traiter certaines questions liées à la nature de la responsabilité et aux normes y relatives, ainsi qu'aux moyens de défense disponibles. Certains pays fixent un seuil plus élevé pour ce qui est d'établir la responsabilité des administrateurs pendant la période précédant l'insolvabilité, en prévoyant par exemple la nécessité de prouver la faute et l'incompétence. D'autres pays précisent le comportement attendu des administrateurs durant cette période, leur responsabilité personnelle pouvant être engagée en cas de manquement. Ils soulignent

la nécessité de sensibiliser les administrateurs aux obligations qui leur incombent pendant la période précédant l'insolvabilité, par rapport à celles qui sont les leurs dans le cours normal des affaires.

b) Vérification et admission des créances

115. Les mécanismes de vérification et d'admission des créances assurent une fonction importante en permettant de repérer la falsification et les actes analogues qui peuvent déboucher sur la déclaration de créances frauduleuses ou inexistantes. Ils visent à empêcher l'admission de telles créances dans la procédure d'insolvabilité et à éviter le recours à la localisation et au recouvrement d'actifs qui en découlerait.

116. Certaines créances, par exemple celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, peuvent faire l'objet d'un examen supplémentaire et d'un traitement spécial, comme la réduction de leur montant ou leur déclassement⁸⁹.

c) Extension de la responsabilité (levée du voile de la personnalité morale)

117. Certains pays envisagent la possibilité de lever le voile de la personnalité morale et d'étendre la responsabilité aux actionnaires, aux administrateurs et à d'autres personnes, par exemple à une personne qui contrôle l'entreprise débitrice ou y détient une participation significative (comme une société mère dans le contexte d'un groupe d'entreprises)⁹⁰. Les circonstances pouvant justifier ces mesures incluent les cas où l'actionnaire ou l'entité exerçant le contrôle exploite ou abuse le débiteur, ainsi que les comportements frauduleux, notamment la fragmentation artificielle et l'utilisation de la structure de l'entreprise comme leurre ou façade⁹¹.

d) Ordonnances de contribution

118. Dans le contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises, dans certaines circonstances, le tribunal peut enjoindre à un membre solvable d'un groupe de verser un montant déterminé pour couvrir tout ou partie des dettes d'autres membres du groupe qui sont soumis à des procédures d'insolvabilité. Ces circonstances peuvent inclure les cas où le membre solvable du groupe a agi de manière inappropriée envers un membre insolvable (par exemple, en transférant les actifs d'un membre défaillant à un autre membre du groupe pour un prix insuffisant, ou en tirant parti des avantages fiscaux revenant à un membre défaillant et en réduisant le montant remboursé aux créanciers de ce membre dans une procédure d'insolvabilité ultérieure). Des ordonnances de contribution peuvent également être prises en dehors du contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises, par exemple lorsqu'une personne se sert du débiteur pour dissimuler son activité commerciale.

119. Le Guide note que le recours aux ordonnances de contribution n'est pas très courant, car elles mettent en jeu de nombreux intérêts différents qui peuvent être difficiles à concilier.

e) Regroupement des patrimoines

120. Le tribunal peut ordonner le regroupement des patrimoines à titre de réparation équitable ou autre lorsqu'il a la conviction : i) 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 ii) 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. En pareils 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,

⁸⁹ Ibid., recommandations 169 à 184 et 319 à 325, et troisième partie.

⁹⁰ Voir, par exemple, troisième partie, par. 5.

⁹¹ Ibid., troisième partie.

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. Certaines décisions judiciaires indiquent que le regroupement des patrimoines peut concerner non pas la totalité, mais seulement certains actifs et passifs des entités visées.

121. Le Guide signale qu'il convient de traiter la question du regroupement des patrimoines avec prudence, car elle soulève des questions sensibles, notamment celle du respect du principe de l'identité juridique distincte. En conséquence, il mentionne les garanties couramment associées à l'imposition d'une mesure aussi extraordinaire, y compris : i) une ordonnance et la possibilité pour le tribunal l'ayant rendue de la modifier, si nécessaire ; ii) la notification aux parties intéressées de l'audience relative à une éventuelle ordonnance du tribunal ; iii) l'exclusion, sous certaines conditions, de certains actifs et créances d'une ordonnance de regroupement ; iv) le respect, en règle générale, des droits et priorités de tout créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif ; et v) 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. Néanmoins, il souligne la nécessité de ne pas négliger la perception des créanciers et indique que, lorsqu'un membre insolvable d'un groupe d'entreprises transfère des actifs à un membre solvable du groupe, il devrait être possible de regrouper les actifs et les passifs de ces membres si les conditions d'un regroupement des patrimoines sont par ailleurs réunies⁹².

f) **Coordination procédurale⁹³ et autres formes de regroupement**

122. 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, contre le débiteur et ses entreprises affiliées). 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.

123. Le Guide traite de la coordination procédurale dans le contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises et des procédures d'insolvabilité simplifiées⁹⁴. Dans le second cas, il aborde le regroupement et la coordination de procédures d'insolvabilité liées entre elles visant des entreprises, des consommateurs ou des particuliers, l'objectif étant de traiter de manière globale les dettes commerciales, personnelles et à la consommation liées entre elles qui ont été contractées par des entrepreneurs individuels, des propriétaires de MPE à responsabilité limitée ou des membres de leur famille (voir les recommandations 364 à 366). 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.

[Il a également été proposé d'examiner plus en détail les points suivants : spécificités de la localisation et du recouvrement d'actifs (par exemple, actions en annulation) dans les procédures de redressement, y compris avant et après l'exécution du plan de redressement ; et variation à la hausse (réparation des pertes dues à des modifications ultérieures de la valeur de l'actif transféré dans le cadre de l'opération annulée, lorsque sa restitution en nature est impossible).]

⁹² Ibid., recommandations 219 à 231 et commentaire correspondant.

⁹³ d) « Coordination procédurale » : coordination de l'administration de deux procédures d'insolvabilité ou plus visant des membres d'un groupe d'entreprises. Ces membres, ainsi que leurs actif et passif respectifs, restent séparés et distincts (Guide, troisième partie, terme d) ;

⁹⁴ Recommandations 202 à 210 et 364 à 366 du Guide et commentaire correspondant.

B. Outils spécialement conçus pour les procédures d'insolvabilité : contexte international

1. Généralités

124. Certaines lois 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. Il arrive que le représentant de l'insolvabilité doive faire intervenir une autorité publique compétente (par exemple, un médiateur des faillites) pour traiter une demande d'assistance émanant d'une autorité étrangère, notamment lorsque le débiteur, les actifs de la masse de l'insolvabilité ou les administrateurs sont situés à l'étranger. Dans certains pays, les mesures de localisation et de recouvrement d'actifs transfrontières qui engendrent des frais supplémentaires pour la procédure d'insolvabilité doivent être autorisées par le tribunal et justifiées.

125. Dans l'exercice de ses pouvoirs de localisation et de recouvrement d'actifs à l'étranger, le représentant de l'insolvabilité est tenu de se conformer à la loi de l'État sur le territoire duquel il entend agir (voir, par exemple, l'article 5 de la LTI). Il n'emploie généralement pas de moyens contraignants, à moins que ceux-ci ne soient ordonnés par un tribunal de l'État requis. Le représentant d'une procédure étrangère non principale a parfois moins de pouvoirs que celui d'une procédure étrangère principale.

126. Comme il en est question ci-après, certains instruments internationaux et certaines dispositions du droit interne, notamment celles qui donnent effet aux lois types de la CNUDCI relatives à l'insolvabilité, facilitent l'exercice des pouvoirs de localisation et de recouvrement d'actifs dans le contexte international. Ces instruments ont pour avantage, entre autres, d'alléger les formalités, telles que licences ou actions diplomatiques ou consulaires (par exemple, légalisation ou commissions rogatoires), que le représentant de l'insolvabilité doit remplir pour avoir accès aux tribunaux étrangers ou obtenir l'assistance et les mesures nécessaires dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs.

2. Accès aux outils de localisation et de recouvrement d'actifs dans un État étranger indépendamment de la reconnaissance

127. Un État étranger peut fournir une assistance liée à la localisation et au recouvrement d'actifs indépendamment de la reconnaissance (voir, par exemple, l'article 7 de la LTI). Dans certains pays, cette assistance ne se limite pas à celle qui est disponible en vertu du droit interne de l'État accordant la reconnaissance.

128. En outre, l'accès aux outils de localisation et de recouvrement d'actifs dans un État étranger peut s'obtenir par l'ouverture d'une procédure locale, qui peut être une procédure d'insolvabilité ou d'une autre nature (voir, par exemple, l'article 7 ou 9 de la LTI). Par exemple, selon l'article 11 de la LTI, le représentant étranger (tant dans la procédure principale que non principale) peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État étranger sans que celui-ci ne reconnaisse au préalable la procédure étrangère.

3. Reconnaissance

a) Mesures provisoires ordonnées par un tribunal étranger

129. Dans certains pays, des mesures provisoires ordonnées dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité en cours peuvent être reconnues et exécutées par voie d'*exequatur*. D'autres pays ne reconnaissent pas les mesures provisoires ou ne reconnaissent que celles qui émanent du tribunal compétent pour ouvrir la procédure étrangère principale. La décision portant reconnaissance de ces mesures en subordonne généralement la poursuite au dépôt de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère principale (par exemple, dans les 20 jours).

b) Procédure étrangère

130. Dans nombre d'États, la reconnaissance de la procédure étrangère peut être une condition préalable à l'obtention de mesures locales. En outre, les demandes de reconnaissance sont souvent présentées lorsqu'il y a un risque imminent de dispersion ou de dissimulation des actifs de la masse de l'insolvabilité. Par conséquent, les pays ayant incorporé les dispositions pertinentes de la LTI dans leur droit interne obligent leurs tribunaux à statuer sur ces demandes « le plus rapidement possible ». Ils prévoient également une structure simple et rapide afin que le tribunal soit en mesure de conclure la procédure de reconnaissance dans des délais limités.

131. Dans de nombreux pays qui n'ont pas incorporé la LTI dans leur droit interne et qui ne sont pas assujettis à un régime de reconnaissance analogue à celui envisagé dans celle-ci ou plus strict, seules les procédures principales étrangères peuvent être reconnues. Certains pays les reconnaissent par *exequatur* ; d'autres exigent que le régime d'insolvabilité de l'État requérant soit comparable au leur, s'agissant en particulier du traitement des créanciers. D'autres États encore ne reconnaissent une procédure principale étrangère que sur la base du principe de réciprocité ou d'un traité international. Dans certains pays, seules les procédures étrangères principales de pays donnés peuvent être reconnues.

c) Jugements étrangers liés à l'insolvabilité

132. 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 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.

133. Certains États envisagent la reconnaissance 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, la procédure étrangère à laquelle se rapporte le jugement doit pouvoir être reconnue localement, ou le défendeur ne doit pas avoir eu son domicile local dans l'État concerné au moment où la demande a été déposée). 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).

134. La LTJI 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). Ces dispositions facilitent le recouvrement d'actifs supplémentaires pour la masse de l'insolvabilité, ainsi que le règlement de litiges liés à ces actifs.

4. Mesures

a) Mesures provisoires

135. Sauf disposition contraire du droit national⁹⁵, le représentant étranger peut avoir besoin de faire une demande de mesures provisoires dans le pays concerné. Les États qui ont incorporé l'article 19 de la LTI⁹⁶ accordent 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. Certains États permettent au représentant étranger de demander des mesures provisoires *ex parte*.

136. Les mesures habituellement demandées et accordées comprennent :

i) La suspension de l'exécution judiciaire sur toutes les différentes parties du patrimoine local du débiteur ;

ii) La fin ou la limitation de l'administration par le débiteur de ses biens se trouvant dans l'État requis, associée à la nomination 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 actifs du débiteur dans l'État requis ;

iii) La réalisation urgente des actifs du débiteur, en raison de la nature de ceux-ci ou pour toute autre raison ; et

iv) 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.

137. 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 débiteur. 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 effectif.

b) Mesures applicables dès la reconnaissance de la procédure

138. Nombre de pays ayant incorporé les dispositions pertinentes de la LTI dans leur droit interne accordent : i) 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 ii) une suspension discrétionnaire si le représentant étranger en fait la 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 accordant 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 pays ne limitent pas les mesures susceptibles d'être accordées à celles que prévoit le droit interne.

139. 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). Dans la plupart des pays, une fois reconnue la procédure étrangère principale, toute décision rendue dans le cadre

⁹⁵ Par exemple, les instruments de l'Union européenne (UE) contraignants et directement applicables à ses États membres prévoient la reconnaissance automatique des jugements rendus dans l'un d'eux, notamment de ceux portant sur des mesures conservatoires. En outre, ils habilite un administrateur temporaire nommé dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité principale au sein de l'UE à demander toute mesure disponible en vertu du droit de l'État membre de l'UE où sont situés les actifs du débiteur, afin de préserver ces actifs et d'en empêcher le déplacement.

⁹⁶ Voir également l'article 12 de la LTJI et les articles 20 et 22 de la LTIGE.

de celle-ci est reconnue sans qu'une procédure supplémentaire soit nécessaire. Dans d'autres pays, la reconnaissance d'une procédure étrangère peut entraîner l'ouverture d'une procédure accessoire locale, qui est administrée conformément au droit national de l'insolvabilité. Certaines lois octroient au représentant étranger la latitude de demander qu'il ne soit pas ouvert de procédure accessoire locale à la suite de la reconnaissance. Toutefois, il n'en aura pas la possibilité si, par exemple, des créanciers privilégiés locaux (tels que des employés locaux) ont déclaré des créances dans le cadre de l'appel de créances suivant la reconnaissance. En pareils cas, une procédure accessoire doit être ouverte.

140. Dans certains pays, dès la reconnaissance, le représentant étranger se voit conférer les mêmes droits et obligations qu'un représentant nommé localement ou peut exercer ses pouvoirs en vertu de la loi de l'État dans lequel a été ouverte la procédure étrangère principale, à moins que leur exercice ne soit contraire à l'ordre public ou aux lois nationales de l'État accordant la reconnaissance, ou incompatible avec les effets d'une procédure d'insolvabilité nationale ouverte ou avec les mesures provisoires locales.

141. Dans les pays où la reconnaissance de la procédure étrangère donne lieu à l'ouverture d'une procédure accessoire locale (de manière systématique ou seulement dans certaines circonstances), le représentant de l'insolvabilité de la procédure accessoire, nommé localement, peut avoir pour principale responsabilité de prendre des mesures de localisation et de recouvrement d'actifs. Il peut non seulement demander tout type d'information à toute partie, mais également prendre des mesures de précaution pour sauvegarder les actifs concernés. Le représentant étranger de la procédure principale ne peut engager d'actions locales, notamment en annulation, contre un tiers (par exemple, des actions en responsabilité, en restitution et en indemnisation) que si le représentant de l'insolvabilité nommé localement renonce à le faire. Si aucune procédure accessoire locale n'a été ouverte, il peut demander toute mesure de protection disponible en vertu du droit local et déposer des demandes de recouvrement des actifs de la masse de l'insolvabilité contre des tiers. Il peut également demander des informations sur la base des lois applicables à l'instance étrangère principale, à l'exclusion de l'exercice des pouvoirs publics.

142. En vertu de la LTI, dès la reconnaissance, le représentant étranger (tant dans la procédure principale que non principale) peut présenter une requête, une demande ou des conclusions dans une procédure d'insolvabilité concernant le débiteur engagée dans l'État accordant la reconnaissance (voir, par exemple, l'article 12 de la LTI). Celles-ci peuvent porter sur des questions liées à la protection des actifs de la masse de l'insolvabilité. En outre, dès la reconnaissance, le représentant étranger (tant dans la procédure principale que non principale) peut intervenir dans toute procédure individuelle engagée par ou contre le débiteur qui n'a pas été interdite ou suspendue dans l'État accordant la reconnaissance à la suite de la reconnaissance de la procédure étrangère (voir, par exemple, l'article 24 de la LTI). Par ailleurs, dès la reconnaissance, le représentant étranger a capacité pour engager des actions en annulation au niveau local (article 23 de la LTI). Ce pouvoir est sans préjudice des autres dispositions du droit interne relatives à ce type d'actions et ne vaut qu'à la condition que, dans le cas d'une procédure étrangère non principale, l'action se rapporte à des actifs qui, en vertu de la loi de l'État accordant la reconnaissance, doivent être administrés dans la procédure étrangère non principale.

143. Les obligations du débiteur et d'autres parties prévues dans le contexte de l'insolvabilité nationale naissent envers le représentant de l'insolvabilité nommé localement ou le représentant étranger, selon le cas, dès la reconnaissance de la procédure étrangère. Il peut s'agir du seul moyen de solliciter le débiteur, les administrateurs ou les témoins résidant en dehors du territoire du for, car il n'est pas possible de les forcer à obtempérer à une ordonnance d'audition prise par un tribunal étranger ou par le représentant de l'insolvabilité, à moins qu'ils se soient soumis à la compétence du tribunal étranger, qu'ils soient présents dans l'État étranger au moment de la prise de l'ordonnance, ou que le tribunal ait autorisé qu'une signification leur soit faite à l'étranger. La signification à l'étranger peut reposer sur

des fondements et mécanismes divers, dont la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale⁹⁷ (la Convention Notification) et la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale⁹⁸ (la Convention Preuves), les traités d'entraide judiciaire et les instruments régionaux.

5. Communication et coopération directes entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité

144. L'Assemblée générale, lorsqu'elle a pris note de l'adoption de la LTI et de la LTJI par la Commission, a constaté que le manque de coordination et de coopération dans les cas d'insolvabilité internationale était de nature à faciliter la dissimulation ou la dispersion des biens du débiteur⁹⁹. Dans le cadre de l'insolvabilité internationale proposé par la CNUDCI, la communication et la coopération directes entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité peuvent avoir lieu à un stade précoce, avant la demande de reconnaissance. Elles ne dépendent pas de l'existence ou de la reconnaissance d'une procédure étrangère particulière (principale, non principale, ou basée sur la présence d'actifs dans l'État)¹⁰⁰. De plus, elles n'exigent pas de faire appel à des autorités désignées ni de recourir aux autres moyens habituellement utilisés dans les communications entre tribunaux (par exemple, l'intervention de juridictions supérieures ou le passage par des voies diplomatiques ou consulaires, à l'aide de commissions rogatoires), ce qui est essentiel dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs, où les tribunaux ou les représentants de l'insolvabilité doivent agir très vite. Par exemple, les tribunaux peuvent s'adresser directement aux tribunaux ou représentants étrangers pour leur demander des informations ou une assistance concernant des mesures de localisation et de recouvrement d'actifs. Les représentants de l'insolvabilité ont les mêmes capacités, sous réserve du contrôle du tribunal.

145. Dans les pays ayant incorporé dans leur droit interne les dispositions pertinentes des textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité, les tribunaux peuvent communiquer et coopérer directement dans toute la mesure possible avec leurs homologues étrangers et avec les représentants étrangers, et différentes formes de coopération sont possibles, dont les suivantes : a) la nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal, y compris la coordination de la nomination du représentant de l'insolvabilité ; 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 de la conduite des audiences ; et e) la coordination des procédures concurrentes concernant le même débiteur. En comparaison, dans les États qui n'ont pas incorporé la LTI dans leur droit interne et qui ne sont pas assujettis à un régime analogue à celui envisagé dans celle-ci ou plus strict, une obligation générale de coopération entre et parmi les tribunaux et représentants étrangers peut ne survenir qu'après la reconnaissance et seulement en ce qui concerne la procédure étrangère principale.

146. [*À établir : dispositions du Guide pratique et lignes directrices sur la communication et la coopération entre tribunaux (par exemple, lignes directrices du Judicial Insolvency Network.)*]

⁹⁷ 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>.

⁹⁸ 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>.

⁹⁹ Résolutions 52/158 (quatrième alinéa du préambule) et 73/200 (cinquième alinéa du préambule) de l'Assemblée générale.

¹⁰⁰ Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 211 et 212.

6. Autres outils

147. Certains pays permettent ou exigent la publication au journal officiel national de certaines informations relatives aux procédures d'insolvabilité internationale, notamment afin de mettre en œuvre l'obligation d'échange d'informations entre et parmi les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité au niveau international et de coordination des procédures concurrentes.

148. La dématérialisation des procédures d'insolvabilité pourrait faciliter la localisation et le recouvrement d'actifs, tant au niveau national qu'international. Par exemple, il pourrait être créé des registres d'insolvabilité en ligne accessibles au public et d'autres dispositifs qui regrouperaient au même endroit les informations sur le débiteur, ses actifs, les actifs de la masse de l'insolvabilité, les créances des créanciers et les procédures visant le débiteur, et qui pourraient servir à la localisation et au recouvrement d'actifs dans des procédures d'insolvabilité connexes.

C. Outils d'application générale

149. Comme indiqué ci-dessus, dans l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, le représentant de l'insolvabilité utilise différentes sources d'information. Les exigences à remplir pour y accéder peuvent être variables. Alors que certaines sources seront publiques (médias sociaux, presse, etc.), d'autres seront soumises à des restrictions d'accès pour le public, ou leur accès sera soumis à des conditions spéciales. Ces restrictions peuvent être définies dans les lois applicables non relatives à l'insolvabilité ou dans les conditions d'exploitation du détenteur des informations pertinentes (par exemple, plateformes d'échange de métaux nobles, de produits de base ou d'actifs numériques). Elles peuvent ou non s'appliquer, ou s'appliquer différemment au représentant de l'insolvabilité, compte tenu de son statut spécial. Par exemple, il pourrait obtenir l'accès à des sources d'information soumises à restriction, directement ou par l'intermédiaire du tribunal saisi de l'affaire d'insolvabilité. Dans de nombreux pays, les tribunaux, qu'ils soient compétents en matière civile, commerciale ou d'insolvabilité, peuvent accéder directement à toutes les sources d'information dont ils ont besoin pour remplir leurs fonctions (à quelques exceptions près, qui nécessiteront une ordonnance judiciaire spéciale et des justifications (par exemple, accès à des informations classifiées)).

150. Les sections ci-après décrivent les sources couramment utilisées pour la localisation et le recouvrement d'actifs, dont l'accès est réglementé par la loi. Nombre d'entre elles assurent d'autres fonctions, telles que la prévention d'opérations non autorisées portant sur les actifs de la masse de l'insolvabilité et l'inscription de droits et de priorités à l'égard des tiers.

1. Registres

151. Dans les différents pays, on trouve de multiples registres utiles à la localisation et au recouvrement d'actifs. Il peut s'agir de registres des biens fonciers et autres biens immeubles, des biens meubles, corporels et incorporels, y compris les registres des véhicules à moteur, des navires, des aéronefs, de propriété intellectuelle, et les registres centraux des comptes bancaires, obligations et autres titres. Ces registres remplissent notamment les fonctions suivantes : a) établir la preuve d'un titre ; b) fournir des informations concernant les sûretés ou les intérêts de tiers sur des biens et établir l'opposabilité et la priorité des droits et intérêts sur le même bien ; et c) recenser les entreprises, leurs bénéficiaires effectifs ainsi que leurs administrateurs, leurs agents et les autres personnes habilitées à les engager. Les informations contenues dans certains registres bénéficient d'une présomption d'exactitude.

152. Ces registres s'utilisent de diverses manières aux fins de la localisation et du recouvrement d'actifs. Par exemple, ils peuvent informer le représentant de l'insolvabilité concernant : les actifs du débiteur ; les opérations conclues pendant la période suspecte qui pourraient être nulles ou annulables ; les actions susceptibles

d'être introduites contre les propriétaires de l'entreprise, les administrateurs et d'autres personnes ; et les procédures visant la masse de l'insolvabilité. Des contrôles réguliers peuvent permettre de découvrir des informations qui apparaissent ultérieurement ou pendant une durée limitée. Les registres sont également un moyen de faire appliquer les mesures provisoires et l'arrêt des poursuites, et de garantir d'autres effets des procédures d'insolvabilité : les entrées pertinentes (par exemple, l'ajout des mots « en situation d'insolvabilité » au nom de l'entreprise du débiteur) mettent en garde les tiers contre la conclusion des opérations non autorisées portant sur les actifs visés par ces mesures et empêchent que les résultats d'opérations non autorisées (par exemple, le transfert des actifs du débiteur ou la constitution de sûretés) ne soient enregistrés et rendus opposables. Dans le même temps, les registres enregistrent les résultats des opérations autorisées pendant la procédure d'insolvabilité et confirment le titre et la priorité de la masse de l'insolvabilité vis-à-vis des tiers. Les données des registres peuvent être utilisées dans des contentieux civils ou dans d'autres procédures ouvertes par le représentant de l'insolvabilité ou auxquelles il se joint.

153. La plupart des registres mentionnés sont publics. Certains 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 (commercialement) 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 spécifiques, notamment concernant le blanchiment d'argent. Une ordonnance spéciale d'un tribunal peut être nécessaire pour obtenir des informations extraites de ces registres. En comparaison, dans d'autres pays, tous les tribunaux ont directement accès à des systèmes centralisés qui collectent des informations sur les opérations menées avec des comptes bancaires, et l'accès à ces systèmes est également accordé dans le cadre des traités d'entraide judiciaire. En outre, certains pays permettent et facilitent la recherche télématique des actifs du débiteur par le représentant de l'insolvabilité, dans le contexte tant des procédures d'insolvabilité que d'autres procédures (par exemple, dans le contentieux civil), sans que celui-ci n'ait à produire de titre exécutoire.

154. Les normes relatives à l'accès aux registres peuvent évoluer. Par exemple, dans plusieurs pays, il a été constaté que des informations sur la situation financière des bénéficiaires effectifs figurant dans des registres de la propriété effective qui étaient auparavant accessibles au public étaient désormais protégées, au motif que le libre accès à ces informations et la possibilité de les conserver et de les diffuser allaient à l'encontre de droits humains fondamentaux (comme le droit au respect de la vie privée).

[La présente section pourrait être étoffée par des références à d'autres types de registres (par exemple, les registres des titres intermédiés) et l'examen des incidences de la jetonisation des unités sur la tenue des registres et les services d'agence de transfert.]

2. Dossiers des organismes publics

155. Les dossiers des organismes publics, tels que l'administration fiscale et les agences d'assurance sociale, et les organismes chargés de l'octroi de licences pour certains types d'activités (par exemple, l'extraction), peuvent contenir des informations importantes sur les actifs et les affaires des débiteurs, notamment les noms des cocontractants du débiteur dans des opérations qui pourraient être nulles ou annulables. Dans certains États, le droit de l'insolvabilité oblige ces organismes à

fournir au représentant de l'insolvabilité des informations concernant les actifs et les affaires du débiteur extraites de leurs fichiers. Toutefois, l'accès à certaines données peut être restreint (par exemple, parce que des considérations de protection de la vie privée prévalent) 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). Des limites peuvent être imposées à l'utilisation ultérieure des informations obtenues (par exemple, le représentant de l'insolvabilité peut être tenu de ne pas les révéler à d'autres personnes ou de s'assurer qu'elles ne sont pas utilisées à des fins autres que celles de la procédure d'insolvabilité).

156. Dans d'autres pays, si les tribunaux ont directement accès aux dossiers de l'administration publique (par exemple, aux bases de données fiscales et de la sécurité sociale), le représentant de l'insolvabilité a besoin d'une ordonnance judiciaire pour avoir accès à ces dossiers ou à ceux d'un tiers quelconque.

3. Obligations d'information

157. Les obligations d'information (aussi désignées en tant qu'obligations de divulgation d'informations) peuvent s'appliquer à certaines personnes, par exemple aux personnes politiquement exposées, en ce qui concerne leurs biens et leurs revenus. Bien qu'elles soient souvent protégées par la loi sur les données à caractère personnelle et non accessibles dans le cadre d'une procédure civile, les informations communiquées peuvent être rendues accessibles au représentant de l'insolvabilité par des ordonnances judiciaires ou dans le cadre de sa participation à une procédure pénale (voir la section pertinente ci-après) et pourraient ensuite être utilisées dans la procédure d'insolvabilité. Le public peut avoir accès à d'autres renseignements découlant d'obligations d'information, par exemple à ceux que les entreprises cotées en bourse doivent communiquer aux investisseurs ou au grand public.

D. Outils liés au contentieux civil

158. Comme indiqué dans les sections précédentes, de nombreuses raisons pourraient amener le représentant de l'insolvabilité à engager des procédures civiles internes ou étrangères touchant le débiteur et les actifs ou affaires de celui-ci, à intervenir dans de telles procédures ou à s'y joindre. Cela peut être nécessaire, entre autres, pour annuler des opérations, trancher des contestations de créances ou mener des actions contre les administrateurs (par exemple, en dommages-intérêts), les débiteurs du débiteur (par exemple, pour des paiements non réglés à la masse de l'insolvabilité), les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (par exemple, pour refus de remettre des actifs compris dans la masse de l'insolvabilité) ou d'autres tiers (par exemple, pour ne pas avoir aidé le représentant de l'insolvabilité à prendre le contrôle d'actifs de la masse de l'insolvabilité). Selon les règles de compétence applicables, ces procédures peuvent être menées au niveau interne ou à l'étranger par des juridictions civiles ou commerciales, parallèlement à une procédure d'insolvabilité. Le cas échéant, en dehors de la procédure d'insolvabilité, les règles de procédure civile habituelles s'appliquent, notamment afin de collecter des preuves et d'imposer des mesures provisoires de protection ou de prendre des ordonnances préliminaires. Ces règles, qui sont examinées ci-dessous, ne supplantent toutefois pas les règles spéciales applicables au représentant de l'insolvabilité traitées dans les sections précédentes (par exemple, la dispense de l'obligation de produire un titre exécutoire pour pouvoir procéder à la recherche télématique des actifs du débiteur).

1. Collecte de preuves

a) Types de mesures

159. Presque tous les pays prévoient la collecte de preuves, sous une certaine forme, lors des phases précontentieuse, contentieuse et postcontentieuse, bien que tous les outils de collecte de preuves disponibles lors de la phase contentieuse ne le soient pas

nécessairement lors des deux autres. En outre, ces dernières peuvent donner lieu à l'application d'exigences plus strictes.

160. Les outils de collecte de preuves incluent la production forcée (« discovery » en anglais) ou la communication de preuves par les parties dans certains pays, et la collecte de preuves par les tribunaux dans d'autres pays, soit deux méthodes qui prévoient aussi bien l'une que l'autre la collecte de preuves qui ne peuvent sinon s'obtenir facilement, auprès des parties et des non-parties¹⁰¹. Dans certains pays, le tribunal compétent peut interroger les parties et les témoins, inspecter des objets ou examiner des documents, ou nommer un expert, 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 produisent. Dans d'autres pays, en revanche, la collecte de preuves prend la forme d'une communication ou d'une production forcée, y compris l'obligation de comparaître pour faire une déposition et de produire des documents et d'autres éléments, le cas échéant.

b) Conditions d'utilisation

161. 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 preuves. 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 équitables. Le demandeur est tenu de démontrer la probabilité de succès de sa demande sur le fond et la nécessité d'obtenir ou de préserver des preuves ou de les évaluer. Il peut se voir imposer des exigences supplémentaires sur ordre spécifique du tribunal¹⁰².

162. Par comparaison, 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.

163. Certains pays permettent au créancier judiciaire d'imposer au débiteur judiciaire ou à des tiers de produire des pièces après le litige pour faciliter l'exécution du jugement. Le créancier judiciaire peut ainsi obtenir des informations sur les actifs du débiteur, y compris des actifs cachés ou dissimulés. Cette production forcée est de caractère large si elle est imposée au débiteur. 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 autorisée.

¹⁰¹ Lorsque des informations relatives à un compte bancaire doivent être communiquées, il peut s'agir : i) de la carte de signature du compte ; ii) des informations d'ouverture du compte ; iii) de copies des reçus de dépôts ou de virements ; iv) de copies des chèques ou de virements émis ; v) du solde courant du compte ; et vi) des courriels ou de la correspondance afférents au compte et d'autres renseignements pertinents.

¹⁰² Voir, par exemple, *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.* [1975] EWCA Civ 12, affaire dans laquelle le demandeur a été tenu de démontrer l'existence d'une faute de la part du défendeur ; de fournir des preuves solides de la gravité des dommages qu'il avait subis du fait du comportement du défendeur ; de produire des preuves claires du fait que le défendeur avait en sa possession des documents ou des preuves compromettantes ; et de démontrer qu'il existait une possibilité réelle que le défendeur détruise ces éléments avant la production forcée ou l'audition de toutes les parties.

c) Restrictions

164. Dans la plupart des États, la collecte de preuves n'est possible qu'en ce qui concerne les preuves qui sont pertinentes pour les demandes sur le fond des parties au litige. Dans certains pays, l'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 parties. Dans d'autres pays, la pertinence est entendue comme signifiant que les preuves à rassembler doivent se rapporter uniquement aux faits nécessaires pour prouver un élément du fondement de la demande en justice. 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. Pendant la phase postcontentieuse, la mesure doit être pertinente pour établir les actifs du créancier judiciaire.

165. Dans les pays où il existe une règle stricte contre la « pêche aux preuves », les parties sont censées définir les preuves qu'elles entendent collecter avec une certaine précision. Dans ces pays, les tribunaux peuvent obtenir des preuves beaucoup plus larges (par exemple, au moyen de constats d'huissier) qui seront présentées aux parties et utilisées dans l'affaire si les parties ne prouvent pas la pertinence pour leur cause de chaque preuve particulière.

166. À l'exigence de pertinence s'ajoutent des exigences de nécessité et de proportionnalité, qui peuvent concerner en particulier les informations sensibles (par exemple, les informations couvertes par le secret bancaire ou le secret des communications entre l'avocat et son client). Ces informations peuvent être traitées différemment d'un pays à l'autre. Dans certains pays, elles sont généralement protégées par le secret professionnel et ne peuvent être révélées que si les parties y consentent. 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 proportionnalité. Dans un autre groupe de pays encore, ces informations sont moins protégées ou doivent être mises à disposition sur le fondement de la loi applicable.

167. L'utilisation ultérieure des documents ou informations obtenus à l'aide de mesures de collecte de preuves peut faire l'objet de restrictions. En général, leur utilisation doit se limiter à l'objet indiqué dans la demande afférente à la mesure concernée (par exemple, pour localiser les actifs ou leur produit). En cas de non-respect de ces restrictions, les preuves ne seront peut-être pas admissibles dans la procédure.

2. Mesures conservatoires et ordonnances préliminaires**a) Types de mesures et d'ordonnances**

168. Des mesures et ordonnances diverses sont disponibles pour protéger les actifs ou garantir l'exécution. Il s'agit notamment des saisies ou des ordonnances de saisie-

arrêt¹⁰³, des séquestres¹⁰⁴, des saisies nommées « embargo » en espagnol¹⁰⁵, des ordonnances de gel¹⁰⁶, des sûretés ou des privilèges ordonnés par la justice¹⁰⁷ et des saisies-exécutions¹⁰⁸. En outre, le tribunal peut ordonner au défendeur ou à un tiers de faire ou de ne pas faire quelque chose. 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. Les ordonnances peuvent être délivrées aux exploitants de certains registres ou à des autorités administrant divers registres (foncier, du commerce ou des sociétés, entre autres).

169. Certains pays établissent une distinction entre la saisie et la saisie-arrêt d'une part et les autres ordonnances d'autre part. Si la demande du plaignant concerne un paiement monétaire, elle est garantie par la saisie ou la saisie-arrêt. S'il s'agit d'une requête visant à faire ou à interdire de faire quelque chose, 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 les garanties applicables.

170. En fonction de leurs effets, les mesures conservatoires et les ordonnances préliminaires peuvent être qualifiées de *in personam* ou *in rem*, bien que la frontière entre ces deux catégories puisse être floue. Par exemple, une ordonnance de saisie peut entraîner à la fois i) l'obligation pour le défendeur de ne pas disposer de l'actif saisi au risque d'encourir des sanctions pénales et ii) 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.

b) Conditions d'utilisation

171. Les mesures conservatoires et les ordonnances préliminaires 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), contre ses actifs ou contre un tiers détenant ou contrôlant lesdits actifs

¹⁰³ Permettant à une autorité publique de saisir les actifs identifiés dans la décision de justice. 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. Les banques et d'autres tiers peuvent se voir exiger de fournir des informations sur les actifs que le débiteur pourrait détenir auprès d'eux. 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 situées dans l'entrepôt X » ou « tous les comptes d'entreprise auprès de la banque Y ». Dans le cas des biens qui font l'objet d'un enregistrement, la saisie s'opère par l'inscription de la mesure dans les registres publics, ce qui a un effet de publicité auprès des tiers.

¹⁰⁴ Permettant de retirer les actifs au débiteur ou à un tiers.

¹⁰⁵ Permettant au débiteur de faire usage des biens sous le coup de mesures conservatoires, mais en s'abstenant de les aliéner et en en assurant la bonne conservation. En l'absence d'actifs connus, une saisie générique peut être demandée.

¹⁰⁶ Connues dans certains pays sous le nom d'« injonctions Mareva ». *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulk Carriers S.A.* [1975] 2 Lloyd's Rep. 509. Lorsqu'elles visent tous les actifs du défendeur, où qu'ils se trouvent dans le monde, elles prennent le nom d'« ordonnances de gel mondiales » et sont généralement accordées lorsque, outre les conditions habituellement applicables aux ordonnances de gel, les actifs du défendeur situés dans le pays ne suffisent pas à couvrir un jugement potentiel.

¹⁰⁷ Par exemple, une sûreté judiciaire sur un bien immeuble, qui établit un droit de réaliser le bien en question indépendamment du fait qu'un tiers ait obtenu entre-temps, par transfert ou constitution d'une sûreté, un droit de propriété sur ce bien.

¹⁰⁸ Permettant de mettre les actifs saisis à la disposition du tribunal.

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).

172. 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 établie. 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 »).

173. La plupart des pays exigent également 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 compromise. Dans certains pays, le demandeur doit démontrer que, sans la mesure, il risque de subir un préjudice qu'une demande de dommages-intérêts ou tout autre recours contre le défendeur ne permettrait pas de réparer ou que, sans la mesure, la probabilité qu'il subisse un préjudice irréparable est élevée, alors que la probabilité que le défendeur subisse un préjudice irréparable si la mesure est octroyée est faible. 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 d'autres 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 (par exemple, le risque que le débiteur fuie ou fasse sortir ses actifs du pays). En pareils cas, des mesures accessoires peuvent également être imposées.

174. Lorsqu'une créance a déjà été reconnue dans un jugement, ce dernier fait office de preuve de la créance. Une fois le jugement exécutoire, les mesures conservatoires et les ordonnances préliminaires peuvent ne pas être disponibles dans certains pays, car le créancier peut entamer une procédure d'exécution immédiatement. Dans certains pays, l'exécution est effectuée par l'huissier, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une ordonnance de saisie ou de saisie-arrêt supplémentaire du tribunal. Dans d'autres pays, des mesures conservatoires peuvent être mises à disposition entre la demande d'exécution et l'exécution elle-même, pour garantir l'exécution du jugement.

c) Restrictions

175. Certains actifs 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-arrêt. 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.

176. 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 restrictive, y compris, dans le pire des cas, l'arrestation du débiteur. En outre, ces ordonnances sont généralement

valables pour une courte durée, qui ne peut être prolongée que dans des circonstances extraordinaires pour atteindre l'objectif pour lequel elles ont été accordées.

3. Garanties

177. Comme indiqué plus haut, l'octroi d'une mesure est généralement subordonné à l'existence, à première vue, d'une justification (bonne ou solide), ainsi qu'à des conditions de nécessité, de pertinence et de proportionnalité. La portée de la mesure se limite donc le plus souvent au strict nécessaire, l'intérêt du demandeur à l'obtenir étant mis en balance avec le préjudice que pourrait subir le défendeur en s'y conformant. Par exemple, il peut être exigé du demandeur qu'il indique les lieux à perquisitionner ou les actifs à saisir. Le tribunal peut imposer des mesures de protection de la personne visée par l'ordonnance contre les désagréments, les situations embarrassantes, la contrainte ou les charges ou frais excessifs. Des garanties supplémentaires peuvent s'appliquer dans le cas de mesures particulièrement intrusives, telles que des visites des lieux, des perquisitions, des expertises judiciaires portant sur des systèmes électroniques ou des téléphones mobiles, des inspections ou la saisie de preuves ou d'actifs. Elles comprennent des justifications plus solides pour l'octroi de la mesure (par exemple, des preuves précises et concrètes de dissimulation, de destruction ou de non-conservation de documents, d'informations ou d'actifs), la mise en œuvre d'une mesure pendant les heures de bureau ordinaires et, lors de sa mise en œuvre, la présence du défendeur, de son avocat ou de témoins tiers, et l'enregistrement détaillé des mesures prises et des objets enlevés, le cas échéant.

178. Habituellement, le demandeur est 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 cours. Le défendeur a le droit d'être entendu avant que la mesure soit prise. Il est parfois en mesure de faire rétracter la mesure ou de faire ordonner une mesure moins intrusive en déposant une garantie pour la créance. 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 manière. 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.

179. En cas d'urgence ou de risque de dispersion des actifs, des mesures peuvent être ordonnées *ex parte*. Le cas échéant, le défendeur a la possibilité d'être entendu au sujet de la mesure à un stade ultérieur et de la faire annuler par le tribunal s'il s'avère que les conditions préalables ne sont pas satisfaites. Dans certains pays, pour qu'une mesure *ex parte* soit octroyée, il faut également que le demandeur expose les arguments qui seraient probablement avancés par le défendeur s'il était entendu (communication complète et sincère). En outre, dans certains pays, certaines mesures 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 essentielles. Elles peuvent être accompagnées, sous réserve de garanties supplémentaires, d'ordonnances accessoires (par exemple, des ordonnances imposant le secret et la mise sous scellés (« gag and seal orders ») ; voir ci-dessous).

180. Le demandeur peut être tenu d'indemniser le défendeur des frais qu'il a engagés pour appliquer la mesure, frais qui peuvent être remboursés par l'auteur de la faute à titre de dommages-intérêts. Dans de nombreux pays, le demandeur est également responsable envers le défendeur de tout dommage découlant d'une mesure dont il s'avérerait qu'elle n'était pas justifiée. Dans certains pays, il s'agit d'une responsabilité sans faute, c'est-à-dire 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 eux. 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-intérêts de la part du requérant s'il s'avérait que la mesure avait été accordée à tort.

181. La personne visée par l'ordonnance est personnellement tenue d'y obéir. Des sanctions peuvent être imposées en cas d'utilisation abusive de la mesure ou de manquement.

182. Les autres garanties varient d'un pays à l'autre et peuvent, dans un même pays, dépendre de l'ordonnance particulière demandée, de la partie requérante et du contexte. Par exemple, dans certains pays, le droit de garder le silence et la protection contre l'auto-incrimination peuvent être exclus, mais les informations obtenues ne peuvent pas être utilisées dans une procédure pénale ultérieure. Dans d'autres pays, ce n'est pas nécessairement le cas. Dans certains pays, le défendeur n'est pas forcément obligé de permettre la recherche et la saisie de preuves qui l'exposeraient à une responsabilité pénale ou qui sont protégées par le secret professionnel. Dans d'autres pays, ce n'est pas nécessairement le cas. Les modalités d'exécution d'une même ordonnance peuvent varier selon les circonstances. Par exemple, l'interrogation ou l'audition peuvent avoir lieu oralement ou par écrit, publiquement ou à huis clos, sous serment, devant le tribunal, en présence de personnes de confiance ou d'une autre façon.

183. Dans la plupart des pays, les tribunaux restent libres de décider d'appliquer ou non la mesure au vu de toutes les circonstances de l'espèce. Dans certains pays, ils peuvent associer et adapter des ordonnances à la lumière des besoins de l'affaire, notamment en prévoyant des garanties pour leur exécution¹⁰⁹.

4. Aspects internationaux

184. 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 de Notification de La Haye, 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 »¹¹⁰. La procédure de la lettre 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).

¹⁰⁹ Par exemple, les tribunaux ont souvent associé et utilisé, moyennant des variations, des ordonnances de type *Norwich* et *Bankers Trust*, en les adaptant dernièrement aux besoins de la localisation des actifs numériques. *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners* [1974] A.C. 133 : il s'agit d'une action intentée en justice pour obtenir d'un tiers de bonne foi des renseignements qui sont nécessaires pour localiser et recouvrer des actifs en possession d'un défendeur ou d'un tiers qui n'a pas le droit de les conserver. Il doit exister des preuves solides que le tiers de bonne foi a participé à la réalisation de l'opération considérée comme illicite (autrement dit, l'ordonnance ne peut pas être émise à l'encontre d'une personne qui n'a d'autre lien avec l'acte en cause que le fait d'en avoir été témoin ou d'être en possession d'un document relatif à cet acte). L'ordonnance ne peut pas être : i) prise à l'encontre de personnes qui sont susceptibles d'être des témoins ou qui sont des défendeurs présumés dans une procédure engagée sur la base d'une allégation d'acte illicite et inversement ; ii) utilisée pour l'obtention de preuves plutôt que d'informations ; et iii) utilisée pour faciliter une procédure étrangère si le pays étranger concerné dispose d'un cadre législatif qui régit l'obtention de preuves à l'étranger. *Bankers Trust Co. c. Shapira et autres* [1980] 1 WLR 1274 : cette ordonnance exige la communication par une institution financière de renseignements généralement confidentiels détenus par une banque au sujet d'un de ses clients, lorsqu'il existe des preuves solides que les fonds visés par la demande de renseignements appartenaient au demandeur, qu'ils ont été dispersés de manière frauduleuse, que les renseignements demandés permettraient de les localiser ou de les préserver, et que tout retard à divulguer ces renseignements pourrait faire que leur dispersion ou leur transfert se poursuive. Elle peut être demandée avant ou après l'ouverture d'une procédure. Le cas échéant, elle prévaut sur les obligations de confidentialité. Le demandeur peut être tenu de s'engager à ce que les renseignements communiqués ne soient utilisés qu'aux fins de l'action visant à localiser les fonds.

¹¹⁰ Article premier (voir également le Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention de Notification, par. 29 à 51, pour de plus amples détails).

185. 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 preuves, le cas échéant¹¹¹. Ces procédures comprennent la procédure de la commission rogatoire¹¹² et les autres procédures possibles (par l'intermédiaire d'agents diplomatiques ou consulaires ou de commissaires)¹¹³. Au niveau régional, l'obtention directe de preuves par des membres d'une juridiction d'un État dans un autre État est autorisée si la personne auprès de laquelle les preuves doivent être collectées coopère volontairement¹¹⁴.

186. Dans certains pays, le tribunal peut ordonner la production forcée de pièces sur le territoire national en vue de leur utilisation dans le cadre d'une procédure étrangère, prévue ou en cours. L'ordonnance de production forcée 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.

187. 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 est également compétent 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. Puisque les mesures de collecte de preuves fonctionnent *in personam*, elles peuvent être exécutées dans le pays contre la personne ou ses biens qui y sont situés. Pour cette raison, certains tribunaux peuvent être réticents à les accorder à l'encontre de personnes situées à l'étranger, à moins que ces personnes ne soient présentes sous une forme ou une autre dans le pays. D'autres tribunaux le font, notamment à l'encontre de personnes inconnues et dans des pays inconnus dans le contexte numérique.

188. 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. Les ordonnances préliminaires ordonnant ou interdisant au défendeur ou à des tiers de faire une certaine chose fonctionnent généralement *in personam*. Elles peuvent être octroyées par le tribunal indépendamment de la localisation des actifs et du fait que l'activité doit avoir lieu dans le pays ou à l'étranger. En comparaison, la compétence pour faire exécuter des mesures *in rem*, telles que les ordonnances de saisie et de saisie-arrêt, se limite généralement au pays dans lequel sont situés les actifs en question. 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 fond.

189. Différents régimes s'appliquent à la reconnaissance et à l'exécution internationales des mesures provisoires et des ordonnances préliminaires¹¹⁵. [À établir.]

¹¹¹ Une procédure analogue est prévue par le 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).

¹¹² Articles 1 à 14 de la Convention de La Haye sur l'obtention de preuves. Voir également les articles 5 à 18 du Règlement (UE) sur l'obtention de preuves.

¹¹³ Articles 15 à 22 de la Convention de La Haye sur l'obtention de preuves.

¹¹⁴ Article 19 du Règlement (UE) sur l'obtention de preuves.

¹¹⁵ 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 et la LTJI,

[Aspects supplémentaires suggérés : questions liées à la localisation et au recouvrement dans le cas d'actifs particuliers (par exemple, crédits carbone et biodiversité, équipements mobiles¹¹⁶ et titres détenus par des intermédiaires¹¹⁷) et dans le contexte des procédures d'arbitrage¹¹⁸.]

E. Mesures accessoires

1. Ordonnances imposant le secret et la mise sous scellés (« gag and seal orders »)

190. Les tribunaux de certains pays peuvent émettre une ordonnance imposant le secret ou la mise sous scellés ou une combinaison des deux. Une ordonnance imposant le secret interdit la divulgation au public d'informations concernant une affaire. Elle peut servir à interdire à une personne visée par une ordonnance de divulgation, par exemple à une banque, de révéler à l'un de ses clients qu'elle s'est vu ordonner de communiquer des informations sur les actifs de celui-ci.

191. Une ordonnance de mise sous scellés enjoint au personnel du tribunal de garder sous scellés le dossier de la procédure ou certains documents qui y figurent, c'est-à-dire de ne pas communiquer au public d'informations contenues dans le dossier et d'interdire au public d'accéder à celui-ci. Dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs, ces ordonnances peuvent avoir pour objet d'éviter que l'auteur (préssumé) d'un acte illicite ou d'autres personnes concernées aient connaissance de mesures de localisation et de recouvrement, et ainsi d'empêcher ces personnes de disperser davantage les actifs. Les ordonnances de mise sous scellés peuvent s'avérer particulièrement importantes dans les pays où, en l'absence de mesures particulières, les dossiers des procédures sont généralement accessibles au public. Le plus souvent, ces ordonnances nécessitent un fondement probatoire solide et sont limitées dans le temps, car elles vont à l'encontre du principe de la publicité des débats.

2. Procédures pénales à l'appui de la localisation et du recouvrement d'actifs

192. Les procédures d'insolvabilité et les procédures pénales peuvent interagir de nombreuses manières. Par exemple, une interaction étroite existerait dans le cas où les activités du débiteur se limiteraient à la fraude (imposture, système de Ponzi). Deux procédures peuvent également interagir parce que certaines opérations

qui les excluent de leur champ d'application. En revanche, elles sont couvertes par la Convention de l'Organisation des États américains sur l'exécution des mesures préventives, la législation supranationale au sein de l'UE et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (LTA), art. 17H et 17I.

¹¹⁶ Voir, par exemple, la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (2001) (la Convention du Cap) et les Protocoles y relatifs [Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 16 novembre 2001 ; le Protocole aéronautique), le Protocole portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Luxembourg, 23 février 2007 ; le Protocole ferroviaire), le Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Berlin, 9 mars 2012 ; le Protocole spatial) et le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Pretoria, 2019 ; le Protocole MAC)]. Disponible à la date du présent document à : [Garanties internationales – UNIDROIT](#).

¹¹⁷ Voir, par exemple, la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (la Convention de Genève) (non encore en vigueur ; disponible à la date du présent document à : [Convention de Genève – UNIDROIT](#)) et la Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (Convention HCCH Titres de 2006) (disponible à la date du présent document à : [HCCH | #36 – Texte intégral](#)).

¹¹⁸ Voir la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (LTA), art. 17. Disponible à : [Arbitrage commercial international | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international](#).

frauduleuses conclues par le débiteur ont eu lieu avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (escroquerie du débiteur envers des tiers ou de tiers envers lui). En outre, les administrateurs et d'autres personnes peuvent commettre des infractions liées à l'insolvabilité (par exemple, dispersion d'actifs au détriment des créanciers, faute lourde conduisant à l'insolvabilité, manquement à l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité) et d'autres infractions économiques (par exemple, évasion fiscale, corruption, blanchiment d'argent) qui ont une incidence sur le débiteur. Ces actes et opérations peuvent être la seule ou la principale raison de l'insolvabilité du débiteur, ou en être une raison secondaire, mais, quoi qu'il en soit, devenir un motif suffisant pour représenter et protéger les intérêts de la masse de l'insolvabilité dans une procédure pénale. En outre, pendant la procédure d'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité, le débiteur non dessaisi ou les représentants des créanciers peuvent commettre une infraction, ce qui peut avoir différentes incidences sur la procédure d'insolvabilité et la localisation et le recouvrement d'actifs. Le cas échéant, les personnes qui repèrent des signes d'infraction pénale sont tenues de les déclarer aux autorités compétentes.

193. En cas de condamnation, l'ensemble des créanciers du débiteur peut être reconnu victime de l'infraction. Le cas échéant, en vertu des ordonnances d'indemnisation des victimes susceptibles d'être émises, les actifs confisqués et le produit de l'infraction peuvent être restitués à la masse de l'insolvabilité (au moins en partie, car plusieurs ordonnances de confiscation et d'indemnisation des victimes peuvent être émises et, conformément aux instruments internationaux applicables, les intérêts de l'État et d'autres victimes peuvent prévaloir). De plus, sur la base de la condamnation, le tribunal civil peut déterminer une responsabilité civile plus large découlant de l'infraction commise.

194. Les procédures pénales peuvent faciliter à d'autres égards la localisation et le recouvrement d'actifs dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Par exemple, dans certains pays, la victime d'une infraction ou, parfois, plus généralement, une personne intéressée, telle que le débiteur non dessaisi ou le représentant de l'insolvabilité, peuvent être habilités à demander l'ouverture d'une enquête et d'une procédure pénales et à participer à la procédure en qualité de « partie civile ». Dans certains pays, la partie civile possède des droits étendus en matière de collecte de preuves et a accès à toutes les preuves recueillies dans le cadre de la procédure. Par conséquent, elle peut obtenir des preuves qu'il serait très difficile voire impossible de se procurer dans une procédure civile. Elle peut être autorisée à utiliser ces preuves pour la localisation et le recouvrement d'actifs dans une procédure d'insolvabilité ou une procédure civile. En outre, la partie civile a parfois le droit de demander des ordonnances pour obtenir des preuves et faire geler des actifs dans le cadre de traités d'entraide judiciaire, ainsi que 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. Elle peut aussi avoir le droit de faire appel de certaines décisions du tribunal.

195. Dans d'autres pays, le représentant de l'insolvabilité peut avoir accès aux dossiers des enquêtes pénales, d'office ou sur ordre spécial du tribunal. En pareil cas, il 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'appliquent.

IV. Actifs numériques

196. Les sections ci-après décrivent les aspects numériques de la localisation et du recouvrement d'actifs, en particulier : a) les données en tant qu'actif faisant l'objet d'une localisation et d'un recouvrement ; b) les données en tant que preuves ; c) les données comme source d'informations pour la localisation et le recouvrement physique des actifs numériques et l'identification de leur détenteur, propriétaire ou

bénéficiaire; d) les données comme moyen de notification concernant les mesures de localisation et de recouvrement d'actifs et pour la réalisation des recouvrements (c'est-à-dire pour la prise de contrôle des actifs) ; et e) les données aux fins de la prévention de la fraude et d'autres comportements qui rendent nécessaires la localisation et le recouvrement d'actifs. Dans tous ces contextes, il est procédé à l'analyse du rôle des intermédiaires (par exemple, les prestataires de services en nuage et les exploitants de plateformes) et des développeurs et opérateurs d'intelligence artificielle, de l'Internet des objets et d'autres solutions pour la réalisation de transactions commerciales en ligne. Leur rôle peut être différent mais néanmoins indispensable à la localisation et au recouvrement d'actifs, que ce soit simplement pour rechercher et fournir des informations ou pour prendre des mesures plus complexes, comme le gel, la saisie et le recouvrement d'actifs ou de preuves numériques. En particulier, les échanges centralisés détiennent souvent des informations essentielles à la localisation et au recouvrement d'actifs.

197. La section ci-après traite également des questions découlant de la vulnérabilité et de la volatilité des données. En particulier, la préservation, l'intégrité et l'utilisation ultérieure des données en tant qu'actif, preuve ou autres dépendent de nombreux facteurs, notamment de l'interopérabilité des technologies, systèmes et processus. Les sections suivantes abordent également les questions soulevées par les processus décentralisés, (pseudo)anonymes, autonomes et irrévocables propres à la technologie du registre distribué, la reproductibilité des données (original/copie), le changement de contrôle sur les données, la réversibilité des transactions, ainsi que par les réglementations relatives à la protection et à la localisation des données, qui peuvent imposer des restrictions concernant l'accès à certaines données et leur utilisation depuis l'étranger.

A. Les données en tant qu'actif (actifs numériques)

198. Les actifs numériques peuvent prendre des formes diverses. Ils peuvent être détenus directement ou via des intermédiaires qui peuvent exercer différents rôles les concernant. Ils peuvent ou non être reconnus en tant qu'objet de propriété susceptible de faire partie de la masse de l'insolvabilité. Dans la procédure d'insolvabilité, ces aspects seront couverts par la loi applicable (voir les recommandations 30 et 31 du Guide). Dans le cas où les actifs numériques sont reconnus en tant qu'objet de propriété susceptible de faire partie de la masse de l'insolvabilité, le type d'un actif numérique, la manière dont il a été créé et celle dont il est détenu peuvent avoir une incidence pour déterminer s'il existe une revendication de propriété de l'actif lui-même ou une créance personnelle contre le détenteur ou le dépositaire de l'actif, et si un actif numérique visé par la localisation et le recouvrement sera identifiable comme un objet distinct ou comme une part proportionnée du mélange d'actifs détenu par un dépositaire pour l'ensemble de ses clients. La détermination de ces points, qui tient compte des circonstances et des faits de l'espèce, indiquera finalement si un certain actif numérique fera partie de la masse de l'insolvabilité du dépositaire ou de celle de son client en cas d'insolvabilité de l'un ou de l'autre. Le type d'outils à utiliser pour la localisation et le recouvrement d'actifs numériques dépendra de ces déterminations.

199. Lorsque des actifs numériques sont reconnus comme appartenant à la masse de l'insolvabilité, différentes raisons peuvent conduire, comme pour tout autre type d'actifs, à leur localisation et à leur recouvrement. Le débiteur peut avoir pour activité principale l'échange d'actifs numériques. Les actifs peuvent alors être répartis entre différents endroits en ligne et ne pas être tous nécessairement sous le contrôle du débiteur. Il se pourrait également que le débiteur ait investi dans l'achat d'actifs numériques. Dans les deux cas de figure, il est concevable que le débiteur puisse dissimuler l'existence, la valeur et l'emplacement de tout ou partie des actifs numériques, ou que les actifs numériques déclarés soient volés. Par exemple, les portefeuilles d'échange, les portefeuilles personnels ou toute autre méthode de stockage ou de transfert d'actifs numériques peuvent faire l'objet d'un piratage, ou le

débiteur pourrait avoir participé, consciemment ou non, à des systèmes frauduleux qui empêchent le représentant de l'insolvabilité de se saisir des actifs numériques (par exemple, en cas de tentative de retrait des actifs, la demande est rejetée par leur détenteur et les actifs sont transférés hors de son compte). Les actifs volés pourraient ensuite être échangés par « on-ramp » (échange entre détenteurs de portefeuilles inconnus, ce qui empêche l'enregistrement des transactions), « off-ramp » (vente des actifs numériques volés contre de la monnaie fiduciaire), ou par ces deux méthodes, et il pourrait être tenté d'en dissimuler l'origine et la destination finale. Les signatures de cercle (se dit d'une signature numérique créée par un membre d'un groupe dont chaque membre possède ses propres clefs, ce qui empêche de déterminer qui au sein du groupe a créé la signature), les adresses furtives (utilisation d'adresses uniques pour chaque transaction) et les mixeurs de cryptomonnaie (une transaction unique est divisée en un grand nombre de transactions automatiques aléatoires, qui sont à leur tour divisées en transactions plus petites, avec répartition entre divers participants) font partie des techniques utilisées à cette fin.

200. Comme indiqué dans les sections précédentes, certains États accordent aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire pour ordonner toute mesure nécessaire en fonction des circonstances de l'espèce. Il peut s'agir des mesures ayant des effets à l'échelle mondiale. Les tribunaux ont appliqué les outils de localisation et de recouvrement décrits dans le présent texte à des actifs numériques, en les adaptant à l'environnement numérique et aux besoins de l'espèce et en les associant aux mesures coercitives habituelles pour forcer l'exécution, tout en protégeant, au besoin et selon qu'il convenait, l'anonymat des commerçants en ligne et la confidentialité de leurs justificatifs d'identification en ligne. Au vu de la nature des actifs numériques et du commerce en ligne, des ordonnances mondiales de gel et de divulgation ont été prises rapidement pour préserver les chances de succès du recouvrement. Pour les cas où le défendeur est inconnu, il est devenu possible dans certains pays d'ordonner des mesures contre des « personnes inconnues » (par exemple, pour ordonner le gel d'actifs numériques connus dont le propriétaire demeure, jusqu'à présent, inconnu), bien que ces mesures soient entrées en conflit avec les normes bien établies de protection des bénéficiaires de bonne foi. 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, alors que les actifs de cet utilisateur peuvent être eux-mêmes inconnus.

201. Lorsque des actifs numériques ont été échangés au moyen de la technologie du registre distribué et d'autres technologies analogues, ils peuvent être localisés à l'aide de logiciels d'analyse de données et d'analyses criminalistiques, même en cas d'utilisation de services de mixage. Cela tient au fait que les technologies en question créent une trace publique permanente des transactions et représentent des systèmes pseudonymes. Plus précisément, les actifs numériques et les transactions dont ils font l'objet, visibles par tout participant au réseau, peuvent chacun se voir attribuer une clef publique qui sert de pseudonyme à un participant particulier au réseau, et sont donc visibles par tous. Bien que la clef privée correspondante ne soit (en principe) connue que du participant au réseau concerné, en comparant la clef publique à des comptes, adresses électroniques ou autres moyens d'identification connus, il est possible d'attribuer des transactions et jetons particuliers à un compte ou une adresse électronique spécifique. Par conséquent, les logiciels d'analyse de données et les analyses criminalistiques peuvent révéler l'historique des transactions de toute plateforme de chaîne de blocs, de tout serveur, de tout opérateur de marché numérique ou de tout prestataire de services de portefeuille, faire le lien entre les portefeuilles numériques et l'identité réelle de leur propriétaire, suivre les transactions vers et depuis des portefeuilles numériques, et prouver l'existence d'actifs numériques appartenant à la masse de l'insolvabilité.

202. En l'absence d'utilisation de la technologie du registre distribué ou de technologies analogues, il peut être nécessaire de prendre des ordonnances de divulgation directe ou d'autres ordonnances contre l'entité concernée. De nombreux opérateurs d'actifs numériques ont adopté des règles strictes pour veiller au respect

du principe « Connaissez votre client », ce qui facilite l'identification du titulaire d'un compte particulier. Les exploitants de plateformes numériques soumis à ces règles et à des réglementations analogues peuvent ainsi identifier leurs clients et se conformer aux obligations, ordonnances et demandes de divulgation et autres liées à la localisation et au recouvrement d'actifs émanant du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Par exemple, lorsque des actifs numériques volés appartenant à la masse de l'insolvabilité ont été localisés sur un compte hébergé sur une plateforme, l'exploitant de celle-ci peut recevoir l'ordre de bloquer ou de désactiver le compte pour empêcher la dispersion de sa valeur, de transférer le compte au représentant de l'insolvabilité ou de communiquer l'identité du titulaire du compte en vue d'actions ultérieures par le représentant de l'insolvabilité (par exemple, des actions en annulation). Le cas échéant, le lieu où est situé le fournisseur d'actifs numériques peut être un facteur important pour déterminer l'endroit où il convient de demander des mesures provisoires ou d'introduire une action. S'il s'avère possible de remonter jusqu'aux titulaires effectifs des comptes, des actions en annulation pourront être introduites contre eux aux fins du recouvrement des actifs numériques ou de la valeur des transactions. Le cas échéant, le lieu où sont situées ces personnes peut être un facteur important pour déterminer l'endroit où il convient d'introduire une action.

203. Toutefois, ces ordonnances et mesures ont des chances d'aboutir lorsqu'elles visent des entreprises d'actifs numériques enregistrées, qui sont soumises à une réglementation et à un contrôle. Dans de nombreux pays, les entreprises, dépositaires ou échanges d'actifs numériques ne sont pas enregistrés et ne sont pas soumis aux normes applicables à l'exploitation des plateformes numériques. En outre, comme indiqué ci-dessus, des tentatives de rendre quasi anonymes les transactions portant sur des actifs numériques et de dissimuler l'origine et la destination finale des actifs ont lieu continuellement. Les portefeuilles privés (c'est-à-dire détenus directement par une personne sans l'intervention d'un dépositaire) et les portefeuilles froids (c'est-à-dire détenus sur des dispositifs physiques non reliés au Web) posent des défis supplémentaires en matière de localisation et de recouvrement d'actifs. La législation et la jurisprudence sont également incertaines en ce qui concerne les actions contre les développeurs d'actifs numériques, d'intelligence artificielle et d'autres solutions.

204. Les problèmes propres à la localisation et au recouvrement d'actifs numériques découlent non seulement des systèmes pseudonymes, parfois quasi anonymes, mais aussi de la vitesse à laquelle peuvent s'échanger ce type d'actifs, indépendamment des frontières nationales et sans lien avec les devises ou actifs physiques nationaux émis par les gouvernements. Le fait que différents pays soient concernés peut occasionner non seulement les difficultés habituelles liées aux questions de compétence et de loi applicable, à la course aux actifs et au cloisonnement visant à protéger les créanciers locaux, difficultés que les textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité cherchent à éviter, mais aussi un conflit des régimes réglementaires qui, faute de coordination, peut entraîner un double comptage et l'imposition d'amendes excessives sur la masse de l'insolvabilité par les régulateurs de différents pays. En outre, l'ampleur et les incidences des insolvabilités concernant des actifs numériques et le rôle des créanciers dans la supervision de la localisation et du recouvrement des actifs et d'autres mesures prises dans le cadre de la procédure d'insolvabilité peuvent être imprévisibles, car les créanciers préféreront peut-être rester anonymes et ne pas participer à la procédure, pour des raisons légitimes ou illégitimes. Tous ces éléments font que les procédures d'insolvabilité portant sur des actifs numériques sont notoirement complexes et qu'elles nécessitent des solutions rapides, effectives et créatives ainsi qu'une coordination et une coopération étroites entre tous les pays concernés aux différentes étapes de la procédure.

205. D'autres problèmes viennent de ce que certains types d'actifs numériques (par exemple, les cryptomonnaies) sont beaucoup plus volatiles et que d'autres (par exemple, les données) sont de valeur incertaine. Cela rend particulièrement difficile l'analyse coûts-avantages à mener pour évaluer l'opportunité de la localisation et du recouvrement d'actifs numériques. Il peut se révéler nécessaire d'associer différentes techniques d'évaluation et d'engager les services de professionnels pour l'évaluation.

[À établir en fonction des actifs numériques à traiter dans la présente section. Bien que la caractérisation des actifs numériques soit propre à chaque espèce et qu'un même actif puisse remplir plusieurs fonctions (actifs hybrides) ou changer de caractéristiques dans la chaîne d'opérations ou de transactions, il faudrait peut-être exclure ceux qui sont clairement utilisés à des fins d'investissement ou de financement, car ils peuvent être régis par la législation et la réglementation applicables aux services financiers, aux titres et aux autres instruments financiers. Les considérations relatives à la localisation et au recouvrement de ces actifs pourraient être abordées en temps utile, de manière appropriée et suffisante, dans les chapitres précédents, par exemple dans le contexte des titres détenus auprès d'un intermédiaire.]

B. Les données comme preuve

206. *[À établir : questions relatives à la recevabilité des données comme preuve ; séquestre des données en tant que preuve ; mesures visant à éliminer ou à réduire les risques de manipulation des données.]*

C. Les données comme source d'informations

207. *[À établir : questions relatives à l'intelligence artificielle et à l'Internet des objets.]*

D. Les données comme moyen de transmission d'informations (notifications et actes analogues)

208. *[À établir : utilisation des courriers électroniques, des distributions gratuites de NFT, de Twitter et d'autres comptes de médias sociaux pour adresser des notifications et des ordonnances, y compris à l'étranger.]*

E. Aspects liés à la prévention

209. *[À établir : aspects liés à la lutte contre la cybercriminalité et au maintien de la cybersécurité ; ségrégation, capital et autres exigences ; et systèmes de mise en garde et d'alerte.]*
