



Assemblée générale

Distr. générale
13 mai 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-deuxième session
Vienne, 8-19 juillet 2019

Programme de travail

Proposition des États-Unis d'Amérique

Note du Secrétariat

Les États-Unis d'Amérique ont soumis au Secrétariat une proposition de convocation d'un colloque après lequel serait entreprise l'élaboration de dispositions législatives types sur la localisation et le recouvrement civils d'avoirs dans les systèmes de *common law* et de droit civil. Cette proposition a été reçue par le Secrétariat le 13 mai 2019. On trouvera, en annexe à la présente note, la traduction du texte correspondant tel qu'il a été reçu par le Secrétariat et dont seuls quels points mineurs de rédaction et la mise en forme ont été modifiés.



Annexe

Travaux futurs de la CNUDCI – droit de l’insolvabilité

Les États-Unis d’Amérique ont soumis au Secrétariat une proposition de convocation d’un colloque après lequel serait entreprise l’élaboration de dispositions législatives types sur la localisation et le recouvrement civils d’avoirs dans les systèmes de *common law* et de droit civil

La proposition en suspens

À la cinquante-deuxième session du Groupe de travail V, les États-Unis ont présenté une proposition de travaux futurs concernant l’élaboration de dispositions législatives types sur la localisation et le recouvrement civils d’avoirs¹. Ce texte soulignait l’importance de créer des outils qui permettent aux représentants de l’insolvabilité d’obtenir pour les créanciers le recouvrement maximal, tant dans le contexte de l’insolvabilité que plus généralement et, en particulier, suite à une fraude commerciale ou à un détournement frauduleux d’avoirs².

Nous prenons acte du fait que certains États utilisent principalement le droit pénal pour tenter de recouvrer des biens acquis ou détournés frauduleusement, et que certains considèrent donc le processus de recouvrement comme relevant principalement de ce droit. Rien, dans notre proposition, ne vise à empêcher le recours au droit pénal pour recouvrer des avoirs ; cependant, l’expérience a montré, à notre avis, qu’il peut également être utile de recourir à des procédures civiles et non-étatiques parallèlement à celles que peuvent utiliser des fonctionnaires qui visent souvent davantage des poursuites pénales que le recouvrement d’avoirs pour les créanciers.

Notre proposition indiquait également que bien que certains États aient mis en place divers mécanismes judiciaires et législatifs pour permettre la localisation et le recouvrement d’avoirs dans le cadre civil, beaucoup ne l’avaient pas fait³. À notre avis, tous les États bénéficieraient de l’élaboration d’un ensemble d’outils qu’ils pourraient choisir en partie ou en totalité, dans le contexte de l’insolvabilité ou plus généralement⁴.

La proposition recommandait que les travaux futurs s’appuient sur les mécanismes déjà existants dans certains États⁵ et que l’on charge le Groupe de travail d’effectuer une étude préliminaire de ce thème de manière que des travaux puissent être entrepris parallèlement à ceux menés sur les questions d’insolvabilité des MPME « une fois que les projets actuels sur les groupes d’entreprises et les jugements liés à l’insolvabilité auront été achevés »⁶.

Mandat de la Commission

À sa cinquante et unième session, la CNUDCI a approuvé notre proposition pour ce qui touchait le domaine de l’insolvabilité et a chargé le Secrétariat d’« effectuer un tour d’horizon des questions d’intérêt, en tenant compte des travaux effectués par d’autres organisations, pour éviter les chevauchements et les doubles emplois »⁷.

Dans le cadre de l’exécution de ce mandat, des informations ont été recueillies pour faciliter l’élaboration d’une étude préliminaire en développant les exemples présentés à l’appui de la future proposition de travail. Un inventaire des mécanismes existants

¹ Proposition de travaux futurs présentée par les États-Unis d’Amérique (A/CN.9/WG.V/WP.154).

² Ibid., par. 1.

³ Ibid., par. 3.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., par. 4 à 7.

⁶ Ibid., par. 9.

⁷ Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 17 (A/73/17), par. 253 d).

est annexé à la présente proposition. D'autres institutions, comme l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) et l'Initiative de la Banque mondiale pour le recouvrement des avoirs volés (StAR), ont examiné certains de ces mécanismes dans le cadre pénal, notamment en ce qui concernait la corruption⁸. De même, l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a examiné certains de ces mécanismes dans le cadre de son projet de procédure civile transnationale avec l'American Law Institute (ALI)⁹.

Colloque

Les États-Unis estiment qu'un colloque d'un ou deux jours serait utile pour compléter l'étude préliminaire afin de développer les exemples de mécanismes existants dans les pays de *common law* et de droit civil et de définir la portée des travaux à mener pour élaborer un ensemble d'outils de façon à éviter les chevauchements avec les travaux menés actuellement pour faciliter la localisation et le recouvrement d'avoirs dans le cadre d'affaires pénales. Le format d'un colloque permettrait au Secrétariat de recueillir ces informations supplémentaires, car il pourrait réunir des experts et des organisations internationales qui n'assistent pas nécessairement aux sessions ordinaires du Groupe de travail. Par exemple, étant donné le travail déjà accompli par d'autres organisations telles que l'ONUDC, l'initiative StAR et Unidroit, un colloque serait l'occasion d'examiner ce travail pour, à la fois, éviter les chevauchements et examiner les rôles complémentaires des droits civil et pénal. Avec les contributions de ces autres sources, le Secrétariat serait bien placé pour centrer son étude préliminaire sur l'élaboration d'outils de localisation et de recouvrement civils d'avoirs, complémentaires du cadre pénal, mais extérieurs à celui-ci. Une fois terminé, l'inventaire des propositions législatives existantes réalisé dans le cadre de l'étude préliminaire pourra servir de base au Groupe de travail pour commencer à travailler sur des dispositions législatives types.

Les États-Unis demandent donc à la Commission : a) d'autoriser la tenue d'un colloque pour faciliter l'achèvement de l'étude préliminaire demandée à sa cinquante et unième session dans le but de développer l'inventaire d'outils de localisation et de recouvrement d'avoirs pour y inclure des exemples tirés de pays de droit civil et de *common law*, et de définir la relation entre procédures civile et pénale ; et b) d'autoriser le Groupe de travail à commencer à élaborer un ensemble de dispositions législatives types dans le contexte des procédures d'insolvabilité.

⁸ Voir, par exemple, *Digest of Asset Recovery Cases* (2015) ; *Lignes directrices pour le recouvrement efficace des avoirs volés* (2017) (« Lignes directrices de Lausanne ») ; *Manuel de recouvrement des avoirs* (2011) ; *Les Marionnettistes : Comment dissimuler les biens mal acquis derrière des structures juridiques, et que faire pour l'empêcher* (2011).

⁹ Voir, par exemple, *Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale* (2004).

Annexe

Inventaire des mécanismes judiciaires et législatifs existants de localisation et de recouvrement d'avoirs

Contexte et justification

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut fournir, pour ce qui est de faciliter la localisation et le recouvrement d'avoirs, des outils supplémentaires dont on ne disposerait pas autrement ; cela dit, de nombreux systèmes prévoient, pour la localisation d'avoirs, des mesures qui ne dépendent pas de l'ouverture formelle de telles procédures. L'inventaire ci-dessous comprend des mesures destinées à faciliter la localisation et le recouvrement d'avoirs à l'échelle internationale. Nombre de ces mesures découlent de l'action menée par des particuliers et des sociétés pour faire sortir de pays des avoirs que leurs créanciers cherchaient à saisir. Le contexte dans lequel ces mesures ont vu le jour a changé avec l'avènement d'Internet, qui permet bien plus facilement que par le passé de transférer rapidement des avoirs d'un pays à un autre. Face à ce changement, il est nécessaire de disposer d'outils dans plusieurs pays pour faciliter la localisation et le recouvrement là où il n'en existe pas encore.

Si l'ouverture d'une procédure peut permettre au titulaire d'une charge d'insolvabilité ou au professionnel nommé pour gérer les affaires de l'entreprise d'avoir les mêmes pouvoirs que les administrateurs de cette dernière en ce qui concerne l'accès à ses informations, un défi particulier, pour un représentant de l'insolvabilité, consiste à agir rapidement et économiquement pour recouvrer les avoirs détournés vers un pays donné au profit de créanciers qui peuvent se situer dans un autre. L'existence de mesures dans le pays vers lequel les avoirs ont été transférés peut réduire le coût et le temps requis pour les localiser et les recouvrer, ce qui est essentiel au bon déroulement des procédures d'insolvabilité. Ces mesures renforcent la responsabilité civile des dirigeants d'entreprises et d'autres entités qui, comme les cabinets d'avocats et d'experts-comptables, facilitent ces types de transferts. Même si la poursuite pénale demeure l'un des principaux moyens de punir et de dissuader ce type de comportement, les outils développés en droit civil renforcent les procédures pénales en imposant, pour ces malversations, des peines financières.

Aperçu des mécanismes existants

Les demandes transfrontières d'informations relatives à des procédures d'insolvabilité s'effectuent actuellement dans le cadre de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (la « Convention de La Haye »). Celle-ci prévoit l'échange d'informations probantes par les pays au moyen de commissions rogatoires. Bien que ce cadre soit utile et approprié pour obtenir des informations dans de nombreuses situations, il ne permet pas, dans le contexte de la localisation et du recouvrement d'avoirs, d'agir rapidement, ce qui permet de transférer ou de disperser les informations ou les avoirs avant que l'on puisse les recouvrer ou les geler.

Le cadre existant bénéficierait donc de mesures supplémentaires ou alternatives telles que les procédures législatives types décrites ci-dessous. L'inventaire reflète les travaux préliminaires menés dans le cadre du mandat confié à la Commission, à sa cinquante et unième session, d'« effectuer un tour d'horizon des questions d'intérêt » liées à la localisation et au recouvrement d'avoirs dans le contexte de l'insolvabilité et plus généralement. Il est conçu pour mettre en évidence les types de mécanismes qui peuvent étayer l'élaboration de dispositions législatives types.

L'inventaire ci-dessous est divisé en mesures judiciaires et législatives et comprend des exemples issus de pays de droit civil et de *common law*. Il note également les cas où les procédures civiles peuvent s'appuyer sur l'existence d'une procédure pénale, mais d'une manière qui n'empiète pas sur la compétence des autorités chargées de cette dernière. Un colloque serait particulièrement utile pour examiner les outils

disponibles dans les différents systèmes judiciaires afin de broser un tableau plus complet des possibilités d'outils juridiques types.

Mécanismes judiciaires :

- Requête *Norwich Pharmacal* : action intentée en justice pour obtenir d'un tiers innocent, comme une banque, des renseignements qui ne peuvent être obtenus facilement de ce tiers et sont nécessaires pour localiser et recouvrer des avoirs en possession d'un défendeur ou d'un tiers qui n'a pas le droit de les conserver, y compris des auteurs inconnus de délits civils. Fondée sur *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners* [1974] A.C. 133 et reconnue par les tribunaux de *common law* du Commonwealth britannique, du Canada et d'autres pays. Les types de renseignements qu'une banque peut être tenue de divulguer incluent : a) la carte de signature du compte ; b) les informations d'ouverture du compte ; c) des copies des reçus de dépôts ou de virements ; d) des copies des chèques ou des virements émis ; e) le solde courant du compte ; f) les courriels ou la correspondance afférents au compte et d'autres renseignements pertinents.
- Ordonnance de divulgation *Bankers Trust* : action judiciaire intentée auprès d'une institution financière afin de localiser des avoirs dont le demandeur revendique la propriété en obtenant la divulgation, par ladite institution, de renseignements financiers confidentiels 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. Fondée sur *Bankers Trust Co. c. Shapiro* (19080 B.N. 3116) et développée dans *USC BTA Bank c. Fidelity Corporate Services Limited*, HCVAP 2910 635. Une ordonnance *Bankers Trust* a préséance sur les obligations de confidentialité de *common law* qui incombent, par exemple, à une banque envers ses clients et il est possible, pour obtenir des informations confidentielles sur l'actionnariat d'une société ou sur sa situation bancaire, de demander l'aide des tribunaux de *common law*, tant avant qu'après l'ouverture d'une procédure.
- Ordonnance *Anton Piller* : action intentée en justice pour demander la nomination d'un dépositaire chargé de prendre sous son contrôle, de protéger et de conserver des éléments de preuve dont le demandeur a de sérieuses raisons de présumer qu'un défendeur ou un tiers pourrait les détruire ou les disperser. Fondée sur *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes LTD. et al.*, 1975 A No. 6292 (Cour d'appel du Royaume-Uni).
- Injonction *Mareva* : action qu'un créancier intente avant un jugement pour obtenir, dans le pays concerné, une ordonnance de gel propre à empêcher que ne soient dispersés des avoirs sur lesquels ce créancier a démontré son droit à être payé. Fondée sur *Mareva Compania Navier SA c. International Bulkcarriers SA*, par. 48 et 49, 1 All ER 213 (Cour d'appel du Royaume-Uni).
- Ordonnance de gel mondiale : dérivée de la procédure d'injonction *Mareva*, mais fonctionnant à l'échelle mondiale, sous réserve de la mise en balance de divers intérêts. Fondée sur *Dadourian Group International Inc. et al. c. Simms et al.* [2006] 2 All ER 48 (Cour d'appel du Royaume-Uni), elle peut être rendue lorsque plusieurs critères sont remplis et exige de prendre en compte l'« inopportunité » de joindre des parties étrangères à une procédure, l'existence d'autres moyens de préserver les avoirs, l'équilibre entre les intérêts du demandeur et ceux des parties à joindre à la procédure, ainsi que la solidité des preuves fournies en ce qui concerne le risque de dispersion des avoirs ; elle exige, enfin, de notifier, lorsque cela est possible, le défendeur ou l'intimé.
- Ordonnances de silence et de mise sous scellés : utilisée conjointement avec d'autres ordonnances énumérées ci-dessus pour obtenir des renseignements sur des avoirs ou geler ces derniers, action intentée en justice pour soit i) ordonner au personnel judiciaire compétent d'interdire l'accès du public à la demande et à l'ordonnance de divulgation, de gel ou de saisie (« ordonnance de mise sous scellés ») ; soit ii) interdire à un tiers, comme une banque, de divulguer à son

client qu'elle s'est vu ordonner par un tribunal de divulguer des renseignements sur son compte bancaire et sur l'endroit où les fonds qui y étaient déposés ont été transférés et par qui (« ordonnance de silence »). Ces ordonnances exigent une solide preuve du besoin de confidentialité, mais peuvent être d'importants moyens de faciliter le recouvrement en permettant la poursuite d'avoirs situés ou transférés dans d'autres pays avant que les défendeurs puissent les déplacer.

Mécanismes législatifs :

- Bankers Book Evidence Act de 1879 (Royaume-Uni) : permet à une partie de présenter des documents d'une banque comme preuve *prima facie* et est encore utilisée aujourd'hui dans les demandes, audiences et procès pour simplifier la charge de la preuve requise dans les actions en localisation et recouvrement d'avoirs.
- 28 U.S.C. § 1782 (États-Unis) : permet à un individu ou à un tribunal étranger ou international d'obtenir des preuves aux États-Unis pour faciliter l'ouverture et la conduite de procédures dans une juridiction étrangère lorsque le demandeur peut démontrer qu'il a des motifs raisonnables de croire que « des renseignements pouvant raisonnablement constituer des preuves admissibles concernant un litige étranger pendant ou prévu se trouvent sur le territoire d'un tribunal de district américain sous la forme de documents ou de témoignages ».
- Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (Loi type de la CNUDCI) (adoptée dans 43 pays) : en vertu de la Loi type de la CNUDCI et de la jurisprudence développée dans les pays qui l'ont adoptée, les représentants étrangers de l'insolvabilité peuvent, en suivant les procédures prévues par ces textes, être reconnus dans des pays étrangers. Une fois reconnu comme « représentant étranger », le représentant de l'insolvabilité a qualité pour maintenir et engager une procédure dans cet État et peut, sous réserve du champ d'application de l'ordonnance qui le reconnaît, obtenir des documents bancaires, des registres et documents concernant l'actionnariat d'entreprises ainsi que la remise d'avoirs.

Poursuites civiles autorisées dans le cadre d'une procédure pénale

Certaines enquêtes pénales et d'autres procédures permettent à des particuliers d'obtenir, en relation nécessaire avec la procédure pénale, des informations recueillies pendant l'enquête pénale. Ces types de mécanismes peuvent faciliter la localisation et le recouvrement d'avoirs dans le contexte de l'insolvabilité, mais doivent être administrés d'une manière qui n'interfère pas avec l'enquête pénale sous-jacente. Exemples de mécanismes efficaces utilisés dans le contexte de l'insolvabilité :

- Participation en tant que « partie civile » : dans certains pays de droit civil, comme la Suisse et la Belgique, les victimes, les créanciers et les représentants de l'insolvabilité peuvent participer à une enquête pénale visant, par exemple, un blanchiment d'argent en tant que partie civile, avoir accès à des informations financières secrètes et à d'autres documents relatifs à un recouvrement d'avoirs obtenus par un procureur, et demander le gel ou la restitution d'avoirs, avec l'assistance de juges locaux.
- Federal Rule of Criminal Procedure 6(e)(3)(E)(1) (États-Unis) : action intentée en justice pour obtenir des renseignements recueillis pendant une procédure dite de « grand jury » en vue de leur utilisation dans une autre procédure ; elle constitue une exception expresse à l'interdiction générale qui est faite de communiquer les renseignements recueillis dans une enquête pénale. Le tribunal administre la production de renseignements de manière à protéger les enquêtes pénales.
- Renseignements obtenus dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire : dans le cadre d'une enquête pénale, demande conventionnelle adressée à un autre État afin d'obtenir des éléments de preuve intéressant ladite enquête en vue de leur utilisation dans des procédures d'insolvabilité connexes.