



Assemblée générale

Distr. limitée
4 octobre 2021
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Cinquante-neuvième session
Vienne, 13-17 décembre 2021**

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

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Dispositions ayant trait à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les textes sur l'insolvabilité	2
A. Mesures destinées à protéger et préserver la masse de l'insolvabilité	2
B. Obligations du débiteur	8
C. Coopération et coordination	9
III. Inventaire des outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs pouvant être utilisés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité	10
A. Classification des outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs	10
B. Conditions d'utilisation	13
C. Garanties	14
D. Reconnaissance et exécution	15
IV. Questions soumises à l'examen du Groupe de travail	16



I. Introduction

1. L'ordre du jour provisoire de la cinquante-neuvième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.173) contient des informations générales sur le projet relatif à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité que la Commission lui a confié à sa cinquante-quatrième session¹. La présente note a été établie par le secrétariat afin de faciliter l'examen initial de cette question par le Groupe de travail. Elle doit être lue conjointement avec le rapport du Colloque sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs (Vienne, 6 décembre 2019) (A/CN.9/1008), qui aborde ce thème de manière générale (le « rapport du Colloque »)². La note, qui complète ce rapport, porte premièrement sur les dispositions des textes de la CNUDCI³ et d'autres textes sur l'insolvabilité⁴ qui ont trait à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité et, deuxièmement, sur les outils de localisation et de recouvrement civils existant dans d'autres domaines du droit et susceptibles d'être utilisés dans les procédures d'insolvabilité.

II. Dispositions ayant trait à la localisation et au recouvrement civils d'actifs dans les textes sur l'insolvabilité

A. Mesures destinées à protéger et préserver la masse de l'insolvabilité

1. Généralités

2. Les textes sur l'insolvabilité qui ont été examinés prévoient différentes mesures pour empêcher que la valeur de la masse ne soit réduite par les actions du débiteur, de créanciers ou de tiers. Ces mesures peuvent être provisoires, c'est-à-dire s'appliquer avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou la reconnaissance d'une procédure étrangère⁵, ou s'appliquer dès l'ouverture d'une procédure ou la reconnaissance d'une procédure étrangère⁶.

3. Lorsque la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'entraîne pas automatiquement l'ouverture de cette procédure⁷, le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, notamment suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur et nommer un représentant provisoire de l'insolvabilité qui peut dessaisir le débiteur, en tout ou en

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

² S'agissant du mandat confié au secrétariat pour organiser le Colloque, voir *ibid.*, soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17), par. 203.

³ La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) (la LTI) ; le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité [première et deuxième parties (2004), troisième partie (2010) et quatrième partie (2^e éd., 2019)] (le Guide) ; la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (2018) (la LTJI) ; et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (2019) (la LTIGE).

⁴ Par exemple, le Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) (contraignant et directement applicable dans les États membres de l'UE) (le Règlement UE) ; les Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et les relations entre créanciers et débiteurs (2021) (les Principes de la Banque mondiale) ; les Principes mondiaux de l'American Law Institute et de l'International Insolvency Institute pour la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale (2012) ; et les lois nationales sur l'insolvabilité.

⁵ Voir, par exemple, recommandation 39 du Guide ; art. 19 de la LTI ; et considérant 36 et art. 32 du Règlement UE.

⁶ Voir, par exemple, recommandation 46 du Guide ; et art. 20 et 21 de la LTI.

⁷ Voir, à cet égard, recommandations 18 et 19 du Guide.

partie, de l'exploitation de l'entreprise au jour le jour⁸. Dans le contexte international, des mesures provisoires peuvent être accordées à la demande du représentant étranger⁹.

4. Parmi les mesures susceptibles d'être appliquées dès l'ouverture d'une procédure figurent généralement l'arrêt des poursuites¹⁰ et, si le débiteur n'a pas été dessaisi, des mesures visant à restreindre sa capacité à disposer des actifs (ou de certains d'entre eux) et à effectuer certaines opérations¹¹.

5. Dans certains pays, les tribunaux sont libres d'adapter les mesures de protection et de préservation de la masse de l'insolvabilité à des circonstances particulières, notamment en les combinant. Certaines mesures peuvent également avoir un effet extraterritorial. Les textes internationaux¹² peuvent envisager la reconnaissance internationale de certaines mesures, bien que les mesures provisoires de protection soient généralement exclues de leur champ d'application¹³.

6. Les mesures de protection et de préservation de la masse de l'insolvabilité sont généralement assorties de garanties contre leur utilisation abusive, comme l'obligation de notifier leur imposition¹⁴, à moins que le tribunal n'en décide autrement¹⁵, et le droit de la ou des parties concernées d'être entendues¹⁶, de contester ces mesures¹⁷ et d'en demander l'aménagement¹⁸. Le tribunal reste libre d'imposer, de réexaminer, de modifier ou de lever ces mesures¹⁹.

7. Comme dans d'autres domaines du droit²⁰, des garanties supplémentaires s'appliquent généralement aux mesures provisoires dans les procédures d'insolvabilité, en particulier à celles qui sont ordonnées *ex parte* et à huis clos. Ces mesures étant accordées avant que le tribunal ait déterminé si les critères d'ouverture ont été satisfaits, la loi peut exiger qu'il soit prouvé au tribunal que le débiteur a des chances de remplir lesdits critères, que ses actifs risquent effectivement d'être dispersés ou de perdre de leur valeur, que des mesures provisoires doivent donc être prises d'urgence et que l'octroi de ces mesures l'emporte sur tout préjudice qui pourrait en résulter. La partie demandant des mesures provisoires peut être tenue par le tribunal de fournir des preuves suffisantes pour le convaincre sur tous ces points. Une garantie, sous une forme ou une autre (par exemple, sous forme de caution) pour les dépenses, frais ou dommages-intérêts, peut aussi être exigée dans le cas où la procédure d'insolvabilité ne serait pas ouverte par la suite ou dans le cas où la mesure demandée serait préjudiciable aux activités du débiteur. Lorsque les mesures

⁸ Voir, par exemple, recommandations 39 et 41 du Guide ; et principe C6.1 des Principes de la Banque mondiale.

⁹ Voir, par exemple, art. 19 de la LTI.

¹⁰ Le terme « arrêt des poursuites » est défini à l'alinéa e) de la partie « termes et définitions » du Guide comme une « 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 ».

¹¹ Voir recommandation 112 du Guide et commentaire correspondant.

¹² Voir, par exemple, art. 32 du Règlement UE.

¹³ Voir la définition du terme « jugement » à l'article 2 c) de la LTJI, qui indique expressément qu'une mesure de protection provisoire ne saurait être considérée comme un jugement aux fins de cette loi type.

¹⁴ Voir, par exemple, recommandations 25 d) et 42 du Guide.

¹⁵ Voir, par exemple, recommandation 42 du Guide.

¹⁶ Voir, par exemple, recommandation 43 du Guide.

¹⁷ Voir recommandation 45 du Guide.

¹⁸ Voir, par exemple, recommandations 49 et 51 du Guide.

¹⁹ Voir, par exemple, art. 22 de la LTI et recommandation 44 du Guide.

²⁰ Voir, par exemple, document A/CN.9/WG.II/WP.119, qui traite des mesures provisoires prises à l'appui de l'arbitrage. Des dispositions sur ces mesures figurent dans le chapitre IV A de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (telle qu'amendée en 2006).

provisoires sont indûment obtenues, le tribunal peut imputer les dépenses, frais et dommages-intérêts et imposer des sanctions à la partie ayant demandé les mesures²¹.

2. Pouvoirs du représentant de l'insolvabilité en matière de localisation et de recouvrement d'actifs

8. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (« le Guide ») définit le terme « représentant de l'insolvabilité » comme une « personne ou [un] 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 » (al. rr) de la partie « termes et définitions ». Les définitions des termes « représentant étranger » et « représentant de l'insolvabilité » dans les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité sont semblables à cette définition, mais y ajoutent la fonction de représentant de la procédure²².

9. D'après la recommandation 120 du Guide, le représentant de l'insolvabilité a l'obligation de protéger et de préserver les actifs de la masse. Selon la recommandation 35 du Guide, la masse comprend les actifs du débiteur²³, les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et les actifs récupérés au moyen d'actions en annulation (voir section 3 ci-dessous) et d'autres actions²⁴. Tout actif non divulgué ou dissimulé ferait partie de la masse de l'insolvabilité²⁵.

10. Parmi les textes étudiés, certains font référence aux pouvoirs étendus dont jouit le représentant de l'insolvabilité pour préserver et protéger la masse de l'insolvabilité et l'entreprise du débiteur, sans toutefois préciser s'il a des fonctions de localisation et de recouvrement d'actifs²⁶. D'autres textes mentionnent expressément le travail de localisation et de recouvrement d'actifs qui est attendu du représentant de l'insolvabilité, y compris dans le contexte de l'insolvabilité internationale²⁷.

11. Parmi les fonctions du représentant de l'insolvabilité énumérées dans le Guide, celles qui suivent se rapportent à la localisation et au recouvrement d'actifs : a) prendre le contrôle immédiat des actifs composant la masse de l'insolvabilité et des documents commerciaux du débiteur ; b) représenter la masse de l'insolvabilité ; c) exercer des droits au profit de la masse de l'insolvabilité dans le cadre de procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours ; d) obtenir des informations concernant le débiteur, son actif, son passif et ses opérations antérieures (en particulier celles survenues pendant la période suspecte), notamment en entendant le débiteur et toute personne ayant traité avec lui ; e) prendre toutes les mesures

²¹ Voir, par exemple, recommandation 40 du Guide.

²² Voir art. 2 d) de la LTI ; art. 2 b) de la LTJI ; et art. 2 i) de la LTIGE.

²³ Le terme « actifs du débiteur » est défini à l'alinéa c) de la partie « termes et définitions » du Guide comme désignant « les biens et 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 ou sur des actifs appartenant à des tiers ».

²⁴ Comprend les actions contre des tiers, tels que des assureurs, notamment ceux garantissant la responsabilité des administrateurs.

²⁵ Voir Recommandations législatives de la CNUDCI sur l'insolvabilité des micro- et petites entreprises (2021), recommandation 44 et commentaire correspondant. Comme indiqué dans le commentaire de cette recommandation, la découverte d'actifs dissimulés ou non divulgués après la clôture de la procédure peut entraîner la réouverture de cette procédure, l'annulation d'une décharge déjà accordée et l'imposition de sanctions.

²⁶ Par exemple, le principe C8.2 des Principes de la Banque mondiale indique qu'après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité devrait être autorisé à prendre des mesures immédiates pour préserver et protéger la masse de l'insolvabilité et l'entreprise du débiteur.

²⁷ Voir, par exemple, l'article 21 du Règlement UE, lequel fait référence au pouvoir général du représentant de la procédure d'insolvabilité principale qui lui permet de déplacer les actifs du débiteur hors du territoire d'un État membre dans lequel ils se trouvent, sous réserve de certaines limites ; et le principe 9.4 des Principes mondiaux de l'American Law Institute et de l'International Insolvency Institute, qui prévoit qu'après la reconnaissance, un représentant étranger devrait être autorisé à utiliser tous les moyens juridiques disponibles pour obtenir des informations sur les actifs du débiteur dans tous les pays où ils peuvent se trouver.

nécessaires pour protéger et préserver les actifs de la masse de l'insolvabilité et l'entreprise du débiteur, notamment en empêchant les actes de disposition non agréés de ces actifs et en exerçant des pouvoirs d'annulation ; f) inscrire les droits de la masse (lorsque l'inscription est nécessaire pour rendre ces droits opposables aux acquéreurs de bonne foi) ; et g) nommer et rémunérer les comptables, avocats et autres professionnels dont il peut avoir besoin pour l'aider à s'acquitter de ses fonctions²⁸.

12. Les lois nationales régissant l'insolvabilité et d'autres domaines offrent au représentant de l'insolvabilité différents outils pour s'acquitter de ses fonctions de localisation et de recouvrement d'actifs. Certaines d'entre elles exigent des décisions de justice spéciales, par exemple pour perquisitionner des locaux, saisir des dossiers ou obliger des personnes à témoigner, tandis que d'autres n'en exigent pas²⁹. Les manières dont certains outils peuvent être utilisés sont parfois limitées (par exemple, en ce qui concerne les questions pouvant être posées lors de l'audition de témoins, les méthodes susceptibles d'être employées lors de cette audition et la façon dont les résultats de l'audition peuvent être exploités). Le non-respect de ces exigences peut entraîner des poursuites contre le représentant de l'insolvabilité pour abus de pouvoir ou abus de procédure.

13. L'étendue des pouvoirs du représentant de l'insolvabilité en matière de localisation et de recouvrement des actifs est généralement limitée par la loi, les décisions de justice, la mission du représentant et des considérations pratiques³⁰. La localisation et le recouvrement de certains actifs peuvent se heurter à des obstacles (par exemple, lorsque les actifs sont contestés) ou être limités par la loi (par exemple, lorsque les actifs, bien qu'appartenant au débiteur, ont été exclus de la masse de l'insolvabilité par la loi³¹, ou qu'ils sont utilisés pour protéger les intérêts des créanciers locaux dans le contexte international³²). Certains pouvoirs de localisation et de recouvrement peuvent s'éteindre dès l'ouverture d'une procédure judiciaire qui déclenche le processus formel de communication des pièces et de protection juridique (par exemple, contre l'auto-incrimination) de la personne concernée.

14. Certains textes examinés autorisent le représentant de l'insolvabilité à exercer des pouvoirs de localisation et de recouvrement d'actifs à l'étranger ; d'autres limitent ces pouvoirs au contexte national. L'exercice de ces pouvoirs à l'étranger est facilité par un certain nombre d'instruments internationaux, dont les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui permettent au tribunal octroyant la reconnaissance d'accorder diverses mesures au représentant étranger, en tant que mesures provisoires ou dès la reconnaissance de la procédure étrangère. En ce qui concerne plus particulièrement la localisation et le recouvrement d'actifs, ces mesures peuvent être les suivantes : a) interdire l'ouverture ou la poursuite d'actions ou de

²⁸ Voir le commentaire de la recommandation 120. Les fonctions spécifiques du représentant de l'insolvabilité, notamment celles qui concernent la localisation et le recouvrement d'actifs, sont énumérées dans certaines législations nationales examinées. Voir, par exemple, art. 437A et 437 B de la loi australienne de 2001 sur les sociétés (*Australian Corporations Act*) (Commonwealth) ; art. 25 de la loi de 2006 sur l'insolvabilité des entreprises de la Chine ; et annexe 1 de la loi de 1986 sur l'insolvabilité du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (*Insolvency Act*).

²⁹ Par exemple, des « notifications d'opposition » (*stop notices*) peuvent être utilisées par le représentant de l'insolvabilité dans certains pays, indépendamment de l'arrêt des poursuites prévu par la loi et de toute décision de justice, pour empêcher, pendant une courte période (par exemple, 14 jours), les personnes auxquelles ces notifications sont adressées d'accomplir certains actes (par exemple, transférer des parts). Voir, par exemple, la section 49 des règles de procédure civile de la Cour suprême des Caraïbes orientales.

³⁰ Par exemple, certaines mesures de localisation et de recouvrement peuvent être coûteuses (notamment la conduite d'enquêtes criminalistiques, en particulier à l'étranger et dans plusieurs pays) et soulèvent donc des questions quant à la disponibilité de fonds suffisants dans la masse de l'insolvabilité, aux perspectives de réussite, aux avantages escomptés pour la masse des créanciers et aux autres options possibles [financement par des tiers, actions et fiducies constituées pour le recouvrement de créances auprès de tiers (*litigation trusts*)].

³¹ Voir, par exemple, recommandation 38 du Guide.

³² Voir, par exemple, art. 21-2 de la LTI.

procédures individuelles concernant les biens, les droits, les obligations ou les responsabilités du débiteur ; b) suspendre le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement ; c) faire interroger des témoins, recueillir des preuves ou fournir des renseignements concernant les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur ; et d) confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur, situés dans l'État accordant la reconnaissance, au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal. Les textes prévoient explicitement que les tribunaux peuvent fournir toute forme d'assistance disponible en vertu du droit interne, sans limiter celle-ci aux mesures énumérées dans les lois types ou à celles prévues uniquement dans le droit interne de l'insolvabilité³³.

15. Les pouvoirs exercés par le représentant de l'insolvabilité à l'étranger sont généralement limités par la loi et les décisions rendues par une juridiction étrangère³⁴ ou par des obstacles pratiques³⁵. Les pouvoirs du représentant d'une procédure étrangère non principale sont parfois plus limités que ceux du représentant d'une procédure étrangère principale³⁶. En outre, le représentant de l'insolvabilité peut se heurter à des obstacles lors du recouvrement de dettes publiques, notamment à l'étranger. Les exceptions et fins de non-recevoir fondées sur l'incompétence et le défaut de qualité pour agir, ainsi que sur l'expiration des délais de prescription, qui ne sont pas les mêmes d'un pays à l'autre, peuvent également empêcher le représentant de l'insolvabilité d'exercer ses pouvoirs à l'étranger. (Les créanciers ou les tiers auxquels le représentant de l'insolvabilité peut accorder des droits pour engager des poursuites risquent de rencontrer les mêmes difficultés.)

3. Annulation

16. Le Guide recommande d'inclure dans la loi sur l'insolvabilité des dispositions qui préserveraient l'intégrité de la masse de l'insolvabilité et faciliteraient le recouvrement de sommes d'argent ou d'actifs auprès des personnes qui sont parties à des opérations annulées³⁷. Il fait référence à trois types courants d'opérations annulables :

a) Les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances (par exemple, transférer des actifs à un tiers dans l'intention de les mettre hors de portée des créanciers) ;

b) Les opérations à un prix sous-évalué (par exemple, le transfert d'actifs pour une valeur symbolique ou inexistante, par exemple dans le cas d'un don, ou une

³³ Voir, par exemple, art. 7 et 21 g) de la LTI.

³⁴ Voir, par exemple, art. 5 de la LTI et de la LTJI. L'article 21-3 du Règlement UE prévoit que, dans l'exercice de ses pouvoirs, le praticien de l'insolvabilité respecte la loi de l'État membre sur le territoire duquel il entend agir, en particulier quant aux modalités de réalisation des actifs. Ces pouvoirs ne peuvent inclure l'emploi de moyens contraignants, à moins qu'ils ne soient ordonnés par une juridiction de cet État membre, ni le droit de statuer sur une action en justice ou un différend.

³⁵ Par exemple, l'absence de carte d'identité locale. En revanche, l'utilisation d'autres outils (par exemple, les registres des droits sur les biens immeubles et meubles ainsi que les registres des personnes morales, des insolvabilités, des décisions judiciaires, etc.) à l'échelle internationale n'exigerait pas de reconnaissance.

³⁶ Voir, par exemple, l'article 21-3 de la LTI qui prévoit que, lorsqu'il accorde une mesure au représentant d'une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que la mesure accordée se rapporte à des biens qui, en vertu de la loi de l'État accordant la reconnaissance, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans cette procédure ; voir également l'article 19-4 de la LTI, lequel prévoit que le tribunal peut refuser d'accorder les mesures provisoires si ces mesures risquent d'entraver l'administration de la procédure étrangère principale. Voir également art. 21-1 et 2 du Règlement UE.

³⁷ Voir les recommandations 87 à 99 et 217 et le commentaire correspondant.

valeur nettement inférieure à la valeur réelle ou au prix du marché, à condition que l'opération ait été effectuée pendant la période suspecte³⁸ ;

c) Les opérations préférentielles (par exemple, les opérations réalisées avec un créancier au cours de la période suspecte, à l'issue de laquelle le créancier se voit rembourser sur les actifs du débiteur une part de sa créance plus importante que celle d'autres créanciers du même rang ou de la même catégorie (en d'autres termes, il bénéficie d'un traitement préférentiel). Peuvent entrer dans la catégorie des opérations préférentielles, notamment les paiements ou compensations (set-off) de dettes non encore exigibles ou la constitution d'une sûreté réelle pour garantir des créances non garanties antérieures).

17. Lorsque les types d'opérations susceptibles d'annulation mettent en jeu une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur³⁹, les lois sur l'insolvabilité prévoient généralement une période suspecte plus longue et suppriment la condition selon laquelle le débiteur doit être insolvable au moment de l'opération, ou l'être devenu à la suite de celle-ci. En cas d'insolvabilité, les créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur peuvent faire l'objet d'un examen attentif et d'un traitement spécial [par exemple, un déclassement décidé par le tribunal pour des raisons d'équité (« équitable subordination »)].

18. Les lois sur l'insolvabilité énoncent des règles différentes en ce qui concerne les éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération particulière. Dans certaines lois, c'est au débiteur qu'incombe la charge de prouver que l'opération n'entre dans aucune catégorie d'opérations annulables. D'autres lois sur l'insolvabilité disposent que le représentant de l'insolvabilité est tenu de prouver que l'opération satisfait aux critères d'annulation. Certaines lois autorisent le renversement de la charge de la preuve à l'encontre du cocontractant, par exemple lorsqu'il est difficile pour le représentant de l'insolvabilité d'établir que le débiteur avait effectivement l'intention de frauder les créanciers.

4. Actions contre les administrateurs, actionnaires et autres personnes

19. Le Guide prévoit que, sous certaines conditions, les personnes exerçant un contrôle de fait sur l'entreprise du débiteur⁴⁰ peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée pour leur comportement pendant la période où le débiteur était insolvable ou pendant la période précédant son insolvabilité. S'il s'avère qu'elles ont manqué à leurs obligations pendant ces périodes⁴¹, elles peuvent être condamnées à payer, à la masse de l'insolvabilité, la totalité des dommages-intérêts fixés par le tribunal.

20. Le Guide souligne que le droit d'agir fondé sur la perte ou le dommage résultant des manquements commis par ces personnes pendant les périodes en question revient à la masse de l'insolvabilité et que le représentant de l'insolvabilité est responsable au premier titre de l'ouverture d'une action pour ces manquements. Les créanciers ou

³⁸ Le terme « période suspecte » est défini à l'alinéa jj) de la partie « termes et définitions » du Guide comme désignant la « 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 ». Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient une période suspecte unique pour tous les types d'opérations annulables, tandis que d'autres fixent des périodes différentes suivant le type d'opération et les personnes concernées.

³⁹ Cette expression est définie à l'alinéa kk) de la partie « termes et définitions » du Guide comme suit : « si le débiteur est une personne morale, on entendrait par personne ayant des liens privilégiés avec lui notamment : i) une personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur, et ii) 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. »

⁴⁰ Voir recommandation 258 et commentaire correspondant, qui fait référence aux administrateurs occultes ou de fait.

⁴¹ Voir recommandation 256 du Guide et commentaire correspondant, qui font référence aux mesures que les administrateurs devraient prendre pour éviter l'insolvabilité ou en réduire l'ampleur.

toute autre partie intéressée peuvent engager de telles actions avec l'accord du représentant de l'insolvabilité ou, en cas de refus de ce dernier, avec l'autorisation du tribunal⁴². Des exceptions et fins de non-recevoir similaires à celles décrites dans la section 2 ci-dessus peuvent être soulevées, notamment lorsque l'administrateur est situé à l'étranger et qu'en raison de la divulgation tardive ou de l'absence de divulgation d'informations pertinentes, le délai légal pour engager des poursuites a expiré.

21. Le Guide traite également de mesures telles que la levée du voile de la personnalité morale, les ordonnances de contribution et le regroupement des patrimoines, qui peuvent être prises à l'encontre des actionnaires, des membres du groupe d'entreprises ou d'autres personnes, surtout lorsque des pratiques ou activités frauduleuses sont en cause⁴³.

B. Obligations du débiteur

22. Parmi les obligations du débiteur qui naissent à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qui continuent de s'appliquer pendant toute la durée de la procédure, la recommandation 110 du Guide énumère les suivantes : a) coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et l'aider dans l'accomplissement de ses devoirs ; b) fournir des renseignements exacts, fiables et complets sur sa situation financière et ses affaires, notamment des listes : i) des opérations réalisées avant l'ouverture de la procédure qui concernent le débiteur ou ses actifs ; ii) des procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours, notamment les procédures d'exécution ; iii) des éléments d'actif et de passif, des bénéfices et des décaissements ; iv) des débiteurs et de leurs obligations et v) des créanciers et de leurs créances ; et c) coopérer avec le représentant de l'insolvabilité pour permettre à celui-ci de prendre le contrôle effectif de la masse et de lui apporter son aide ou sa coopération pour qu'il recouvre les actifs de la masse où qu'ils se trouvent ou en reprenne le contrôle et pour qu'il récupère les documents commerciaux⁴⁴.

23. Le Guide souligne qu'il importe de mettre en place des procédures efficaces pour obtenir les informations requises afin d'en assurer l'utilité ultime. Si, par exemple, des membres de la direction sont responsables de l'insolvabilité de l'entreprise, ceux-ci refuseront probablement de faire des révélations complètes et franches ou de divulguer des informations pouvant être compromettantes (bien que de nombreuses lois pénales n'autorisent pas l'utilisation de preuves compromettantes dans des procédures pénales ultérieures afin d'encourager la franchise). Par conséquent, outre l'obligation du débiteur de communiquer des renseignements, le Guide recommande que le représentant de l'insolvabilité et les créanciers ou le comité des créanciers se voient accorder le droit correspondant d'exiger et de recevoir des renseignements du débiteur, des sanctions appropriées étant prises lorsque les renseignements demandés ne sont pas fournis. L'obligation du débiteur peut être complétée par d'autres mesures qui consistent notamment à nommer une personne indépendante chargée d'auditionner le débiteur sur ses affaires financières ou à exiger que le débiteur lui-même (lorsqu'il s'agit d'une personne physique) ou qu'un ou plusieurs administrateurs de l'entreprise débitrice se fassent représenter ou assistent à une réunion des créanciers pour répondre aux questions (sauf dans les cas où cela n'est matériellement pas possible, pour des raisons géographiques). Dans les cas

⁴² Voir recommandation 263 et commentaire correspondant.

⁴³ Voir recommandations 219 à 231 et commentaire correspondant.

⁴⁴ Dans certains pays, notamment en Suisse, ces obligations s'appliquent à tous, y compris aux autorités publiques. On trouve également des mesures incitant à divulguer en temps utile des informations pertinentes au représentant de l'insolvabilité (par exemple, aux États-Unis, la durée de la peine d'emprisonnement peut être réduite).

graves de rétention d'informations, des sanctions pénales pour entrave à l'exercice de la justice (amende, emprisonnement) peuvent être imposées⁴⁵.

24. Le Guide reconnaît que les renseignements fournis par le débiteur ou par des tiers (par exemple, des banques) concernant le débiteur seront souvent commercialement sensibles, confidentiels ou soumis à des obligations dues à d'autres personnes⁴⁶. L'obligation de respecter la confidentialité et de protéger ce type de renseignements contre d'éventuels abus devrait peut-être être imposée à toutes les personnes susceptibles d'en prendre connaissance. En outre, des limites peuvent être imposées à l'utilisation de ces renseignements à des fins autres que celles prévues, sauf si le tribunal en décide autrement.

25. La localisation et le recouvrement d'actifs dans une procédure d'insolvabilité avec un débiteur non dessaisi⁴⁷ peuvent soulever des questions spécifiques. La recommandation 113 du Guide prévoit que la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les fonctions du représentant de l'insolvabilité que le débiteur non dessaisi peut lui-même exercer. Ce mécanisme n'exclut pas la possibilité de nommer un praticien indépendant pour certaines fonctions liées à l'administration de la procédure d'insolvabilité, telles que l'annulation d'opérations examinée ci-dessus, ou pour la localisation et le recouvrement d'actifs. La recommandation 112 a) du Guide mentionne expressément les mesures de protection appropriées dans le cas d'un débiteur non dessaisi, notamment un contrôle plus ou moins strict du débiteur ainsi que la possibilité de le dessaisir dans des cas spécifiés. La recommandation 41 du Guide prévoit expressément que le débiteur et le représentant de l'insolvabilité opèrent en parallèle lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à titre de mesure provisoire.

C. Coopération et coordination

26. Les dispositions des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité qui prévoient la coopération et la coopération entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité⁴⁸ sont utiles pour la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité, du fait qu'il est difficile de parvenir à un accord international sur la reconnaissance et l'exécution internationales des décisions judiciaires en ce qui concerne certains outils de localisation et de recouvrement civils (voir chap. III, sect. D, ci-dessous). Elles visent à faciliter les communications directes, notamment les demandes directes d'information et d'assistance, qui peuvent accélérer l'octroi de mesures locales à l'appui de la localisation et du recouvrement d'actifs dans les procédures d'insolvabilité étrangères.

27. Des dispositions similaires figurent dans d'autres textes sur l'insolvabilité⁴⁹. Selon le principe 9.1 des Principes mondiaux de l'American Law Institute et de l'International Insolvency Institute pour la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale (2012), la coopération entre les tribunaux et entre les administrateurs devrait prévoir la divulgation rapide et complète de toutes les informations pertinentes, y compris des actifs et des créances, en vue de promouvoir la transparence et de réduire la fraude internationale. Une telle coopération peut continuer d'être nécessaire après la clôture de la procédure, par exemple en cas de

⁴⁵ Voir recommandation 114 du Guide et commentaire correspondant.

⁴⁶ Voir recommandation 111 et commentaire correspondant.

⁴⁷ Selon la définition donnée à l'alinéa v) de la partie « termes et définitions » du Guide, il s'agit d'un « débiteur qui, dans une procédure de redressement, garde les rênes de son entreprise, en conséquence de quoi le tribunal ne nomme pas de représentant de l'insolvabilité ». Dans le contexte de l'insolvabilité internationale, les textes de la CNUDCI soulignent que la référence au « représentant étranger » est suffisamment large pour inclure le débiteur non dessaisi après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Voir, par exemple, par. 86 du Guide pour l'incorporation et l'interprétation de la LTI.

⁴⁸ Voir, par exemple, art. 25 à 27 de la LTI et art. 9 à 15 de la LTIGE.

⁴⁹ Voir, par exemple, art. 42, 43 et 56 du Règlement UE ; et principes C17.2 et 17.3 des Principes de la Banque mondiale.

découverte a posteriori d'actifs ou d'informations pouvant conduire à la réouverture de la procédure dans certains cas.

III. Inventaire des outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs pouvant être utilisés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité

A. Classification des outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs

28. Comme l'indique le rapport du Colloque, il existe un grand nombre d'outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs dans le monde. Ceux-ci sont désignés de différentes manières selon les pays et peuvent être issus de différentes sources de droit. Certains outils découlant de la jurisprudence ont ensuite été codifiés dans la législation⁵⁰. Nombre d'entre eux pourraient être utilisés dans les procédures d'insolvabilité.

29. Si les outils de localisation et de recouvrement civils peuvent être regroupés en différentes catégories en fonction de divers critères, la distinction entre ces catégories n'est pas toujours claire, certains outils pouvant en effet figurer dans plusieurs d'entre elles. Selon leur objectif premier, ces outils peuvent être regroupés en trois grandes catégories : a) ceux qui servent principalement à identifier et à localiser des actifs, des preuves ou l'auteur d'un acte illicite (outils de localisation) ; b) ceux qui sont principalement utilisés une fois que les actifs, les preuves ou l'auteur de l'acte illicite ont été identifiés et localisés, afin d'obtenir ces preuves, de geler ou de saisir ces actifs ou d'ouvrir une procédure ou de prendre des mesures contre l'auteur (outils de recouvrement) ; et c) ceux qui sont utilisés en conjonction avec d'autres outils pour assurer leur efficacité (outils auxiliaires). Certains outils peuvent servir à plusieurs fins⁵¹. Certains tribunaux ont la liberté d'adapter les outils aux besoins particuliers d'une affaire, y compris dans le contexte international⁵².

1. Outils de localisation

30. Parmi les outils de localisation figurent différents types d'ordonnances de divulgation. Certaines d'entre elles peuvent être émises dans le but d'obtenir des informations ou des documents directement auprès de l'auteur présumé de l'acte

⁵⁰ Par exemple, l'ordonnance de recherche et de saisie (*search and seizure order*) découlant de l'affaire *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd and Others* a été codifiée au Royaume-Uni dans l'article 7 de la loi de 1997 sur la procédure civile (*Civil Procedure Act*), dans la partie 25 des règles de procédure civile (*Civil Procedure Rules*) et dans la directive pratique 25A. Toujours au Royaume-Uni, l'injonction Mareva, née de l'affaire *Mareva Compania Naviera SA c. International Bulkcarriers SA*, a été codifiée à l'article 37 de la loi de 1981 sur les juridictions supérieures (*Senior Courts Act*).

⁵¹ Les « *passport orders* » peuvent entrer dans cette catégorie (ordonnances émises, par exemple, au Royaume-Uni en vertu de l'article 37-1 de la loi de 1981 sur les juridictions supérieures). Ces ordonnances permettent la saisie de passeports ou d'autres documents pour une courte période. Cette mesure peut être utilisée pour retrouver des informations (par exemple, sur des voyages à l'étranger), restreindre les déplacements ou empêcher l'utilisation d'un bien particulier (par exemple, l'utilisation d'une voiture en cas de saisie d'un permis de conduire). Pour d'autres exemples, voir la référence à l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires (OESC) dans le rapport du Colloque (note 21), qui peut être utilisée dans les États membres de l'UE pour rechercher des informations sur les comptes bancaires et geler ces comptes. Les outils en ligne dont disposent certains pays permettent de découvrir et de geler immédiatement tous les comptes bancaires d'une personne physique ou morale sur la base de son identifiant unique.

⁵² Par exemple, le Code de procédure civile brésilien (art. 294 et suiv.) donne aux tribunaux le pouvoir de choisir ce qu'ils considèrent comme la solution la plus adéquate pour l'affaire en question.

illicite, tandis que d'autres peuvent être prononcées à l'encontre de tiers⁵³. Ces tiers peuvent avoir participé à l'acte illicite ou l'avoir favorisé, innocemment ou non, ou sont éventuellement en possession d'informations utiles susceptibles, par exemple, d'aider à déterminer ce qui est advenu de certains actifs et où ils se trouvent. Ces outils de localisation peuvent être utilisés avant et après l'ouverture d'une procédure. Ils dérogent généralement aux règles sur le secret bancaire ou aux obligations de confidentialité qui incombent, par exemple, à une banque envers ses clients.

31. Les ordonnances de divulgation existent dans les pays de *common law* et dans les pays de droit civil. Elles peuvent se présenter sous différentes formes et comprennent notamment les ordonnances « Norwich Pharmacal »⁵⁴, les ordonnances de divulgation Bankers Trust⁵⁵, les ordonnances de divulgation conçues à l'appui de procédures étrangères⁵⁶, la procédure OESC⁵⁷ et les ordonnances de divulgation préalable⁵⁸.

2. Outils de recouvrement

32. Les outils permettant d'obtenir des preuves ou de geler ou saisir des actifs sont souvent utilisés *ex parte* et associés à d'autres mesures pour empêcher leur divulgation prématurée aux parties concernées, étant donné que l'élément de surprise est jugé essentiel à leur efficacité. Ils soulèvent des questions de respect des garanties procédurales et de protection du défendeur et supposent l'imposition de conditions et de garanties supplémentaires contre leur utilisation abusive, comme on le verra à la section B ci-dessous. Tout comme certaines ordonnances de divulgation mentionnées dans la section 1 ci-dessus, certains outils de cette catégorie peuvent être conçus spécifiquement pour contourner les règles du secteur bancaire qui limitent la divulgation à des tiers d'informations concernant les clients⁵⁹.

⁵³ Les différences entre les pays de *common law* et ceux de droit civil quant aux ordonnances visant des tiers sont examinées dans le contexte de la règle 20, dans l'étude des rapporteurs figurant en annexe des Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale (Principes ALI/UNIDROIT). Selon la note introductive de cette annexe, bien que les Règles n'aient pas été adoptées par UNIDROIT ou l'ALI, elles peuvent être considérées, conjointement avec les Principes, comme un modèle de réforme de la législation nationale.

⁵⁴ Ordonnance issue de l'affaire *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners* [1974] A.C. 133 : action intentée en justice pour obtenir d'un tiers de bonne foi des renseignements qui ne peuvent être obtenus de ce tiers par d'autres moyens et qui sont nécessaires pour localiser et recouvrer des actifs en possession d'un défendeur ou d'un tiers qui n'a pas le droit de les conserver. Voir également les notes 67 et 69 ci-dessous.

⁵⁵ Ordonnance issue de l'affaire *Bankers Trust Co. c. Shapiro* (1980 B.N. 3116) et développée dans l'affaire *JSC BTA Bank c. Fidelity Corporate Services Ltd. et al.*, HCVAP 2010/035 : action intentée auprès d'un tribunal pour obtenir, auprès d'une institution financière, des informations confidentielles nécessaires pour localiser des actifs dont le demandeur revendique la propriété, lorsqu'il existe des preuves solides que les fonds en cause ont été obtenus frauduleusement et que tout retard à divulguer ces renseignements pourrait entraîner leur dispersion ou leur transfert.

⁵⁶ Voir, par exemple, Code des États-Unis d'Amérique annoté, 28 U.S.C.A. § 1782, qui permet à toute partie intéressée d'obtenir d'une personne située aux États-Unis la communication de pièces qui seront utilisées dans une procédure étrangère. Le demandeur doit établir a) qu'il n'a pas physiquement accès aux pièces demandées dans le pays étranger et b) que si la partie devant fournir les pièces se trouvait dans le pays étranger où la procédure sous-jacente est menée, il pourrait demander la même mesure de divulgation que celle qu'il demande aux États-Unis. Il n'est pas nécessaire de demander tout d'abord la mesure de divulgation auprès du tribunal étranger ou de démontrer qu'une procédure judiciaire est en cours au moment où l'assistance est demandée. L'essentiel est de savoir si la divulgation demandée pourrait être utile dans une procédure judiciaire étrangère ou conduire à la communication de preuves recevables.

⁵⁷ Voir, *supra*, note 51.

⁵⁸ Par exemple, da produção antecipada de provas au Brésil (CPC art. 381) ; ordonnances de collecte de preuves avant le procès en Colombie (art. 183 à 190 CGP) ; mesure d'instruction *in futurum* en France ; *diligencia exhibitoria* au Panama. Des mesures similaires existent au Honduras et au Mexique.

⁵⁹ Voir, par exemple, loi de 1981 relative à la preuve sur les livres et registres bancaires (*Bankers' Book Evidence Act*) aux États-Unis.

33. Parmi les outils de recouvrement, on trouve différentes injonctions préliminaires et mesures conservatoires utilisées dans les pays de droit civil pour préserver des actifs et des preuves⁶⁰, même si certaines ont parfois été conçues pour des domaines spécifiques du droit⁶¹. Les directives de l'Union européenne mentionnées dans le rapport du Colloque (note 21) envisagent certains de ces outils.

34. Dans les pays de *common law*, les ordonnances de recherche (et de saisie), également appelées ordonnances Anton Piller⁶², sont rendues *ex parte* dans le but de conserver des éléments de preuve ou des biens dans le cadre d'une procédure en cours ou pour une procédure future. Elles permettent au demandeur d'accéder aux locaux du défendeur pour y rechercher et saisir tous les éléments de preuve ou les biens spécifiés dans l'ordonnance.

35. En outre, l'injonction Mareva est largement utilisée et peut être décrite comme une action en justice visant à obtenir, dans le pays concerné, une ordonnance de gel pour empêcher que ne soient dispersés des actifs sur lesquels le créancier a démontré son droit à être payé. Les « ordonnances de gel mondiales »⁶³, dérivées de la procédure d'injonction Mareva, mais s'appliquant à l'échelle mondiale, sont aussi largement utilisées dans certains pays de *common law*.

3. Outils auxiliaires

36. Parmi les outils utilisés en association avec d'autres pour garantir l'efficacité de ces derniers figurent les ordonnances imposant le secret et la mise sous scellés (« gag and seal orders »). Celles-ci ordonnent au personnel judiciaire concerné d'interdire tout accès du public au dossier de la procédure (« ordonnance de mise sous scellés ») et interdisent à quiconque ayant connaissance de ce dossier ou de toute information qu'il renferme d'en divulguer le contenu (« ordonnance imposant le silence »). Ces mesures viennent compléter les procédures *ex parte* et à huis clos.

37. En outre, les outils utilisés dans les procédures pénales viennent souvent appuyer les procédures civiles. Parmi ces outils figurent la confiscation sans condamnation⁶⁴, la participation des personnes concernées aux procédures pénales en tant que parties civiles (avec la possibilité d'accéder aux documents obtenus par le procureur et de demander des ordonnances de gel ou de restitution des actifs)⁶⁵ et d'autres moyens d'obtenir des informations dans le cadre d'enquêtes criminelles en vue de les utiliser dans des procédures civiles⁶⁶.

⁶⁰ Voir, par exemple, *prueba ainticipada* (obtention de preuves), *embargo preventivo* (saisie de biens avant le jugement), *inhibición general de bienes* (gel de biens) en Argentine ; injonction préliminaire pour préserver des créances monétaires prévue à l'article 379 et ordonnance conservatoire prévue à l'article 110 du code de procédure pénale (StPO) en Autriche ; saisie conservatoire en Belgique ; et actions exécutoires (saisie de comptes bancaires via le système BacenJud) au Brésil. Voir aussi les articles 192 et 198 du projet ELI/UNIDROIT de règles modèles européennes de procédure civile (Règles ELI/UNIDROIT).

⁶¹ Par exemple, les articles 6 (« Éléments de preuve ») et 7 (« Mesures de conservation des preuves ») de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle et les ordonnances de saisie-description en Belgique et de saisie-contrefaçon en France (art. L.615-5 du Code de la propriété industrielle) jouent un rôle central pour obtenir des preuves dans le cadre de procédures relatives aux violations des droits de propriété intellectuelle.

⁶² Voir, *supra*, note 50.

⁶³ Ordonnance issue de l'affaire *Dadourian Group Int. Inc. c. Simms and Others* [2006] EWCA Civ 399.

⁶⁴ Voir, par exemple, art. 70 à 72 du Code pénal suisse.

⁶⁵ Voir, par exemple, art. 21 *bis*-2 du Code belge de procédure pénale et art. 85 à 91-1 du Code français de procédure pénale.

⁶⁶ Par exemple, selon l'article 6 (e)(3) (E) (1) des Règles fédérales de procédure pénale des États-Unis, une action peut être intentée en justice pour obtenir des renseignements recueillis pendant une procédure dite de « *grand jury* » en vue de leur utilisation dans une autre procédure. S'il est fait droit à la demande, le tribunal administre la production des renseignements de manière à protéger l'enquête pénale. Il est également possible de demander accès aux informations recueillies dans le cadre d'enquêtes criminelles en vertu de traités d'entraide judiciaire.

B. Conditions d'utilisation

38. Même si les procédures permettant de recourir à ces outils peuvent varier et si certaines d'entre elles risquent de ne pas être accessibles aux étrangers, leur utilisation est soumise à des conditions similaires, qui ont pour objet de concilier diverses exigences, à savoir : a) que les outils soient adaptés à leur finalité ; b) qu'ils soient justes et équitables ; et c) que leur accès ne soit pas inutilement complexe ou coûteux, ne comporte pas de délais déraisonnables ni n'entraîne de retards injustifiés.

39. En particulier, le demandeur devra présenter des arguments suffisamment solides et démontrer que ses intérêts légitimes ont été gravement lésés ou pourraient l'être⁶⁷. Suivant l'outil utilisé, il pourra également être tenu de démontrer que le défendeur est (probablement) en possession d'actifs, de preuves ou d'autres informations ou documents pertinents. Dans certains cas, il devra parfois également démontrer que le défendeur, innocemment ou non, a facilité l'acte illicite⁶⁸. Pour les mesures *ex parte* et secrètes, le demandeur peut être tenu de fournir une preuve solide du besoin de confidentialité et de l'urgence de la mesure, en démontrant l'existence d'un risque, ou d'une « possibilité réelle », de dissipation des actifs ou de destruction des preuves. Les injonctions basées sur un titre de propriété (*proprietary injunctions*) peuvent être plus faciles à obtenir que les ordonnances de gel⁶⁹ : il ne sera pas nécessaire de prouver un risque de dissipation, il suffit de démontrer qu'il existe un motif crédible et qu'il est juste et pratique d'accorder l'injonction.

40. Les demandes seront rejetées si les conditions pour obtenir la mesure en question ne sont pas satisfaites⁷⁰. Elles peuvent également être rejetées pour d'autres motifs. Par exemple, les demandes de communication de preuves ou d'informations peuvent être refusées si elles sont présentées dans le but d'obtenir un avantage dans une autre procédure, et non pour appuyer l'introduction d'une action en justice, ou si elles visent à contourner les restrictions ou politiques applicables à la collecte de preuves dans un pays étranger, ou encore si elles sont indûment intrusives ou contraignantes. Les demandes présentées en vue de localiser et recouvrer un actif particulier à l'aide d'un outil donné peuvent être refusées si la loi n'autorise pas la localisation et le recouvrement de cet actif avec cet outil. Par exemple, dans certains pays, le demandeur pourra réclamer le bien détourné et tous les actifs dans lesquels celui-ci aura été converti par la suite, alors que dans d'autres pays, il pourra seulement revendiquer la propriété du bien initial, tandis qu'il devra faire valoir des droits personnels pour recouvrer ces autres actifs.

⁶⁷ Voir, par exemple, art. 193 et 199 des Règles ELI/UNIDROIT.

⁶⁸ Par exemple, pour obtenir une ordonnance « Norwich Pharmacal », le demandeur doit établir, à l'aide de preuves solides, que le tiers de bonne foi a participé à la réalisation de l'opération considérée comme illicite (autrement dit, l'ordonnance ne peut pas être émise à l'encontre d'une personne qui n'a d'autre lien avec l'acte en cause que le fait d'en avoir été témoin ou d'être en possession d'un document relatif à cet acte).

⁶⁹ Les injonctions fondées sur un titre de propriété sont émises pour préserver des biens sur lesquels un demandeur détient un droit de propriété de sorte qu'ils puissent lui être restitués si celui-ci obtient gain de cause, tandis que les ordonnances de gel visent à protéger le demandeur contre la dissipation des actifs à l'encontre desquels il pourrait normalement exécuter un jugement, que ce soit immédiatement ou ultérieurement (voir *Falcon Private Bank Ltd c. Borry Bernard Edouard Charles Limited*, HCA 1934/2011).

⁷⁰ Par exemple, l'ordonnance « Norwich Pharmacal » ne peut être prise à l'encontre de personnes qui sont susceptibles d'être des témoins ou qui sont des défendeurs présumés dans une procédure engagée sur la base d'une allégation d'acte illicite. Des limites pourraient également s'appliquer à l'utilisation d'une telle ordonnance : pour l'identification de l'auteur d'un acte illicite par opposition à l'obtention d'informations factuelles concernant l'acte présumé illicite et vice versa ; pour l'obtention de preuves plutôt que d'informations ; et pour la facilitation d'une procédure dans un pays étranger si ce pays dispose d'un cadre législatif qui régit l'obtention de preuves à l'étranger.

C. Garanties

41. Les garanties se présentent sous différentes formes. Elles sont notamment prévues dans les lois ou les décisions de justice, et disposent notamment : a) que les mesures imposées doivent être notifiées aux parties concernées (*ex ante* ou *ex post*), sauf si les circonstances de l'affaire justifient le contraire⁷¹ ; b) qu'elles peuvent être contestées ; c) qu'elles doivent être de nature temporaire ; d) que la caution ou la sûreté et la réparation des dommages sont dues par la personne demandant la mesure ; et e) que des sanctions, y compris pénales, pourraient être imposées au demandeur en cas d'abus ou d'utilisation inappropriée des mesures.

42. Les tribunaux pourraient se voir laisser une certaine latitude pour concevoir des garanties particulières dans le cadre des exigences imposées par la loi⁷². En outre, il est possible d'imposer des règles détaillées sur la manière dont les ordonnances doivent être mises en œuvre et dont les informations ou les preuves obtenues doivent être utilisées. Ces règles peuvent être imposées dans un cas précis ou s'appliquer de manière générale à l'utilisation d'un outil spécifique⁷³. En outre, le principe de proportionnalité et la prépondérance des considérations d'équité s'appliquent, ce qui obligerait le tribunal à apprécier le poids des arguments du demandeur, les éventuelles questions d'intérêt général, l'urgence, les contraintes pratiques qui découleraient de l'octroi d'une telle mesure et les autres options possibles⁷⁴.

43. Des règles sur la répartition appropriée de la charge de la preuve, les présomptions réfragables et les voies de recours sont généralement prévues afin

⁷¹ Voir, par exemple, art. 195 des Règles ELI/UNIDROIT. Dans certains pays, les tribunaux restent libres de décider si une notification doit être donnée et, le cas échéant, à quel moment. Voir, par exemple, art. 128-4 et 922-1 de la loi allemande sur la procédure civile qui permet au tribunal de décider s'il convient de notifier la demande d'ordonnance de saisie.

⁷² Par exemple, l'article 921 de la loi allemande sur la procédure civile qui permet au tribunal de décider si le demandeur doit fournir une garantie adéquate. Conformément à l'article 108 de cette loi, le tribunal peut préciser le type et le montant de la garantie exigée. En Angleterre, en vertu de la Directive pratique 25A, le tribunal peut demander une garantie s'il a de sérieux doutes sur l'issue de la demande quant au fond ou si le demandeur ne relève pas de son ressort ; en vertu du paragraphe 5.1-1, le demandeur doit s'engager devant le tribunal à verser les dommages et intérêts que le tribunal jugera appropriés pour couvrir les pertes subies par le défendeur, sauf indication contraire dans l'ordonnance.

⁷³ Par exemple, pour les ordonnances « Anton Piller », les règles suivantes peuvent s'appliquer : a) les ordonnances doivent être exécutées méticuleusement et soigneusement dans le plus grand respect des droits du défendeur ; b) les ordonnances doivent être exécutées les jours ouvrables pendant les heures normales de bureau afin de garantir que le défendeur ait accès à une représentation juridique ; c) des informations détaillées sur les objets ou biens saisis au moment de l'exécution de l'ordonnance doivent être consignées ; d) la personne qui exécute l'ordonnance doit être neutre et expérimentée ; e) lors de la signification et de l'exécution de l'ordonnance, un juriste chargé de la supervision doit être présent pour expliquer l'ordonnance aux défendeurs et leur donner la possibilité de consulter leurs représentants légaux ; f) si les défendeurs souhaitent demander la mainlevée de l'ordonnance au motif qu'elle a été obtenue de manière irrégulière, ils doivent être autorisés à le faire ; g) si les défendeurs n'accordent pas l'autorisation d'entrer ou d'inspecter, le demandeur ne doit pas entrer de force (il doit accepter le refus et le porter à l'attention du tribunal) ; h) l'ordonnance doit être exécutée en présence des défendeurs ou de leurs représentants légaux ; i) lorsque les locaux sont susceptibles d'être occupés par une femme non accompagnée, si le juriste chargé de la supervision est un homme, il doit être accompagné d'une femme ; j) l'ordonnance ne doit pas avoir une portée plus large que nécessaire et les éléments qui ne sont pas mentionnés expressément dans l'ordonnance ne peuvent pas être saisis ; k) le nombre de personnes chargées d'effectuer les recherches doit être limité, et leurs noms doivent être indiqués dans l'ordonnance ; l) l'ordonnance doit indiquer explicitement que le défendeur a le droit de saisir le tribunal dans les plus brefs délais pour demander la mainlevée de l'ordonnance ; m) l'ordonnance doit contenir une clause limitative selon laquelle les documents saisis ne peuvent être utilisés que dans la procédure en cours ; n) une liste de tous les éléments de preuve saisis doit être établie et fournie au défendeur pour inspection et vérification à la fin des opérations de recherche et avant que les éléments de preuve soient emportés ; et o) si une liste des éléments de preuve ne peut être fournie au défendeur au moment de la recherche, les documents saisis doivent être remis aux mains du juriste indépendant chargé de la supervision.

⁷⁴ Voir, à cet égard, les Principes ALI/UNIDROIT, et en particulier le principe 8 et le commentaire correspondant.

d'opérer un équilibre entre les intérêts concurrents en jeu lorsque les mesures mentionnées ci-dessus sont imposées⁷⁵. Des mesures portant atteinte à la dignité humaine et aux droits humains (par exemple, la liberté de circulation) ne pourraient être accordées que dans des circonstances extraordinaires et sont soumises à des garanties plus strictes⁷⁶.

44. Dans de nombreux pays, le demandeur serait tenu de coopérer avec le tribunal, notamment en lui communiquant de manière complète, équitable et exacte toutes les informations en rapport avec la mesure demandée. Il doit non seulement communiquer les faits qui lui sont favorables, mais aussi ceux qui sont favorables au défendeur. En cas de non-respect de cette obligation, le tribunal peut refuser de prononcer la mesure demandée et condamner le demandeur à indemniser le défendeur pour les dommages et pertes subis du fait de cette mesure. Selon la gravité du manquement, des sanctions pénales pour entrave à l'exercice de la justice (amende, emprisonnement) peuvent aussi être imposées.

D. Reconnaissance et exécution

45. La reconnaissance et l'exécution internationales des outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs peuvent dépendre de nombreux facteurs, en particulier de l'outil utilisé, et soulever des questions complexes, notamment de compétence et de droit applicable, qui ne sont pas abordées dans la présente note.

46. Par exemple, comme mentionné au paragraphe 17 d) du rapport du Colloque, les mesures conservatoires ou d'exécution sont exclues du champ d'application de la Convention de La Haye sur l'obtention de preuves (article premier). Plusieurs États signataires de cette convention ont déclaré qu'ils n'exécuteraient pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les États de *common law* sous le nom de « *pre-trial discovery of documents* ». Les mesures provisoires et conservatoires sont également exclues du champ d'application de la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale [art. 3-1 b)]. Comme indiqué au paragraphe 5 ci-dessus, elles sont également exclues du champ d'application de la LTJI⁷⁷.

47. Les décisions de justice concernant d'autres outils de localisation et de recouvrement civils d'actifs peuvent entrer dans le champ d'application de ces conventions, si bien qu'elles seraient reconnues et exécutées en tant que jugements par les parties contractantes à ces conventions. Les procédures d'insolvabilité, qui sont exclues du champ d'application de ces conventions, seraient couvertes par les lois types de la CNUDCI sur l'insolvabilité, y compris toute décision judiciaire qui

⁷⁵ Voir, par exemple, les articles 26 à 32 des Règles fédérales de procédure civile des États-Unis qui, parmi les garanties contre le recours abusif aux ordonnances judiciaires de divulgation, disposent que, si des problèmes pour accéder aux éléments de preuve sont invoqués, il appartient au premier chef au demandeur de prouver que les informations sont accessibles en vertu du droit étranger.

⁷⁶ Voir, par exemple, art. 194 des Règles ELI/UNIDROIT sur ce point.

⁷⁷ À titre de comparaison, le principe 30 (Reconnaissance) des Principes ALI/UNIDROIT indique que les mesures provisoires sont reconnues dans les mêmes conditions que les jugements définitifs rendus dans un autre for selon une procédure substantiellement compatible avec les Principes, sauf en cas d'exigence contraire de l'ordre public matériel. Le commentaire correspondant note que de nombreux pays limitent l'effet de la plupart des mesures provisoires au territoire de l'État des juridictions duquel elles émanent et coopèrent en émettant des ordonnances parallèles. Toutefois, la technique des mesures provisoires parallèles est moins acceptable que la reconnaissance et l'exécution directes.

pourrait être rendue après la clôture de la procédure d'insolvabilité mais qui y est liée⁷⁸.

IV. Questions soumises à l'examen du Groupe de travail

48. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'objectif visé par le projet et déterminer, à la lumière de celui-ci, la portée et la nature du projet de texte juridique que le secrétariat devrait élaborer pour examen à une session ultérieure.

49. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que, indépendamment de la nature du futur instrument sur le sujet et compte tenu de la diversité considérable d'outils de localisation et de recouvrement d'actifs, cet instrument devrait porter essentiellement sur : a) la finalité d'un outil particulier ; b) les mesures visant à garantir que l'outil atteindra son objectif de manière efficace et efficiente ; et c) les garanties encadrant son utilisation. La nécessité d'inclure d'autres aspects dépendra de la portée et de la nature du futur instrument. Par exemple, les questions pratiques que soulèvent la localisation et le recouvrement civils d'actifs ont davantage leur place dans un guide pratique que dans un texte législatif.

50. Indépendamment de sa portée et de sa nature, le futur instrument devrait être élaboré en étroite coordination avec les travaux entrepris par la CNUDCI et d'autres organes dans des domaines connexes⁷⁹.

⁷⁸ Voir par. 59 du Guide pour l'incorporation de la LTJI qui fait référence dans ce contexte aux actions en annulation qui peuvent être introduites après la clôture de la procédure de redressement. Au paragraphe 60 figurent des exemples des types de jugements que l'on peut considérer comme liés à l'insolvabilité dans le cadre de la LTJI, notamment un jugement exigeant l'audition d'un administrateur du débiteur, qui peut se trouver dans un autre pays ; un jugement sur la question de savoir si un bien doit être remis à la masse de l'insolvabilité ; et un jugement établissant que l'administrateur du débiteur est responsable d'actes réalisés lorsque le débiteur était insolvable ou pendant la période précédant l'insolvabilité. À titre de comparaison, le paragraphe 56 indique que l'arrêt des poursuites qui s'applique automatiquement dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi applicable relative à l'insolvabilité ne pourra pas, sans ordonnance judiciaire supplémentaire, être considéré comme un jugement.

⁷⁹ Par exemple, les travaux actuellement menés par la CNUDCI sur la gestion de l'identité et les services de confiance et sur les questions juridiques liées à l'économie numérique, ainsi que les travaux d'UNIDROIT sur les procédures d'exécution efficaces et les actifs numériques présentent un intérêt pour le projet, en ce qui concerne notamment les aspects numériques de la localisation et du recouvrement d'actifs, ainsi que la localisation et le recouvrement d'actifs numériques.