Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.189

Assemblée générale

Distr. limitée
28 août 2023
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Soixante-troisième session
Vienne, 11-15 décembre 2023

Localisation et recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité

Note du Secrétariat

Table des matières

Page

Introduction 2

Annexe

Projet de texte sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité 3

V.23-16549 (F)

Merci de recycler

Introduction

1. L'ordre du jour provisoire de la soixante-troisième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.188) contient des informations générales sur le projet relatif à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité que la Commission lui a confié à sa cinquante-quatrième session[1]. Annexée à la présente note se trouve la deuxième version d'un 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'avant-projet de ce texte dont le Groupe de travail était saisi à sa soixante-deuxième session (A/CN.9/WG.V/WP.186), et prend en compte les commentaires faits sur cet avant-projet lors de cette session (A/CN.9/1133, par. 11 à 21).

2. En particulier, à la demande du Groupe de travail, un examen plus détaillé des questions suivantes a été ajouté au projet de texte : a) restrictions à la divulgation d'informations ; b) aspects de droit pénal ; c) registres (voir appendice II) ; et d) loi applicable dans les procédures d'insolvabilité. En outre, une boîte à outils regroupant des mesures destinées à accélérer la localisation et le recouvrement d'actifs dans les cas d'insolvabilité internationale a été incorporée au projet de texte (voir appendice I). Cette boîte à outils est fondée sur la proposition soumise par le Canada à la soixante-deuxième session du Groupe de travail (A/CN.9/1133, annexe) et sur les commentaires formulés au sujet de cette proposition lors de cette session (A/CN.9/1133, par. 17 à 21).

3. À la soixante-deuxième session du Groupe de travail, différents points de vue ont été exprimés sur l'opportunité d'inclure un chapitre portant sur les aspects numériques dans le texte et il a été considéré que cela pourrait retarder l'achèvement du projet compte tenu du caractère nouveau, évolutif et changeant des points qui devraient être traités dans ce chapitre, et du fait que d'autres instances, telles qu'UNIDROIT[2], travaillaient actuellement sur les mêmes questions ou sur des questions connexes. Il a également été considéré que le texte ne devrait pas trop entrer dans les détails pour ce qui était des questions liées à la localisation et au recouvrement d'actifs en rapport avec l'utilisation de l'intelligence artificielle (IA) et de l'Internet des objets (IoT) ; la responsabilité ; la cybercriminalité et la cybersécurité ; et les réglementations prudentielles et autres de même type, concernant notamment les exigences en matière de séparation, de capital et autres. Des préoccupations particulières ont été exprimées quant au fait que le texte puisse traiter des crédits d'émissions de carbone.

4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être s'entendre sur l'opportunité d'inclure dans le texte un chapitre distinct sur les aspects numériques. À défaut, il serait possible d'ajouter un chapitre consacré aux spécificités de la localisation et du recouvrement de certains actifs, y compris les actifs numériques, et de traiter les autres aspects numériques (tels que ceux découlant de l'utilisation de données en tant qu'éléments de preuve ou en tant que moyen de communication) aux endroits appropriés dans le reste du texte. Dans l'attente que le Groupe de travail se décide à ce sujet, le secrétariat a traité dans le détail la question des données en tant qu'actifs faisant l'objet d'une localisation et d'un recouvrement dans le chapitre IV, et brièvement abordé d'autres aspects numériques ailleurs dans le texte.

5. Les notes de bas de page en gras indiquent la source des modifications apportées. Elles n'ont pas vocation à être conservées dans la version finale du texte élaboré par le Groupe de travail, contrairement aux autres notes de bas de page.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément nº 17* (A/76/17), par. 215 à 217.

[2] Voir par exemple les informations concernant le projet d'UNIDROIT sur les meilleures pratiques pour des procédures d'exécution efficaces à l'adresse suivante : www.unidroit.org/fr/travaux-en-cours/.

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'insolvabilité [3] ; c) soumise au contrôle ou à la supervision (présent, passé ou potentiel) [4] d'un tribunal [5], y compris dans le cas d'un débiteur non dessaisi [6] ; d) ouverte à l'égard d'un débiteur (personne physique ou morale) en grande difficulté financière ou insolvable (autrement dit, en situation d'insolvabilité réelle ou imminente)[7] ; et e) visant à liquider ou à restructurer l'entreprise débitrice en tant qu'entité commerciale[8]. 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.

---

[1] Voir le glossaire principal du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le « Guide » et le « Glossaire »), terme nn) ; 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 article 2 h) de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (2019) (LTIGE). La définition du terme « 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] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 74 à 76.

[5] « 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)]. Lorsque le contexte l'exige, les deux termes sont utilisés.

[6] « 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 qu'il spécifie (par exemple pour assister ou superviser le débiteur non dessaisi). Voir également la recommandation 112 du Guide et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 71 et 86. Ce terme n'est pas destiné à englober les débiteurs non dessaisis autoproclamés.

[7] 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 par 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).

[8] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 77 et 78.

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'insolvabilité[9] ; 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 différents moyens 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'activité[10] ; 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 tribunal[11] ; d) la procédure ouverte par une micro- ou petite entreprise (MPE) débitrice à un stade précoce de ses difficultés financières[12] ; 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-dessus[13].

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'efficience 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. [L'appendice I présente une boîte à outils regroupant des mesures destinées à accélérer la localisation et le recouvrement internationaux d'actifs, lesquels posent des difficultés nouvelles à l'ère du numérique, notamment en raison de la facilité avec laquelle les actifs circulent entre les pays et du fait que plusieurs opérations, parfois nombreuses, faisant intervenir des parties qui ne sont pas toujours identifiables (immédiatement), peuvent être conclues de façon instantanée. D'un autre côté, les progrès technologiques offrent aussi des possibilités nouvelles et peuvent notamment permettre d'actualiser ou d'adapter les mesures et pratiques traditionnelles de localisation et de recouvrement d'actifs en vue de les rendre plus souples, créatives et innovantes face aux difficultés nouvelles qui se présentent dans ce domaine. Cette boîte à outils peut aider les États à cet égard].

4. Le texte est issu des propositions faites à la CNUDCI visant à présenter un ensemble de possibilités que les États pourraient choisir, ou non, d'incorporer 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 domaine[14]. Les propositions ont été examinées lors du Colloque international (Vienne, 6 décembre 2019)[15] et au sein de la Commission[16] avant d'être

---

[9] Glossaire, terme dd).

[10] Ibid., terme qq).

[11] Voir le 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.

[12] Guide, recommandation 294.

[13] 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.

[14] 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).

[15] Le rapport du Colloque se trouve dans le document A/CN.9/1008, disponible à l'adresse https://uncitral.un.org/fr/commission.

[16] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément nº 17* (A/73/17), par. 250 et 253 d) ; ibid., *soixante-quatorzième session, Supplément nº 17* (A/74/17), par. 200 à 203 ; ibid., *soixante-quinzième session, Supplément nº 17* (A/75/17), deuxième partie, par. 62 à 65 ; et ibid., *soixante-seizième session, Supplément nº 17* (A/76/17), par. 215 à 217.

soumises pour examen au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, en 2021. 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 jouer[17].

5. Pour examiner ce texte, le Groupe de travail[18] est parti du principe qu'une meilleure connaissance des outils et des questions connexes contribuerait à renforcer l'efficacité et l'efficience 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'insolvabilité[19] ainsi que la protection des intérêts légitimes des créanciers[20], du débiteur et des autres parties intéressées[21]. L'absence de cadre en matière de localisation et de recouvrement d'actifs peut augmenter les risques de dispersion frauduleuse des actifs et limiter les possibilités de rétablir l'intégrité de la masse de l'insolvabilité, de redresser les entreprises viables et de liquider les entreprises non viables de manière ordonnée et rapide. Par ailleurs, la faiblesse d'un cadre existant compromet les perspectives de réalisation des actifs, ce qui engendre des incertitudes pour les créanciers et peut les dissuader d'investir. Par conséquent, l'existence d'un cadre efficace et efficient contribue non seulement à la réalisation des objectifs des lois sur l'insolvabilité et des objectifs 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 durable[22].

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 afférents[23]. Le présent texte s'appuie

---

[17] Ibid., *soixante-seizième session, Supplément nº 17* (A/76/17), par. 217.

[18] 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, A/CN.9/1133, [*à compléter*], disponibles à l'adresse https://uncitral.un.org/fr/content/groupe-de-travail-v-droit-de-linsolvabilité.

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

[20] « 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).

[21] « 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)].

[22] Voir Guide, première partie et https://sdgs.un.org/fr

[23] Guides pour l'incorporation des lois types et Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (« Guide pratique »), Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (le « Précis ») et *La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge* (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.

sur ces travaux et ces instruments et les complète, en se concentrant sur les dispositions que l'on trouve couramment dans les lois internationales, régionales et nationales sur 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 prévoient ces dispositions (leurs objectifs, leurs conditions d'utilisation et les garanties contre les utilisations abusives de ces outils), en mettant en évidence les questions découlant de l'utilisation de ces outils, y compris dans l'environnement numérique et au-delà des frontières, et en proposant des mesures destinées à accélérer la localisation et le recouvrement d'actifs à l'échelle internationale.

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 recouvrés 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, selon le cas : 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[24] d'une procédure d'insolvabilité et pendant cette dernière. Dans d'autres contextes, ils 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)[25].

9. Quel que soit le contexte dans lequel se déroulent la localisation et le recouvrement des actifs, les praticiens utilisent des techniques similaires (par exemple, la consultation de sources d'information comparables 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). Ils doivent répondre à des exigences similaires et tenir compte de considérations similaires (par exemple, les spécificités propres à la localisation et au recouvrement de certains actifs, les normes internationales applicables, la sûreté et la sécurité, les garanties d'une 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). Ils font aussi 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 de tiers de bonne foi ; et le financement par des tiers des actions de localisation et de recouvrement d'actifs).

---

[24] « 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)].

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

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[26] et les règles sur la capacité juridique et les délais de prescription peuvent différer. Certains concepts peuvent être connus dans certains pays mais pas dans d'autres (« fiducie judiciaire », « action paulienne » ; voir la section pertinente ci-après). Les outils utilisés dans certains pays (par exemple, la production forcée de pièces, les restrictions à la divulgation d'informations et l'interception de la correspondance) peuvent aller à l'encontre des politiques publiques dans d'autres pays. Qui plus est, il arrive que des tribunaux ne reconnaissent pas les effets extraterritoriaux des outils employés par des tribunaux d'autres États. Ainsi, l'efficacité de certains outils de localisation et de recouvrement d'actifs peut être bonne dans un environnement national ou entre certains pays particuliers, 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 informations détenues par des entités locales et pouvant être utiles pour la localisation et le recouvrement d'actifs, comme les informations consignées dans des registres difficiles d'accès (par exemple, en raison de la langue utilisée, d'exigences d'identification locales ou d'autres caractéristiques liées à leur configuration) (voir la section pertinente ci-après).

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 physiques que numériques, y compris entre pays. Toutefois, ils ne sauraient éliminer tous les obstacles à la localisation et au recouvrement efficaces d'actifs, en particulier ceux découlant d'obstacles juridiques ou de choix politiques restrictifs, ou encore de la nécessité de faire intervenir des intermédiaires[27]. Des difficultés spécifiques aux données en tant qu'actifs numériques, preuves, moyens de communication ou sources d'informations, aux transactions numériques et à l'environnement numérique se posent également (voir la section pertinente ci-après).

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. Comme il a été noté plus haut, ces dernières visent notamment la reconnaissance des droits des créanciers existants, le traitement équitable des créanciers se trouvant dans des situations similaires, et la préservation, la protection et l'optimisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers. La localisation et le recouvrement civils d'actifs permettent de réaliser ces objectifs, notamment par la vérification de déclarations arguant que la masse de l'insolvabilité

---

[26] 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. Dans d'autres, il aura uniquement des droits réels sur le bien initial et devra faire valoir des droits personnels pour les autres actifs.

[27] Les intermédiaires dans le monde numérique peuvent par exemple être des fournisseurs de services en nuage ou des opérateurs de plateformes numériques.

ne comprend aucun actif à répartir entre les créanciers, de créances[28] qui peuvent être fictives et d'opérations réalisées par le débiteur non dessaisi, les administrateurs[29] ou le représentant de l'insolvabilité[30] qui constituent en fait des abus de pouvoir. Associés à un régime de sanctions efficace visant à prévenir les abus ou l'utilisation indue du régime d'insolvabilité 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, lorsque 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.

1. Signification et portée de la localisation et du recouvrement d'actifs

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 grevés[31] ou sur des actifs appartenant à des tiers[32]. Les droits de propriété sont déterminés conformément à la loi applicable[33].

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 de préciser dans la loi sur l'insolvabilité 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 annulation[34] ou autre[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[36].

---

[28] « 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. 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)].

[29] 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 ».

[30] « 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 j)]. Lorsque le contexte l'exige, les deux termes sont utilisés.

[31] « Actif grevé » : actif sur lequel un créancier a une sûreté réelle [Glossaire, terme a)].

[32] Glossaire, terme c).

[33] Voir la note de bas de page relative à la recommandation 35 a) du Guide.

[34] « 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 d)].

[35] Recommandation 35.

[36] 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 principale[37] 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 principale[38], 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[39]. Le Guide recommande que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité ouverte au centre des intérêts principaux du débiteur[40], la loi sur l'insolvabilité spécifie que la masse de l'insolvabilité devrait inclure tous les actifs du débiteur, où qu'ils se trouvent[41], et que, lorsque la loi sur l'insolvabilité adopte une approche universelle, comme le recommande le Guide[42], elle aborde également la question de la reconnaissance des procédures étrangères[43]. Il recommande aussi l'incorporation de la LTI par les États[44].

16. La date à partir de laquelle la masse de l'insolvabilité doit être constituée peut être soit la date du dépôt de la demande d'ouverture, soit la date effective d'ouverture de la procédure d'insolvabilité[45] ; 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[46]. 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 » dans le chapitre III 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

---

[37] « 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 40 plus bas.

[38] « 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).

[39] La protection des intérêts des créanciers locaux est envisagée au paragraphe 2 de l'article 21 de la LTI.

[40] 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).

[41] Recommandation 36.

[42] Guide, deuxième partie, chap. II, note de bas de page 7.

[43] « 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)).

[44] Recommandation 5.

[45] Recommandation 37.

[46] Recommandation 315.

l'insolvabilité de la personne physique débitrice[47]. Les obligations des traités internationaux peuvent s'appliquer à ce type d'exclusions. Lorsque le débiteur est une personne morale, les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches en matière d'exclusion d'actifs de la masse de 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 réclamés, tels que des marchandises qui ont été fournies au débiteur avant l'ouverture de la procédure mais n'ont pas été payées et peuvent être récupérées par le fournisseur (sous réserve d'identification et d'autres conditions applicables)[48]. 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 d'une MPE débitrice 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. Autrement, il est possible d'exclure les actifs de la MPE débitrice jusqu'à certains plafonds ou certaines catégories d'entre eux, ou encore tous les actifs d'une MPE débitrice de manière générale, à moins que les créanciers ne s'y opposent[49].

18. Du fait de ces exclusions, tous les actifs du débiteur ne font pas partie de la masse de l'insolvabilité. 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 vaudraient la peine d'être recouvrés en vue d'une intégration à la masse de l'insolvabilité. Par exemple, le recouvrement de certains actifs peut être entravé par des protections particulières (notamment celles qui sont habituellement accordées aux tiers de bonne foi). Divers régimes spéciaux, y compris ceux prévus par des instruments internationaux, peuvent compliquer la localisation et le recouvrement de certains actifs. Il se peut aussi que certains actifs doivent être remplacés par leur valeur en espèces ou par la valeur d'une opération annulée.

2. Difficultés spécifiques à la localisation et au recouvrement d'actifs et solutions possibles

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 administratifs et d'enquête dont disposent le tribunal et le représentant de l'insolvabilité. Ces pouvoirs ne sont pas toujours opérants en dehors des procédures d'insolvabilité.

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 traité 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 les procédures afférentes sont lentes, complexes ou réalisables uniquement sur des bases très étroites. En outre, l'absence ou l'insuffisance de fonds dans la masse de l'insolvabilité peut entraver les actions en annulation ou les autres mesures de localisation et de recouvrement d'actifs si des financements alternatifs ou d'autres arrangements ne sont pas mis en place[50]. Certains

---

[47] Guide, deuxième partie, chap. II, note de bas de page 8.

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

[49] Guide, cinquième partie, par. 175.

[50] Le financement de procédures judiciaires et les autres arrangements de financement par des tiers font généralement l'objet d'une réglementation. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, il y a de grandes chances qu'ils doivent être autorisés par un tribunal. Avant de les autoriser, celui-ci doit évaluer leurs incidences sur le déroulement de la procédure, son issue, l'égalité de traitement

d'entre eux, tels que la cession de créances à des tiers pour que ceux-ci agissent en leur nom propre, peuvent présenter de multiples avantages pour la masse de l'insolvabilité (par exemple, permettre un paiement immédiat à la masse de l'insolvabilité, éviter les coûts liés à la localisation et au recouvrement d'actifs, ou accélérer la répartition du produit entre les créanciers et la clôture de la procédure d'insolvabilité en éliminant la nécessité d'attendre la conclusion d'une procédure judiciaire ou de procédures de localisation et de recouvrement d'actifs).

21. Lorsque la localisation et le recouvrement d'actifs ont lieu à l'échelle internationale, outre les problèmes habituels liés aux divergences entre les règles régissant la compétence, la capacité juridique et les délais de prescription, des difficultés spécifiques peuvent découler de l'application de règles différentes à diverses questions relevant du 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, à l'étranger, des effets de la procédure d'insolvabilité qui a été ouverte sur ces questions ainsi que les mesures que l'État peut décider de prendre pour protéger des intérêts locaux peuvent créer des difficultés supplémentaires pour la localisation et le recouvrement internationaux d'actifs.

22. L'approche recommandée par la CNUDCI est la suivante : a) prévoir un accès direct et rapide du représentant étranger et des créanciers étrangers aux tribunaux des États adoptants ; b) mettre différents types d'assistance et de mesures, y compris des mesures provisoires, à la disposition de la procédure étrangère et du représentant étranger[51] ; c) mettre en place des mesures destinées à accélérer l'examen des demandes de reconnaissance, d'exécution et de mesures[52] ; d) mettre en place des canaux de communication directs et une coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité ; e) veiller à la coordination des procédures concurrentes ; et f) s'en remettre à la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte (la *lex fori concursus*) pour la plupart des questions en rapport avec la localisation et le recouvrement d'actifs.

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 assurer un équilibre approprié entre l'efficience de la localisation et du recouvrement et la sécurité juridique sur le marché nécessaire pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques[53]. En outre, l'efficacité de la localisation et du recouvrement d'actifs dépend d'un environnement juridique favorable et de facteurs concrets tels que le soutien institutionnel (lequel se manifeste 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

---

de créanciers se trouvant dans la même situation et la protection de toutes les parties intéressées. Les arrangements peuvent être refusés s'ils entrent en conflit avec d'autres considérations plus importantes qui entrent en jeu dans la procédure d'insolvabilité. Quand ils sont autorisés, le financement de procédures judiciaires et les autres arrangements de financement par des tiers sont généralement assortis de garanties, telles que le contrôle des actions et des dépenses et l'évaluation de leur caractère raisonnable et nécessaire. Ces mesures visent notamment à atténuer les risques de retards et les autres entraves à l'administration efficace et efficiente des procédures d'insolvabilité qui peuvent naître de contestations soulevées au motif que lesdits arrangements ont des incidences inappropriées sur le déroulement des procédures d'insolvabilité et leur issue.

[51] « 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)].

[52] Par exemple, outre les délais de procédure, la spécialisation de tribunaux nationaux dans les affaires d'insolvabilité internationale et l'existence de règles de procédure conçues spécifiquement pour de telles affaires peuvent favoriser le traitement rapide des demandes de reconnaissance, d'exécution et de mesures.

[53] Guide, recommandation 1 a).

des autres praticiens intervenant dans la localisation et le recouvrement d'actifs, et la qualité des mécanismes d'exécution. (Voir la section pertinente 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'efficience des mesures prises ;

b) Le chapitre III décrit les différents outils de localisation et de recouvrement d'actifs. Il s'accompagne de deux appendices, l'un contenant une boîte à outils regroupant des mesures destinées à accélérer la localisation et le recouvrement internationaux d'actifs, et l'autre répertoriant et décrivant les principales caractéristiques des registres couramment rencontrés qui présentent un intérêt du point de vue de la localisation et du recouvrement d'actifs ; et

c) [Le dernier chapitre met en lumière les difficultés spécifiques que peuvent poser la localisation et le recouvrement de certains actifs particuliers.]

25. Les termes sont expliqués 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 son actif, 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 redressement des entreprises viables. Les créanciers et les autres parties intéressées, y compris le débiteur, ses propriétaires et ses employés, ont tout intérêt 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 de maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité[54]. La localisation et le recouvrement d'actifs appuient cet objectif, puisque leur but premier est d'identifier, de récupérer et de recouvrer 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 similaires[55]. 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

[54] Ibid., recommandation 1 b) et f).

[55] Ibid., recommandation 1 d) et f).

s'applique de la même manière à tous les créanciers de cette classe. Cet objectif est étroitement lié à d'autres finalités d'un droit de l'insolvabilité efficace et efficient, à savoir garantir la transparence et la prévisibilité et reconnaître les droits des créanciers existants[56]. La localisation et le recouvrement d'actifs favorisent la réalisation de ces objectifs en s'attaquant à la fraude, au favoritisme[57], au traitement préférentiel[58] 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 intéressent également la réalisation d'autres objectifs d'un droit de l'insolvabilité efficace et efficient, car tous ces objectifs 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 règlement efficace et impartial de l'insolvabilité[59], ce qui concourt à remplir les objectifs de maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité 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

1. Large portée de la loi sur l'insolvabilité

29. La localisation et le recouvrement d'actifs sont favorisés et facilités lorsque la loi sur l'insolvabilité régit les procédures d'insolvabilité susceptibles d'être ouvertes contre tous les débiteurs qui exercent des activités économiques[60] et lorsqu'il existe des mécanismes permettant de couvrir les frais d'administration tant des procédures d'insolvabilité que des mesures de localisation et de recouvrement pour le cas où la masse de l'insolvabilité est insuffisante à cette fin[61].

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

30. La prise de mesures provisoires urgentes entre la demande et l'ouverture ou la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité et la mise en place de mesures lors de l'ouverture ou de la reconnaissance d'une telle procédure (voir les sections pertinentes ci-après) facilitent la localisation et le recouvrement d'actifs en préservant le statu quo, en réduisant les risques de (plus grande) dispersion des actifs du débiteur (par celui-ci, les créanciers ou d'autres personnes) et en ménageant suffisamment de temps pour des opérations de localisation et de recouvrement d'actifs plus ordonnées et plus efficaces.

---

[56] Ibid., recommandations 1 h), 3 et 4.

[57] « Favoritisme » : opérations à un prix sous-évalué, effectuées lorsque le débiteur souhaite avantager certains créanciers au détriment des autres. **A/CN.9/1133, par. 13 b)**.

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

[59] Guide, recommandation 1 e).

[60] Ibid., recommandations 8 et 9.

[61] Ibid., recommandations 26 et 280. 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 ou des mesures de localisation et de recouvrement. Les créanciers peuvent être incités à agir de la sorte s'ils pensent que certaines opérations peuvent être annulées ou des actifs dissimulés découverts. Lorsqu'ils ne sont pas disposés à investir du temps et des ressources dans les procédures d'insolvabilité et dans les mesures de localisation et de recouvrement (par exemple, si les sommes recouvrées sont d'un montant insignifiant pour eux), d'autres arrangements de financement peuvent être envisagés. Voir l'examen des différentes options envisageables dans les deuxième et cinquième parties du Guide, dans le contexte des recommandations 26, 125 et 280. Voir également le paragraphe 20 ci-dessus pour l'examen des questions connexes.

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

31. La notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, entre autres, précise le régime appliqué dans le cadre de la procédure, à savoir dessaisissement total ou partiel du débiteur ou non-dessaisissement. Elle indique donc si c'est avec le débiteur ou avec le représentant de l'insolvabilité qu'il faudra traiter concernant la masse de l'insolvabilité. Dans certains pays, la notification d'ouverture oblige toute personne qui a la garde d'actifs et de documents commerciaux du débiteur à les mettre, sous peine de poursuites, à la disposition du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité, selon le cas.

32. En imposant au débiteur l'obligation de communiquer des informations exactes, exhaustives et fiables relatives à sa situation et à l'emplacement de ses actifs et de ses documents commerciaux, on facilite considérablement l'identification et le recouvrement des actifs de la masse de l'insolvabilité (voir la section pertinente ci-après).

4. Mesures incitatives et dissuasives

33. En matière de localisation et de recouvrement d'actifs, il est intéressant de prévoir : a) des mesures incitatives propres à encourager le respect de la loi (par exemple, incitations à la collecte d'informations sur les actifs et les affaires du débiteur) ; b) des mesures propres à prévenir le non-respect de la loi (par exemple, sensibilisation, éducation et alertes précoces) ; et c) des recours efficaces pour décourager et punir le non-respect de la loi (par exemple, imposition d'une sanction pécuniaire à toute personne contrôlant ou détenant des actifs ou documents commerciaux du débiteur pour chaque jour de retard dans leur remise au représentant de l'insolvabilité).

34. De telles mesures incitatives et dissuasives sont souvent prévues non seulement dans le droit de l'insolvabilité mais aussi, par exemple, dans le droit des sociétés, le droit administratif et le droit pénal. Celles qui figurent dans le droit de l'insolvabilité, du fait qu'elles facilitent le recouvrement des actifs de la masse de l'insolvabilité au profit de tous les créanciers et qu'elles peuvent laisser aux tribunaux plus de marge de manœuvre au moment de concevoir et d'imposer à un grand groupe de personnes des mesures ciblées et adaptées, peuvent être, pour les créanciers et les autres parties intéressées, préférables aux mesures incitatives et dissuasives prévues dans le droit pénal ou administratif, étant donné que ces dernières ont des objectifs différents et n'offrent peut-être pas la souplesse nécessaire à une administration efficace de la procédure d'insolvabilité.

35. On trouve ainsi des mesures incitatives et dissuasives dans les dispositions relatives à la décharge[62] (elles peuvent consister par exemple à accorder une décharge anticipée ou, à l'inverse, à refuser la décharge ou à annuler une décharge déjà accordée)[63] et à la conversion des procédures (conversion d'une procédure de redressement en liquidation, par exemple)[64]. En outre, il est recommandé dans le Guide une mesure dissuasive efficace contre la dispersion des actifs, qui consiste à prévoir dans la loi sur l'insolvabilité que tout actif non déclaré ou dissimulé fait partie de la masse de l'insolvabilité[65].

36. Prévoir dans la loi sur l'insolvabilité une disposition autorisant à la fois les débiteurs et les créanciers à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité constitue une autre mesure dissuasive, qui représente en même temps un facteur important pour le déroulement des opérations de localisation et de recouvrement

---

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

[63] Voir par exemple le Guide, recommandations 194 à 196 et 354 à 361.

[64] Ibid., recommandations 158, 353 et 367 à 370.

[65] Guide, recommandation 314.

d'actifs en temps voulu[66]. Donner la priorité au critère de la cessation de paiement par rapport à celui du bilan, comme recommandé dans le Guide[67], permet aux créanciers d'engager des procédures d'insolvabilité et des opérations de localisation et de recouvrement d'actifs suffisamment tôt. Les garanties correspondantes présentent également de l'intérêt à cet égard[68].

37. Lorsque la demande ne déclenche pas automatiquement l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le délai qui s'écoule entre la demande et l'ouverture peut, entre autres, faciliter (ou aggraver) la dispersion des actifs et compliquer les opérations ultérieures de localisation et de recouvrement. Les textes de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité recommandent des mécanismes, dont la présomption d'insolvabilité[69], propres à accélérer l'ouverture de la procédure. Les mécanismes recommandés revêtent également de l'importance dans le contexte international lorsque les États exigent qu'une procédure d'insolvabilité soit ouverte localement pour que le représentant étranger puisse accéder aux voies de droit internes en matière de localisation et de recouvrement d'actifs (voir la section pertinente ci-après).

5. Clarté et sécurité

38. Plusieurs tribunaux peuvent se déclarer compétents en matière de localisation et de recouvrement d'actifs. Différentes règles de compétences et différents facteurs de rattachement peuvent s'appliquer[70]. Certains États peuvent revendiquer l'exercice d'une compétence exclusive ou d'une compétence extraterritoriale[71].

39. 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[72], dont celles qui concernent la localisation et le recouvrement d'actifs, et détermine également quels débiteurs ont un lien suffisant avec l'État pour être soumis à sa loi sur l'insolvabilité. Les facteurs de rattachement sont habituellement l'emplacement du centre des intérêts principaux, de l'établissement ou des actifs du débiteur[73].

40. Le débiteur peut être soumis à la loi sur l'insolvabilité de plusieurs États, ce qui peut entraîner l'ouverture de procédures d'insolvabilité parallèles. Le cadre établi par la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale propose des mesures à prendre

---

[66] Voir par exemple le Guide, recommandations 14 à 29 et 292 à 301.

[67] Voir le Guide, recommandation 15 et note et commentaire correspondants.

[68] Par exemple, rejet d'une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité, abandon de la procédure, ordonnances de compensation des coûts et des dommages et sanctions et autres mesures à l'encontre du demandeur agissant de mauvaise foi. Voir, entre autres, le Guide, recommandations 20, 28, 301 et 309 et commentaire correspondant.

[69] Voir par exemple la recommandation 17 du Guide et l'article 31 de la LTI. Dans certains pays, il existe des présomptions supplémentaires d'insolvabilité, qui peuvent être la fermeture de l'entreprise (du siège administratif ou de tout autre lieu où le débiteur exerce son activité principale) ou le 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 légaux suffisamment de pouvoirs et d'actifs ou d'autres moyens pour s'acquitter de leurs obligations. En outre, la non-présentation de rapports financiers annuels (vérifiés) pendant un certain nombre d'années consécutives (fixé par la loi) laisse présumer que l'entreprise n'est pas en mesure de faire face à ses obligations, ce qui constitue un motif légal d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

[70] Ceux-ci peuvent être, par exemple, le lieu où se trouvent le débiteur ou les autres personnes concernées (comme les défendeurs), le lieu où se trouvent les preuves, le lieu où se trouvent les actifs, les dispositions contractuelles (concernant le choix de la loi et du for), le lieu où l'acte a été commis ou celui où il a produit des effets.

[71] Voir par exemple l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les effets internationaux des ventes judiciaires de navires, qui prévoit que les tribunaux de l'État de la vente judiciaire ont une compétence exclusive pour connaître de toute demande visant à annuler la vente judiciaire d'un navire réalisée dans cet État et conférant un titre libre de tout droit sur le navire ou à en suspendre les effets, compétence qui s'étend à toute demande visant à contester la délivrance du certificat de vente judiciaire.

[72] Guide, recommandation 13.

[73] Guide, recommandation 10 et note correspondante.

pour coordonner ces procédures, en reconnaissant implicitement le rôle de coordination joué par la procédure ouverte dans l'État du centre des intérêts principaux (ou la procédure de planification[74], dans le contexte de l'insolvabilité d'un groupe d'entreprises[75]). Il permet et encourage aussi les communications directes et la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité, y compris en ce qui concerne les mesures de localisation et de recouvrement d'actifs. (Voir les sections pertinentes ci-après.)

41. [La CNUDCI recommande de s'en remettre à la *lex fori concursus* pour tous les aspects ayant trait à l'ouverture, au déroulement, à l'administration et à la conclusion des procédures d'insolvabilité et à leurs effets, à de très rares exceptions près[76]. Les aspects de la localisation et du recouvrement d'actifs qui sont couverts par la *lex fori concursus* comprennent : a) le débiteur susceptible de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité ; b) la constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité (c'est-à-dire les actifs qui appartiennent à la masse de l'insolvabilité et qui peuvent donc être localisés et recouvrés) ; c) les mesures destinées à protéger et à préserver la masse de l'insolvabilité ; d) les règles relatives à l'utilisation ou à la disposition d'actifs au cours des procédures d'insolvabilité ; e) l'annulation ; f) les règles du droit de l'insolvabilité en matière de compensation ; g) les droits et obligations du débiteur ; h) les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité ; i) les fonctions des créanciers et du comité des créanciers[77] ; et j) les frais et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité[78].]

42. Cette approche permet de gagner en prévisibilité et en clarté, et potentiellement de déterminer dans quel cadre prendre les mesures de localisation et de recouvrement, en particulier de déterminer à quelle procédure d'insolvabilité elles devraient se rapporter pour être efficaces et efficientes.

---

[74] Le terme « procédure de planification » désigne une procédure principale ouverte à l'encontre d'un membre d'un groupe d'entreprises, sous réserve que : i) un ou plusieurs autres membres du groupe participent à cette procédure principale aux fins de l'élaboration et de la mise en œuvre d'une solution collective à l'insolvabilité ; ii) il soit vraisemblable que la participation du membre du groupe faisant l'objet de la procédure principale soit nécessaire et qu'il fasse partie intégrante de cette solution ; et iii) un représentant du groupe ait été nommé. Sous réserve des exigences énoncées aux alinéas g) i) à iii), le tribunal peut reconnaître en tant que procédure de planification une procédure qui a été approuvée par un tribunal compétent pour connaître d'une procédure principale visant un membre d'un groupe d'entreprises, en vue d'élaborer une solution collective à l'insolvabilité au sens de la présente Loi [LTIGE, article 2 g)]. Le terme « membre d'un groupe d'entreprises » désigne une entreprise qui fait partie d'un groupe d'entreprises [LTIGE, article 2 d)]. Le terme « solution collective à l'insolvabilité » désigne une proposition ou une série de propositions élaborées dans le cadre d'une procédure de planification aux fins du redressement, de la vente ou de la liquidation de tout ou partie des biens et activités d'un ou de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, avec l'objectif de protéger, de préserver, de réaliser ou d'accroître la valeur combinée globale de ces membres [LTIGE, article 2 f)]. Les autres termes en rapport avec la question sont expliqués dans d'autres notes au fil du texte.

[75] Le terme « groupe d'entreprises » désigne deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante ; le terme « entreprise » désigne 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), et quatrième partie, deuxième section, terme a) ; LTIGE, art. 2 a), b) et d)].

[76] [Par conséquent, les mesures de localisation et de recouvrement d'actifs se rapportant, par exemple, aux systèmes de paiement et de règlement et aux marchés financiers réglementés seront régies par la loi régissant ces systèmes et ces marchés. *À compléter.*]

[77] « 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)].

[78] Cette règle n'interfère pas avec les règles de droit international privé de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité est ouverte, lesquelles détermineront la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Guide, recommandations 30 et 31 [*ajouter les références aux dispositions futures*].

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

43. 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.

44. 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 rôle important en veillant à ce que les opérations 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.

45. La localisation et le recouvrement d'actifs sont également influencés par plusieurs processus parallèles engagés 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 et qui visent à démanteler les sanctuaires accueillant l'argent de la corruption, à empêcher le blanchiment du produit de la corruption et à 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'actifs[79]. Ils ont conduit, en particulier, à : a) l'adoption, dans de nombreux pays, d'une législation sur les bénéficiaires effectifs, régissant également le processus de connaissance du client[80] ; b) l'établissement de registres pertinents pour la localisation et le recouvrement d'actifs, notamment de registres auxquels déclarer les administrateurs et les bénéficiaires effectifs (voir appendice II)[81] ; et c) la

---

[79] 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 d'avoirs qui s'y rapportent.

[80] 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 et à la connaissance du client 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 si nécessaire. En outre, la « règle de voyage » oblige les institutions financières à partager certaines informations relatives aux transferts de fonds d'une institution financière à la suivante lors de virements électroniques ou de transferts similaires. Voir par exemple le Guide législatif de la CNUDCI sur les grands principes d'un registre des entreprises, par. 132 et notes 16 et 17 ; et les recommandations 4, 10, 12 et 16 du Groupe d'action financière (GAFI) (www.fatf-gafi.org/fr/publications/Fatfrecommendations/Fatf-recommendations.html).

[81] Les normes relatives aux bénéficiaires effectifs encouragent notamment les États à procéder à des évaluations complètes des risques liés aux personnes morales, notamment à inscrire ces dernières dans un registre des sociétés accessible au public et 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, en anglais, la recommandation 24 des orientations sur les bénéficiaires effectifs des personnes morales (Guidance on Beneficial Ownership of Legal Persons) publiées par le GAFI et disponibles à

mise en œuvre de politiques et de systèmes de gestion des signalements d'irrégularités[82].

46. En outre, de nombreuses normes généralement acceptées pour l'organisation et la gestion des entreprises (par exemple, les normes comptables) 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 livre journal où toutes les opérations sont initialement enregistrées et un grand livre 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) et des informations relatives à la situation financière, aux résultats, aux opérations avec les sociétés affiliées, et toute autre information importante pour l'évaluation du 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'information du public afin de garantir que les renseignements présentés dans les documents comptables sont exacts, complets, transparents, disponibles et accessibles, le cas échéant, aux autorités publiques (par exemple, fisc, sécurité sociale), aux actionnaires[83], aux créanciers, aux investisseurs potentiels et au public. Dans de nombreux pays, le fait de fournir des informations inexactes ou incomplètes dans les états financiers ou les rapports des commissaires aux comptes, ou de dissimuler des informations, constitue une infraction pénale, tout comme le fait de ne pas signaler aux autorités compétentes ou de ne pas révéler 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.

47. Certaines des normes susmentionnées, ainsi que celles qui ont été spécifiquement conçues pour les applications des technologies de l'information (TI) (par exemple dans les secteurs des transports et de la finance), concernent l'identification et la traçabilité des produits et des opérations, l'identification des propriétaires et détenteurs successifs, ainsi que le traçage et le suivi des marchandises, y compris en temps réel et tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Certaines normes posent des exigences particulières en matière de gestion de l'identité numérique, de transactions numériques, d'actifs numériques et de preuves numériques. C'est notamment le cas de celles qui concernent les mesures appropriées en matière de cybersécurité ; les responsabilités des intermédiaires (par exemple, les détenteurs d'actifs numériques ou les fournisseurs de services en nuage) et des développeurs d'applications informatiques, y compris dans les domaines de l'intelligence artificielle (IA), de la technologie des registres distribués et d'autres solutions ; et l'exploitation et la surveillance des plateformes intégrées (par exemple, l'Internet des objets (IoT)).

48. Les cadres juridiques applicables à certains actifs, y compris ceux qui sont préconisés par certaines normes internationales, peuvent également faciliter la localisation et le recouvrement d'actifs en temps voulu. Ainsi, l'obligation de notification publique de la vente à venir d'un certain actif (par exemple, un navire) peut permettre au représentant de l'insolvabilité de faire rapidement le nécessaire pour s'opposer à la vente et l'empêcher, alors qu'il serait difficile d'annuler la vente

---

l'adresse suivante : www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Guidance-Beneficial-Ownership-Legal-Persons.html.)

[82] 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, et, en anglais, la page Web www.unodc.org/unodc/en/ft-uncac/focus-areas/whistleblower.html.

[83] « 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)].

et ses effets (par exemple, l'attribution d'un titre libre de tout droit à l'acheteur) ou de revenir dessus par d'autres moyens[84].

49. D'autres dispositions légales peuvent appuyer et faciliter la localisation et le recouvrement d'actifs ; c'est le cas par exemple de celles qui régissent les délais de prescription si elles prévoient que le délai applicable court à partir de la découverte de l'actif, de l'information ou de la preuve.

50. En outre, les mesures prises à l'encontre d'un débiteur non coopératif ou malhonnête ou d'autres personnes, y compris l'imposition d'une responsabilité administrative ou pénale, selon la gravité de la situation, jouent un rôle important. Ainsi, dans certains pays, des présomptions défavorables au débiteur et à ses administrateurs (*contra spoliatorem*) peuvent être retenues s'il est établi qu'ils disposent de documents et d'informations qu'ils ont à dessein refusé de présenter au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité, selon le cas. Dans une telle situation, les faits qui leur sont les plus défavorables sont présumés.

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

51. 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 fait[85] 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[86] pour éviter l'insolvabilité et, si elle est inévitable, en réduire l'ampleur au minimum[87]. 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 la section « Actions contre les administrateurs, les actionnaires et d'autres personnes » ci-après).

---

[84] Voir par exemple les articles 4 et 8 de la Convention des Nations Unies sur les effets internationaux des ventes judiciaires de navires. Le commentaire correspondant précise que l'annulation d'une vente judiciaire est extrêmement rare. Il s'agit d'un recours dont la disponibilité est limitée, étant donné la difficulté d'annuler les effets d'une vente judiciaire et de rétablir les parties dans leur position antérieure une fois l'immatriculation effectuée et le produit de la vente distribué. Le commentaire précise également que la Convention ne traite pas des effets d'une vente judiciaire sur le maintien de créances personnelles à l'encontre de l'ancien propriétaire du navire qui sont nées avant la vente, qu'il s'agisse de créances contractuelles ou délictuelles, et qu'elle n'aborde pas la coordination de procédures d'insolvabilité et de procédures parallèles de vente judiciaire.

[85] Le terme « contrôle » désigne la capacité de déterminer, directement ou indirectement, les politiques opérationnelles et financières d'une entreprise (Guide, troisième partie, terme c) ; et art. 2 c) LTIGE). Le terme « membre contrôlé du groupe d'entreprises » désigne les membres du groupe d'entreprises contrôlés par la société mère, quelle que soit leur structure juridique (Guide, troisième partie, glossaire, 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.

[86] Les mesures raisonnables intéressant la localisation et le recouvrement d'actifs 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.

[87] Guide, quatrième partie et recommandation 372.

52. Ces obligations visent au premier chef à éviter l'insolvabilité et, si elle est inévitable, à réduire au minimum les pertes que risquent de subir les créanciers[88]. Dans le même temps, elles intéressent directement la localisation et le recouvrement d'actifs car elles obligent aussi les responsables de l'entreprise à suivre les actifs, à veiller à la transparence des livres et des documents commerciaux et à prendre d'autres dispositions qui pourront, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, apporter au tribunal et au représentant de l'insolvabilité des informations précises et aisément accessibles sur les biens et les affaires du débiteur. De telles informations permettent au tribunal et au représentant de l'insolvabilité de déterminer, s'il y a lieu, de prendre des mesures, ou une mesure en particulier de localisation et de recouvrement d'actifs, et en facilitent la mise en œuvre.

53. Certaines des mesures qui sont censées être prises pendant la période précédant l'insolvabilité peuvent aller au-delà de celles qui sont habituellement prises dans des conditions commerciales normales. Par exemple, il peut être demandé aux dirigeants de tenir une liste détaillée des transferts préférentiels, avec les justifications correspondantes. Les MPE pourront recourir à l'assistance mise à leur disposition avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité simplifiée[89]. Cette assistance pourra prendre la forme de services fournis par un professionnel indépendant nommé par l'autorité compétente (par exemple, pour la collecte des actifs qui constitueront la masse de l'insolvabilité dans le cadre de la procédure d'insolvabilité simplifiée à venir).

54. Dans certains pays, il peut être imposé aux représentants du débiteur, par exemple à un avocat, de conserver les biens du débiteur jusqu'au dépôt de la demande volontaire d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

2. Mesures provisoires

55. Dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, les mesures provisoires sont celles qui sont accordées par un tribunal entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. Elles sont d'une importance décisive pour la localisation et le recouvrement des actifs étant donné qu'en apprenant l'existence de la demande, le débiteur ou d'autres parties pourraient être tentés de transférer des actifs hors de la portée des créanciers et de prendre d'autres mesures qui compliqueraient ensuite la localisation et le recouvrement des actifs. 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[90]. Dans certains pays, les mesures provisoires sont imposées d'office par les tribunaux.

56. Les mesures provisoires ayant pour objectif de protéger les actifs du débiteur susceptibles d'entrer dans la masse de l'insolvabilité d'une éventuelle dispersion, les demandes portant sur de telles mesures doivent être traitées rapidement, notamment en cas de soupçon de fraude.

57. 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 fait de confier l'administration ou la supervision de l'entreprise du débiteur à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne nommée par le tribunal ; et c) le fait de confier la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne nommée par le tribunal[91]. Parmi les autres mesures, on mentionnera la production forcée de pièces, les inspections judiciaires, l'audition de témoins, la

[88] Ibid., quatrième partie.
[89] Ibid., recommandations 275 à 279 et commentaire correspondant.
[90] Recommandation 39.
[91] Ibid.

collecte et la préservation de preuves et l'ordre de fournir des renseignements concernant les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur.

58. Dans certains pays, la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité entraîne automatiquement la suspension de la réalisation des 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 ; b) 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 c) 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 déboucher sur une mesure plus stricte, telle que le dessaisissement du débiteur de l'exploitation de son entreprise.

59. Certains pays autorisent leurs tribunaux, dès la 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.

60. 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 fin ; b) exiger du demandeur une indemnisation en rapport avec les mesures provisoires et, le cas échéant, le paiement de frais ou droits[92] ; 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 abusive[93].

61. Des garanties supplémentaires peuvent être imposées en relation avec certaines mesures provisoires, par exemple la nomination d'un représentant de l'insolvabilité à titre de mesure provisoire. Dans certains pays, cette mesure n'est pas facilement accordée, en particulier lorsque d'autres mesures permettent adéquatement de préserver le statu quo, du fait qu'elle est perçue comme une ingérence excessive dans les affaires du débiteur et risque de favoriser l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. 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 affaires[94], sauf restrictions imposées par le tribunal. La possibilité de nommer un représentant de l'insolvabilité à titre de mesure provisoire est prévue. 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

---

[92] Recommandation 40 et commentaire correspondant.

[93] Ibid.

[94] « 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)].

l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire[95]. Dans bien des cas, contrairement au représentant de l'insolvabilité nommé après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le représentant provisoire peut être nommé à des fins limitées, en fonction des besoins du moment, sauf s'il apparaît nécessaire d'écarter complètement le débiteur de l'exploitation de l'entreprise, par exemple lorsque les administrateurs retirent ou dispersent des actifs ou gèrent l'entreprise sans faire preuve de la diligence requise, ou lorsque toute activité fait défaut et se résume à de la fraude[96].

62. 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, auquel cas le droit d'être entendu sera accordé *ex post*. 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.

63. 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 ; b) 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.

64. 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 court[97].

3. Mesures applicables dès l'ouverture de la procédure

65. Les mesures suivantes que le Guide recommande d'imposer à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité intéressent directement la localisation et le recouvrement d'actifs : a) l'arrêt des poursuites[98] et le traitement des contrats poursuivis et des clauses *ipso facto*[99] ; b) l'identification des actifs de la masse de l'insolvabilité et la constitution de la masse de l'insolvabilité[100] ; et c) le contrôle de l'utilisation et de la disposition des actifs de la masse de l'insolvabilité[101] et de l'exploitation de l'entreprise du débiteur[102], ainsi que le traitement des opérations non autorisées[103].

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

66. 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

---

[95] Guide, recommandations 39 et 41.

[96] **Pour les modifications apportées à ce paragraphe, voir A/CN.9/1133, par. 13 c).**

[97] Guide, recommandations 18 et 296 et commentaire correspondant.

[98] Ibid., recommandations 46 à 51, 317 et 318 et commentaire correspondant. « 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)].

[99] Ibid., recommandations 69 à 86 et commentaire correspondant.

[100] Ibid., recommandations 35 à 38 et 313 à 315 et commentaire correspondant.

[101] Ibid., recommandation 46 e).

[102] Ibid., recommandations 112 à 114 et 284 à 287.

[103] Ibid., deuxième partie, chap. II, par. 16, et chap. III, par. 2, 12 et 33.

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 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).

67. 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.

68. L'imposition de ces mesures poursuit de nombreux objectifs. En termes de localisation et de recouvrement d'actifs, elles diminuent les risques de dispersion des actifs et permettent une administration ordonnée des opérations de localisation et de recouvrement.

69. 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[104]. 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

70. 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. Cette obligation est sans préjudice de celle qui incombe au débiteur de fournir des renseignements exacts, fiables et complets sur sa situation financière et ses affaires au tribunal, au représentant de l'insolvabilité et au comité des créanciers, selon le cas (voir la section pertinente ci-après)[105]. Les lois sur l'insolvabilité diffèrent 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, voire de l'entreprise dans son intégralité, et à la mise sous séquestre des biens fongibles, comme les espèces.

71. 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

---

[104] Ibid., recommandation 47 ; LTI, art. 20-3.

[105] **A/CN.9/1133, par. 13 g)**.

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.

72. 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 ; traitement des opérations non autorisées

73. Le Guide recommande de clarifier les droits et obligations en ce qui concerne l'utilisation, la disposition [106] ou la réalisation des actifs du débiteur et l'administration de ses affaires[107] pendant la procédure d'insolvabilité.

74. 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 l'ordre 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.

75. 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). Un médiateur d'entreprise peut être 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.

76. 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 été autorisées par le représentant de l'insolvabilité ou le 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

---

[106] « 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)].

[107] Voir par exemple les recommandations 41, 112 et 284 à 287.

l'insolvabilité toutes les obligations *ultra vires*, sauf, dans certains pays, lorsque l'autre partie a conclu l'opération de bonne foi et fourni 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 autorisées 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 autorisées, 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 non dessaisi 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 qui a entraîné une augmentation effective de la valeur des actifs du débiteur ou est bénéfique pour les créanciers.

77. 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 non dessaisi ou le représentant de l'insolvabilité. On distingue généralement entre les actes qui interviennent dans le cours normal des affaires et ceux qui interviennent 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.

78. 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 sont néanmoins exclues[108].

79. Le Guide considère que les opérations relèvent du cours normal des affaires lorsqu'elles sont conformes à l'exploitation de l'entreprise du débiteur avant la procédure d'insolvabilité et aux conditions commerciales normales. 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. Un régime particulier est recommandé pour l'utilisation et la disposition d'un produit en espèces, afin de protéger les droits des créanciers garantis[109] 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 valeur[110], 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) pour prévenir la fraude et la collusion[111], la disposition d'actifs en faveur de

---

[108] **A/CN.9/1133, par. 13 h).**

[109] « 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)].

[110] « 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)].

[111] **A/CN.9/1133, par. 13 i)**.

personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur[112] fait l'objet 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 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

80. 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.

81. 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 débiteur[113] et des tiers, y compris des organismes publics

a) Obligations du débiteur

82. Sauf dans des circonstances très limitées, le débiteur est généralement soumis, entre autres, aux obligations suivantes[114] :

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 ainsi que de remettre les actifs du débiteur et, dans le cas de cryptomonnaies, de remettre les informations et les clefs d'accès pertinentes ;

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[115] ; des procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours, y compris les procédures d'exécution, ainsi que des éventuelles enquêtes réglementaires ou pénales intervenues pendant une certaine période avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[116] ; des

---

[112] « 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 [Glossaire, terme kk)]. 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.

[113] Guide, recommandations 110, 111, 284 à 286 et 290 et commentaire correspondant.

[114] **A/CN.9/1133, par. 13 j)**.

[115] En ce qui concerne les sûretés, il peut être tenu de communiquer des renseignements sur l'emplacement actuel des actifs grevés.

[116] Cela peut s'accompagner de l'obligation de fournir une copie intégrale des communications correspondantes et d'indiquer l'identité et les coordonnées de toutes les personnes concernées.

éléments d'actif et de passif, des bénéfices et des décaissements, y compris la valeur estimée de l'actif et du passif[117] ; des débiteurs et de leurs obligations ; des créanciers et de leurs créances ; de tous les comptes actifs et des comptes clôturés pendant une certaine période antérieure[118] ; des professionnels (auditeurs, conseillers d'entreprise, conseillers juridiques, etc.) engagés par le débiteur pendant une certaine période avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[119] ; de tous les responsables actuels ou passés pendant une certaine période avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[120] ; des polices d'assurance en cours de validité détenues par le débiteur ou ses responsables ; des dividendes versés aux actionnaires[121] ; des bénéficiaires effectifs, avec l'adresse et les coordonnées de chacun et le pourcentage de participation détenu par chacun ; des salariés et des initiés au sens de la définition de ces termes pouvant figurer dans la loi interne sur l'insolvabilité[122] ; des paiements versés aux initiés pendant une certaine période avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; des filiales ; et de l'emplacement des établissements et des autres activités commerciales du débiteur et de l'identité des personnes associées à ces activités. 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). Lorsqu'un audit a été effectué ou que des états financiers ont été publiés, le débiteur peut être tenu de fournir une copie intégrale des rapports d'audit, y compris les conclusions et recommandations des auditeurs, et des états financiers ;

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 créanciers 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 ;

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.

83. Des obligations supplémentaires et diverses mesures de contrôle peuvent être imposées au débiteur non dessaisi. Celui-ci peut être tenu par exemple de communiquer chaque mois au tribunal, aux créanciers ou au représentant de l'insolvabilité éventuellement nommé pour contrôler ses affaires un état de toutes les transactions, tous les revenus perçus et toutes les dépenses effectuées ainsi que les relevés bancaires du mois précédent.

---

[117] Cela inclut les espèces ou les actifs de tout type ou toute description qui ne sont pas consignés dans les livres ou documents du débiteur et toute précision concernant ces actifs, leur emplacement et l'identité et les coordonnées des personnes ou des sociétés qui en détiennent le contrôle.

[118] Les comptes incluent les comptes de dépôt ou autres comptes détenus dans le pays et à l'étranger. Les informations suivantes sont à fournir : nom des établissements financiers où les comptes sont détenus, numéros de compte, signataires du compte et relevés de compte au cours d'une certaine période.

[119] Les informations suivantes seraient à fournir : nom, adresse et coordonnées de ces professionnels, services assurés par eux, copies des factures et autres communications échangées avec eux ainsi que de tous les livres et documents du débiteur en leur possession.

[120] Les informations suivantes seraient à fournir : noms, fonctions, titres, missions, adresse et coordonnées actuelles ainsi que copies des contrats de travail.

[121] Les informations suivantes seraient à fournir : montant, date, noms des bénéficiaires et situation de solvabilité du débiteur au moment du versement des dividendes.

[122] Les informations suivantes seraient à fournir : noms et coordonnées de ces personnes.

84. De nombreux pays exigent que le débiteur ou certains de ses responsables 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.

85. 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 et peut justifier l'octroi de mesures à l'encontre du débiteur au terme d'une procédure accélérée, *ex parte* et sans notification au débiteur, ainsi que d'autres mesures. Des conclusions défavorables peuvent également être tirées dans le cadre de procédures civiles ou pénales connexes. En revanche, en cas de condamnation des personnes concernées 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.

86. Des garanties sont généralement prévues pour le débiteur afin de prévenir les abus. En particulier, des règles spéciales peuvent s'appliquer au traitement des informations commercialement sensibles, confidentielles et protégées d'une autre manière, et aux informations soumises à des obligations dues à d'autres personnes.

b) Obligations des tiers et des organismes publics

87. À l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les tiers, y compris les organismes publics tels que l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale, qui ont traité avec le débiteur ou qui détiennent des informations sur celui-ci ou ses actifs, peuvent être tenus par la loi : i) de fournir au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité, le cas échéant, des informations et des documents sur les actifs, les comptes[123] 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 par des fonctionnaires autorisés ; iii) de remettre les actifs du débiteur et, dans le cas d'actifs numériques, de remettre les informations et les clefs d'accès pertinentes au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité, selon le cas ; et iv) s'ils ont loué, emprunté, gardé en dépôt ou autrement utilisé ou eu en leur possession des actifs du débiteur, de ne plus conclure aucune opération portant sur ces actifs. Le représentant de

[123] Lorsque des informations relatives à un compte bancaire doivent être communiquées, il peut s'agir : i) de spécimens de signature ; 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.

l'insolvabilité peut exiger l'exécution de ces obligations d'office, ou une décision de justice à part peut être requise pour contraindre les tiers à s'acquitter de ces obligations[124].

88. 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 que ne s'appliquant généralement pas lorsque le représentant de l'insolvabilité dessaisit le débiteur (voir la section pertinente ci-après) ; ii) selon le type de renseignements obtenus, des restrictions à leur divulgation et à leur utilisation ultérieures ; et iii) des exceptions pour les biens utilisés à des fins d'utilité publique (par exemple confiscation dans le cadre d'une procédure pénale).

5. Devoirs et pouvoirs du représentant de l'insolvabilité

89. Le représentant de l'insolvabilité a pour obligation générale de protéger et de préserver les actifs de la masse de l'insolvabilité[125]. 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.

90. 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. En particulier, dans certains pays, il appartiendrait au tribunal de lui conférer des pouvoirs d'enquête[126]. Dans d'autres pays, le représentant de l'insolvabilité peut disposer d'office de certains pouvoirs d'enquête, tandis qu'une autorisation du tribunal serait requise pour d'autres mesures, telles que l'examen de documents du service des virements d'une institution financière concernant des opérations sur le compte du débiteur.

91. Les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité en matière de localisation et de recouvrement d'actifs dépendraient également 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[127]. 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, y compris en vérifiant les informations obtenues par lui[128].

92. 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

---

[124] **A/CN.9/1133, par. 13 k).**
[125] Voir par exemple Guide, recommandation 120.
[126] **A/CN.9/1133, par. 13 l).**
[127] Guide, recommandation 112.
[128] **A/CN.9/1133, par. 13 m).**

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, la communication de certaines informations peut être protégée par le secret des communications entre l'avocat et son client et les règles du secret bancaire[129]. 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. 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 autorisés de ces actifs. À cette fin, le représentant de l'insolvabilité peut fermer des entrepôts ou l'entreprise dans son ensemble, mettre sous séquestre les biens fongibles, tels que les espèces, et prendre les mesures nécessaires pour rendre les droits de la masse opposables à autrui. Il peut demander au tribunal d'ordonner un arrêt des poursuites. 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 à la masse de l'insolvabilité (par exemple procédures judiciaires en matière commerciale, procédures arbitrales ou administratives, 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 contester les créances ou 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 ; et 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

[129] **Ibid., par. 13 k).**

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.

93. 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 procédures judiciaires en matière commerciale, 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. Le fait d'agir en cette qualité évite donc souvent de devoir passer par le tribunal, par exemple pour obtenir l'accès à des informations qui seraient sinon confidentielles ou protégées. Le représentant de l'insolvabilité agissant en cette qualité sera en mesure de bénéficier directement de l'aide des forces de l'ordre 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.

94. 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 d'une autre source de financement ou d'autres arrangements (voir par. 20 ci-dessus), des perspectives de réussite, des avantages attendus pour l'ensemble des créanciers 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, le représentant de l'insolvabilité peut accorder la priorité à des mesures de localisation et de recouvrement d'actifs concernant des biens qui, par leur nature ou en raison d'autres circonstances, sont périssables, susceptibles de se dévaluer ou autrement menacés. Si des obstacles et des retards peuvent entraver le recouvrement d'actifs contestés au profit de la masse de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité peut tirer avantage d'une suspension de toute opération impliquant ces actifs pour préserver le statu quo et empêcher leur dispersion jusqu'au règlement des différends. Il peut ne pas être possible de mener des enquêtes visant des actifs numériques dans plusieurs pays, même si cela serait souhaitable, en raison des restrictions applicables dans les pays concernés, des coûts ou d'autres considérations. Pour d'autres actifs, c'est l'inverse qui est vrai : il est possible, mais non souhaitable, de prendre des mesures de localisation et de recouvrement en raison de la volatilité et de la vulnérabilité des actifs concernés et du faible avantage qu'il y aurait à les recouvrer pour la masse de l'insolvabilité, par exemple en l'absence de marché prévisible pour leur réalisation. 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 de pièces et offrir une protection juridique à la personne concernée, par exemple contre l'auto-incrimination.

95. 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. Un équilibre approprié doit par exemple être assuré lorsque l'on octroie 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 le soin requis (par exemple, pour éviter toute collusion ou pression indue de la part des créanciers ou de tiers). 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[130]. 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).

96. 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 et recouvrer les actifs de la masse. Ils peuvent être tenus de soumettre à l'autorité compétente des informations sur les mesures prises en matière de localisation et de recouvrement d'actifs aux fins de vérification. 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. Lorsque l'autorité publique compétente est chargée d'administrer la procédure d'insolvabilité, de sorte qu'aucun représentant de l'insolvabilité n'est nommé, la question de la responsabilité personnelle de ce dernier, par opposition à la responsabilité de l'État pour les actes de l'autorité compétente concernée, ne se poserait pas[131].

6. Annulation et actions similaires

97. Les actions en annulation constituent un outil puissant en matière de localisation et de recouvrement d'actifs. Elles permettent 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 tout actif transféré ou sa valeur pour l'intégrer à la masse de l'insolvabilité. Les dispositions d'annulation figurant dans la loi sur l'insolvabilité visent à préserver l'intégrité de la masse, 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[132].

98. On trouve des dispositions relatives à l'annulation dans la loi sur l'insolvabilité de la plupart des pays. Elles traitent généralement des points suivants : a) critères permettant de déterminer les opérations annulables ; b) durée de la période suspecte[133] ; 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.

---

[130] Recommandations 115 à 125.

[131] **A/CN.9/1133, par. 13 n).**

[132] Voir par exemple Guide, Glossaire, terme y) ainsi que recommandations 87 à 99, 217, 218, 228 et 316 et commentaire correspondant.

[133] « 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)].

99. On observe des divergences d'un pays à l'autre dans la réglementation des actions en annulation et des notions connexes telles que le « cours normal des affaires » (voir par. 78 ci-dessus) et les « personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ». Certains pays utilisent des critères objectifs en prévoyant l'annulation de toutes les opérations intervenues pendant la période suspecte, des opérations sans contrepartie et des opérations réalisées avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, tandis que d'autres utilisent des critères subjectifs nécessitant de suivre une approche individualisée et de prouver que les actes étaient intentionnels et ont été commis en connaissance de cause, etc. D'autres encore utilisent les deux à la fois. Dans un même pays, les critères d'annulation, les présomptions, la répartition de la charge de la preuve et la durée de la période suspecte peuvent varier selon les parties concernées (par exemple, les administrateurs ou d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur) et la cause de l'annulation (par exemple, la fraude). Les effets de l'annulation peuvent aussi différer en fonction de tous ces facteurs : certaines opérations peuvent être nulles de plein droit tandis que d'autres seront susceptibles d'annulation. Pour toutes ces raisons, l'annulation est un outil dont l'utilisation est complexe et imprévisible et demande du temps, en particulier à l'international et lorsque qu'il doit être prouvé que les parties aux opérations susceptibles d'annulation ont agi intentionnellement et en connaissance de cause.

100. 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. Pour remédier à ce problème, certains pays autorisent la poursuite des actions en annulation après la clôture de la procédure d'insolvabilité par des 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 de 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.

101. 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 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 : les actions engagées par des créanciers peuvent se poursuivre jusqu'à leur conclusion et les résultats de ces actions sont intégrés dans la procédure d'insolvabilité au moment opportun. La fiducie judiciaire (« constructive trust ») est un autre outil employé dans certains pays 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. Ces outils peuvent être un complément efficace aux actions en annulation pour recouvrer plus rapidement des actifs au profit de la masse de l'insolvabilité.

a) Opérations annulables

102. Les critères permettant de déterminer 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) ; et 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.

103. 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.

104. Des considérations distinctes peuvent apparaître en ce qui concerne l'annulation dans le cadre d'un redressement par rapport à la liquidation, surtout si la procédure de redressement est ouverte à l'égard d'une entité solvable. Les pays suivent des règles différentes sur cette question, en ménageant une plus grande souplesse et davantage d'options dans les procédures de redressement que dans les procédures de liquidation. Le comité des créanciers peut être habilité à décider en dernier ressort quelles opérations annulables seront visées par la procédure de redressement. Il devrait prendre une telle décision au cas par cas, en évaluant l'ensemble des incidences de l'action en annulation sur les créanciers et les perspectives d'aboutir à un redressement rapide et réussi, y compris l'acceptation du plan par les créanciers chirographaires susceptibles de tirer parti d'une action en annulation. Le comité des créanciers peut aussi avoir son mot à dire sur l'issue des actions en annulation engagées par les créanciers avant l'ouverture de la procédure de redressement, même si le traitement de cette question n'est pas uniforme d'un pays à l'autre (voir par. 101 ci-dessus). Différents mécanismes peuvent être utilisés à des fins d'annulation en cas de redressement, notamment la cession d'actions en annulation à une fiducie. Dans le régime de non-dessaisissement du débiteur, un représentant de l'insolvabilité peut être nommé spécialement pour les actions en annulation, de façon à éviter les conflits d'intérêts qui ne manqueraient pas de se produire si ces actions étaient laissées sous la responsabilité des administrateurs chargés de conclure des opérations, celles-ci étant susceptibles d'être visées par une action en annulation lors la procédure de redressement. Le risque que cela se produise est élevé car les opérations d'initiés et les transferts d'actifs du débiteur à des personnes ayant des liens privilégiés avec lui

comptent parmi les opérations qui sont souvent susceptibles d'annulation dans le cadre d'une procédure de redressement[134].

b) Période suspecte

105. 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 patrimoines[135]. Dans certains pays, la période suspecte peut commencer à courir à la date de la découverte de l'opération dissimulée[136].

c) Droit d'intenter des actions en annulation

106. 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. Les frais d'une telle action sont assimilés à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure d'insolvabilité, mais d'autres solutions peuvent également être envisagées pour l'engagement et le financement de cette action (voir par. 20 ci-dessus). 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.

107. 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

108. 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. L'engagement d'une action en annulation contre des opérations frauduleuses n'est en général soumis à aucun délai.

---

[134] **A/CN.9/1133, par. 13 p).**

[135] « 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)].

[136] **A/CN.9/1133, par. 13 o).**

e) Éléments à prouver et charge de la preuve

109. 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 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.

110. 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 bénéficiaire de l'opération qu'incombe la charge de prouver que celle-ci n'entre dans aucune catégorie d'opérations annulables ou 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 sur l'insolvabilité disposent que le représentant de l'insolvabilité est tenu de prouver que l'opération satisfait aux critères d'annulation. D'autres lois encore permettent de transférer la charge de la preuve à la contrepartie 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.

111. 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 groupe qui sont parties à l'opération, l'objet de l'opération, 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[137].

f) Conséquences de l'annulation

112. La contrepartie 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. Des règles d'évaluation à la hausse peuvent s'appliquer afin de permettre la réévaluation de certaines opérations ou de certains actifs qui ont été auparavant sous-évalués ou transférés frauduleusement par le débiteur.

113. Cette partie 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

114. 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

[137] Guide, recommandation 217.

des affaires ou que le droit applicable à un acte susceptible d'annulation n'autorise en l'espèce aucun moyen de contester celui-ci.

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

a) Responsabilité civile et pénale en cas de soustraction, de détournement ou d'actes similaires portant sur les actifs du débiteur

115. Lorsqu'un détournement ou un acte similaire portant sur des actifs qui devraient faire partie de la masse de l'insolvabilité est suspecté, le représentant de l'insolvabilité, les créanciers ou d'autres personnes habilitées, par exemple les organismes de réglementation ou les autorités publiques compétentes, peuvent ouvrir une enquête pour déterminer l'étendue de la participation d'administrateurs, d'actionnaires ou d'autres personnes ainsi que les manquements éventuels aux obligations fiduciaires qui leur incombent. S'il est établi que des administrateurs, des actionnaires ou d'autres personnes se sont livrés à des actes frauduleux ou malhonnêtes (par exemple, un détournement de fonds de la société ou un abus de confiance), la responsabilité civile et pénale de ces personnes peut être engagée et elles peuvent être tenues personnellement responsables.

116. Les actions au civil contre ces personnes visent au premier chef à recouvrer les actifs concernés ou, si cela n'est pas possible, à en faire restituer la valeur à la masse de l'insolvabilité. L'objectif visé serait de restaurer l'intégrité de la masse, pour qu'elle retrouve l'état qui aurait été le sien si le détournement ou l'acte similaire portant sur des actifs devant faire partie de la masse de l'insolvabilité n'avait pas eu lieu. Par ailleurs, la réparation des dommages, tels que les pertes occasionnées par le détournement ou l'acte similaire (manque à gagner, diminution de la valeur des actifs ou autre préjudice économique causé par l'acte), pourrait être ordonnée, le montant de celle-ci pouvant être évalué par le tribunal au cas par cas. En outre, lorsque des avantages personnels ou un profit ont été tirés des actifs en cause, les personnes concernées peuvent avoir à répondre de ces gains et à les restituer à la masse de l'insolvabilité. Les actifs personnels des personnes jugées responsables d'un détournement ou d'un acte similaire, notamment leurs comptes bancaires, leurs biens immobiliers ou leurs placements, pourraient être utilisés à cet effet.

117. La plupart des considérations relatives aux actions en annulation s'appliquent à l'ouverture d'une action civile contre ces personnes, notamment le fait que la responsabilité principale à cet égard incombe au représentant de l'insolvabilité, dès lors que le droit d'agir revient habituellement à la masse de l'insolvabilité. Les créanciers ou toute autre partie intéressée peuvent engager une action avec l'accord du représentant de l'insolvabilité ou, en cas de refus de ce dernier, avec l'autorisation du tribunal. Les frais de l'action seraient en principe assimilés à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure d'insolvabilité ; toutefois, d'autres sources de financement (par exemple des fonds de réserve et un financement des procédures judiciaires) peuvent être autorisées dans certains pays (voir également par. 20 ci-dessus). Les procédures liées à ces actions peuvent continuer après la clôture de la procédure d'insolvabilité et leur issue peut nécessiter de rouvrir cette dernière.

118. Ce type d'action est engagé en sus de l'annulation des opérations frauduleuses, sous-évaluées ou préférentielles qui peuvent avoir été conclues entre le débiteur et les administrateurs, les actionnaires ou d'autres personnes, telles que l'octroi de salaires et avantages déraisonnables suite à la modification du contrat de travail des directeurs généraux ou d'autres responsables avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou le transfert aux administrateurs d'actifs de la société à un prix inférieur à leur juste valeur, ou l'octroi d'une sûreté réelle sur ces actifs aux administrateurs à des conditions de faveur. Ce type d'action peut aussi être engagé en sus d'autres mesures prévues par la loi sur l'insolvabilité à l'encontre des administrateurs, des actionnaires ou d'autres personnes, comme le report des paiements que le débiteur leur doit, le déclassement ou le rejet de leurs créances et l'engagement de la responsabilité

subsidiaire ou solidaire de ces personnes dans la procédure d'insolvabilité (voir ci-dessous).

119. Outre la restitution éventuelle d'un actif important à la masse de l'insolvabilité pour faire en sorte qu'une valeur plus importante revienne aux créanciers, ce type d'action remplit aussi une importante fonction préventive et dissuasive. Si le coût, la durée et les chances de succès peuvent influencer le choix d'engager une action, des considérations plus générales comme l'état de droit peuvent imposer de le faire (voir plus loin la section sur l'interaction de la localisation et du recouvrement d'actifs avec les procédures pénales).

b) Vérification des créances

120. Les mécanismes de vérification des créances, entre autres fonctions, aident à repérer à un stade précoce, c'est-à-dire avant l'admission des créances dans la procédure d'insolvabilité, toute falsification ou acte analogue et à empêcher la déclaration de créances frauduleuses ou inexistantes et à prendre les mesures qui s'imposent. Ces mécanismes constituent donc un moyen de dissuasion efficace contre ces actes et, par voie de conséquence, ils dispensent de procéder à la localisation et au recouvrement d'actifs qui s'imposeraient si ces créances étaient admises.

121. En outre, au cours de la vérification, certaines créances, par exemple celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, peuvent par défaut faire l'objet d'un examen particulier. Les résultats de cet examen peuvent amener à conclure à la nécessité d'un traitement spécial de ces créances. Par exemple, lorsque c'est justifié, le montant de la créance peut être réduit ou la créance peut être déclassée[138].

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

122. 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) [139]. Parmi les circonstances pouvant justifier ces mesures, on mentionnera les cas d'utilisation abusive, par l'actionnaire ou l'entité concernée, du contrôle qu'il exerce sur le débiteur ou l'exploitation de ce dernier, ainsi que les comportements frauduleux, notamment la fragmentation artificielle et l'utilisation de la structure de l'entreprise comme leurre ou façade[140].

d) Ordonnances de contribution

123. 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 ainsi 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.

124. 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[141].

---

[138] Ibid., recommandations 169 à 184, 319 à 325 et troisième partie.
[139] Voir par exemple troisième partie, Glossaire, par. 5.
[140] Ibid., troisième partie, chap. II, par. 95 à 100.
[141] Ibid., chap. II, par. 101 à 104.

e) Regroupement des patrimoines

125. 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 ; ou 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, 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.

126. Le Guide signale qu'il convient de traiter la question du regroupement des patrimoines avec prudence, car elle soulève des questions sensibles et peut créer des tensions avec le principe de l'identité juridique distincte. En conséquence, il mentionne les garanties couramment associées à l'imposition d'une mesure aussi extraordinaire : i) une ordonnance est nécessaire pour le regroupement des patrimoines et le tribunal doit avoir la possibilité de la modifier, si nécessaire ; ii) les parties intéressées doivent être avisées de la tenue de l'audience relative à une éventuelle ordonnance du tribunal ; iii) certains actifs et créances peuvent, sous certaines conditions, être exclus d'une ordonnance de regroupement ; iv) en règle générale, les droits et priorités de tout créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif devraient être respectés ; et v) les priorités établies par la loi sur l'insolvabilité qui sont applicables en ce qui concerne chaque entité avant une ordonnance de regroupement des patrimoines devraient être reconnues. Néanmoins, le Guide 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 réunies[142].

f) Coordination procédurale[143] et autres formes de regroupement

127. 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 un numéro de dossier unique, est confiée à un juge de l'insolvabilité unique, et un représentant de l'insolvabilité unique est désigné. Toutefois, contrairement au cas du regroupement des patrimoines, dans le cas de la coordination procédurale, les actifs et les passifs de chaque débiteur concerné restent séparés et distincts.

128. Le Guide traite de la coordination procédurale dans le contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises[144] et des procédures d'insolvabilité simplifiées[145]. 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. Aux fins de la localisation et du recouvrement d'actifs, le regroupement de

---

[142] Ibid., recommandations 219 à 231 et commentaire correspondant.

[143] « 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)].

[144] Guide, recommandations 202 à 210 et commentaire correspondant.

[145] Ibid., recommandations 364 à 366 et commentaire correspondant.

procédures peut révéler l'existence d'opérations entre des débiteurs ayant des liens privilégiés entre eux ainsi que d'actifs dont la véritable propriété peut être dissimulée par des arrangements entre ces débiteurs.

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

1. Engagement d'une action transfrontière de localisation et de recouvrement d'actifs dans l'État requérant

129. Les actifs du débiteur qui devraient faire partie de la masse de l'insolvabilité sont parfois situés dans des pays différents. Il se peut aussi que des éléments de preuves ou d'autres renseignements susceptibles d'aider à localiser ces actifs se trouvent dans des États étrangers. En outre, les sources d'information possibles, telles que le débiteur lui-même, les administrateurs, les témoins ou d'autres personnes, peuvent ne pas (ou ne plus) se trouver dans l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Lorsque ces personnes n'acceptent pas de se soumettre à la juridiction dudit État ou de coopérer autrement à la procédure d'insolvabilité, différents moyens peuvent être employés pour les contraindre à se conformer aux décisions de justice rendues dans le cadre de la procédure en question. Dans tous ces cas de figure, il peut s'avérer nécessaire d'engager des actions transfrontières de localisation et de recouvrement d'actifs. Dans certains États, les tribunaux ne peuvent autoriser ces actions qu'après s'être assurés de leur bien-fondé, notamment au regard des coûts qu'elles impliquent. Dans d'autres, le représentant de l'insolvabilité n'a pas besoin d'une autorisation supplémentaire du tribunal pour engager ce genre d'actions à l'étranger, mais il reste responsable de celles-ci devant le tribunal et les créanciers.

130. Il arrive que le représentant de l'insolvabilité doive faire intervenir une autorité publique compétente (par exemple, un médiateur de l'insolvabilité) dans le cadre d'actions transfrontières en matière de localisation et de recouvrement d'actifs, par exemple lorsqu'il demande à une autorité étrangère de l'aider à interroger des administrateurs résidant à l'étranger, ou qu'il cherche à obtenir d'autres éléments de preuve auprès d'États étrangers ou à geler des actifs se trouvant dans ces États. Des instruments internationaux peuvent s'appliquer. Ainsi, lorsque les États concernés sont parties à 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 commerciale[146] (la Convention Notification), les procédures qui y sont prévues doivent être mises en œuvre pour la signification et la notification à l'étranger. Lorsqu'ils sont parties à la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale [147] (la Convention Preuves), l'obtention des preuves se fera suivant les procédures qu'elle prévoit.

131. D'autres instruments internationaux et dispositions de droit interne, notamment celles qui donnent effet au régime d'insolvabilité internationale de la CNUDCI, viennent compléter ce cadre. Entre autres choses, ils évitent en partie au représentant de l'insolvabilité de devoir obtenir des licences au niveau local ou effectuer des démarches diplomatiques ou consulaires (par exemple, légalisation ou commissions rogatoires) pour avoir accès aux tribunaux étrangers ou obtenir une assistance et des mesures dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'actifs. Ils simplifient aussi considérablement la notification aux créanciers étrangers de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité nationale en prévoyant explicitement qu'aucune commission rogatoire ou autre formalité similaire n'est requise à cet effet[148].

---

[146] 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.

[147] 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.

[148] Voir, par exemple, art. 14-2 de la LTI.

2. Actions de localisation et de recouvrement d'actifs dans l'État requis

132. Les demandes transfrontières d'actions en matière de localisation et de recouvrement d'actifs dans l'État requis peuvent être adressées dans le cadre de la procédure principale ou non principale ou dans celui d'une procédure d'insolvabilité qui n'est ni principale ni non principale. Elles peuvent être examinées par les tribunaux de l'État requis connaissant des affaires civiles ou commerciales ou spécialisés dans l'insolvabilité, dans le cadre de procédures nationales d'insolvabilité ou d'autres procédures liées à la même masse de l'insolvabilité, parallèlement à de telles procédures ou en leur absence. Elles peuvent être traitées *ex parte* et en même temps que d'autres mesures nécessaires pour garantir l'efficacité de la localisation et du recouvrement d'actifs.

133. Il arrive que différentes conditions doivent être réunies pour qu'il puisse être fait droit à ces demandes. Certaines conditions peuvent être spécifiques à telle ou telle action de localisation et de recouvrement d'actifs. Ainsi, lorsqu'un requérant introduit une demande d'ordonnance de mise sous scellés, de gel ou de saisie des actifs d'un débiteur situés sur le territoire de l'État requis, il peut devoir produire des preuves convaincantes pour démontrer l'existence et l'emplacement de ces biens et le fait que le débiteur en est le propriétaire légal ou le bénéficiaire effectif. D'autres conditions peuvent s'appliquer de manière générale à toute action engagée dans l'État requis aux fins de la localisation et du recouvrement d'actifs. Par exemple, certains États peuvent subordonner l'engagement d'une telle action sur leur territoire à l'ouverture d'une procédure locale, d'insolvabilité ou autre. Dans d'autres États, la reconnaissance d'une procédure étrangère ou d'un jugement étranger peut être une condition préalable à l'engagement d'actions nationales de localisation et de recouvrement d'actifs, bien que certaines mesures puissent également être accordées à titre provisoire avant la reconnaissance. Les exceptions d'ordre public et les garanties liées à la protection des créanciers et des intérêts locaux s'appliquent généralement.

134. Le cadre de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale prévoit que l'État requis peut fournir une assistance liée à la localisation et au recouvrement d'actifs indépendamment de la reconnaissance d'une procédure étrangère[149]. L'accès direct, inconditionnel et rapide du représentant étranger aux tribunaux des États adoptants peut constituer un outil précieux de localisation et de recouvrement[150], étant donné que, dans ce domaine, les actions sont souvent engagées lorsqu'il y a un risque imminent de dispersion ou de dissimulation des actifs de la masse de l'insolvabilité.

a) Reconnaissance

Mesures provisoires dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en cours

135. 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*, ou sur la base d'un traité, de la réciprocité ou de la courtoisie internationale. 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. Dans l'Union européenne, les mesures conservatoires prises dans la région sont automatiquement reconnues.

136. La décision portant reconnaissance de mesures provisoires en subordonne généralement la poursuite au dépôt d'une demande de reconnaissance de la procédure étrangère principale (par exemple, dans les 20 jours). Les habituelles exceptions d'ordre public et garanties de protection adéquate des créanciers s'appliquent. Les raisons justifiant l'imposition d'une mesure provisoire et des garanties qui

---

[149] Voir, par exemple, art. 7 et 9 de la LTI.

[150] Dans l'Union européenne, cet accès est accordé aux représentants étrangers des procédures principales ouvertes dans la région. Ces derniers peuvent demander directement et sans autres formalités toute mesure disponible en vertu du droit d'un État membre de la région où sont situés les actifs du débiteur, afin de préserver ces actifs et d'en empêcher le déplacement.

l'accompagnent dans l'État requérant peuvent avoir une incidence sur la reconnaissance et les effets de cette mesure au niveau international[151].

Jugements liés à l'insolvabilité

137. La plupart des États reconnaissent les jugements liés à l'insolvabilité par voie d'*exequatur* ou sur la base de la réciprocité ou d'un traité international. L'Union européenne prévoit la reconnaissance automatique de ces jugements lorsqu'ils sont rendus dans la région. D'autres États les reconnaissent s'ils se rapportent à la procédure étrangère susceptible d'être reconnue. Certains exigent que le défendeur n'ait pas eu son domicile dans l'État concerné au moment du dépôt de la demande ayant conduit au jugement. Le cadre de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale accélère la reconnaissance des jugements liés à l'insolvabilité[152], y compris, sous certaines conditions, ceux qui n'émanent ni d'une procédure principale ni d'une procédure non principale[153].

Procédure étrangère

138. Certains États n'envisagent la reconnaissance que des procédures étrangères principales, par voie d'*exequatur*. Dans d'autres États, seules les procédures étrangères principales de pays donnés peuvent être reconnues. D'autres États ne peuvent procéder à la reconnaissance que si la réciprocité est établie ou si un traité international prévoyant la reconnaissance des procédures étrangères s'applique. D'autres encore n'accordent la reconnaissance d'une procédure étrangère qu'à la condition que le régime d'insolvabilité de l'État requérant soit comparable au leur, s'agissant en particulier du traitement des créanciers. Le cadre de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale accélère la reconnaissance des procédures étrangères (principales ou non principales). Il impose aux tribunaux de rendre leur décision relative à la demande « le plus tôt possible »[154] et prévoit des mesures leur permettant de conclure dans les meilleurs délais l'examen d'une demande de reconnaissance et de toute demande de mesures au niveau national. Certains États adoptants fixent un délai, généralement très court (3 à 10 jours), pour l'examen des demandes de reconnaissance.

b) Conséquences de la reconnaissance

Effets de la reconnaissance

139. Dans la plupart des pays, une fois reconnue la procédure étrangère, toute décision rendue dans le cadre de celle-ci est reconnue sans qu'aucune démarche supplémentaire soit nécessaire. Dans certains, une procédure reconnue a les effets d'une procédure d'insolvabilité locale. Cependant, elle n'aurait pas d'effet rétroactif

---

[151] **A/CN.9/1133, par. 13 c).**

[152] « 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 b)]. « 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 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 a)]. Les « jugements liés à l'insolvabilité » comprennent les jugements concernant : la constitution de la masse de l'insolvabilité, par exemple la question de savoir si un bien doit être remis à la masse de l'insolvabilité, si une opération doit être annulée ou encore si le débiteur doit une somme ou autre forme d'exécution, ou si une somme ou autre forme d'exécution lui est due ; la responsabilité des administrateurs pour les actes qu'ils ont accomplis pendant la période précédant l'insolvabilité ; l'examen d'un administrateur ; la libération du débiteur ; l'approbation d'une convention de restructuration volontaire ou extrajudiciaire ; et la confirmation ou la modification d'un plan de redressement ou de liquidation. Voir l'article 2 de la LTJI et le commentaire correspondant.

[153] Article 14 h) de la LTJI et commentaire correspondant. L'article X adopté par la CNUDCI en même temps que la LTJI indique clairement que, nonobstant toute interprétation antérieure contraire, les mesures disponibles au titre de l'article 21 de la LTI comprennent la reconnaissance et l'exécution d'un jugement.

[154] Voir l'article 17-3 de la LTI.

(par exemple, toute liquidation en cours au niveau local est irrévocable). 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 permettent au représentant étranger de demander qu'il ne soit pas ouvert de procédure accessoire à la suite de la reconnaissance. Toutefois, celui-ci n'en aura pas la possibilité si, par exemple, des créanciers locaux (tels que des employés) ont produit des créances dans le cadre de l'appel à déclaration de créances suivant la reconnaissance. En pareil cas, une procédure accessoire serait ouverte. Il arrive que des procédures d'insolvabilité locales, sans être exigées par la loi, soient ouvertes pour des raisons pratiques, afin d'éviter les complexités juridictionnelles et autres.

140. En vertu de la LTI, après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale, une procédure ne peut être ouverte dans l'État accordant la reconnaissance que si le débiteur a des biens dans cet État. Les effets de cette procédure seraient limités aux biens du débiteur qui sont situés dans cet État et, dans la mesure nécessaire pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers, aux autres biens du débiteur qui, en vertu de la loi de l'État accordant la reconnaissance, devraient être administrés dans cette procédure[155].

Mesures disponibles

141. Les types de mesures de localisation et de recouvrement d'actifs généralement accordées au niveau local après la reconnaissance comprennent : i) l'interdiction ou la suspension des actions ou des procédures individuelles visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur ou des mesures d'exécution contre les biens du débiteur, et la suspension du droit de transférer ces biens, de constituer des sûretés sur ceux-ci ou d'en disposer autrement (en vertu de la LTI, cette mesure prend automatiquement effet dès la reconnaissance d'une procédure étrangère principale[156]) ; 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 ; et iii) la réalisation urgente des actifs du débiteur, en raison de la nature de ceux-ci ou pour toute autre raison. En outre, le tribunal accordant la reconnaissance peut autoriser un représentant étranger, directement ou par l'intermédiaire d'un représentant désigné localement, à interroger des témoins et à recueillir des preuves sur le territoire de l'État de reconnaissance. Il peut également ordonner la fourniture au représentant étranger de renseignements concernant les biens, les affaires, les droits et les obligations du débiteur. D'autres mesures peuvent être accordées, dont le type, la portée et les autres paramètres peuvent ou non être limités à ceux prévus par le droit interne de l'État accordant la reconnaissance. Certains États autorisent les tribunaux à s'en remettre aux mesures prononcées par le tribunal requérant. Les mesures accordées au représentant d'une procédure étrangère non principale peuvent n'avoir qu'une portée limitée (par exemple, ne se rapporter qu'aux biens administrés dans la procédure étrangère non principale ou ne porter que sur les renseignements requis dans le cadre de cette procédure)[157].

Pouvoirs conférés au représentant étranger dès la reconnaissance

142. Dans certains pays, dès la reconnaissance, le représentant étranger se voit conférer les mêmes droits et obligations qu'un représentant nommé localement, sans toutefois pouvoir exercer aucun pouvoir public ni prendre aucune mesure coercitive dans l'État accordant la reconnaissance. Les obligations du débiteur et des autres personnes résidant sur le territoire de cet État vaudraient donc également à l'égard du

[155] Article 28 de la LTI.
[156] Article 20 de la LTI.
[157] Article 21 de la LTI.

représentant étranger. Ce dernier peut notamment : a) présenter une requête, une demande ou des conclusions dans une procédure d'insolvabilité concernant le débiteur engagée dans l'État accordant la reconnaissance[158] ; b) intervenir dans toute procédure ouverte par ou contre le débiteur dans cet État[159] ; c) engager, dans les limites de la loi de l'État accordant la reconnaissance, des actions locales, notamment en annulation, afin de rendre sans effet les actes préjudiciables aux créanciers dans ledit État[160] ; d) demander toute mesure conservatoire disponible en vertu de la loi de l'État accordant la reconnaissance ; et e) déposer des demandes de recouvrement des actifs de la masse de l'insolvabilité contre des tiers.

143. Dans l'exercice de ses pouvoirs dans l'État accordant la reconnaissance, le représentant de l'insolvabilité devrait se conformer à la loi de l'État où il les exerce[161]. Néanmoins, dans certains États, il n'est pas exclu de pouvoir s'en remettre aux lois régissant la procédure étrangère (par exemple, en ce qui concerne les pouvoirs du représentant étranger ou les renseignements à obtenir), à moins que cela 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 dans ledit État ou avec les mesures provisoires locales. La soustraction d'actifs de la masse de l'insolvabilité nécessite généralement l'autorisation spéciale d'un tribunal.

144. 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 d'engager des actions de localisation et de recouvrement d'actifs. Il peut non seulement demander tout type d'information à toute partie, mais également prendre des mesures pour sauvegarder les actifs concernés. Le représentant étranger 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.

3. Coopération et coordination en matière d'insolvabilité internationale[162]

145. L'Assemblée générale des Nations Unies, 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 débiteur[163]. Lorsqu'il est nécessaire de procéder à la localisation et au recouvrement d'actifs dans un contexte international, le manque de coopération et de coordination peut se traduire par une duplication des efforts et une augmentation des coûts associés à l'ensemble des procédures concernées.

146. La coordination et la coopération peuvent prendre différentes formes et passer par diverses voies. Certaines peuvent être prévues par la loi. Par exemple, la loi sur l'insolvabilité peut exiger la publication au journal officiel national d'informations relatives aux procédures d'insolvabilité internationale, afin de faciliter l'échange d'informations et la coordination des procédures concurrentes.

147. D'autres mécanismes de coordination et de coopération peuvent être conçus pour une affaire particulière, à partir des différents outils de coordination et de coopération mis à la disposition des tribunaux et des représentants de l'insolvabilité dans les États concernés. Leurs caractéristiques peuvent dépendre de l'urgence de la mesure de localisation et de recouvrement d'actifs ainsi que d'autres considérations, par exemple : l'emplacement des actifs à localiser ou à recouvrer ; l'emplacement du débiteur, des témoins ou d'autres personnes concernées ; la loi régissant les actifs et

---

[158] Article 12 de la LTI.
[159] Article 24 de la LTI.
[160] Article 23 de la LTI.
[161] Voir, par exemple, l'article 5 de la LTI.
[162] Chapitre IV de la LTI et chapitre 2 de la LTIGE.
[163] Résolutions 52/158 (quatrième alinéa du préambule) et 73/200 (cinquième alinéa du préambule) de l'Assemblée générale.

d'autres questions relatives à la localisation et au recouvrement ; les tribunaux compétents à l'égard de ces actifs et de ces questions ; la partie la mieux placée pour engager des actions de localisation et de recouvrement d'actifs dans différents États ; l'éventuelle implication d'un groupe d'entreprises ; et l'éventuelle existence de procédures concurrentes, ou encore la nécessité, le cas échéant, de demander la reconnaissance d'une procédure étrangère ou l'ouverture d'une procédure locale[164].

a) Coordination des procédures concurrentes

148. Lorsqu'une procédure étrangère et une procédure ouverte dans l'État requis ont lieu concurremment à l'encontre du même débiteur, le tribunal dudit État devrait assurer la coopération et la coordination avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers participant à la procédure concurrente et garantir la cohérence entre les mesures accordées dans le cadre de la procédure locale et celles accordées à l'appui de la procédure étrangère[165].

149. Lorsque plusieurs procédures étrangères ont été ouvertes à l'encontre du même débiteur, le tribunal requis devrait également s'efforcer d'assurer la coopération et la coordination avec les tribunaux et les représentants étrangers concernés et veiller à ce que toute mesure accordée au représentant d'une procédure étrangère non principale après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale soit conforme à la procédure étrangère principale. Si une procédure étrangère principale est reconnue après la reconnaissance d'une procédure étrangère non principale ou après l'introduction d'une demande de reconnaissance d'une telle procédure, toute mesure accordée à l'avantage de cette procédure non principale devrait être réexaminée par le tribunal et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure étrangère principale. Si, après la reconnaissance d'une procédure étrangère non principale, une autre procédure étrangère non principale est reconnue, le tribunal doit accorder, modifier ou faire cesser les mesures accordées, dans le but de faciliter la coordination des procédures[166].

150. Chaque fois qu'il existe des procédures concurrentes, lorsqu'il octroie, prolonge ou modifie une mesure accordée au représentant d'une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que la mesure porte sur des biens qui, en vertu de la loi de l'État concerné, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans cette procédure[167].

151. La LTI dispose également qu'en règle générale, un créancier ayant obtenu satisfaction partielle en ce qui concerne sa créance dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État étranger ne peut être payé pour la même créance dans la procédure d'insolvabilité locale concernant le même débiteur tant que le paiement accordé aux créanciers de même rang est proportionnellement inférieur au paiement que ledit créancier a déjà obtenu[168].

b) Communication et coopération directes entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité

152. Le droit de l'insolvabilité peut permettre ou exiger une communication et une coopération directes entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité pour favoriser une administration efficace des cas d'insolvabilité internationale. Ces mesures peuvent faciliter la localisation et le recouvrement d'actifs.

153. Certains États suivent habituellement une approche relativement souple de la communication et de la coopération de leurs juges nationaux avec leurs homologues

---

[164] Comme indiqué dans d'autres sections du présent document, l'ouverture d'une procédure locale peut être exigée par la loi ou requise pour des raisons pratiques.

[165] Article 29 de la LTI.

[166] Article 30 de la LTI.

[167] Articles 21-3, 23-2 et 29 c).

[168] Article 32 de la LTI.

étrangers et les représentants étrangers, celles-ci pouvant notamment avoir lieu sans que les représentants ou les conseils des parties en aient connaissance ou y soient associés, bien que dans certains pays, cette approche ne soit adoptée qu'à l'égard des tribunaux et représentants étrangers d'un groupe particulier d'États.

154. Dans d'autres États, il se peut qu'en l'absence d'autorisation spécifique, les juges ne soient pas autorisés à communiquer directement avec leurs homologues étrangers ou avec les représentants étrangers, en particulier si les représentants ou les conseils des parties n'ont pas connaissance de cette communication ou n'y sont pas associés, ou qu'ils soient hésitants ou réticents à le faire en raison de considérations éthiques, de la culture juridique, de la langue ou d'une connaissance insuffisante des lois étrangères et de leur application.

155. Dans certains États, il se peut que l'obligation générale de coopération entre les tribunaux et représentants étrangers n'intervienne qu'après la reconnaissance et seulement en ce qui concerne la procédure étrangère principale. Certains États peuvent imposer une telle obligation uniquement à l'égard des tribunaux et des représentants étrangers d'un groupe particulier d'États. Dans d'autres, cette obligation peut ne pas exister du tout.

156. En l'absence de dispositions d'application générale exigeant la coopération la plus large possible dans les affaires d'insolvabilité internationale, les tribunaux peuvent être réticents à apporter une aide à des procédures connexes dans d'autres États, en particulier lorsque la procédure dont ils sont saisis ne semble pas comporter d'élément international. Ils peuvent être encore moins enclins à coopérer en réponse à une demande ne concernant pas une procédure en cours ou pendante devant eux. Cela peut considérablement entraver la localisation et le recouvrement d'actifs, surtout lorsque les tribunaux sont censés agir vite.

157. Le cadre de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale permet aux tribunaux de communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers ou de leur demander directement des informations ou une assistance[169], et aux représentants de l'insolvabilité, dans l'exercice de leurs fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers[170]. Il prévoit également que les tribunaux devraient être tenus de coopérer dans toute la mesure possible avec leurs homologues étrangers et les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant de l'insolvabilité nommé localement[171]. De même, les représentants de l'insolvabilité, dans l'exercice de leurs fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, devraient être tenus de coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou leurs homologues étrangers[172].

158. La nécessité d'une communication et d'une coopération directes peut se faire sentir à un stade précoce, avant la reconnaissance d'une procédure étrangère ou la demande de reconnaissance et même avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Par ailleurs, elle peut apparaître indépendamment du type de procédure concerné (principale, non principale ou basée sur la présence d'actifs dans l'État)[173]. L'approche recommandée par la CNUDCI consiste à permettre une communication et une coopération directes dans toutes ces situations, sans imposer 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).

159. La communication et la coopération peuvent prendre des formes telles que la communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal et la

---

[169] Voir l'article 25-2 de la LTI et l'article 9-2 de la LTIGE.
[170] Voir l'article 26-2 de la LTI et les articles 13-2 et 14-2 de la LTIGE.
[171] Voir l'article 25-1 de la LTI et l'article 9-1 de la LTIGE.
[172] Voir l'article 26-1 de la LTI et les articles 13-1 et 14-1 de la LTIGE.
[173] Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI, par. 211 et 212.

participation à la communication avec d'autres tribunaux et représentants de l'insolvabilité, la tenue d'une audience en coordination avec un autre tribunal et la conclusion d'accords de coopération internationale par les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité.

160. Il a été publié plusieurs lignes directrices et principes relatifs à la coopération entre tribunaux en matière d'insolvabilité internationale qui suivent la même logique et la même approche que celles recommandées par la CNUDCI en ce qui concerne la communication, la coordination et la coopération entre tribunaux. Ces textes, de nature procédurale et administrative, n'ont pas d'incidence sur les règles de fond ou de compétence ni sur celles qui déterminent la loi applicable, non plus que sur l'ordre public national et autres principes fondamentaux (par exemple, les normes éthiques qui lient les représentants de l'insolvabilité nommés localement). En règle générale, ils ne modifient pas les règles ou procédures relatives aux tribunaux applicables au niveau national et ne cherchent nullement à compromettre l'indépendance des tribunaux ni à modifier ou restreindre les droits fondamentaux des parties à une procédure devant les tribunaux.

161. En plus d'encourager les tribunaux à rendre rapidement leurs ordonnances, décisions ou jugements, ces textes prescrivent : a) de communiquer les éléments de preuve et les documents écrits ; b) de traiter l'affaire dans toute la mesure possible avec le tribunal étranger et le représentant étranger concernés, en utilisant autant que faire se peut des moyens de communication modernes, qui devraient être d'usage courant, fiables et sûrs ; c) de prendre des dispositions concernant la langue de la communication et de la procédure en tenant dûment compte de l'aspect pratique et de la nécessité de ne pas causer de préjudice injustifié aux parties intéressées ainsi que de réduire les délais et les coûts, notamment en supprimant, si possible, l'obligation de traduction dans la langue locale ; et d) de permettre l'authentification des documents, lorsqu'elle est requise, par tout moyen rapide et sûr, y compris par transmission électronique. En vertu de ces lignes directrices et de ces principes, le tribunal requis devrait, sans exiger d'autres preuves ou exemples, reconnaître et accepter l'authenticité des dispositions des lois, règlements statutaires ou administratifs et règles d'application générale relatives aux tribunaux qui sont applicables aux procédures dans d'autres pays. Cette reconnaissance et cette acceptation ne vaudraient pas reconnaissance ni acceptation des effets ou des conséquences juridiques de ces dispositions. Le tribunal requis devrait également admettre que les ordonnances rendues dans le cadre de procédures ouvertes dans d'autres pays ont été dûment et correctement rendues ou enregistrées à leurs dates respectives ou aux alentours de celles-ci, sans exiger d'autres preuves ou exemples aux fins de la procédure dont il est saisi, sous réserve des garanties habituelles, comme la possibilité de faire appel ou de demander un réexamen, ou encore de formuler une contestation pour des motifs valables.

162. L'application volontaire de ces lignes directrices par les tribunaux de pays qui n'ont pas adopté de cadre semblable à celui de la CNUDCI, ou de cadre plus strict, en matière de coopération et de coordination entre tribunaux dans les affaires d'insolvabilité internationale peut grandement faciliter la localisation et le recouvrement d'actifs. Il se peut toutefois que dans certains pays, les tribunaux doivent pour cela être expressément habilités par la loi.

c) Mécanismes de coordination et de coopération internationales des mesures de localisation et de recouvrement d'actifs

163. Un mécanisme de coordination et de coopération internationales mis en place pour une affaire donnée peut prévoir la coordination, entre les tribunaux concernés, de la nomination du représentant de l'insolvabilité, ou bien la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité dans

des procédures concurrentes, ou du représentant du groupe [174] dans des affaires d'insolvabilité de groupes d'entreprises. Il peut également prévoir l'approbation par les tribunaux d'un accord de coopération internationale conclu par les représentants de l'insolvabilité, lequel peut porter sur la coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur et sur la tenue d'audiences coordonnées[175]. Ce type d'accord se révèle généralement nécessaire dans les cas d'insolvabilité internationale impliquant des procédures multiples, qui soulèvent notamment des questions difficiles lorsqu'il s'agit d'appliquer ou de faire respecter un arrêt des poursuites prononcé par un tribunal étranger dans une procédure étrangère, ou d'ordonner un arrêt parallèle à l'appui de cette procédure étrangère.

164. Dans le contexte précis de la localisation et du recouvrement d'actifs, les actions qui portent sur des actifs situés dans différents pays peuvent être entravées par différentes règles applicables à l'arrêt des poursuites et par la portée variable de cet arrêt. Ainsi, dans certains cas, l'engagement d'une action de localisation et de recouvrement peut nécessiter un aménagement urgent de l'arrêt qui est automatiquement imposé à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il peut aussi arriver qu'aucun arrêt n'ait été automatiquement mis en place et qu'il faille demander au tribunal d'en imposer un pour que le représentant étranger ait le temps de préparer une telle action.

165. Ces questions et d'autres encore peuvent être traitées dans des accords de coopération internationale, l'objectif étant de définir une approche optimale et coordonnée des actions de localisation et de recouvrement d'actifs entreprises par plusieurs représentants de l'insolvabilité (par exemple, ceux désignés respectivement dans le cadre de la procédure principale, de la procédure non principale et d'autres procédures) afin de trouver le meilleur moyen de recouvrer les actifs du débiteur. En outre, les tribunaux concernés par ces accords peuvent convenir des modalités d'octroi et d'approbation des mesures provisoires et autres.

166. L'accord peut désigner une partie responsable de la localisation des actifs et une autre de leur recouvrement dans un pays déterminé, et indiquer quelle partie est la mieux placée pour préserver et protéger les biens du débiteur dans différents pays. Il peut coordonner les modalités de localisation et de recouvrement des actifs dans les divers pays concernés et contenir des dispositions sur l'échange de renseignements, la communication d'informations sur l'état d'avancement et la tenue de consultations relatives aux actions engagées. Il peut également préciser la source de financement de ces actions. Par exemple, dans les procédures concurrentes, les frais de justice liés au recouvrement d'actifs faisant suite aux actions engagées ou poursuivies par les représentants de l'insolvabilité dans la procédure non principale peuvent être financés sur les actifs du débiteur en tant que dépenses afférentes à l'administration de la procédure principale, dans certaines limites et sous réserve de la loi applicable. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, les membres du groupe intéressés par un actif particulier appartenant à l'un des membres peuvent être disposés à contribuer au financement de la localisation et du recouvrement de cet actif pour le compte du groupe.

---

[174] « Représentant du groupe » : personne ou organe, même nommé à titre provisoire, autorisé à agir en qualité de représentant d'une procédure de planification [LTIGE, art. 2 e)]. Pour la définition du terme « procédure de planification », voir la note de bas de page 74 ci-dessus. En vertu de l'article 19 de la LTIGE, pour appuyer l'élaboration et la mise en œuvre d'une solution collective à l'insolvabilité, le représentant du groupe est autorisé à demander différents types de mesures, notamment celles nécessaires à la protection, à la préservation, à la réalisation et à la valorisation des biens ou des intérêts des créanciers.

[175] Voir les articles 27 à 32 de la LTI et les articles 10 à 17 de la LTIGE.

C. Outils d'application générale

167. 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 variées. 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 ou dans les conditions d'exploitation de la source pertinente (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 particulier. Par exemple, dans de nombreux pays, les représentants de l'insolvabilité pourront accéder directement à toutes les sources d'information, à quelques exceptions près (par exemple, accès à des informations classifiées) qui nécessiteraient de justifier l'accès et d'obtenir une ordonnance judiciaire spéciale.

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

1. Registres[176]

169. 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, et de registres des biens meubles, corporels et incorporels, y compris les registres des véhicules à moteur, des navires, des aéronefs et de la 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 de propriété ; 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 responsables et les autres personnes habilitées à les engager.

170. Les registres peuvent être utiles à bien des égards aux fins de la localisation et du recouvrement d'actifs. Ainsi, ceux qui établissent la preuve d'un titre de propriété ou qui fournissent des informations concernant les intérêts sur des biens peuvent renseigner le représentant de l'insolvabilité sur les actifs du débiteur, les opérations conclues pendant la période suspecte et les procédures en cours visant la masse de l'insolvabilité. Ceux qui recensent les entreprises et leurs bénéficiaires effectifs et administrateurs peuvent lui indiquer les personnes susceptibles d'être tenues responsables d'un éventuel manquement à leurs obligations pendant la période précédant l'insolvabilité. Les renseignements figurant dans un registre peuvent conduire à d'autres sources d'information sur le débiteur et ses actifs. Les registres sont également un moyen de faire appliquer les mesures provisoires, l'arrêt des poursuites et la suspension du droit de disposer de biens, ainsi que de garantir d'autres effets des procédures d'insolvabilité : les entrées pertinentes (par exemple, l'ajout de la mention « en situation d'insolvabilité » au nom de l'entreprise du débiteur) mettent en garde les tiers contre la conclusion d'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

[176] Le terme « registre » désigne le registre dans lequel sont inscrites les données. Le terme « entité chargée du registre » désigne l'entité qui tient ledit registre. Le terme « conservateur du registre » désigne la personne qui administre le registre.

les titres de propriété et les priorités de la masse de l'insolvabilité à l'égard des tiers. Par ailleurs, les données qu'ils renferment peuvent être utilisées dans des procédures judiciaires en matière civile ou autres procédures ouvertes par le représentant de l'insolvabilité ou auxquelles il se joint. Les informations contenues dans certains registres bénéficient d'une présomption d'exactitude. Les conservateurs de registres peuvent voir leur responsabilité engagée en cas de mauvaise tenue du registre ou de rétention d'informations y figurant, en contravention de la loi applicable.

171. Les normes relatives à l'accès aux registres ne sont pas uniformes et peuvent évoluer. Par exemple, dans plusieurs pays, il a été constaté que des informations sur la situation financière des bénéficiaires effectifs figurant dans les registres correspondants, 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).

172. La plupart des registres sont publics dans de nombreux États. Certains, bien que publics, peuvent ne pas être facilement accessibles ou consultables. Par exemple, l'existence de registres locaux sur papier exige d'effectuer des recherches en personne et manuelles dans chaque lieu où les biens du débiteur peuvent être situés. Certains registres peuvent permettre des recherches par actifs ou selon d'autres critères distincts du nom du débiteur. La configuration des registres peut également poser divers problèmes, qui peuvent notamment être liés à une langue étrangère. En particulier, certains registres suppriment régulièrement des informations et ne conservent pas de données historiques, ce qui peut empêcher de retrouver des informations concernant des opérations antérieures à l'ouverture de la procédure. Des contrôles réguliers peuvent être nécessaires pour découvrir des informations qui apparaissent ultérieurement ou pendant une durée limitée.

173. Certains registres peuvent ne pas être accessibles au public parce que les informations qu'ils renferment sont considérées comme (commercialement) sensibles ou confidentielles. Ces types de registres ne peuvent être consultés que par les personnes autorisées (par exemple un huissier), les personnes souhaitant y consulter leurs propres informations, les organismes publics et les personnes pouvant justifier d'un intérêt légitime. L'utilisation non autorisée d'informations contenues dans les registres peut être interdite et sanctionnée. En particulier, dans certains pays, les registres des comptes bancaires ne peuvent être consultés que par les procureurs et les tribunaux dans le cadre des affaires pénales en général ou de certaines catégories d'affaires pénales uniquement, notamment celles concernant le blanchiment d'argent. Une ordonnance spéciale du tribunal peut être nécessaire pour obtenir des informations extraites de ces registres. 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 de traités d'entraide judiciaire.

174. Les restrictions d'accès à certains registres peuvent ou non être applicables aux représentants de l'insolvabilité. Dans certains États, les registres sont considérés comme des documents et mis d'office à la disposition du représentant de l'insolvabilité, sans restriction aucune. Certains États permettent et facilitent la recherche directe, y compris télématique[177], des actifs du débiteur dans tous les registres par le représentant de l'insolvabilité, dans le contexte tant des procédures d'insolvabilité que d'autres procédures (par exemple, procédures judiciaires en matière civile), sans que celui-ci n'ait à produire de titre exécutoire ou à obtenir l'autorisation du tribunal. Dans d'autres, l'accès des représentants de l'insolvabilité à certains registres peut être subordonné à l'obtention d'une autorisation du tribunal, qui peut être accordée au cas par cas pour chaque registre ou en une seule fois pour

[177] Dans le contexte des registres, les plateformes télématiques sont utilisées pour accéder en temps réel à des informations sur les actifs du débiteur provenant directement de la source pertinente (par exemple, les registres bancaires). Certaines utilisent la technologie du système mondial de localisation (GPS) pour suivre le mouvement d'actifs tels que les navires ou les conteneurs.

tous les registres pertinents en l'espèce. Sur la base de cette autorisation, des arrangements particuliers peuvent être mis en place avec les registres concernés, qui permettent par exemple d'accéder *ex parte* (sans notification au débiteur) aux demandes du représentant de l'insolvabilité. (Pour en savoir plus, voir l'appendice II du présent texte).

2. Dossiers des organismes publics

175. Les dossiers des organismes publics, tels que l'administration fiscale et les organismes 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 contreparties à des opérations conclues avec le débiteur qui sont susceptibles d'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, il peut arriver que le représentant de l'insolvabilité puisse uniquement obtenir 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 autrui ou de s'assurer qu'elles ne sont pas utilisées à des fins autres que celles de la procédure d'insolvabilité).

176. Dans d'autres pays, si les tribunaux ont directement accès aux dossiers de l'administration publique (par exemple, aux bases de données de l'administration fiscale 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

177. Les 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 personnel et ne soient pas accessibles dans le cadre d'une procédure civile, les informations divulguées peuvent être rendues accessibles au représentant de l'insolvabilité par une ordonnance judiciaire ou dans le cadre de sa participation à une procédure pénale (voir la section pertinente ci-après), et peuvent ensuite être utilisées dans la procédure d'insolvabilité. D'autres informations découlant des obligations de divulgation peuvent être rendues accessibles, par exemple celles que les entreprises cotées en bourse doivent communiquer aux investisseurs ou au grand public.

D. Outils liés au contentieux civil

178. 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 tribunaux civils, commerciaux ou autres, parallèlement à une procédure

d'insolvabilité. Dans ce cas, en dehors de la procédure d'insolvabilité, ce sont les règles de procédure civile habituelles qui s'appliquent, notamment aux fins de la collecte de preuves et de l'imposition de mesures conservatoires ou de la prise d'ordonnances préliminaires. Ces aspects sont examinés ci-dessous.

1. Collecte de preuves

a) Types de mesures

179. 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.

180. 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. Ces deux méthodes prévoient aussi bien l'une que l'autre la collecte de preuves qu'il serait autrement difficiles d'obtenir, auprès des parties et des non-parties. Dans le cadre de la collecte de preuves par les tribunaux, le tribunal compétent peut interroger les parties et les témoins, inspecter des objets ou examiner des documents, ou nommer un expert. Il peut également ordonner aux parties et aux témoins de comparaître pour être interrogés et exiger des personnes en possession de certains documents qu'elles les produisent. Quant à la collecte de preuves par les parties, elle 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

181. Dans la plupart des pays, la collecte pendant la phase précontentieuse permet d'obtenir des preuves en prévision d'une procédure judiciaire, 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. Dans certains pays, 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, notamment l'intérêt d'évaluer les éléments de preuve pour déterminer les chances de succès de la procédure. Dans tous ces cas, le demandeur est tenu de démontrer la probabilité de succès de sa demande sur le fond. Il peut se voir imposer des exigences supplémentaires sur ordre spécifique du tribunal[178].

182. La collecte de preuves pendant la phase contentieuse est plus formelle et structurée, et est soumise aux règles de procédure du tribunal, notamment à celles qui régissent la pertinence, la fiabilité, la crédibilité et la recevabilité des preuves. Le tribunal peut écarter certaines preuves (par exemple, lorsqu'elles présentent un caractère préjudiciable ou ont été obtenues de manière irrégulière) et restreindre la divulgation d'autres preuves, que celles-ci aient été collectées pendant la phase précontentieuse ou la phase contentieuse, par souci de confidentialité, de protection des données ou autres.

---

[178] 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 qui l'incriminaient ; 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.

183. Certains pays permettent au créancier judiciaire d'imposer au débiteur judiciaire ou à des tiers de produire des pièces après la fin de la procédure afin de faciliter l'exécution du jugement. Le créancier judiciaire peut ainsi obtenir des informations sur les actifs du débiteur, y compris des actifs 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.

c) Restrictions

184. Dans la plupart des pays, seules les preuves qui ont trait au fond de la demande peuvent être collectées. Cela comprend rarement les preuves relatives aux actifs de l'autre partie, à moins qu'il ne s'agisse d'une action pour fraude civile. Dans certains pays, la pertinence des preuves est interprétée de manière plus large et inclut tous les faits nécessaires pour prouver un élément du fondement de l'action en justice envisagée, y compris les preuves relatives aux actifs des parties.

185. Dans les pays où il existe une règle stricte contre la « pêche aux moyens de preuves », les parties sont censées décrire en détail les preuves qu'elles entendent collecter et utiliser durant la procédure. Lorsque le tribunal obtient des preuves (par exemple, au moyen de constats d'huissier), il est possible qu'il ne les présente pas aux parties et ne les utilise pas dans l'affaire si les parties ne prouvent pas la pertinence de ces preuves pour leur cause.

186. 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 dernières 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, 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.

187. 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, l'utilisation des éléments obtenus 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. Pendant la phase postcontentieuse, les informations doivent concerner uniquement les actifs du débiteur judiciaire faisant l'objet de l'exécution.

d) Questions particulières découlant de l'utilisation des données comme preuve

188. Les principes d'équivalence fonctionnelle, de non-discrimination et de neutralité technologique s'appliquent à l'utilisation des données comme preuve dans les procédures judiciaires. Conformément à ces principes, dans toute procédure judiciaire, aucune règle d'administration de la preuve ne devrait s'interpréter de manière à déclarer irrecevables des données au seul motif qu'elles sont contenues dans un message de données[179]. Le résultat de l'identification électronique ne doit pas non plus être déclaré irrecevable comme preuve au seul motif que la confirmation d'identité et l'identification électronique se font sous forme électronique[180]. De même, le résultat découlant de l'utilisation d'un service de confiance ne doit pas être

[179] Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, art. 9-1.

[180] Loi type de la CNUDCI sur l'utilisation et la reconnaissance internationale de la gestion de l'identité et des services de confiance (2022), art. 5.

déclaré irrecevable comme preuve au seul motif qu'il se présente sous forme électronique[181].

189. Néanmoins, des procédures particulières peuvent s'appliquer, par exemple, à l'identification d'une personne ou à l'utilisation d'un service de confiance[182], ou encore à la saisie de données provenant de dispositifs tiers. Des textes internationaux peuvent s'appliquer. En cas de manquement, les données peuvent être déclarées irrecevables en tant que preuve.

190. L'information prenant la forme d'un message de données devrait se voir dûment accorder force probante[183]. Outre les critères habituels (pertinence, authenticité, force de persuasion), des exigences spécifiques peuvent s'appliquer pour évaluer la force probante d'un message de données. En particulier, cette force probante pourrait s'apprécier eu égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message, à la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente[184].

191. En l'absence de contestation, certains pays présument que les données et les processus ayant permis de les générer et de les stocker sont fiables. D'autres obligent la partie qui se fie aux données à en prouver la fiabilité conformément aux normes applicables, qui peuvent varier d'un pays à l'autre et selon les circonstances. Selon les textes de la CNUDCI, ces normes devraient être appropriées et non discriminatoires et inclure le respect de toutes les règles, politiques et pratiques de fonctionnement applicables, la sûreté du matériel et des logiciels, la régularité et l'étendue des audits réalisés par un organisme indépendant et les certifications de la fiabilité.

192. Compte tenu de la vulnérabilité inhérente aux données, une grande attention est accordée à leur conservation et à leur préservation, y compris la protection contre la perte et l'indisponibilité temporaire. Les textes de la CNUDCI prévoient que, lorsque la loi exige que certains documents, documents d'activité ou informations soient conservés, ou prévoit des conséquences en l'absence de leur conservation, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données si les conditions suivantes sont réunies : a) l'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement ; b) la date et l'heure de l'archivage doivent être indiquées, et elles doivent être associées au message de données ; c) le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues, ou sous une autre forme dont il peut être démontré qu'elle permet de détecter toute altération du message de données après la date et l'heure de son archivage, en dehors de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, du stockage et de l'affichage ; et d) les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent[185]. L'obligation de conserver des documents, documents d'activité ou informations peut ou non s'étendre aux informations ou autres métadonnées dont le seul objet est de permettre l'envoi ou la réception du message de données.

---

[181] Ibid., art. 13.

[182] Ibid., article 2-3.

[183] Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, art. 9-2.

[184] Ibid.

[185] Voir, par exemple, l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), et, pour l'archivage électronique, l'article 19 de la Loi type de la CNUDCI sur l'utilisation et la reconnaissance internationale de la gestion de l'identité et des services de confiance (2022) ; et l'Aide-mémoire sur les principales questions liées aux contrats d'informatique en nuage (établi par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 2019), par. 163, 164 et 173.

193. Des exigences supplémentaires peuvent s'appliquer en fonction du pays, notamment en ce qui concerne la protection et la localisation des données, la cybersécurité, les supports à utiliser pour conserver les données ou les prestataires de services auxquels confier cette tâche, et l'interopérabilité. La nécessité de conserver et de stocker des certificats de signature numérique, en particulier dans un contexte transfrontalier, peut poser des exigences et des problèmes particuliers.

194. Une personne peut satisfaire aux exigences applicables en utilisant les services d'une autre personne, pourvu que les conditions applicables soient remplies. Par exemple, les fournisseurs de services en nuage sont généralement tenus, légalement ou contractuellement, de conserver les données de leurs clients et d'y donner accès, conformément à certaines normes minimales. Dans les procédures judiciaires, un agent autorisé (par exemple, un huissier judiciaire) peut être chargé de collecter, transmettre, conserver et préserver les données en tant que preuve numérique et d'en assurer l'accessibilité. Il est parfois exigé de consigner chaque étape de l'obtention ou de la saisie des données, du transfert vers leur séquestre et de la conservation des données transférées, ainsi que de la mise en lieu sûr du dispositif utilisé pour obtenir ou stocker les données.

2. Mesures conservatoires et ordonnances préliminaires

a) Types de mesures et d'ordonnances

195. Des mesures et ordonnances diverses sont disponibles pour protéger les actifs ou garantir l'exécution. Il s'agit notamment des ordonnances de saisie, y compris en mains tierces (« garnishment » en anglais)[186], des séquestres[187], des saisies nommées « embargo » en espagnol[188], des ordonnances de gel[189], des sûretés judiciaires[190] ; et des saisies-exécutions[191]. En outre, le tribunal peut ordonner au défendeur ou à un tiers (par exemple, un registre ou un conservateur de registre) 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 ni de les grever d'une sûreté ; de ne pas payer une dette ou de ne pas recevoir de paiement

---

[186] 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 prive le débiteur de 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. Dans ces pays, il incombe à l'autorité responsable de la saisie, y compris en mains tierces, de repérer des biens à cet effet. Les banques et d'autres tiers peuvent être tenus de fournir des informations sur les actifs que le débiteur détenait 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 ordonnance de saisie, ce qui présuppose qu'il ait connaissance des actifs que le débiteur possède sur le territoire concerné. 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 d'autres, en l'absence d'actifs connus, une saisie générique peut être demandée. 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 et d'opposabilité. Certains actifs, 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.

[187] Permettant le retrait des actifs par une autorité publique.

[188] Permettant au débiteur de faire usage des biens saisis, mais en s'abstenant de les aliéner et en en assurant la bonne conservation.

[189] 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 les actifs du défendeur situés dans le pays ne suffisent pas à l'exécution d'un éventuel jugement, allant ainsi plus loin que les ordonnances de gel habituelles.

[190] Par exemple, une sûreté judiciaire sur un bien immeuble, qui confère le 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.

[191] Permettant de mettre les actifs saisis à la disposition du tribunal.

associé à une dette ; de rapporter une chose à un endroit donné ; ou de confier la chose à la garde d'un tiers de confiance ou du tribunal.

196. Certains pays établissent une distinction entre la saisie, y compris en mains propres, et les autres ordonnances. Si la demande du plaignant concerne un paiement monétaire, elle est garantie par la saisie. 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.

197. 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

198. 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) ou contre un tiers, comme un fiduciaire, une banque ou l'opérateur d'une bourse de cryptomonnaies, qui peut détenir ou contrôler les actifs du défendeur (par exemple, ordonnances de gel de compte).

199. Lorsque des mesures sont demandées avant ou pendant la procédure, alors qu'il est encore difficile de savoir si la créance du demandeur sera reconnue par le tribunal, et parce que la requête peut être déposée auprès d'un tribunal autre que celui qui statue ou 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 n'est pas aussi élevé que celui requis pour l'emporter sur le fond. Il suffit donc généralement d'un degré de preuve moins élevé, tel que l'existence d'arguments solides ou une probabilité minimale définie. On dit parfois qu'il faut un *fumus boni iuris*, c'est-à-dire l'apparence du bien-fondé de la demande (ou, pour traduire littéralement l'expression latine, « la fumée du bon droit »).

200. 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 serait 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 défendeur. 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 retire ses actifs du pays). En pareils cas, des mesures accessoires peuvent également être imposées.

201. Lorsqu'une créance a déjà été reconnue dans un jugement, ce dernier fait office de preuve de la créance. Une fois le jugement devenu exécutoire, les mesures conservatoires et les ordonnances préliminaires peuvent ne pas être disponibles dans certains pays, car le créancier peut immédiatement entamer une procédure d'exécution. Dans certains pays, l'exécution est effectuée par un huissier judiciaire,

sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une ordonnance de saisie supplémentaire du tribunal. Dans d'autres, des mesures conservatoires peuvent être mises à disposition entre la demande d'exécution et l'exécution elle-même, pour garantir l'exécution du jugement.

3. Garanties

202. L'octroi d'une mesure est généralement subordonné à l'apparence d'un grief justifié, 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 la personne qui est personnellement tenue de se conformer à la mesure, laquelle peut se voir infliger des sanctions en cas de manquement (appelée ci-après l'obligé, qui peut être le défendeur (potentiel) ou une autre personne). 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 l'obligé contre les désagréments, les situations embarrassantes, la contrainte ou les charges ou frais excessifs.

203. Des garanties supplémentaires peuvent s'appliquer aux mesures particulièrement intrusives, telles que les descentes sur les lieux, les perquisitions, les expertises judiciaires effectuées sur des systèmes électroniques ou des téléphones mobiles, les inspections ou la saisie de preuves ou d'actifs. On mentionnera notamment l'exigence d'une justification plus solide 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 donnée pendant les heures de bureau ordinaires et en présence de l'obligé, de son avocat ou de témoins tiers, et l'enregistrement détaillé des mesures prises et des objets enlevés, le cas échéant. Les mesures touchant à la dignité et aux droits humains (notamment à la liberté de mouvement et à la protection de la vie privée) sont en général également 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, une telle ordonnance doit être préférée à toute mesure plus restrictive, y compris, dans le pire des cas, à l'arrestation du débiteur. En outre, ces mesures 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.

204. Les mesures ordonnées font généralement l'objet d'un réexamen périodique obligatoire du tribunal. Le demandeur peut être tenu d'informer le tribunal des changements qui nécessiteraient d'y mettre fin ou de la modifier. Il peut se voir imposer des sanctions en cas de demande abusive ou de non-respect des conditions fixées par le tribunal pour l'octroi d'une mesure.

205. L'obligé a le droit d'être entendu avant que la mesure soit prise. Toutefois, en cas d'urgence ou de risque de dispersion des actifs, des mesures peuvent être ordonnées *ex parte*. Le cas échéant, l'obligé 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 l'obligé 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. Dans certains pays, les mesures *ex parte* s'accompagnent généralement, sous réserve de garanties supplémentaires, de restrictions à la divulgation d'informations sur l'affaire et la mesure (voir ci-dessous).

206. Le demandeur peut être tenu d'indemniser l'obligé 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 l'obligé de tout dommage découlant d'une mesure dont il s'avère 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 l'obligé 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 l'obligé ne puisse pas obtenir de dommages-intérêts de la part du demandeur s'il s'avérait que la mesure avait été accordée à tort.

207. Si aucune procédure judiciaire ou procédure d'exécution n'est encore en cours, le demandeur peut être tenu d'en demander l'ouverture dans un délai déterminé, généralement court, afin d'appuyer la mesure. Le défendeur est parfois en mesure de demander la fin de la mesure ou de faire ordonner une mesure moins intrusive en déposant une garantie. Dans certains pays, il peut demander qu'il soit mis fin à 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.

208. D'autres garanties varient d'un pays à l'autre et peuvent, dans un même pays, dépendre de la mesure particulière demandée, du demandeur, de l'obligé et du contexte. Par exemple, certains pays ne garantissent pas le droit de garder le silence et n'offrent pas de protection contre l'auto-incrimination, mais interdisent l'utilisation des informations obtenues dans une procédure pénale ultérieure. Dans d'autres pays, ce n'est pas nécessairement le cas. Dans certains pays, l'obligé n'est pas forcément tenu 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 mesure 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 ou non, et en présence de personnes de confiance ou d'une autre façon.

209. 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 des mesures et les adapter à la lumière des besoins de l'affaire, notamment en prévoyant des garanties pour leur exécution[192].

---

[192] Les tribunaux ont souvent associé et utilisé, moyennant des variations, des ordonnances de type Norwich et Bankers Trust, en les adaptant, par exemple, aux besoins de la localisation d'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 la 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 spectateur 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 toute procédure engagée sur la base de l'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 permettront de les localiser ou de les préserver, et que la dispersion ou le transfert des fonds risquent de se poursuivre si l'on retarde la divulgation de ces renseignements. 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 divulgués ne soient utilisés qu'aux fins de l'action visant à localiser les fonds.

4. Aspects internationaux

a) Signification d'actes à l'étranger

210. De nombreux États exigent la voie diplomatique pour la signification d'actes à l'étranger. Si les États concernés sont parties à la Convention Notification, 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[193] ». La procédure de la commission 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)[194]. Les tribunaux ont recours à différents moyens pour la signification d'actes à l'étranger[195] et ont donné des précisions sur les critères et conditions applicables à leur utilisation[196].

b) Collecte de preuves à l'étranger

211. 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 de s'adresser par commission rogatoire à l'autorité étrangère compétente (en vertu de traités d'entraide judiciaire ou autrement) ou d'utiliser les procédures prévues par la Convention Preuves, le cas échéant[197]. Ces procédures comprennent la commission rogatoire[198] et

---

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

[194] La Convention permet la notification par voie électronique par la voie de transmission principale (art. 5-1 a) et b) et 5-2), par les voies de transmission alternatives (art. 8 et 10) et par les voies dérogatoires (art. 19). Certains États ont interprété les dispositions de la Convention comme n'incluant pas la signification, entre autres, par courrier électronique ou par les plateformes de médias sociaux, ou ne l'ont appliquée qu'en cas d'échec de la notification par la voie de transmission principale (en particulier en cas d'objection aux voies de transmission alternatives de la part d'un État). De plus amples informations sont disponibles dans le *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Notification* (2016), Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH).

[195] Par exemple, les adresses électroniques, les publications sur des médias sociaux, les plateformes numériques, les sites Web, les applications de messagerie instantanée, les largages NFT et une association de moyens traditionnels et de substitution pour la signification d'actes à l'étranger et à des « personnes inconnues », où qu'elles se trouvent. Voir, par exemple, *D'Aloia* c. *Personnes inconnues et autres* [2022] EWHC 1723 (Ch) (24 juin 2022) ; *Osbourne* c. *Personnes inconnues* [2023] EWHC 39 ; *LCX AG,* c. *John Does n^os^ 1 à 25*, plainte n^o^ 154644/2022 (New York, 6 juin 2022) [ces affaires ne concernent pas spécifiquement l'insolvabilité].

[196] Outre les critères liés à la compétence (par exemple, l'existence d'arguments valables pour invoquer la compétence du tribunal concerné et celle de facteurs de rattachement suffisants au pays concerné), ces critères consistent notamment à déterminer si des efforts ont été faits pour signifier l'acte à l'obligé par des moyens traditionnels, si l'utilisation de ces moyens s'est avérée ou a été considérée *ab initio* inefficace ou vaine, si la communication par un moyen de substitution a été reconnue comme un moyen équitable et efficace de communiquer avec le défendeur, si ce dernier a donné son consentement à la signification par un moyen de substitution, si et dans quelle mesure l'obligé tente de contourner les moyens de signification traditionnels, et si le moyen de substitution choisi est interdit par la loi de l'État du destinataire. Certains pays limitent la signification d'actes par des moyens de substitution en dehors d'un territoire donné à leurs nationaux et résidents se trouvant dans un autre État. D'autres l'utilisent pour les étrangers mais pas pour les obligés nationaux. Certains tribunaux ont également défini des conditions et des exigences techniques particulières pour l'utilisation de moyens de substitution (par exemple, la confirmation de la réception, bien que certains pays considèrent la signification comme étant automatiquement effectuée une fois écoulé un certain délai après la transmission ; la fiabilité, l'intégrité, la préservation, la sécurité et la confidentialité des données ; l'identification du destinataire et l'indication du moment de la communication et de la réception).

[197] 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) (le Règlement (UE) sur l'obtention de preuves).

[198] Articles 1 à 14 de la Convention Preuves. Voir également les articles 5 à 18 du Règlement (UE) sur l'obtention de preuves.

d'autres procédures (par l'intermédiaire d'agents diplomatiques ou consulaires ou de commissaires)[199]. 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 volontairement[200].

212. 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.

213. 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 certains pays, le tribunal est également compétent lorsque les preuves à rassembler se trouvent dans le pays. Dans d'autres, la compétence dépend du motif 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 des personnes situées à l'étranger, à moins que ces personnes n'aient une certaine présence dans le pays concerné. D'autres tribunaux le font dans le contexte numérique, y compris à l'encontre de personnes inconnues et dans des juridictions inconnues.

c) Compétence pour ordonner des mesures conservatoires et rendre des ordonnances préliminaires

214. La compétence pour ordonner des mesures conservatoires et rendre des ordonnances préliminaires *in personam* appartient généralement au tribunal qui est 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 rendues par le tribunal indépendamment de la localisation des actifs et du fait que l'acte en question doive être accompli dans le pays ou à l'étranger. En comparaison, la compétence pour ordonner ou faire exécuter des mesures *in rem*, telles que les ordonnances de saisie, se limite généralement au pays dans lequel sont situés les actifs en question. Néanmoins, il existe des pays dans lesquels les ordonnances de saisie et ordonnances similaires peuvent également être émises par le tribunal qui est ou serait compétent dans la procédure au fond.

d) Reconnaissance et exécution internationales des mesures conservatoires

215. Différents régimes s'appliquent à la reconnaissance et à l'exécution internationales des mesures conservatoires, et l'on observe une tendance croissante à ne pas refuser la reconnaissance et l'exécution au seul motif qu'une mesure est de nature provisoire. Le régime peut dépendre du type de mesure concerné, un régime plus strict s'appliquant généralement aux ordonnances préliminaires. La reconnaissance et l'exécution des mesures conservatoires, sous réserve de motifs limités de refus de reconnaissance et d'exécution, sont permises et facilitées par certains textes internationaux[201], notamment par la Convention de New York dans le

---

[199] Articles 15 à 22 de la Convention Preuves.

[200] Article 19 du Règlement (UE) sur l'obtention de preuves.

[201] Voir, par exemple, la Convention interaméricaine sur l'exécution des mesures préventives ou conservatoires, l'article 32 du Règlement européen sur l'insolvabilité ou le Règlement (UE) nº 655/2014, JO L-189/59 (2014) sur l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des

cas où des mesures conservatoires sont ordonnées par des tribunaux arbitraux sous forme de sentence arbitrale. D'autres textes internationaux traitant de la reconnaissance et de l'exécution internationales des jugements, mesures ou ordonnances étrangers excluent les mesures conservatoires de leur champ d'application[202]. De nombreux pays limitent l'effet de la plupart des types de mesures conservatoires au territoire de l'État d'émission et, en cas de demande de reconnaissance et d'exécution de mesures conservatoires étrangères, émettent des mesures nationales parallèles. Le tribunal requis peut tenir compte de la mesure accordée dans l'État d'émission pour déterminer la mesure conservatoire locale appropriée. Si la mesure ordonnée dans l'État d'émission est inconnue dans la loi de l'État requis ou n'est pas disponible pour une affaire donnée en vertu de cette loi, le tribunal requis peut l'adapter pour qu'elle corresponde à la mesure conservatoire locale qui produirait un effet identique ou analogue ou, si cela n'est pas possible, à la mesure qu'il aurait ordonnée dans des circonstances identiques ou analogues en vertu de ses propres règles de procédure civile. D'autres pays acceptent les mesures conservatoires ordonnées par des tribunaux étrangers, sous réserve d'exceptions d'ordre public et autres.

E. Mesures accessoires

1. Restrictions à la divulgation d'informations relatives à la localisation et au recouvrement d'actifs[203]

216. La plupart des pays autorisent les tribunaux, dans certaines circonstances, à restreindre la divulgation d'informations concernant l'affaire et les mesures judiciaires pendantes ou imposées. Ces circonstances incluent généralement la nécessité d'éviter toute interférence avec les enquêtes ou la diffusion d'informations biaisées ou inexactes susceptibles d'influencer l'opinion publique et de nuire à l'équité du procès. Dans le cas de la localisation et du recouvrement d'actifs, elles comprennent également la nécessité d'assurer un effet de surprise et l'efficacité des mesures judiciaires. Par exemple, une banque peut se voir interdire de révéler à son client qu'elle a reçu l'ordre de communiquer des informations à son sujet au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité. Toutes les personnes concernées peuvent se voir imposer l'interdiction de discuter des détails de l'affaire, y compris d'éventuelles restrictions à la divulgation d'informations s'y rapportant, à l'extérieur de la salle d'audience (par exemple, ne pas faire de déclarations aux médias ni partager d'informations sur les médias sociaux). En outre, l'accès à l'ensemble du dossier ou à des documents ou éléments de preuve particuliers qu'il contient (par exemple, des informations sensibles du point de vue commercial ou personnel, y compris l'identité de témoins ou d'autres personnes[204]) peut être interdit. Ces restrictions accompagnent souvent les audiences *ex parte* (sans notification de l'autre partie) et à huis clos. La violation de ces restrictions est passible de sanctions, y compris de peines d'emprisonnement.

217. La disponibilité et la portée de ces restrictions, ainsi que les exigences et conditions particulières applicables à leur émission, varient d'un pays à l'autre.

---

comptes bancaires ; la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (LTA), art. 17 H à 17 I.

[202] Voir, par exemple la Convention Preuves (article premier ; en outre, plusieurs États signataires de cette convention ont déclaré qu'ils n'exécuteraient pas les commissions rogatoires qui ont pour objet la procédure connue dans les États de *common law* sous le nom de « pre-trial discovery of documents » ; la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale [art. 3-1 b)] ; et la définition du terme « jugement » énoncée à l'article 2 a) de la LTJI.

[203] Connues dans certains pays sous le nom de « gag and seal orders » (ordonnances imposant le secret et la mise sous scellés).

[204] En raison par exemple des risques accrus de cyberattaques et d'autres conséquences négatives, les tribunaux préservent généralement l'anonymat des opérateurs sur les plateformes d'échange de cryptomonnaies.

Lorsqu'elles sont autorisées, elles peuvent être ordonnées par le tribunal lui-même ou à la demande d'une personne intéressée. Dans le second cas, il peut être demandé à l'auteur de la demande d'exposer les motifs de la restriction ainsi que de préciser les informations ou le sujet à protéger.

218. Les tribunaux exigent généralement des éléments de preuve solides pour imposer ces restrictions, et les soumettent à des exigences strictes de nécessité et de proportionnalité. Le cas échéant, ils en limitent l'application dans le temps et les définissent de manière étroite, en les adaptant aux circonstances spécifiques de l'espèce. Par exemple, lorsqu'un effet de surprise est essentiel, la portée des restrictions peut se révéler très large en fin de compte.

219. Ces garanties visent à mettre en balance la nécessité d'émettre ces restrictions avec les intérêts concurrents et les principes fondamentaux de justice ouverte, de transparence et de liberté d'expression. Les restrictions imposées peuvent faire l'objet d'un réexamen et de modifications.

2. Procédures pénales à l'appui de la localisation et du recouvrement d'actifs[205]

a) Contexte national

220. Les procédures pénales peuvent faciliter la localisation et le recouvrement d'actifs à plusieurs égards.

221. Premièrement, les entités et les personnes qui ont subi un préjudice du fait d'un acte criminel, comme l'ensemble des créanciers et la masse de l'insolvabilité dans le cas d'une infraction liée à l'insolvabilité[206], ont **le droit d'engager une procédure judiciaire contre les responsables de ce préjudice ou de se joindre à une telle procédure afin d'obtenir une indemnisation**. Si plusieurs personnes lésées peuvent engager une telle procédure ou s'y joindre, chacune faisant valoir ses droits individuels à indemnisation, le fondement de l'action à introduire au nom de l'ensemble des créanciers et de la masse de l'insolvabilité revient à la masse de l'insolvabilité (voir ci-dessus dans le contexte des actions en annulation et des actions contre les administrateurs). C'est donc au représentant de l'insolvabilité qu'il incomberait au premier chef d'engager une telle procédure ou de s'y joindre. La loi peut également autoriser un créancier ou toute autre partie intéressée à engager une telle procédure ou à s'y joindre, avec l'accord du représentant de l'insolvabilité ou, en cas de refus de ce dernier, avec l'autorisation du tribunal.

222. Les demandes de dommages-intérêts peuvent être déposées auprès du tribunal pénal ou du tribunal civil, ou auprès des deux (par exemple, le représentant de l'insolvabilité peut demander des dommages-intérêts matériels devant un tribunal pénal et des dommages-intérêts moraux devant un tribunal civil)[207], et il peut être autorisé à passer d'une des options disponibles à l'autre. Le fait de présenter ces demandes devant un tribunal pénal peut offrir certains avantages. En particulier, le représentant de l'insolvabilité devra obtenir et déposer lui-même toutes les preuves requises pour étayer sa demande de dommages-intérêts dans une procédure civile. En revanche, la demande de dommages-intérêts qu'il présentera devant une juridiction pénale sera traitée conformément aux règles de procédure pénale. Ces règles peuvent lui permettre d'utiliser toutes les preuves recueillies par le procureur et la police au cours de l'enquête pénale.

---

[205] **Cette section a été révisée pour tenir compte des observations formulées à la soixante-deuxième session du Groupe de travail [voir, par exemple, A/CN.9/1133, par. 13 x) et y)].**

[206] Par exemple, malversation, détournement et autres actions similaires concernant les actifs du débiteur (voir la section correspondante ci-dessus), ou situation dans laquelle le débiteur a été victime d'une fraude de la part de tiers qui a conduit à son insolvabilité.

[207] Dans certains pays, lorsque les deux procédures sont en cours pour les mêmes faits, la procédure civile est suspendue jusqu'à ce qu'un jugement définitif soit rendu dans la procédure pénale, afin d'éviter tout conflit ; dans d'autres pays, ce n'est pas le cas.

223. Les dommages peuvent être indemnisés par les actifs confisqués[208]. Le tribunal peut disposer de ces actifs en les restituant à leur propriétaire légitime, par exemple à la masse de l'insolvabilité, ou en les vendant pour réparer les dommages et payer les amendes liées à l'infraction. Certaines conditions peuvent être imposées, comme la protection des tiers de bonne foi. Différentes règles peuvent s'appliquer au calcul et à l'octroi des dommages-intérêts, concernant par exemple les types de pertes ou de préjudices qui peuvent être invoqués, la charge de la preuve et les méthodes de quantification et d'évaluation des dommages-intérêts. Plusieurs ordonnances d'indemnisation des victimes peuvent être émises dans une même affaire. Les intérêts de l'État ou d'une victime particulière (par exemple, l'environnement, un autre État partie à une convention internationale applicable) peuvent prévaloir sur les intérêts de la masse de l'insolvabilité. Bien que, dans ces conditions, le représentant de l'insolvabilité puisse n'être à même de récupérer que certains actifs et n'être indemnisé que partiellement, voire pas du tout, le fait de procéder à la localisation et au recouvrement d'actifs dans le cadre d'une procédure pénale peut être utile non seulement pour récupérer des actifs et obtenir des dommages-intérêts, mais aussi pour d'autres raisons, dont certaines sont examinées ci-dessous. En outre, dans certains pays, il est possible de parvenir à un règlement avec l'auteur de l'infraction, sous réserve de la vérification des conditions de règlement (par exemple, la proportionnalité). Dans le cadre d'un accord de règlement, l'auteur de l'infraction peut accepter de payer le montant du règlement à la masse de l'insolvabilité au comptant ou par versements échelonnés, conformément à un plan convenu. Le règlement constitue une présomption irréfragable de responsabilité, que le représentant de l'insolvabilité peut ensuite utiliser dans d'autres procédures et d'autres actions de localisation et de recouvrement d'actifs.

224. Deuxièmement, dans certains pays, il est possible pour le représentant de l'insolvabilité **d'obtenir l'accès à l'ensemble du dossier de l'enquête pénale ou à certaines informations ou preuves qu'il contient**, que ce soit d'office, par la voie d'une ordonnance judiciaire spéciale ou en se joignant à la procédure pénale en tant que « partie civile » (voir ci-dessous). Si l'obtention d'une ordonnance judiciaire spéciale est nécessaire, le représentant de l'insolvabilité peut avoir à démontrer que les documents en question auront probablement une valeur intrinsèque pour la localisation et le recouvrement d'actifs dans la procédure en question ou dans une autre procédure et que l'impératif de la divulgation l'emporte sur la nécessité de préserver le secret, par exemple, de l'enquête pénale ou des délibérations d'un jury d'accusation. D'autres garanties visant à protéger les intérêts de l'enquête pénale et les droits de l'accusé peuvent s'appliquer.

---

[208] L'anglais fait la différence entre « forfeiture », procédure civile qui consiste à priver juridiquement et de façon permanente une personne ou une entité impliquée dans une infraction d'actifs directement liés à cette infraction, comme le produit d'une fraude, et « confiscation », procédure pénale qui consiste à prendre possession des actifs d'une personne condamnée à titre de sanction pour l'infraction commise. La charge de la preuve dans les cas de « forfeiture » est moins lourde que dans les cas de « confiscation ». Dans les cas de « forfeiture », il peut être suffisant de démontrer que les actifs sont associés à des activités illégales ou ont été obtenus par des moyens illégaux, alors que dans les cas de « confiscation », la preuve de la culpabilité et l'existence d'une condamnation peuvent être nécessaires (bien que certains instruments internationaux envisagent la possibilité d'une « confiscation » en l'absence de condamnation pénale, lorsque l'auteur de l'infraction ne peut être poursuivi pour cause de décès, de fuite ou d'absence ou dans d'autres cas appropriés (voir, par exemple, l'article 54-1 c) de la Convention des Nations Unies contre la corruption). La « confiscation » peut s'appliquer à un éventail plus large d'actifs, y compris ceux acquis légalement mais utilisés pour commettre une infraction ou liés à des activités criminelles. Ceux-ci comprennent généralement : a) l'objet de l'infraction et d'autres objets ayant servi à la commettre ou qui devaient être utilisés à cette fin, lorsqu'ils appartiennent à la personne condamnée ; b) les biens ou les actifs produits par l'infraction ; et c) les avantages patrimoniaux résultant directement de l'infraction, les actifs et la valeur ayant remplacé ces avantages, et les gains financiers tirés de ces avantages qui ont été investis. Lorsque ces actifs ne peuvent être identifiés parmi d'autres actifs de la personne condamnée ou lorsqu'ils sont mélangés à des actifs obtenus légalement, d'autres actifs de même valeur peuvent être confisqués.

225. L'accès au casier judiciaire peut être utile car les organes d'enquête ont des pouvoirs d'investigation plus étendus que le représentant de l'insolvabilité et peuvent utiliser un large éventail d'outils de collecte de preuves (par exemple, mandats de perquisition, mandats d'arrêt, interception du courrier, écoutes téléphoniques). Les dossiers d'enquêtes pénales peuvent ainsi contenir des informations et des preuves qu'il serait très difficile, voire impossible, d'obtenir dans le cadre d'autres procédures. Les informations obtenues peuvent justifier la nécessité de la localisation et du recouvrement d'actifs. En outre, elles peuvent aider le représentant de l'insolvabilité à démontrer l'opportunité et l'urgence d'une mesure de localisation et de recouvrement d'actifs particulière, telle qu'une demande de saisie, de gel ou d'autres mesures, au niveau national ou à l'étranger. Elles peuvent également contribuer à étayer une demande d'assistance au titre d'un traité d'entraide judiciaire ou d'un autre cadre d'entraide judiciaire applicable (voir ci-dessous), ainsi qu'une demande de reconnaissance et d'exécution de procédures et de mesures nationales ou d'ouverture d'une procédure étrangère, ou une demande d'imposition de mesures par des tribunaux étrangers.

226. Troisièmement, certains pays permettent à la victime d'une infraction ou parfois, plus généralement, à une personne intéressée, **de participer à la procédure pénale en tant que « partie civile »**. L'étendue des droits et des pouvoirs accordés à une « partie civile » varie d'un pays à l'autre. Dans certains pays, le rôle d'une « partie civile » peut se limiter à demander des dommages-intérêts (voir ci-dessus). Dans d'autres, une « partie civile » est autorisée à jouer un rôle plus actif dans l'enquête pénale et lors du procès devant le tribunal. Outre l'accès au casier judiciaire, une « partie civile » peut demander, par exemple, des mesures d'enquête supplémentaires (par exemple, des perquisitions) et des ordonnances de saisie[209] et de gel. Au cours du procès, une « partie civile » peut être autorisée par le président du tribunal à interroger l'accusé et les témoins. Les « parties civiles » peuvent avoir le droit de faire appel, y compris du rejet de leurs demandes.

227. Dans certains pays, seule la victime directe d'une infraction (présumée) est autorisée à se joindre à une procédure pénale en tant que « partie civile ». Dans d'autres, les victimes indirectes peuvent également se joindre à la procédure en cette qualité. Selon les circonstances de l'espèce, l'ensemble des créanciers peut être une victime directe, par exemple dans le cas où le débiteur a monté un système de Ponzi, ou indirecte, par exemple en cas d'actes de corruption commis par le débiteur ou ses administrateurs. Pour se joindre à la procédure en tant que « partie civile », le représentant de l'insolvabilité sera tenu de déposer, suivant le pays considéré, soit une plainte écrite indiquant clairement pourquoi il convient de le considérer comme victime, soit une autodéclaration écrite exprimant son intention de se joindre à la procédure et demandant le statut de « partie civile ». Selon le stade de la procédure pénale, la demande de constitution de « partie civile » est déposée soit auprès de l'autorité chargée de l'enquête (par exemple, le ministère public, la police ou le juge d'instruction), soit auprès du tribunal si le procès a commencé.

228. Dans de nombreux pays, le représentant de l'insolvabilité aurait à supporter les frais de justice, y compris les honoraires d'avocat, qui seraient normalement assimilés à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure, à moins que d'autres arrangements ne soient en place (voir par. 20 ci-dessus). Dans certains pays, les frais de la partie qui a obtenu gain de cause doivent être remboursés par la personne condamnée ou par l'État.

---

[209] Les saisies sont de nature conservatoire et temporaire et permettent aux autorités chargées de l'enquête de conserver le contrôle des biens. Elles sont généralement accordées sous certaines conditions, comme le fait que la saisie soit nécessaire à l'enquête (par exemple, la saisie d'un élément de preuve qui risque de disparaître), ou en ce qui concerne des actifs pouvant faire l'objet d'une confiscation. Comme il s'agit de mesures provisoires, les procédures et ordonnances de saisie ne sont pas suspendues dans l'attente de l'issue de la procédure pénale.

b) Contexte international

229. Dans les affaires où les activités criminelles et les procédures d'insolvabilité s'étendent sur plusieurs pays, la coordination et la coopération entre les services de détection et de répression et les agences spécialisées, par exemple celles chargées d'enquêter sur la fraude, les infractions financières ou la criminalité transnationale organisée, qui se recoupent souvent avec les procédures d'insolvabilité, deviennent cruciales. Les cadres d'entraide judiciaire en matière pénale, tels que ceux prévus par les traités d'entraide judiciaire ou la Convention des Nations Unies contre la corruption[210], peuvent faciliter la coopération internationale dans ces affaires, bien que l'efficacité et la rapidité des mesures prises dépendent de la complexité de l'affaire considérée, du niveau de coopération entre les pays concernés et en leur sein, de leurs systèmes juridiques et d'autres facteurs.

230. Le cadre d'entraide judiciaire prévoit généralement les étapes suivantes :

i) Chaque État participant au cadre désigne une autorité centrale qui sert de point de contact et facilite la communication entre l'État requérant et l'État requis. Cette autorité est notamment chargée de coordonner et de traiter les demandes d'assistance entrantes et sortantes ;

ii) L'autorité compétente de l'État requérant examine toute demande d'assistance, qui peut émaner, par exemple, du représentant de l'insolvabilité, et détermine si elle est conforme au cadre en question. L'approbation des demandes peut être soumise à certaines exigences, par exemple le fait que l'exécution de la demande n'ait pas pour effet d'interférer avec la procédure pénale pendante ou en cours ni de la perturber ;

iii) La demande est censée fournir des informations sur l'affaire, l'assistance demandée, les actifs éventuels, les éléments de preuve, les informations ou personnes concernées, des précisions sur la procédure particulière que l'État requérant souhaiterait voir suivie, le cas échéant, et l'objectif dans lequel les éléments de preuve, les informations ou l'action sont demandés (par exemple, aux fins de la confiscation d'actifs). Elle peut également indiquer que son contenu doit rester confidentiel, tant sur les faits que sur le fond, sauf dans la mesure nécessaire à son exécution, et proposer des délais. Lorsque la demande vise à geler ou à saisir des actifs, que ce soit pour donner effet à une ordonnance de gel ou de saisie émise par un tribunal ou une autorité compétente de l'État requérant ou en l'absence d'une telle ordonnance, celui-ci peut être tenu de fournir à l'État requis des éléments de preuve raisonnables pour l'amener à croire en l'existence de motifs suffisants pour prendre ces mesures. Lorsque l'assistance demandée vise à donner effet à des ordonnances de confiscation émises par un tribunal de l'État requérant, il peut être nécessaire de joindre à la demande une copie juridiquement recevable de l'ordonnance de confiscation sur laquelle se fonde la demande, une déclaration précisant les mesures prises par l'État requérant pour adresser une notification adéquate aux tiers de bonne foi et garantir une procédure régulière, ainsi qu'une déclaration indiquant que l'ordonnance de confiscation est définitive ;

iv) La demande d'assistance officielle approuvée est transmise par écrit (ou, en cas d'urgence, oralement mais confirmée ultérieurement par écrit) à l'État requis dans une langue acceptable pour celui-ci et dans des conditions lui permettant d'en établir l'authenticité ;

v) L'autorité centrale de l'État requis détermine si la demande est recevable et compatible avec le cadre d'entraide judiciaire applicable. Elle est censée conclure cette étape dans les plus brefs délais. Les motifs de refus d'une demande d'entraide judiciaire sont généralement limités, et incluent notamment le risque que l'exécution de la demande porte atteinte à l'ordre public, à la souveraineté ou à la sécurité de

[210] Voir, par exemple, les chapitres IV et V de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Celle-ci permet l'entraide judiciaire avec ou sans demande d'assistance préalable. Voir, par exemple, art. 46-4, 46-5 et 56.

l'État requis. Certains cadres prévoient expressément que l'entraide judiciaire ne peut être refusée au motif du secret bancaire[211] ou au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales[212] ;

vi) Si elle est admise pour exécution, la demande est exécutée par l'État requis dans les meilleurs délais conformément à son droit interne et, le cas échéant et dans la mesure du possible, conformément à la procédure et aux délais précisés dans la demande[213]. Les mesures prises dans l'État requis peuvent consister à obtenir des preuves ou des déclarations de personnes ; à perquisitionner ; à examiner des objets et des sites ; à fournir des informations, des éléments de preuve et des expertises, y compris des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et registres pertinents, par exemple de registres publics, bancaires, financiers, sociaux ou commerciaux ; à identifier, localiser, geler ou saisir des actifs et à les conserver en vue de leur confiscation (y compris sur la base d'une arrestation effectuée ou d'une accusation pénale prononcée à l'étranger qui est liée à l'acquisition de ces actifs) ; à engager des procédures locales (pénales ou civiles, par exemple pour déterminer la propriété des actifs en cas de réclamations concurrentes) ; et, finalement, sur décision judiciaire, à confisquer les actifs et, le cas échéant et sous réserve de certaines conditions, comme la protection des tiers de bonne foi, à les restituer à l'État requérant ;

vii) La coopération peut être refusée, ou les mesures conservatoires levées, si l'État requis ne reçoit pas de preuves suffisantes dans un délai approprié ou si les actifs concernés ont une valeur minime. L'État requis peut être tenu, avant de lever toute mesure conservatoire, de donner à l'État requérant la possibilité de présenter des motifs à l'appui du maintien de la mesure.

231. Les frais liés à la demande d'entraide judiciaire incombent généralement à l'État requérant. Certains États estiment qu'ils incombent à la partie requérante. Différentes dispositions peuvent être prises pour alléger la charge financière que représente la demande pour la partie requérante, notamment le remboursement total ou partiel, le partage des coûts avec l'État requérant et l'État requis, et l'assistance d'organisations internationales spécialisées. Elles dépendront, entre autres, de l'affaire considérée, de l'assistance demandée et des ressources nécessaires pour faire droit à la demande.

232. La partie requérante peut avoir le droit de recevoir une copie de l'ensemble du dossier (informations et documents) transmis par l'État requis à l'État requérant en réponse à la demande d'entraide judiciaire. L'utilisation des informations ou des preuves contenues dans ce dossier peut être soumise à restrictions. En particulier, leur utilisation à des fins autres que celles indiquées dans la demande peut être subordonnée au consentement préalable de l'État requis. D'autres garanties habituelles s'appliquent, telles que la présomption d'innocence, les droits de défense des tiers et le droit à la protection de la vie privée et des informations personnelles. Des sanctions, y compris des peines d'emprisonnement, peuvent être imposées en cas d'utilisation abusive des informations obtenues (par exemple, pour faire entrave à l'enquête pénale ou porter atteinte aux actifs, à la vie privée ou à l'intégrité personnelle ou morale des personnes citées dans le dossier). Toutefois, la divulgation d'informations ou de preuves à décharge pour un accusé est généralement autorisée.

c) Autres aspects à prendre en considération

233. Les enquêtes ou procédures pénales liées à l'insolvabilité peuvent commencer avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou en même temps que celle-ci. Par exemple, une enquête pénale peut avoir été ouverte après qu'un

---

[211] Voir, par exemple, ibid., art. 46-8.

[212] Voir, par exemple, ibid., art. 46-22.

[213] Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 46-17 et 46-24. En outre, la Convention exige des autorités centrales qu'elles veillent à l'exécution ou à la transmission rapide et correcte des demandes reçues ou, lorsqu'elles transmettent la demande d'assistance à une autorité compétente pour exécution, qu'elles encouragent cette autorité à l'exécuter rapidement et correctement (art. 46-13).

inspecteur des impôts, un comptable, un créancier ou un lanceur d'alerte faisant partie des employés du débiteur a signalé à une autorité publique compétente une activité criminelle présumée du débiteur ou de ses administrateurs (par exemple, un détournement de fonds). Une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité peut avoir été déposée dans le même temps. Dans d'autres cas, le représentant de l'insolvabilité, les créanciers ou d'autres parties intéressées peuvent déclencher une enquête et une procédure pénales après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, en signalant des activités criminelles présumées commises par le débiteur, ou qui touchent ou impliquent ce dernier, et qui peuvent avoir eu lieu avant ou pendant la procédure d'insolvabilité.

234. Le tribunal supervisant la procédure d'insolvabilité et le représentant de l'insolvabilité seraient tenus de coopérer et de partager des informations avec les services de détection et de répression et le système de justice pénale afin d'appuyer l'enquête et la procédure pénales.

235. Les procédures pénales peuvent avoir d'autres incidences sur les procédures d'insolvabilité. Par exemple, l'arrêt des poursuites imposé par le droit de l'insolvabilité peut être sans effet sur les procédures pénales. L'inverse peut être vrai : dans certains pays, la procédure d'insolvabilité peut être suspendue jusqu'à la fin de la procédure pénale, bien qu'il n'en soit plus ainsi dans de nombreux pays. La procédure pénale peut influencer les décisions relatives au redressement ou à la liquidation du débiteur : le tribunal de l'insolvabilité peut se voir ordonner par le tribunal pénal de liquider le débiteur, par exemple pour des motifs justes et équitables. Les enquêtes et les poursuites peuvent nécessiter le gel d'actifs, ce qui peut retarder la distribution aux créanciers du produit de la réalisation des actifs de la masse de l'insolvabilité dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. En outre, l'issue de la procédure pénale peut avoir une incidence sur l'ensemble des actifs restant à répartir entre les créanciers dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Les règles relatives au traitement des victimes et les ordonnances d'indemnisation des victimes dans la procédure pénale peuvent interférer avec la procédure d'insolvabilité lorsqu'un ou plusieurs créanciers, mais pas l'ensemble d'entre eux, sont reconnus victimes de l'infraction[214] et indemnisés à ce titre.

[214] Cela se produit notamment lorsque le débiteur a commis une fraude à l'encontre d'un ou de quelques créanciers seulement, et non de la totalité d'entre eux, ce qui serait le cas si son entreprise n'était qu'une façade et qu'il était par exemple à la tête d'un système de Ponzi.

[IV. Actifs soulevant des questions spécifiques en ce qui concerne la localisation et le recouvrement d'actifs

A. Actifs numériques

236. Il existe différents types d'actifs numériques. Tout ou partie d'entre eux peuvent ou non être susceptibles de faire l'objet de droits réels et donc de faire partie de la masse de l'insolvabilité[215]. Le présent texte ne réglemente pas ces aspects, qui seront traités dans la législation applicable. [Les textes de la CNUDCI sur la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité renvoient les questions relatives à la composition et à l'étendue de la masse de l'insolvabilité à la *lex fori concursus*[216].]

237. Lorsque des actifs numériques sont reconnus comme étant susceptibles de faire l'objet de droits réels et, partant, de faire partie de la masse de l'insolvabilité, ils peuvent être classés dans différentes catégories selon les pays ou les cas. Par exemple, certains actifs numériques utilisés à des fins d'investissement ou de financement peuvent être considérés comme des instruments financiers et relever ainsi des réglementations nationales et internationales applicables à ces instruments, notamment en ce qui concerne leur localisation et leur recouvrement en cas d'insolvabilité. D'autres peuvent être traités comme des marchandises, des capitaux ou des objets de propriété intellectuelle. Certains peuvent remplir plusieurs fonctions (actifs hybrides) ou changer de caractéristiques dans la chaîne d'opérations ou de transactions, ou encore être des actifs liés[217], ce qui peut soulever des questions supplémentaires du point de vue de la localisation et du recouvrement d'actifs.

238. Certains actifs numériques peuvent être détenus directement[218], tandis que d'autres peuvent l'être via des intermédiaires[219], et ces modalités peuvent changer. Une analyse tenant compte des circonstances et des faits de l'espèce indiquerait si un actif numérique fait partie de la masse de l'insolvabilité d'un intermédiaire ou d'un client en cas d'insolvabilité de l'un ou de l'autre, et préciserait le type de créance qu'un demandeur aurait au nom de la masse de l'insolvabilité ou contre celle-ci (c'est-à-dire une créance sur l'actif lui-même ou une créance personnelle ou

---

[215] Voir, par exemple, *Ruscoe* c. *Cryptopia Ltd (en liquidation)* [2020] NZHC 728. Voir également *Philip Smith et Jason Kardachi (en leur qualité de liquidateurs conjoints)* c. *Torque Group Holdings Ltd.* [2021] ESCJ nº 627 (Îles Vierges britanniques), où le tribunal a constaté que les cryptomonnaies étaient un type de biens dans le cadre d'une liquidation. Voir en outre *M. Tsarkov* (insolvabilité personnelle), affaire nº A40-124668/2017, neuvième cour d'appel de Moscou (Fédération de Russie), où le tribunal a estimé que les cryptomonnaies relevaient de la catégorie des « autres actifs » au regard du droit civil interne (article 128 du Code civil) aux fins de leur inclusion dans la masse de l'insolvabilité. Dans *BG Services – Società a Responsabilità Limitata (BitGrail S.R.L.)*, affaire nº 18/2019 (21 janvier 2019), tribunal de Florence (chambre des faillites) (Italie), un tribunal italien a considéré les cryptomonnaies comme des « actifs » par application de l'article 810 du Code civil italien. Pour un point de vue contraire, voir *MtGox Co. Ltd.*, tribunal de district de Tokyo, 2015, réf. nº 25541521, où le tribunal japonais a refusé au plaignant l'exercice d'un droit de séparation car le bitcoin ne remplissait pas les conditions de corporalité et de contrôle exclusif requises pour constituer un objet de propriété.

[216] Voir, par exemple, les recommandations 3, 30 et 31 du Guide et [le document A/CN.9/WG.V/WP.190].

[217] Voir le principe 4, et le commentaire correspondant, des Principes d'UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé.

[218] Par exemple, dans un portefeuille logiciel ou matériel. Le terme « portefeuille logiciel » désigne généralement des portefeuilles non hébergés (c'est-à-dire détenus directement par une personne sans l'intervention d'un intermédiaire) qui gardent en mémoire les clefs privées sur un certain type de logiciel connecté à Internet (on les appelle des portefeuilles « chauds »). Lorsque les clefs sont stockées sur des dispositifs physiques non reliés à Internet, comme une clef USB, on parle de portefeuilles matériels ou « froids ». Il existe également des portefeuilles « tièdes » ou hybrides, qui combinent les fonctionnalités de ces deux types de portefeuilles.

[219] Par exemple, une plateforme d'échange de cryptomonnaies peut détenir les clefs publiques et privées du client selon des modalités qui empêchent celui-ci d'avoir le contrôle total de ses actifs.

contractuelle contre son détenteur)[220]. En outre, aux fins de la localisation et du recouvrement d'actifs, il peut être important de savoir si un actif numérique est identifiable comme un objet distinct ou comme une part du mélange d'actifs détenu par l'intermédiaire pour l'ensemble de ses clients[221].

239. Comme pour tout autre type d'actifs, différentes raisons peuvent expliquer qu'il soit nécessaire de localiser et de recouvrer des actifs numériques. Il se peut que le débiteur ait pour activité principale l'échange d'actifs numériques. Les actifs peuvent alors être situés dans différents endroits et ne pas être tous nécessairement sous le contrôle du débiteur. Il se peut également que le débiteur ait investi dans des actifs numériques. Des considérations telles que le type d'actif numérique, la manière dont il a été créé, celle dont il est détenu et les éléments qui amènent à devoir le localiser et le recouvrer (il se peut par exemple que le débiteur dissimule l'existence, la valeur et l'emplacement de tout ou partie des actifs numériques, ou que ses actifs numériques aient été volés) peuvent avoir une incidence sur sa localisation et son recouvrement.

240. Si de nombreuses considérations pratiques permettant d'évaluer la faisabilité et l'opportunité de localiser et de recouvrer des actifs numériques au profit de tous les créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité seront les mêmes que pour d'autres actifs, la localisation et le recouvrement d'actifs numériques, en raison des caractéristiques inhérentes à ces actifs[222] et de l'environnement particulier dans lequel ils circulent[223], soulèvent des questions distinctes. Certaines de ces caractéristiques et particularités peuvent faciliter les actions correspondantes[224], d'autres les compliquer considérablement. Les actifs numériques peuvent notamment être échangés au moyen de différentes techniques destinées à en dissimuler l'origine et la destination finale (par exemple, combinaison de solutions « on-ramp »[225] et « off-ramp »[226] ou utilisation de signatures de cercle[227], d'adresses furtives[228] et de mixeurs de cryptomonnaie[229]). Certains procédés peuvent entraîner la perte irrévocable d'un

---

[220] Voir à cet égard le principe 13, et le commentaire correspondant, des Principes d'UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé.

[221] Des règles de répartition des pertes, au prorata ou non, peuvent s'appliquer. Voir à cet égard le principe 11, et le commentaire correspondant, des Principes d'UNIDROIT sur les actifs numériques et le droit privé.

[222] Par exemple, leurs très grandes transmissibilité, volatilité et vulnérabilité.

[223] Par exemple, souvent décentralisé, (pseudo)anonyme et autonome, combinant la participation sociale, la théorie des jeux et les effets, pouvoirs et incitations de réseau.

[224] En particulier, il s'agit souvent de processus presque irréversibles, irrévocables et hautement traçables, même en cas d'utilisation de services de « mixage ». Cela tient au fait que la technologie des registres distribués crée une trace publique permanente des transactions et représente des systèmes pseudonymes. Plus précisément, les actifs numériques et les transactions qui utilisent cette technologie, visibles par tout participant au réseau, peuvent chacun être associés à 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, autres adresses ou autres moyens d'identification connus, il est éventuellement possible d'attribuer des transactions et jetons particuliers à un compte ou une adresse électronique spécifique.

[225] Processus par lequel la valeur économique (c'est-à-dire la monnaie fiduciaire) est convertie en actifs numériques dans un certain système (par exemple, une plateforme d'échange de cryptomonnaies).

[226] Processus par lequel les actifs numériques sont convertis en monnaie fiduciaire ou en services et biens.

[227] Signature numérique créée par les membres d'un groupe, dont chacun possède ses propres clefs, ce qui empêche de déterminer lequel d'entre eux a créé la signature.

[228] Utilisation d'adresses uniques pour chaque transaction.

[229] Également appelés « mélangeurs de cryptomonnaie », les mixeurs de cryptomonnaie permettent de dissimuler l'adresse de l'expéditeur et de diviser une transaction unique en un grand nombre de transactions automatiques aléatoires, qui peuvent à leur tour être divisées en transactions plus petites.

actif[230]. Des problèmes particuliers découlent des systèmes pseudonymes, parfois quasi anonymes, ainsi que 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. D'autres problèmes viennent de ce que certains actifs numériques (par exemple, les cryptomonnaies) sont beaucoup plus volatiles et que d'autres (par exemple, les données) sont de valeur incertaine, ainsi que du fait que l'ampleur et les incidences des affaires d'insolvabilité comportant des actifs numériques sont imprévisibles, notamment parce que les créanciers peuvent préférer rester anonymes et ne pas participer à la procédure, que ce soit pour des raisons légitimes ou non. Tous ces éléments font que l'analyse coûts-avantages à mener pour évaluer l'opportunité de la localisation et du recouvrement d'actifs numériques et le processus de localisation et de recouvrement lui-même sont notoirement complexes.

241. Les tribunaux appliquent les outils de localisation et de recouvrement décrits dans le présent texte aux actifs numériques, en les combinant[231] et en les adaptant à l'environnement numérique et aux besoins de l'espèce ainsi qu'en employant des mesures coercitives pour forcer l'exécution[232]. Au besoin et selon qu'il convient, ils préservent l'anonymat des opérateurs en ligne et la confidentialité de leurs justificatifs d'identification en ligne[233]. Lorsque des actifs numériques sont échangés par des intermédiaires connus[234], ces derniers reçoivent l'ordre d'en faciliter la localisation et le recouvrement, qu'il s'agisse simplement de rechercher et de fournir des informations ou de procéder au gel, à la saisie et au recouvrement d'actifs ou de preuves numériques. Par exemple, lorsque des actifs numériques volés appartenant à la masse de l'insolvabilité sont localisés sur un compte hébergé sur une plateforme numérique, l'intermédiaire reçoit l'ordre de bloquer ou de désactiver le compte, de transférer les actifs détenus sur ce compte vers un autre compte afin d'empêcher la dilution de leur valeur ou de transférer le compte au nom du représentant de

---

[230] Par exemple, la pratique consistant à « brûler » des jetons ou des jetons non fongibles pour diverses raisons (par exemple, pour ajuster l'offre et la demande, et donc la valeur de ces actifs, ou pour augmenter la vitesse de minage), c'est-à-dire qu'un développeur les retire de la circulation, de façon automatique ou manuelle, après les avoir transférés vers une adresse de « combustion » (adresse publique de cryptojetons dont la clef privée n'est pas connue).

[231] La combinaison de mesures d'exécution peut faire intervenir à la fois des mesures *in rem* (par exemple, prendre possession du dispositif donnant accès à un portefeuille froid) et *in personam* (par exemple, demander au débiteur de coopérer à la fourniture des mots de passe). Voir *M. Tsarkov* (insolvabilité personnelle), affaire n° A40-124668/2017, neuvième cour d'appel de Moscou (Fédération de Russie) ; *PlexCoin*, affaire n° 200-11-025040-182, Cour supérieure – Chambre commerciale (29 octobre 2020). Voir également *In Re Quadriga Fintech Solutions Corp et al*. (1er mars 2021), Toronto CV-19-627184-00CL (31-2560674), CV-19-627185-00CL (31-2560984) et CV-19-627186-00CL (31-2560986) (Cour suprême de l'Ontario [rôle commercial]), où un recouvrement massif de cryptomonnaies a été demandé car ces dernières, détenues dans des portefeuilles froids, étaient inaccessibles depuis le décès du fondateur.

[232] Par exemple, lorsque des actifs numériques sont détenus directement par le débiteur, qui refuse d'en transférer le contrôle à la masse de l'insolvabilité. Les solutions pratiques permettant de récupérer l'accès aux actifs numériques dans le cas où la clef privée est inaccessible évoluent (par exemple, l'abstraction de compte consiste à programmer, dans un compte d'utilisateur, des contrats intelligents codés pour remplacer une clef « perdue » par une autre clef au bout d'une période donnée. De même, les portefeuilles de récupération sociale prévoient un ensemble de « gardiens », dont une majorité peut coopérer pour modifier la clef de signature du compte.)

[233] Voir *FTX Trading Ltd. et al*., affaire n° 22-11068-JTD (« Vérification de la matrice des créanciers »), où le tribunal a accédé à une demande d'expurgation provisoire des noms des clients ainsi que, dans un premier temps, des créanciers, en vue de protéger et de préserver les actifs des personnes cherchant à participer à la procédure de faillite. Dans cette affaire, le juge s'est fondé sur des considérations telles que la protection des informations confidentielles (par exemple, les secrets commerciaux), les risques liés à la cybersécurité et les questions relatives au respect de la vie privée. La protection des droits des tiers (tels que les consommateurs ou les sujets de données) peut parfois justifier des mesures similaires.

[234] Le représentant de l'insolvabilité peut faire appel à des logiciels d'analyse de données et aux analyses criminalistiques effectuées pour déterminer l'historique des transactions de toute plateforme de registres distribués, y compris les serveurs et l'identité de tout opérateur de marché numérique, prestataire de services de portefeuille ou autre intermédiaire.

l'insolvabilité, ou encore de communiquer l'identité du titulaire du compte[235]. Dans les cas où le défendeur est inconnu, les tribunaux rendent des ordonnances mondiales de gel et de divulgation contre des « personnes inconnues »[236].]

[235] Voir *LMN* c. *Bitflyer Holdings Inc* [2022] EWHC 2954 (Chambre commerciale) [cette affaire ne concerne aucune procédure d'insolvabilité]. Les intermédiaires soumis aux obligations relatives à la connaissance du client peuvent avoir plus de facilité à identifier les titulaires et les propriétaires de comptes. On peut également attendre d'eux qu'ils gèlent les comptes en cas d'activités suspectes et qu'ils signalent ces activités aux autorités compétentes.

[236] Voir, par exemple, *AA* c. *Persons Unknown who demanded Bitcoin on 10 and 11 October 2019 and others* [2019] EWHC 3556 (Chambre commerciale) (Royaume-Uni) [cette affaire ne concerne aucune procédure d'insolvabilité].

Appendice I

Boîte à outils de mesures destinées à accélérer la localisation et le recouvrement d'actifs dans les affaires d'insolvabilité internationale

Introduction

1. Cette boîte à outils a été conçue pour compléter le cadre d'octroi de mesures, de coordination et de coopération prévu par les lois types de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale. Elle aide les États à faire face aux lacunes, aux retards et à l'insécurité juridique entourant la localisation et le recouvrement d'actifs dans les cas d'insolvabilité internationale, en particulier lorsqu'ils n'ont pas adopté les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité ou une législation analogue permettant de localiser et de recouvrer efficacement les actifs, lorsque les dispositions relatives aux mesures discrétionnaires peuvent être interprétées de différentes manières par les tribunaux ou en cas d'incertitude quant au droit applicable. Cette insécurité et ces retards peuvent entraîner des pertes pour les parties prenantes touchées par l'insolvabilité d'entreprises de tailles diverses, et en particulier de petites et moyennes entreprises (PME), dont les ressources sont généralement limitées.

2. La boîte à outils comprend trois grandes catégories d'outils de localisation et de recouvrement d'actifs utilisés dans un contexte international pour faciliter les procédures étrangères déjà entamées ou les mesures provisoires imposées par des tribunaux étrangers entre la demande et l'ouverture de la procédure étrangère, lorsque cette procédure est prévue ou imminente. Ces trois catégories sont : a) les mesures visant à obtenir des informations ou des éléments de preuve pendant la procédure d'insolvabilité ou la période précédant immédiatement son ouverture ; b) les mesures visant à « geler temporairement » des actifs en interdisant pendant une durée limitée leur vente, leur transfert ou tout autre acte de disposition les concernant ; et c) les mesures visant à recouvrer des actifs à l'étranger au profit de la masse de l'insolvabilité. Bien qu'ils diffèrent par leur nom, ces outils présentent de nombreuses caractéristiques communes d'un pays à l'autre. La boîte à outils signale ces points communs afin d'aider les tribunaux à mieux comprendre les outils de localisation et de recouvrement d'actifs employés par d'autres pays et de les inciter à accorder des mesures identiques ou équivalentes sur leur propre territoire. Sans préjudice de la compétence de ces tribunaux à l'échelle nationale, elle vise à favoriser la prise rapide de décisions sur ces questions, ce qui est essentiel pour assurer l'efficacité de la localisation et du recouvrement d'actifs au niveau international.

3. Néanmoins, la boîte à outils ne doit pas être considérée comme exhaustive. Il convient de tenir compte d'autres outils de localisation et de recouvrement d'actifs dont elle ne fait pas mention, par exemple ceux que peut prévoir le droit pénal. Par ailleurs, les instruments internationaux peuvent prévoir des outils, étapes et garanties spécifiques, qui ne sont pas abordés dans la boîte à outils. En outre, les demandes connexes de mesures de localisation et de recouvrement d'actifs peuvent être traitées par différents tribunaux dans le cadre des procédures d'insolvabilité ou parallèlement à celles-ci, ce qui nécessite une coordination étroite entre les procédures connexes et lesdites mesures. La boîte à outil reconnaît donc que pour accorder une mesure de localisation et de recouvrement, les tribunaux tiennent généralement compte de nombreux facteurs, tels que des considérations relatives à l'ordre public, le cadre juridique applicable (par exemple, les traités internationaux), l'état d'avancement de la procédure d'insolvabilité étrangère (par exemple, déjà ouverte ou imminente) et, dans chaque cas d'espèce, les questions de savoir si la mesure demandée est équitable, efficace, urgente, opportune et nécessaire à l'intégrité du processus, si elle contribue à préserver et à accroître la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt des créanciers et des autres parties prenantes, s'il existe une procédure d'insolvabilité concurrente ou une autre procédure connexe et quel serait l'effet attendu de la mesure demandée sur ces autres procédures et sur les parties concernées.

I. Mesures visant à obtenir des informations ou des éléments de preuve pendant la procédure d'insolvabilité ou la période précédant immédiatement son ouverture

Il est souvent nécessaire de trouver des informations sur le débiteur, ses actifs et ses affaires dans des pays étrangers. Les informations obtenues peuvent faciliter l'identification d'actifs manquants qui devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité, notamment en cas de fraude, de tenue déficiente des registres ou de dissimulation d'actifs. Elles permettent également de déterminer s'il faut prendre d'autres mesures de localisation et de recouvrement d'actifs, telles que des actions en annulation ou des actions contre des administrateurs.

Si la nécessité de trouver des informations sur le débiteur, ses actifs et ses affaires se fait généralement sentir pendant la procédure d'insolvabilité, elle peut également survenir dans la période précédant immédiatement son ouverture, par exemple dans les cas où le dépôt d'une demande en ce sens n'entraîne pas automatiquement l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Avant l'ouverture de la procédure, le tribunal peut accorder des mesures provisoires, à la demande du débiteur, des créanciers ou de tiers. Comme indiqué aux paragraphes 57 à 66 ci-dessus, les mesures provisoires peuvent comprendre la nomination d'un représentant de l'insolvabilité. Le tribunal peut autoriser cette personne à recueillir des informations, où qu'elles se trouvent, sur le débiteur, ses actifs et ses affaires. Un représentant de l'insolvabilité nommé à titre provisoire peut ensuite demander aux tribunaux étrangers de prononcer au niveau national des mesures appropriées en matière de localisation et de recouvrement d'actifs. Selon le cadre de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale, ces mesures peuvent être accordées avant ou après la reconnaissance de la procédure étrangère.

En réponse à une demande de mesures visant, aux fins de la localisation et du recouvrement d'actifs, à obtenir des informations ou des éléments de preuve concernant le débiteur, ses actifs et ses affaires, le tribunal requis peut accorder les mesures suivantes : a) production de tout document relatif au débiteur, à ses actifs et à ses affaires se trouvant dans l'État requis ; b) communication par les banques, les organismes publics et d'autres personnes situées dans l'État requis d'informations concernant le débiteur, ses actifs et ses affaires ; et c) audition des administrateurs ou d'autres personnes résidant dans l'État requis au sujet du débiteur, de ses actifs et de ses affaires.

Objectifs de la ou des mesures demandées	*Caractéristiques de la procédure accélérée de localisation et de recouvrement d'actifs dans l'État requis*	*Garanties*
– Obtenir des informations et des éléments de preuve sur le débiteur, ses actifs et ses affaires. – Identifier les actifs (manquants) qui devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité et en déterminer l'emplacement.	– Les demandes visant à obtenir des informations ou des éléments de preuve sont traitées en urgence – Les demandes adressées dans le cadre de la procédure étrangère principale [ou de la procédure de planification dans le contexte de l'insolvabilité d'un groupe d'entreprises] sont prioritaires – Le débiteur et ses administrateurs, responsables et autres employés, ainsi que les personnes ayant des liens privilégiés avec lui situées sur le territoire de l'État requis, sont tenus de remettre des renseignements complets et détaillés sur le débiteur, ses actifs et ses affaires, quel qu'en soit l'emplacement (c'est-à-dire à l'échelle mondiale), y compris sur les transferts d'actifs et autres opérations ayant eu lieu pendant la période suspecte – Les tiers (par exemple, les banques, les fournisseurs de services en nuage, les fournisseurs de services numériques, les organismes publics et	– Les mesures sont soumises à l'exception d'ordre public et à des garanties de protection adéquate des créanciers et d'autres personnes, dont le débiteur – Le tribunal requis peut exiger des éléments de preuve attestant que le débiteur et ses administrateurs, responsables, employés, propriétaires et autres personnes ayant des liens privilégiés avec lui ne respectent pas les obligations qui leur incombent en vertu de la loi sur l'insolvabilité ou d'une loi connexe de l'État requérant

Objectifs de la ou des mesures demandées	*Caractéristiques de la procédure accélérée de localisation et de recouvrement d'actifs dans l'État requis*	*Garanties*
	d'autres personnes) se trouvant dans l'État requis sont tenus de communiquer sans délai à un représentant étranger les informations relatives au débiteur, à ses actifs et à ses affaires, y compris ses comptes bancaires et les données permettant d'accéder à ses actifs numériques et d'en prendre le contrôle – Le représentant étranger a les mêmes droits d'accès aux registres et aux dossiers détenus par des organismes publics que les représentants de l'insolvabilité nommés localement, et cet accès est [facilité] [sans entrave] – Des mesures rapides et *ex parte* (sans notification) sont prononcées lorsqu'il existe des preuves suffisantes de dissimulation d'informations et d'actifs, de tenue déficiente des registres et de non-coopération de la part du débiteur ou des administrateurs – Des procédures et des mesures rapides et *ex parte* (sans notification) sont permises dans d'autres cas appropriés (par exemple pour atténuer le risque d'une plus grande dispersion des actifs) – Des dispositions efficaces et adéquates sont prises pour empêcher la divulgation prématurée des procédures et des mesures *ex parte* (sans notification) (par exemple, par le personnel du tribunal et les tiers concernés), afin de ne pas aller à l'encontre de l'objectif de ces dernières – Des sanctions adaptées sont imposées en cas de manquement – Les mesures accordées en faveur d'une procédure non principale ou d'une autre procédure ont trait à des renseignements requis dans cette procédure et n'interfèrent pas avec la procédure étrangère principale [ou la procédure de planification dans le contexte d'un groupe d'entreprises] – Les restrictions à la divulgation de certaines informations (par exemple, confidentielles, protégées, privées) sont mises en balance avec d'autres considérations	– En cas de contestation, les personnes concernées peuvent obtenir rapidement une révision de la mesure demandée ou prononcée – Les demandes faites à un tiers de communiquer des informations doivent concerner des renseignements dont il paraît raisonnable de penser qu'il en a le contrôle – Le demandeur peut être tenu d'indemniser les parties concernées ou de déposer une garantie couvrant les dommages au cas où la mesure serait prononcée ou exécutée indûment

II. Mesures visant à « geler temporairement » des actifs en interdisant pendant une durée limitée leur vente, leur transfert ou tout autre acte de disposition les concernant

Ces mesures consistent en des mesures provisoires urgentes visant à éviter la dispersion des actifs du débiteur qui devraient faire partie de la masse de l'insolvabilité avant l'ouverture ou la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité ou pendant la procédure elle-même. Nombre de pays ayant adopté le cadre de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale interdisent ou suspendent les mesures d'exécution ainsi que les procédures et autres actions individuelles visant les actifs, les droits, les obligations ou les dettes du débiteur, et suspendent le droit de transférer les actifs du débiteur, de constituer des sûretés sur ceux-ci ou d'en disposer autrement. La portée, la modification, la cessation et les effets de l'interdiction et de la suspension sont soumis au droit de l'État où est accordée la reconnaissance. Cette catégorie de mesures peut aussi englober d'autres mesures provisoires que les tribunaux ou les autorités compétentes sont autorisés à accorder.

Objectifs de la ou des mesures demandées	*Caractéristiques de la procédure accélérée de localisation et de recouvrement d'actifs dans l'État requis*	*Garanties*
– Interdire ou suspendre les mesures d'exécution ainsi que les procédures et autres actions individuelles visant les actifs, les droits, les obligations ou les dettes du débiteur dans l'État requis – Suspendre le droit de transférer les actifs du débiteur, de constituer des sûretés sur ceux-ci ou d'en disposer autrement dans l'État requis	– Les demandes d'interdiction et de suspension sont traitées en urgence – Les demandes adressées dans le cadre de la procédure étrangère principale [ou de la procédure de planification dans le contexte de l'insolvabilité d'un groupe d'entreprises] sont prioritaires – Les mesures d'interdiction et de suspension sont généralement mises en œuvre *ex parte* (sans notification) et sans délai lorsqu'il existe des preuves suffisantes de dissimulation d'actifs, de tenue déficiente des registres et de non-coopération de la part du débiteur ou des administrateurs (c'est-à-dire qu'elles ne sont pas subordonnées à la reconnaissance d'une procédure étrangère ou au règlement d'un éventuel litige sous-jacent concernant le débiteur, ses actifs ou ses affaires) – Des dispositions efficaces sont prises pour empêcher la divulgation prématurée d'informations sur les mesures imposées, afin de ne pas aller à l'encontre de l'objectif de ces dernières – Des sanctions adaptées sont imposées en cas de manquement – Les mesures accordées en faveur d'une procédure non principale ou d'une autre procédure se rapportent à des actifs qui, en vertu de la loi de l'État requis, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale et elles n'interfèrent pas avec la procédure étrangère principale [ou la procédure de planification dans le contexte d'un groupe d'entreprises]	– Les mesures sont soumises à l'exception d'ordre public et à des garanties de protection adéquate des créanciers et d'autres personnes, dont le débiteur – Le tribunal requis peut exiger du demandeur qu'il démontre que les actifs concernés sont situés dans l'État requis, qu'ils appartiennent à la masse de l'insolvabilité et que, sans la mesure demandée, il existe un risque sérieux que les actifs en question soient dissimulés, transférés ou dispersés – En cas de contestation, les personnes concernées peuvent obtenir rapidement une révision de la mesure demandée ou prononcée. Le tribunal peut alors notamment accorder la levée ou l'ajustement de la mesure ou des dommages-intérêts – Le demandeur peut être tenu d'indemniser les parties concernées ou de déposer une garantie couvrant les dommages au cas où la mesure serait prononcée ou exécutée indûment

III. Mesures visant à recouvrer des actifs à l'étranger au profit de la masse de l'insolvabilité

Objectifs de la ou des mesures demandées	*Caractéristiques de la procédure accélérée de localisation et de recouvrement d'actifs dans l'État requis*	*Garanties*
– Recouvrer des actifs appartenant à la masse de l'insolvabilité	– Les demandes de reconnaissance et d'exécution des actions en annulation, des autres actions visant à priver d'effet les actes préjudiciables aux créanciers ainsi que des autres actions visant à recouvrer des actifs dans l'intérêt de la masse de l'insolvabilité qui sont engagées dans l'État requérant sont traitées sans délai – Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger a les mêmes droits que les représentants de l'insolvabilité nommés localement pour ce qui est d'engager des actions dans l'État requis en vue d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière les actes préjudiciables aux créanciers, et ces actions sont facilitées – Les demandes adressées dans le cadre de la procédure étrangère principale [ou de la procédure de planification dans le contexte de l'insolvabilité d'un groupe d'entreprises] sont prioritaires	– Les mesures sont soumises à l'exception d'ordre public et à des garanties de protection adéquate des créanciers et d'autres personnes, dont le débiteur – S'il est contesté, le droit du représentant étranger de recouvrer les actifs devient opposable après une décision définitive sur le fond rendue par un tribunal (le tribunal requérant ou le tribunal requis) – La décision définitive sur la propriété des actifs et les droits sur ces derniers n'est rendue qu'à l'issue d'une audience dûment notifiée – Pour accorder une mesure dans le contexte d'un groupe d'entreprises (par exemple, l'annulation d'une opération effectuée entre des membres d'un groupe d'entreprises ou entre un membre d'un groupe d'entreprises et d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec lui), le tribunal requis peut tenir compte des circonstances dans lesquelles s'est déroulée l'opération donnant lieu à l'action en annulation ou autre action de recouvrement[1] – Dans le cas d'actions en annulation engagées par le représentant étranger de la procédure étrangère non principale, le tribunal requis doit s'assurer que l'action se rapporte à des actifs qui, en vertu de la législation de l'État requis, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale.

[1] La recommandation 217 du Guide énumère les considérations suivantes : la relation entre les parties à l'opération ; le degré d'intégration entre les membres du groupe qui sont parties à l'opération ; l'objet de l'opération ; le fait de savoir si l'opération a contribué aux activités du groupe dans son ensemble ; et le fait de savoir si l'opération 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.

Appendice II

Registres présentant un intérêt pour la localisation et le recouvrement d'actifs

Description	*Objectifs*	*Caractéristiques*	*Conditions d'accès*	*Garanties (applicables à tous les registres)*
Registres relatifs aux biens immeubles (par exemple, les registres fonciers, qui peuvent être liés à des cadastres contenant les spécifications techniques d'un bien immeuble, telles que son emplacement, sa taille, ses limites, etc., ou en remplir également la fonction)	Enregistrer les droits de propriété et autres droits sur les biens immeubles et les opérations y afférentes, y compris les sûretés et les opérations garanties. Signifier des notifications importantes d'un point de vue juridique (par exemple, notifications de saisie d'actifs grevés) portant sur ces biens.	Les informations consignées comprennent généralement : l'identité du bien ; l'identité du ou des propriétaires ; les droits inscrits sur le bien ; et des faits revêtant de l'importance sur le plan juridique. Les registres peuvent contenir des actes et des contrats relatifs aux biens.	Les registres de ce type sont généralement publics. Ils sont parfois tenus par un notaire. Ils peuvent être accessibles en ligne ou dans les locaux de l'entité qui en a la charge. L'accès peut être direct ou indirect (demande auprès d'un conservateur de registre). Dans certains pays, il peut être restreint (p. ex. à des avocats qualifiés pour exercer au niveau local) ou soumis à des conditions, par exemple l'utilisation de justificatifs d'identité locaux, l'autorisation d'un juge, l'acquittement de frais ou la preuve d'un intérêt légitime ou d'une habilitation à obtenir les informations demandées (par exemple une décision de justice nommant le représentant de l'insolvabilité). Dans certaines circonstances, l'aide d'un professionnel compétent (par exemple, un expert du cadastre) peut s'imposer.	Les meilleures pratiques internationales en matière de registres promeuvent des registres électroniques, ainsi qu'un accès et des processus de recherche souples, rapides et publics n'imposant pas de fournir de justifications. Elles mettent également l'accent sur la rapidité d'actualisation des registres et sur la nécessité de faire en sorte que les informations qui y sont conservées soient correctement archivées et sauvegardées et puissent être retrouvées sans difficulté. Les garanties mises en place visent généralement à résoudre les éventuels conflits d'entrées et contestations de créances concernant un même bien, à vérifier la légitimité des recherches ou des demandes ou à en exiger la preuve, et à protéger la vie privée, les droits de la défense et autres droits du débiteur/propriétaire du bien et d'autres parties (par exemple, il peut exister des interdictions concernant l'utilisation non autorisée des données ; les documents bancaires et certains casiers judiciaires peuvent n'être consultables que par les autorités publiques ou dans le cadre de
Registres relatifs aux biens meubles (par exemple, registres des sûretés, registres des actions et autres instruments financiers, registres des donations, registres des voitures et autres véhicules à moteur, des navires et des aéronefs, registres d'autres biens meubles)	Garantir la publicité et l'opposabilité des droits, opérations et actes relatifs aux biens meubles vis-à-vis des tiers (par exemple, propriété, gage, saisie conservatoire d'un navire, autre saisie).	Certains sont tenus par des conservateurs spécialisés, d'autres par des notaires ou des professionnels similaires. L'enregistrement peut prendre effet dès l'inscription d'un avis ou la présentation de tous les documents pertinents (par exemple, un bail notarié). L'enregistrement implique l'identification des parties ou d'une partie à l'opération (par	Selon le pays et le type de biens meubles, certains registres peuvent être publics, d'autres d'accès restreint. Certains peuvent être tenus en ligne, d'autres dans un lieu physique. L'accès aux registres en ligne peut nécessiter la création d'un compte en ligne. L'accès et la recherche peuvent se faire directement ou par l'intermédiaire d'un conservateur de registre (en personne ou par téléphone, courrier	

Description	*Objectifs*	*Caractéristiques*	*Conditions d'accès*	*Garanties (applicables à tous les registres)*
		exemple, le constituant d'une sûreté), une description du bien et la mention de la durée (ou de la prorogation) de l'inscription.	électronique ou autres moyens à distance). Les demandes génériques peuvent être autorisées ou des critères de recherche précis peuvent être exigés. Des formulaires types peuvent être mis à disposition pour les demandes de recherche et l'enregistrement d'avis, d'actes, de contrats, etc. L'acquittement de frais peut être requis. Les autres restrictions sont semblables à celles exposées ci-dessus.	procédures pénales ; le propriétaire peut consulter ou se voir communiquer les informations délivrées à des tiers concernant son bien ainsi que les droits et causes d'action invoqués par ces derniers). La conservation des données peut être limitée dans le temps. Lorsque plusieurs registres opèrent dans un même pays, des garanties sont généralement conçues pour résoudre les questions de compétence et les éventuels conflits entre eux.
Registres spéciaux pour les véhicules, navires, aéronefs et autres biens mobiles similaires	Enregistrer ces types de biens, leurs propriétaires, les hypothèques, les droits, les saisies conservatoires, les mainlevées, les ventes judiciaires, d'autres types de ventes forcées, les transferts de propriété et d'autres actes et caractéristiques juridiquement importants concernant ces biens, y compris la suppression de mentions relatives aux biens inscrits dans le registre. Les droits réels peuvent être inscrits dans un autre registre que celui des biens. Par exemple, le Registre international établi en application du Protocole aéronautique à la Convention du Cap a pour objet l'inscription de sûretés sur des biens aéronautiques, la consultation d'inscriptions antérieures et la	L'enregistrement de ces types de biens est obligatoire. Les régimes internationaux peuvent préciser dans quel registre un bien doit être enregistré et par qui, et prévoir d'autres conditions d'enregistrement ou de radiation (par exemple, les navires en copropriété peuvent être enregistrés lorsque la part de copropriété représente plus de moitié de la valeur du navire ; en vertu du Protocole aéronautique à la Convention du Cap, l'inscription des biens aéronautiques englobe les cellules d'aéronef et les moteurs d'avion). Certains biens (par exemple les navires) ne peuvent être enregistrés que dans un seul registre. Les régimes d'inscription au registre des affrètements coque nue diffèrent d'un État à l'autre.	En vertu des instruments internationaux, les registres relatifs à ce type de biens sont généralement publics, mais ne sont pas nécessairement consultables directement et librement : il se peut qu'il faille déposer une demande auprès du conservateur du registre au moyen d'un formulaire type, en s'acquittant de certains frais (par exemple, pour la demande d'un extrait du registre ou d'une copie d'un instrument enregistrable). Lorsque l'accès direct est accordé, il peut être subordonné à l'utilisation de justificatifs d'identité spécifiques dont les étrangers ne disposent pas nécessairement. Pour certains registres, les identifiants d'accès sont approuvés ou spécifiés par le conservateur.	Généralement, des normes de qualité sont imposées aux conservateurs de registres, qui voient leur responsabilité engagée en cas de non-respect. L'entité chargée du registre peut être tenue de motiver son refus de fournir des services. Il est également fréquent que sa responsabilité soit limitée. Ainsi, les textes de la CNUDCI reconnaissent que si le système est conçu pour permettre aux utilisateurs d'inscrire et de rechercher directement des avis sans intervention du personnel de l'entité chargée du registre, la responsabilité de celle-ci en cas de perte ou de dommage devrait se limiter aux défaillances du système. Il n'incombe pas nécessairement au registre de vérifier que les informations figurant dans un avis sont saisies dans le champ prévu à cet effet ou qu'elles sont complètes,

Description	*Objectifs*	*Caractéristiques*	*Conditions d'accès*	*Garanties (applicables à tous les registres)*
	détermination du rang des sûretés inscrites.			exactes ou juridiquement suffisantes.
Registres centraux des comptes bancaires/registres financiers	Centraliser les informations relatives à tous les comptes bancaires dans un pays donné (dans un lieu central généralement géré par la banque nationale ou centrale). Déterminer, dans un pays donné, quelle personne possède quels comptes et dans quelle banque.	En général, les informations disponibles dans les registres bancaires concernent : les comptes bancaires et les comptes de paiement dotés d'un numéro de compte bancaire international (IBAN) gérés par des banques, des institutions de paiement et des établissements de monnaie électronique ; les titulaires de ces comptes et les personnes autorisées à en disposer ; les bénéficiaires effectifs des titulaires des comptes ; et les éventuelles sûretés. Il est aussi parfois possible de déterminer quels sont les comptes bancaires qu'un entrepreneur individuel a déclarés comme étant liés à son activité.	Les personnes qui en font la demande (généralement suivant une procédure standard) peuvent recevoir des informations du registre central, moyennant éventuellement l'acquittement de frais. Une personne peut recevoir des informations concernant ses propres comptes.	
Registres des instruments financiers et des titres	Enregistrer la propriété, les transferts, les charges et autres opérations et actes relatifs aux actions, obligations et autres instruments financiers. Enregistrer les protêts faute de paiement, par exemple d'un billet à ordre, et permettre ainsi de vérifier si l'opérateur économique, en tant qu'émetteur d'actions, d'obligations et de billets à ordre, s'acquitte de ses obligations de paiement.	Les registres « d'inscription en compte » ou « de dépositaires de titres » concernent les comptes de titres des investisseurs, les titres inscrits sur ces comptes et les droits et obligations applicables aux comptes de titres et aux titres inscrits. Il existe généralement un registre à deux niveaux composé, d'une part, d'un registre des titres dématérialisés tenu par un dépositaire central de titres et, d'autre part, de registres complémentaires tenus par des entités habilitées particulières (par exemple, des banques, des entreprises d'investissement ou des sociétés).	Ces registres sont habituellement publics et accessibles au moyen d'une application en ligne. En ce qui concerne les registres d'inscription en compte, les données peuvent être obtenues sur demande (par téléphone, par courrier électronique ou par l'intermédiaire d'un compte d'utilisateur inscrit) sans qu'il soit nécessaire de soumettre une demande formelle. Des frais peuvent être facturés pour certaines demandes. Une explication concernant l'utilisation prévue des données peut être exigée. Les données relatives aux protêts de billets à ordre peuvent inclure la date du protêt, les	

Description	*Objectifs*	*Caractéristiques*	*Conditions d'accès*	*Garanties (applicables à tous les registres)*
			remboursements partiels du titre et le montant du passif du débiteur.	
Registres du commerce, des métiers ou des sociétés	Enregistrer les entreprises et les entrepreneurs individuels, légaliser les livres que les entreprises ont l'obligation légale de tenir et enregistrer les états financiers des entreprises qui sont tenues de les présenter. Enregistrer les accords de prise de participation, pactes d'actionnaires et accords relatifs aux bénéficiaires effectifs[dans certains pays, ces derniers font l'objet de registres distincts (voir ci-dessous)]. Enregistrer les noms commerciaux (dans certains pays, des registres distincts existent à cet effet).	Certains registres peuvent contenir des données telles que des coordonnées, les noms des administrateurs ou membres du conseil de surveillance, les statuts et les comptes annuels. On peut aussi trouver des informations sur les entreprises étrangères ayant une succursale locale. Les entreprises peuvent également être tenues d'enregistrer leurs accords de prise de participation, pactes d'actionnaires et accords relatifs aux bénéficiaires effectifs, dans leur totalité ou uniquement pour les principaux actionnaires ou ceux qui détiennent plus d'un certain pourcentage du capital. Il peut aussi y avoir obligation de soumettre périodiquement des états financiers au conservateur du registre.	Certains registres sont accessibles au public et en ligne. Pour d'autres, une demande d'informations doit être présentée et des frais peuvent être facturés. Dans certains pays, alors que les renseignements de base sur les entreprises peuvent être librement accessibles, des informations plus particulières, telles que le capital social, les droits, les hypothèques et les documents déposés, peuvent n'être disponibles que sur demande spéciale, moyennant l'acquittement de frais.	
Registres distincts des bénéficiaires effectifs	Tenir le registre des bénéficiaires des entreprises et des trusts et fiducies et des personnes ayant des liens privilégiés avec elles. Relier ces informations aux documents fiscaux et autres documents commerciaux se rapportant à une personne dans un pays donné.	Ces informations peuvent être contenues dans les registres des sociétés (ou des métiers) ou dans des registres distincts. L'autorité qui tient le registre des sociétés peut également être responsable de la tenue du registre des bénéficiaires effectifs. Ces derniers et les fiducies peuvent faire l'objet de registres distincts. Outre les registres centralisés des bénéficiaires effectifs, les personnes morales et les fiduciaires peuvent avoir	Ces types de registres peuvent ou non être accessibles au public. Dans certains pays, seules certaines informations sont rendues publiques. Une inscription en ligne préalable, la preuve d'un intérêt légitime et l'acquittement de frais peuvent être exigés.	

Description	*Objectifs*	*Caractéristiques*	*Conditions d'accès*	*Garanties (applicables à tous les registres)*
		l'obligation de tenir des registres privés de ces bénéficiaires. Les informations les concernant et les mises à jour correspondantes peuvent être consignées dans une section distincte du registre centralisé. Des seuils indiquant un contrôle direct ou indirect peuvent s'appliquer à tous les registres des bénéficiaires effectifs tenus dans un État donné ou à certains d'entre eux.		
Registres des brevets et des marques	Enregistrer les informations relatives à la propriété des marques, des dessins, des modèles et des brevets.	Ces registres peuvent concerner les marques, les brevets, les modèles d'utilité ainsi que les dessins et modèles industriels. Les données consignées comprennent le nom du demandeur, le statut, la date d'expiration et les spécificités techniques en fonction du type de marque, de brevet ou de dessin ou modèle enregistré. Des bases de données comprenant des informations sur la jurisprudence pertinente ou sur les décisions d'organes spécialisés peuvent être reliées aux registres et mises à disposition en complément.	La plupart du temps, les informations sur les titulaires et l'étendue des droits de propriété intellectuelle déposés sont librement accessibles. Cela est particulièrement vrai dans le cas des registres et des bases de données internationaux. Certains registres sont accessibles à la fois en ligne et dans les locaux de l'entité qui en a la charge.	
Registres comptables et registres relatifs à l'administration fiscale et à d'autres autorités similaires	S'assurer du respect des réglementations fiscales et autres réglementations similaires. Enregistrer les gages et autres mesures concernant les arriérés de paiement envers l'État.	Les registres peuvent contenir des données sur les déclarations fiscales, certaines taxes particulières, les autres paiements au budget de l'État et l'éventuelle existence d'arriérés. Les autorités publiques complètent ou étayent généralement ces informations par des renseignements sur les comptes bancaires, les audits et les documents comptables (par	Ces types de registres, qu'ils fonctionnent en ligne ou dans un lieu physique, sont généralement consultables sur demande et uniquement par des personnes ayant obtenu l'autorisation des autorités publiques compétentes (par exemple, les tribunaux).	

Description	*Objectifs*	*Caractéristiques*	*Conditions d'accès*	*Garanties (applicables à tous les registres)*
		exemple, des bilans) faisant état, entre autres, des actifs des contribuables.		
Casiers judiciaires	Consigner les antécédents judiciaires des personnes. Les jugements définitifs rendus par des tribunaux nationaux ou étrangers contre des ressortissants nationaux ou des étrangers résidant dans le pays peuvent être enregistrés dans un registre pénal.	Le casier judiciaire peut contenir le nom du défendeur, ses condamnations, le type de peines prononcées ainsi que les amendes et les pénalités correspondantes.	Dans certains pays, les informations du casier judiciaire, y compris celles qui concernent d'autres personnes, sont accessibles au public, soit par l'intermédiaire du greffe d'un tribunal, soit sur un site Web officiel. Dans d'autres, les personnes ne peuvent demander que les informations qui les concernent. Des frais peuvent s'appliquer à la fourniture d'informations provenant du casier judiciaire.	
Registres des noms de domaine	Attribuer un nom de domaine sur Internet.	Ce type de registre contient des informations sur la structure du système de noms de domaine (« DNS »), notamment des données sur les domaines de premier niveau et les domaines de deuxième niveau utilisés. Les données relatives aux sous-domaines peuvent figurer dans des bases de données ou des registres distincts. Les registres des noms de domaine peuvent contenir le nom de l'entité à laquelle un nom de domaine est attribué, son adresse, ses coordonnées et les dates de création et d'expiration du nom de domaine.	Ces registres sont principalement disponibles en ligne, soit sous la forme de bases de données soit sur des sites Web officiels.	
Registres d'insolvabilité (liés aux registres des administrateurs révoqués et aux registres des sociétés)	Répondre aux objectifs de publicité, de transparence, de protection des créanciers et autres objectifs des procédures d'insolvabilité en tant que procédures d'exécution	Ce type de registre répertorie, entre autres, les décisions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un pays donné, le type de procédure ouverte, le nom et l'adresse du débiteur, les créanciers concernés,	La plupart des pays permettent au public d'accéder gratuitement à leurs registres d'insolvabilité. Dans certains cas, des frais peuvent être appliqués.	

Description	*Objectifs*	*Caractéristiques*	*Conditions d'accès*	*Garanties (applicables à tous les registres)*
	collectives, ainsi qu'à des objectifs de politique générale.	leurs créances ainsi que les ordonnances, décisions et jugements du tribunal, y compris en ce qui concerne la décharge du débiteur et les restrictions qui lui sont imposées du fait de son insolvabilité. Les registres d'insolvabilité peuvent également contenir des informations sur les actifs de la masse de l'insolvabilité.		
Registres des successions et registres des naissances, des mariages et des décès	Enregistrer les naissances, les mariages et les décès ainsi que les changements de nom, les ajouts et les rectifications concernant les citoyens (résidents et/ou non-résidents) d'un État. Les actes de succession (ou les lettres successorales) contiennent des données sur les personnes auxquelles a été conféré le droit de gérer la succession d'une personne décédée.	Les actes de naissance, de mariage et de décès renseignent généralement sur le ou les (anciens) noms ainsi que sur la date et le lieu de l'événement. Un acte de succession peut inclure un testament. Il indique le type d'homologation délivrée. Il peut aussi contenir des données historiques sur les années précédentes.	Les actes de naissance, de mariage et de décès peuvent être accessibles en ligne et/ou sur demande. Les actes de succession sont consultables en ligne ou sur demande par courrier. Certains actes peuvent ne pas être accessibles en ligne (très anciens, archivés). Pour y accéder, il se peut qu'il faille adresser une demande aux autorités compétentes ou se rendre dans leurs locaux. Il peut être nécessaire de justifier d'un intérêt juridique particulier. Des frais sont généralement applicables.	
Registres/systèmes des marchés publics (liés aux registres des entrepreneurs exclus)	Enregistrer des informations sur les offres, les contrats conclus et les données relatives aux fournisseurs.	Ces registres peuvent notamment comprendre des données sur le type d'appel d'offres, le montant du marché et le nom et l'adresse des parties au contrat attribué ou à un accord-cadre. Des données provenant d'entités tant nationales qu'étrangères peuvent être enregistrées.	Les registres des marchés publics sont généralement accessibles au public sur des portails en ligne. En général, les informations sur les appels d'offres terminés ne sont pas payantes (contrairement à celles concernant la participation aux procédures de passation en cours, pour lesquelles une inscription et l'acquittement de frais sont souvent requis).	
Registres des droits et intérêts spéciaux	Des registres d'armes sont généralement disponibles dans les pays où	En général, l'enregistrement est obligatoire pour les fabricants et les acquéreurs d'armes. Des	Les informations sur les armes peuvent être demandées directement par l'autorité compétente. Les	

Description	*Objectifs*	*Caractéristiques*	*Conditions d'accès*	*Garanties (applicables à tous les registres)*
	l'enregistrement de ces biens est obligatoire. L'établissement de registres pétroliers vise à enregistrer les actes tels que les accords, les licences et les autorisations d'exploitation pétrolière. D'autres types de registres sont destinés à recueillir des données sur les activités minières (en cours et/ou approuvées) et les permis d'exploitation de carrières. Il existe aussi des registres consacrés aux licences et sous-licences de prospection, de rétention, de production, d'exploitation d'oléoducs et de gazoducs et d'activités associées.	renseignements sur le type, la quantité et l'origine sont généralement inclus. Certaines armes (par exemple celles qui sont en réparation ou en cours de consignation) ou certains composants peuvent ne pas être enregistrés. Les registres des licences pétrolières, gazières, géothermiques et minières (par exemple, pour l'extraction de l'or, de l'argent ou du cuivre) renferment des données sur le titulaire, le type et le numéro de la licence, sa durée de validité, les coordonnées de la zone couverte, les spécifications techniques et les produits de base générés ou extraits. Ils peuvent également contenir la liste des puits de pétrole et de gaz, ainsi que les permis de forage.	données relatives aux licences pétrolières et minières sont généralement accessibles au public par l'intermédiaire de sources en ligne gratuites. D'autres registres, tels que ceux concernant les concessions aurifères, peuvent nécessiter une demande des autorités compétentes.	
Registres des saisies	Enregistrer les actes de saisie de biens réalisés par des agents d'exécution. Garantir la conservation des éléments de preuve, l'ouverture d'une action civile, la confiscation éventuelle des biens, le recouvrement des amendes et des cotisations impayées, le remboursement des créances et l'exécution d'autres droits et obligations.	Les données enregistrées peuvent indiquer le numéro d'identification de l'ordonnance de gel, celui du débiteur ou du propriétaire (qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale) et celui du bien saisi.	Une indication de la finalité de l'utilisation des données du registre peut être exigée. Les extraits peuvent être demandés en ligne ou par l'autorité compétente. Des frais peuvent s'appliquer.	