CNUDCI
COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

CNUDCI ANNUAIRE

Volume XXXIII A: 2002

NATIONS UNIES

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

CNUDCI ANNUAIRE

Volume XXXIII A: 2002

NATIONS UNIES
New York, 2007

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote renvoie à un document de l'Organisation.

La numérotation des notes de bas de page reprend celle des documents initiaux à partir desquels l'*Annuaire* a été établi. Les notes de bas de page ajoutées par la suite sont indiquées par des lettres minuscules.

Les modifications et les ajouts aux textes de versions antérieures de conventions, de lois types et d'autres textes juridiques sont indiqués en italique. On notera toutefois que les titres des articles sont toujours en italique pour des raisons de présentation.

A/CN.9/SER.A/2002

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.05.V.13
ISBN 92-1-233414-8
ISSN 0251-4257

TABLE DES MATIÈRES

VOLUME XXXIII A

Pages

INTRODUCTION vi

Première partie. Rapport de la Commission sur sa session annuelle et observations et décisions concernant ce rapport

TRENTE-CINQUIÈME SESSION (2002) 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session (New York, 17-28 juin 2002) (A/57/17) 3

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement: extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa quarante-neuvième session [TD/B/49/15 (Vol. I)] 46

C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session: (A/57/562 et Corr.1) 46

D. Résolutions de l'Assemblée générale 57/17, 57/18, 57/19 et 57/20 en date du 19 novembre 2002 47

Deuxième partie. Études et rapports sur des sujets étudiés par la Commission

I. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION 57

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-cinquième session (Vienne, 19-30 novembre 2001) (A/CN.9/506) 57

B. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: dispositions législatives types relatives à la conciliation commerciale internationale, document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-cinquième session (A/CN.9/WG.II/WP.115) 83

C. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de [la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale], document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-cinquième session (A/CN.9/WG.II/WP.116) 94

D. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002) (A/CN.9/508) 105

E. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite de la convention d'arbitrage, document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-sixième session (A/CN.9/WG.II/WP.118) 120

F. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires, document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-sixième session (A/CN.9/WG.II/WP.119) 127

G. Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (A/CN.9/513 et Add.1 et 2) 145

H. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (A/CN.9/514) 153

Pages

II. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ 169

Rapport du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé sur les travaux de sa quatrième session (Vienne, 24-28 septembre 2001) (A/CN.9/505) 169

III. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ 189

A. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-quatrième session (New York, 23 juillet-3 août 2001) (A/CN.9/504) 189

B. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-quatrième session (A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add. 1 et 2) .. 210

C. Rapport du Secrétaire général sur les différents modes d'approche des procédures extrajudiciaires d'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trente-quatrième session (A/CN.9/WG.V/WP.55) 251

D. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-cinquième session (Vienne, 3-14 décembre 2001) (A/CN.9/507) 260

E. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.V/WP.57) 290

F. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.V/WP.58) 301

G. Document de travail sur les procédures informelles d'insolvabilité: commentaires de la Commercial Finance Association soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-cinquième session (A/CN.9/WG.V/WP.59) 352

H. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-sixième session (New York, 13-17 mai 2002) (A/CN.9/511) 353

I. Note du secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-sixième session (A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2) 367

J. Note du secrétariat sur le rapport du quatrième Colloque judiciaire CNUDCI-INSOL sur l'insolvabilité internationale (2001) (A/CN.9/518) 389

VOLUME XXXIII B

IV. COMMERCE ÉLECTRONIQUE .....

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002) (A/CN.9/509) .....

B. Note du secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: les obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.IV/WP.94) .....

C. Note du secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: avant-projet de convention, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.IV/WP.95) .....

D. Note du secrétariat sur les aspects juridiques du commerce électronique: contrats électroniques: avant-projet de convention: commentaires de la Chambre de commerce internationale, document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.IV/WP.96) .....

Pages

V. OPÉRATIONS GARANTIES . . . . .

A. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa première session (New York, 20-24 mai 2002) (A/CN.9/512) . . . . .

B. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa première session (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12) . . . . .

C. Rapport du Secrétaire général sur le Colloque international de la CNUDCI et de la CFA sur les opérations garanties (Vienne, 20-22 mars 2002), document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa première session (A/CN.9/WG.VI/WP.3) . . . . .

D. Note du secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties: observations de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, document de travail soumis au Groupe de travail sur les sûretés à sa première session (A/CN.9/WG.VI/WP.4) . . . . .

VI. DROIT DES TRANSPORTS . . . . .

A. Rapport du Groupe de travail sur le droit des transports sur les travaux de sa neuvième session (New York, 15-26 avril 2002) (A/CN.9/510) . . . . .

B. Note du secrétariat sur le projet préliminaire d'instrument sur le transport de marchandises par mer, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit des transports à sa neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.21 et Add.1) . . . . .

VII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI . . .

VIII. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI . . . . .

État des conventions et des lois types (A/CN.9/516) . . . . .

IX. FORMATION ET ASSISTANCE . . . . .

Note du Secrétariat sur la formation et l'assistance technique (A/CN.9/515) . . . . .

Troisième partie. Annexes

I. LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA CONCILIATION COMMERCIALE INTERNATIONALE . . . . .

II. GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE ET L'UTILISATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA CONCILIATION COMMERCIALE INTERNATIONALE . . . . .

III. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CONSACRÉES À L'ÉLABORATION DU PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA CONCILIATION COMMERCIALE INTERNATIONALE (A/CN.9/SR.739 à 752) . . . . .

IV. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI . . . . .

V. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI . . . . .

VI. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* . . . . .

INTRODUCTION

Le présent volume est le trente-troisième des *Annuaires* de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)[1].

Ce volume est divisé en trois parties. La première partie contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-cinquième session, tenue à New York du 17 au 28 juin 2002, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

La deuxième partie reproduit la plupart des documents examinés à la trente-cinquième session de la Commission. Ces documents comprennent les rapports des groupes de travail de la Commission ainsi que des études, rapports et notes du Secrétaire général et du secrétariat. Cette même partie présente également quelques documents de travail qui ont été soumis aux groupes de travail.

La troisième partie contient la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, les comptes rendus analytiques correspondants, le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type sur la conciliation commerciale internationale, une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, ainsi qu'une liste des documents dont elle était saisie à sa trente-cinquième session et une liste de documents relatifs aux travaux de la CNUDCI reproduits dans les volumes précédents de *l'Annuaire*.

Secrétariat de la CNUDCI
Centre international de Vienne
B.P. 500, 1400 Vienne (Autriche)
Téléphone: (43-1) 26060-4060 Télex: 135612 Télécopieur: (43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org
Adresse Internet: http://www.uncitral.org

---

[1]Les volumes ci-dessous de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (en abrégé ci-dessous: *Annuaire* [année]) ont déjà été publiés.

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies, numéro de vente*
I	1968-1970	F.71.V.1
II	1971	F.72.V.4
III	1972	F.73.V.6
III Suppl.	1972	F.73.V.9
IV	1973	F.74.V.3
V	1974	F.75.V.2
VI	1975	F.76.V.5
VII	1976	F.77.V.1
VIII	1977	F.78.V.7
IX	1978	F.80.V.8
X	1979	F.81.V.2
XI	1980	F.81.V.8
XII	1981	F.82.V.6
XIII	1982	F.84.V.5
XIV	1983	F.85.V.3
XV	1984	F.86.V.2
XVI	1985	F.87.V.4
XVII	1986	F.88.V.4
XVIII	1987	F.89.V.4
XIX	1988	F.89.V.8
XX	1989	F.90.V.9
XXI	1990	F.91.V.6
XXII	1991	F.93.V.2
XXIII	1992	F.94.V.7
XXIV	1993	F.94.V.16
XXV	1994	F.95.V.20
XXVI	1995	F.96.V.8
XXVII	1996	F.98.V.7
XXVIII	1997	F.99.V.6
XXIX	1998	F.99.V.12
XXX	1999	F.00.V.9
XXXI	2000	F.02.V.3
XXXII	2001	F.04.V.4

Première partie

RAPPORT DE LA COMMISSION SUR SA SESSION ANNUELLE ET OBSERVATIONS ET DECISIONS CONCERNANT CE RAPPORT

TRENTE-CINQUIÈME SESSION (2002)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session (New York, 17-28 juin 2002)

(A/57/17) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-2	4
II.	Organisation de la session	3-12	4
	A. Ouverture de la session	3	4
	B. Composition et participation	4-8	4
	C. Élection du Bureau	9	5
	D. Ordre du jour	10	5
	E. Constitution d'un Comité plénier	11	5
	F. Adoption du rapport	12	6
III.	Projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale	13-177	6
	A. Remarques générales	13	6
	B. Intitulé	14	6
	C. Examen des projets d'articles	15-140	6
	D. Adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale	141	21
	E. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation internationale	142-177	21
IV.	Arbitrage	178-184	26
V.	Droit de l'insolvabilité	185-197	27
VI.	Sûretés	198-204	29
VII.	Commerce électronique	205-209	30
VIII.	Droit des transports	210-224	31
IX.	Projets d'infrastructure à financement privé	225-233	33
X.	Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958	234-236	34
XI.	Élargissement de la composition de la Commission	237-239	35
XII.	Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI	240-243	35
	A. Jurisprudence	240-242	35
	B. Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes	243	36
XIII.	Formation et assistance technique	244-251	36

XIV.	État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI	252-255	37
XV.	Résolutions de l'Assemblée générale relatives aux travaux de la Commission	256-271	38
XVI.	Coordination et coopération	272-278	41
	A. Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique	272	41
	B. Institut international de droit du développement	273-277	42
	C. Centre international de recherches pour le règlement des conflits	278	42
XVII.	Questions diverses	279-294	43
	A. Étude possible des fraudes commerciales et financières	279-290	43
	B. Bibliographie	291	45
	C. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis	292-293	45
	D. Le site Web de la CNUDCI	294	45
XVIII.	Date et lieu des réunions à venir	295-297	45
	A. Trente-sixième session de la Commission	295	45
	B. Sessions des groupes de travail jusqu'à la trente-sixième session de la Commission	296	45
	C. Sessions des groupes de travail après la trente-sixième session de la Commission en 2003	297	46

ANNEXES

I.	Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale	46
II.	Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-cinquième session	46

I. INTRODUCTION

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur les travaux de sa trente-cinquième session, tenue à New York du 17 au 28 juin 2002.

2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 1966, le rapport est présenté à l'Assemblée et également soumis pour observations à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED).

II. ORGANISATION DE LA SESSION

A. Ouverture de la session

3. La Commission a commencé sa trente-cinquième session le 17 juin 2002. La session a été ouverte par le Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, Hans Corell.

B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 États élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission. Les membres actuels de la Commission, élus le 24 novembre 1997 et le 16 octobre 2000, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée[1]: Allemagne (2007), Argentine (2004, en alternance annuelle avec l'Uruguay), Autriche (2004), Bénin (2007), Brésil (2007), Burkina Faso (2004), Cameroun

[1] En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 19 ont été élus par l'Assemblée générale à sa cinquante-deuxième session, le 24 novembre 1997 (décision 52/314) et 17 à sa cinquante-cinquième session, le 16 octobre 2000 (décision 55/308). Par sa résolution 31/99 du 15 décembre 1976, l'Assemblée générale a modifié les dates de commencement et d'expiration du mandat des membres en décidant que ceux-ci entreront en fonctions le premier jour de la session annuelle ordinaire de la Commission qui suit leur élection et que leur mandat expirera à la veille de l'ouverture de la septième session annuelle ordinaire qui suit leur élection.

(2007), Canada (2007), Chine (2007), Colombie (2004), Espagne (2004), États-Unis d'Amérique (2004), ex-République yougoslave de Macédoine (2007), Fédération de Russie (2007), Fidji (2004), France (2007), Honduras (2004), Hongrie (2004), Inde (2004), Iran (République islamique d') (2004), Italie (2004), Japon (2007), Kenya (2004), Lituanie (2004), Mexique (2007), Maroc (2007), Ouganda (2004), Paraguay (2004), Roumanie (2004), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2007), Rwanda (2007), Sierra Leone (2007), Singapour (2007), Soudan (2004), Suède (2007) et Thaïlande (2004).

5. À l'exception du Bénin et du Rwanda, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Afrique du Sud, Arabie saoudite, Australie, Bélarus, Bulgarie, Chili, Congo, Chypre, Danemark, Équateur, Finlande, Gabon, Grèce, Guatemala, Indonésie, Iraq, Koweït, Lesotho, Jamahiriya arabe libyenne, Luxembourg, Malte, Oman, Pérou, Philippines, Portugal, Qatar, République de Corée, République dominicaine, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie, Ukraine, Uruguay et Venezuela.

7. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs:

a) *Système des Nations Unies:* Programme des Nations Unies pour le développement;

b) *Organisations intergouvernementales:* Banque de développement de l'Afrique orientale, Cour permanente d'arbitrage, Institut international de droit du développement, Organisation consultative juridique afro-asiatique, Union asiatique de compensation;

c) *Organisations non gouvernementales invitées par la Commission:* American Bar Association, Association américaine d'arbitrage, Centre d'arbitrage du Rwanda, Centre États-Unis-Mexique de règlement des conflits, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Chambre de commerce internationale, Comité consultatif international du coton, Comité consultatif sur l'article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain, Comité maritime international, Conseil international pour l'arbitrage commercial, Fédération interaméricaine des avocats, Global Center for Dispute Resolution Research, Institute of International Banking Law Practice, Queen Mary (University of London) School of International Arbitration, The Chartered Institute of Arbitrators, Union internationale d'assurances transports, Université des Indes occidentales.

8. La Commission a été sensible au fait que les organisations internationales non gouvernementales qui avaient des connaissances spécialisées sur les principaux points de l'ordre du jour de la présente session avaient accepté l'invitation à prendre part à ladite session. Consciente qu'il était crucial pour la qualité de ses textes que des organisations non gouvernementales compétentes participent à ses sessions et à celles de ses groupes de travail, la Commission a prié le secrétariat de continuer à inviter de telles organisations à ses sessions, en fonction de leurs compétences particulières.

C. Élection du Bureau

9. La Commission a élu le Bureau ci-après:

Président:	Henry M. SMART (Sierra Leone)
Vice-Présidents:	Guillermo Francisco REYES (Colombie) László MILASSIN (Hongrie) Vilawan MANGLATANAKUL (Thaïlande)
Rapporteur:	David MORÁN BOVIO (Espagne)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 739e séance, le 17 juin, était le suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Finalisation et adoption du projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale.
5. Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V.
6. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI.
7. Commerce électronique: rapport d'activité du Groupe de travail IV.
8. Droit des transports: rapport d'activité du Groupe de travail III.
9. Projets d'infrastructure à financement privé: rapport d'activité du Groupe de travail I.
10. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
11. Élargissement de la composition de la Commission.
12. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI.
13. Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes.
14. Formation et assistance technique.
15. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
16. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
17. Coordination et coopération.
18. Questions diverses.
19. Date et lieu des réunions futures.
20. Adoption du rapport de la Commission.

E. Constitution d'un comité plénier

11. La Commission a constitué un comité plénier pour examiner le point 4 de l'ordre du jour et a élu M. José

María Abascal Zamora (Mexique) président de ce comité. Le Comité plénier s'est réuni du 17 au 25 juin.

F. Adoption du rapport

12. À sa 752e séance, le 25 juin, et à ses 756e et 757e séances, le 28 juin, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA CONCILIATION COMMERCIALE INTERNATIONALE

A. Remarques générales

13. Les membres de la Commission ont échangé des vues sur l'utilité du projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (A/CN.9/506, annexe) (la "Loi type") et sur la possibilité qu'il offrait de promouvoir le recours à la conciliation aux niveaux aussi bien international que national et de renforcer l'exécution des accords issus de la conciliation. On a fait observer avec approbation que le projet de loi type évitait une réglementation excessive des procédures de conciliation et donnait une importance de tout premier ordre à l'autonomie des parties.

B. Intitulé

14. La Commission a adopté le projet d'intitulé sans commentaire.

C. Examen des projets d'articles

Article premier. Champ d'application et définitions

15. Le texte du projet d'article premier soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

"1. La présente Loi s'applique à la conciliation commerciale[1] internationale[2].

"2. Aux fins de la présente Loi, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne, ou à un groupe de personnes, de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport. Le conciliateur ou le groupe de conciliateurs n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige.

"3. Une conciliation est internationale si:

"*a*) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

"*b*) L'État dans lequel les parties ont leur établissement est différent:

"i) Soit de l'État dans lequel une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale doit être exécutée;

"ii) Soit de l'État avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit.

"4. Aux fins du présent article:

"*a*) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

"*b*) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

"5. La présente Loi s'applique également à une conciliation commerciale lorsque les parties conviennent que la conciliation est internationale ou se mettent d'accord sur l'applicabilité de la présente Loi.

"6. Les parties sont libres de convenir d'exclure l'applicabilité de la présente Loi.

"7. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 8 du présent article, la présente Loi s'applique quelle que soit la base sur laquelle la conciliation est menée, notamment un accord entre les parties conclu avant ou après la survenance d'un litige, une obligation légale, ou la demande ou l'invitation d'une juridiction étatique, d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente.

"8. La présente Loi ne s'applique pas:

"*a*) Aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant l'instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement; ni

"*b*) […]."

[1]Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les opérations suivantes: toute opération commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de biens ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; opérations bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

[2]Les États qui souhaitent élaborer sur la base de la Loi type une loi qui s'applique à la fois à la conciliation interne et à la conciliation internationale pourront envisager d'apporter au texte les modifications ci-après: […]

Paragraphe 1

16. Il a été proposé, pour ce qui est de la forme, d'intituler l'article premier "Définitions et champ d'application".

17. On a exprimé quelque inquiétude concernant l'application de la Loi type dans le contexte des règles de droit international privé, et il a été estimé que cette question devrait être traitée de façon approfondie dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type (ci-après "le Guide" ou "le projet de guide"

[A/CN.9/514]) afin d'éviter qu'on puisse penser que la Loi type empiétait sur les règles existantes de conflit de lois. On a aussi, dans le même ordre d'idées, jugé nécessaire d'encourager les États à adopter la Loi type avec aussi peu de changements que possible de manière à garantir une uniformité dans l'adoption, ce qui permettrait d'éviter l'apparition de problèmes de conflit de lois.

18. Une autre crainte était liée à l'application de la Loi type à la conciliation commerciale aussi bien internationale que nationale et des doutes ont été émis quant à l'opportunité d'appliquer des régimes différents. Il a été rappelé que différents points de vues avaient été examinés au sein du Groupe de travail et que la note 1 traduisait l'accord qui s'était dégagé sur la façon dont cette question devait être traitée pour tenir compte de ces différents points de vue. La Commission est convenue de reporter l'examen du contenu de la note 1 jusqu'à ce qu'elle ait eu la possibilité d'étudier une proposition sur les modifications à apporter.

19. La Commission a adopté le paragraphe 1 dans sa rédaction actuelle en attendant l'examen du contenu de la note.

Paragraphe 2

20. On a émis l'avis qu'on devrait indiquer dans le Guide qu'il faudrait, pour l'interprétation du paragraphe 2 de l'article premier, prendre en considération le comportement des parties montrant qu'elles avaient conscience de participer à un processus de conciliation.

21. Le paragraphe 2 a été adopté dans sa rédaction actuelle.

Paragraphe 3

22. On a fait valoir qu'il faudrait inverser l'ordre des sous-alinéas i et ii de l'alinéa *b* du paragraphe 3 car le sous-alinéa ii énonçait le principe général et le sous-alinéa i donnait une illustration de ce principe. Selon un avis contraire, le sous-alinéa i indiquait le moyen le plus direct de déterminer la présence de l'élément d'internationalité, alors que le sous-alinéa ii soulevait des questions plus complexes de conflit de lois, et, de ce fait, l'ordre actuel devait être maintenu. À l'appui de ce dernier point de vue, on a fait observer que le texte actuel était le reflet des débats qui avaient eu lieu au sein du Groupe de travail et reprenait la même approche que celle adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. La Commission a adopté le paragraphe 3 dans sa rédaction actuelle.

Paragraphes 4 et 5

23. Aucune observation n'a été faite au sujet des paragraphes 4 et 5 que la Commission a adoptés dans leur rédaction actuelle.

Paragraphe 6

24. Selon un avis, les parties devaient être libres de convenir d'appliquer la Loi type dans son intégralité ou partiellement seulement, et le paragraphe 6 devait être modifié dans ce sens. À l'encontre de cette suggestion, on a fait observer que le paragraphe 6 portait sur la question de l'applicabilité ou de la non-applicabilité de la Loi type, et que, dans le cas où les parties conviendraient d'appliquer la Loi type, la question de savoir si celle-ci serait appliquée intégralement ou partiellement était traitée à l'article 3. À l'issue d'un débat, la Commission a adopté le paragraphe 6 dans sa rédaction actuelle.

Paragraphe 7

25. Aucune observation n'a été faite au sujet du paragraphe 7 que la Commission a adopté dans sa rédaction actuelle.

Paragraphe 8

26. À l'appui de l'adoption du paragraphe 8 dans sa rédaction actuelle, on a fait valoir que ce paragraphe n'encouragerait ni ne découragerait la pratique consistant pour un juge ou un arbitre à faciliter un règlement au cours de l'instance judiciaire ou arbitrale; les pratiques sur ce point différaient dans les divers systèmes juridiques et il était donc prudent de ne pas empiéter sur les règles de procédure régissant le comportement du juge ou de l'arbitre et de prévoir que la Loi type ne s'appliquerait pas dans ces situations. On a fait observer que, dans certains cas de conciliation intégrée au judiciaire (dite "court-annexed conciliation"), on ne saurait pas nécessairement très bien si la conciliation était mise en œuvre "pendant l'instance judiciaire". On a suggéré que, pour de tels cas, le Guide appelle l'attention des États adoptants sur la nécessité de préciser dans le texte qu'ils prendraient sur la base de la Loi type si une telle conciliation serait ou non régie par ce texte. On a fait observer cependant que la Loi type pourrait s'appliquer dans les situations visées au paragraphe 8 si les parties, sur le fondement du paragraphe 5, se mettaient d'accord pour l'appliquer et que cette question devrait être traitée dans le Guide. On a noté que l'alinéa *b* du paragraphe 8 devait permettre aux États adoptants d'indiquer d'autres situations dans lesquelles la Loi type pourrait ne pas s'appliquer et que des exemples seraient donnés dans le Guide. À l'issue d'un débat, la Commission a adopté le paragraphe 8 dans sa rédaction actuelle.

27. La Commission a renvoyé le projet d'article premier au groupe de rédaction.

Article 2. Interprétation

28. Le texte du projet d'article 2 soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

> "1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.
>
> "2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire."

29. Le projet d'article 2 a été adopté dans sa rédaction actuelle.

Article 3. Dérogation conventionnelle

30. Le texte du projet d'article 3 soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

"Les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque des dispositions de la présente Loi, à l'exception des dispositions de l'article 2 et de l'article 7, paragraphe 3."

31. On a proposé de mentionner également l'article 15 à l'article 3. À l'encontre de cette proposition, on a fait valoir que l'article 3 devrait être maintenu tel quel afin de préserver une autonomie des parties maximale. Une observation distincte mais apparentée a été que, si les parties ne pouvaient convenir de donner à l'accord intervenu entre elles une force exécutoire supérieure à celle prévue à l'article 15, elles devaient être libres de convenir d'une force exécutoire moins stricte. Ce point de vue a été approuvé par la Commission, mais il a été convenu qu'il faudrait revenir sur ces questions lors de l'examen de l'article 15. On a aussi émis l'avis qu'il faudrait sans doute revenir sur l'article 3 une fois que l'examen de tous les articles de la Loi type aurait été achevé. La Commission a adopté le projet d'article 3, sous réserve d'un nouvel examen une fois qu'il aurait été procédé à une première lecture de tous les articles.

Article 4. Début de la procédure de conciliation

32. Le texte du projet d'article 4 soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

"Article 4. Début de la procédure de conciliation[3]

"1. Sauf convention contraire des parties, la procédure de conciliation portant sur un litige particulier déjà né débute le jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure.

"2. Si la partie qui a invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation dans les trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, elle peut choisir de considérer cette absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation."

[3]"La Commission suggère le texte suivant à l'intention des États qui pourraient souhaiter adopter une disposition concernant la suspension du délai de prescription:

"Article X. Suspension du délai de prescription

"1. Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir.

"2. Lorsque la procédure de conciliation a pris fin sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où la conciliation s'est achevée sans règlement."

33. Diverses opinions ont été exprimées sur le fond et l'emplacement du projet d'article X figurant dans la note de bas de page se rapportant à l'article 4. À l'appui du maintien dans le texte de la Loi type d'une disposition allant dans le sens du projet d'article 4, on a fait valoir qu'en l'absence d'une telle disposition certains systèmes juridiques considéreraient que le délai de prescription serait interrompu lorsque débuterait la procédure de conciliation et que, à l'issue d'une tentative de conciliation qui aurait échoué, il devrait recommencer à courir depuis le début. Afin d'éviter une telle situation, il était nécessaire d'inclure une disposition spécifiant que le début de la procédure de conciliation entraînerait uniquement la suspension du délai de prescription. Selon un avis contraire, avant d'adopter une disposition allant dans le sens du projet d'article X, les États devaient être mis en garde contre les risques inhérents à une telle disposition: si l'on posait comme règle que le début de la procédure de conciliation devait entraîner la suspension du délai de prescription, il faudrait définir de façon très précise ce qui constituait le début de la procédure. Or, un tel degré de précision risquerait d'aller à l'encontre du caractère essentiellement informel et souple de la conciliation. On a souligné qu'on risquait de réduire l'acceptabilité de la Loi type si l'on empiétait sur les règles de procédure existantes concernant la suspension ou l'interruption du délai de prescription. Qui plus est, la bonne réputation dont jouissait la conciliation comme mode de règlement des litiges risquait d'être ternie si l'on créait, concernant ses incidences d'ordre procédural, des attentes qu'il pourrait être difficile de ne pas décevoir étant donné les circonstances dans lesquelles la conciliation se déroulait généralement. On a également déclaré que les États envisageant d'adopter l'article X devraient être informés des possibilités pour les parties de préserver leurs droits lorsque l'article X n'avait pas été adopté, à savoir qu'une partie pourrait engager une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage pour protéger ses intérêts. Il a été suggéré de ne pas inclure le texte du projet d'article X dans une note se rapportant à l'article 4, mais de traiter la question uniquement dans le Guide en donnant les explications voulues concernant les divers arguments qui avaient été échangés au sujet de cette disposition au cours des travaux préparatoires.

34. À l'issue d'un débat, la Commission a adopté la note se rapportant au projet d'article 4 dans sa rédaction actuelle. Il a été convenu que le Guide devrait rendre compte des opinions divergentes qui avaient été exprimées concernant l'opportunité d'adopter une disposition fondée sur l'article X.

Paragraphe 1

35. On a émis l'avis que le paragraphe 1 ne faisait pas apparaître avec suffisamment de clarté la distinction entre le moment où les parties convenaient de recourir à la conciliation (qui pouvait intervenir bien avant la survenance de tout litige) et le moment où elles décidaient de tenter de se concilier au sujet d'un litige particulier. Il a généralement été convenu, toutefois, qu'une disposition concernant le début de la procédure de conciliation ne visait manifestement pas le stade auquel les parties se mettaient d'accord sur le principe de la conciliation mais celui où elles engageaient un processus de conciliation concernant un litige particulier. Il a toutefois aussi été convenu qu'on pourrait améliorer le texte de façon à éviter tout malentendu, par exemple en ajoutant les mots "concernant ce litige" à la fin du paragraphe 1. La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

36. On a fait observer que le paragraphe 2 risquait de ne pas apporter une solution satisfaisante lorsque, préalablement à la survenance de tout litige, les parties avaient conclu une convention de conciliation. Dans un tel cas, a-t-on dit, si un litige survenait et une partie ne voulait plus de la conciliation, le paragraphe 2 lui offrait la possibilité de se soustraire à l'obligation qu'elle avait contractée en omettant tout simplement de répondre à l'invitation à la conciliation dans le délai de trente jours. En réponse à cette observation, on a fait valoir que le principe qui sous-tendait la Loi type était que rien ne devait être fait pour contraindre une partie à accepter de tenter ou de poursuivre une conciliation. On a fait observer que, conformément à ce principe, le projet d'article 12 autorisait toute partie à une procédure de conciliation à mettre unilatéralement fin à la procédure. Le paragraphe 2 avait pour objet non pas de permettre à une partie de se soustraire à l'obligation qu'elle avait contractée en concluant une convention de conciliation mais d'apporter un élément de certitude dans une situation où l'on ne savait pas très bien si la partie était disposée à tenter la conciliation (en fixant le moment à partir duquel on était autorisé à conclure qu'une tentative de conciliation était rejetée), que ce rejet aille ou non à l'encontre d'une convention de conciliation. Il a donc été convenu que la Loi type ne devait pas traiter des conséquences du non-respect par une partie d'une convention de conciliation. Cette question devait être laissée au droit général des obligations applicable en l'espèce.

37. Bien que la Commission ait adopté le paragraphe 2 sur le fond sans y apporter de modification, le Groupe de travail a été invité à envisager la possibilité d'exprimer plus clairement le principe susmentionné dans le contexte du paragraphe 2, et il a été convenu de donner de plus amples précisions dans le Guide.

Article 5. Nombre de conciliateurs

38. Le texte du projet d'article 5 qui a été soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

> "Il y a un conciliateur, à moins que les parties ne conviennent qu'il y aura un groupe de conciliateurs."

39. La Commission a adopté le projet d'article 5 sur le fond sans y apporter de modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 6. Nomination des conciliateurs

40. Le projet d'article 6 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

> "1. Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique.
>
> "2. Dans une procédure de conciliation avec deux conciliateurs, chaque partie en nomme un.
>
> "3. Dans une procédure de conciliation avec trois conciliateurs ou plus, chacune des parties en nomme un, et elles s'efforcent de choisir les autres d'un commun accord.
>
> "4. Les parties peuvent demander l'assistance d'un organisme ou d'une personne approprié(e) pour la nomination des conciliateurs. En particulier:
>
> "*a*) Une partie peut demander à un tel organisme ou une telle personne de recommander des personnes ayant les qualités requises pour servir de conciliateur; ou
>
> "*b*) Les parties peuvent convenir qu'un tel organisme ou une telle personne nommera directement un ou plusieurs conciliateurs.
>
> "5. En recommandant des conciliateurs ou en les nommant, l'organisme ou la personne en question ont égard aux considérations propres à garantir la nomination d'une personne indépendante et impartiale et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celles des parties.
>
> "6. Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité de conciliateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure de conciliation, le conciliateur signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait."

Paragraphes 1 à 3

41. On s'est demandé comment les paragraphes 1 à 3 relatifs à la nomination des conciliateurs s'appliqueraient en cas de conciliation entre plus de deux parties. On a fait observer que le principe général posé au paragraphe 2 — à savoir que, dans une procédure avec deux conciliateurs, chaque partie pouvait en nommer un — risquerait d'être difficilement transposable dans les situations où la conciliation faisait intervenir un grand nombre de parties. Pour répondre à cette préoccupation, on a suggéré de libeller l'article 6 en des termes plus neutres qui mettraient l'accent sur l'autonomie des parties pour la désignation des conciliateurs; des conciliateurs ne pouvaient être imposés aux parties et, si celles-ci ne parvenaient pas à s'entendre sur les personnes devant être nommées, la conciliation ne serait pas possible. On pouvait obtenir un libellé neutre en soulignant la nécessité pour les parties de s'entendre sur l'identité et le nombre des conciliateurs ou sur une procédure de nomination. Deux variantes possibles tenant compte de ces observations ont été proposées, à savoir:

Variante 1

> "1. Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique.
>
> "2. Dans une procédure de conciliation avec deux conciliateurs ou plus, les parties s'efforcent de parvenir

à un accord soit sur une nomination conjointe des conciliateurs, soit sur [la procédure de nomination des conciliateurs] [la manière dont elles nommeront les conciliateurs]."

Variante 2

"1. Les parties s'efforcent de parvenir à un accord soit sur une nomination conjointe du ou des conciliateurs, soit sur [la procédure de nomination du ou des conciliateurs] [la manière dont elles nommeront le ou les conciliateurs]."

42. On a noté que la variante 1 reprenait le paragraphe 1 du projet de texte dans le cas du conciliateur unique et qu'elle proposait une version remaniée du paragraphe 2 prévoyant que, dans une procédure avec deux conciliateurs ou plus, les parties devaient s'entendre soit sur une nomination conjointe, soit sur une procédure de nomination. On a noté que la variante 2 énonçait un principe général applicable à toutes les procédures indépendamment du nombre de conciliateurs devant être désignés, à savoir que les parties devaient s'entendre soit sur une nomination conjointe, soit sur une procédure de nomination.

43. La variante 1 a recueilli un large soutien car elle abordait la question de la nomination d'une manière plus structurée et maintenait la référence à la possibilité de désigner deux conciliateurs, distinction importante entre la conciliation et l'arbitrage; en effet, dans l'arbitrage, la nécessité d'un nombre impair d'arbitres était généralement soulignée. On a également jugé que la variante 1 abordait de façon suffisamment souple les situations dans lesquelles plus de deux conciliateurs devaient être nommés et convenait, de ce fait, aussi dans les cas de conciliations faisant intervenir plus de deux parties. On a cependant fait remarquer que, contrairement au paragraphe 2 du projet d'article 6, aucune des deux variantes ne mentionnait la possibilité pour chaque partie de nommer un conciliateur et que le Guide devrait indiquer qu'il s'agissait là d'une des possibilités offertes par le paragraphe 2 de la variante 1. Selon un autre point de vue, cette possibilité devait être mentionnée, d'une manière ou d'une autre, dans le texte de la variante 2. On a également estimé que la possibilité envisagée au paragraphe 3 du projet d'article 6, à savoir celle de la nomination de trois conciliateurs, devrait être également mentionnée dans le projet de guide. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé de scinder le paragraphe 2 de la variante 1 en deux phrases, la première mentionnant la nécessité pour les parties de s'entendre sur la nomination des conciliateurs et la seconde mentionnant que celles-ci pouvaient également s'entendre sur une procédure de nomination. Cette solution permettrait de couvrir la possibilité envisagée au paragraphe 3 du projet d'article 6, à savoir que les parties nomment chacune un conciliateur puis se mettent d'accord sur les modalités de désignation d'un troisième conciliateur. Cette proposition a également bénéficié d'un certain soutien.

44. Il a été proposé de ne pas parler de nomination "conjointe", car une telle nomination n'était qu'une seule des possibilités qui s'offraient aux parties, et d'insister davantage sur la nécessité d'une entente entre les parties sur le choix des conciliateurs. Cette proposition a recueilli de nombreux suffrages.

45. Une préférence générale a été exprimée pour le maintien de la première variante entre crochets, à savoir "la procédure de nomination des conciliateurs".

46. Pour ce qui est de la forme, on a estimé qu'il faudrait aligner le texte du paragraphe 1 de la variante 1, qui parlait de "choisir d'un commun accord le conciliateur unique", avec celui du paragraphe 2 de la même variante, qui parlait de "parvenir à un accord soit sur une nomination conjointe des conciliateurs, soit sur la procédure de nomination".

47. À l'issue d'un débat, la Commission est convenue d'adopter la variante 1, en supprimant l'adjectif "conjointe", en conservant la première variante entre crochets et en alignant le libellé des paragraphes 1 et 2. (Pour la suite du débat, voir par. 53 ci-dessous.)

Paragraphe 4

48. La Commission a adopté quant au fond le paragraphe 4 sans le modifier.

Paragraphe 5

49. On a fait remarquer que, suite à l'adoption de la variante 1 telle que proposée, les mots "dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur", qui figuraient au paragraphe 5, devraient peut-être être modifiés. La Commission a adopté le paragraphe 5 quant au fond.

Paragraphe 6

50. Il a été proposé — et cette proposition a reçu l'approbation de la Commission — que le Guide indique clairement qu'un manquement à l'obligation de signaler des faits de nature à soulever des doutes légitimes au sens du paragraphe 6 ne devrait pas constituer un motif d'annulation d'un accord issu de la conciliation qui viendrait s'ajouter aux motifs déjà prévus dans le droit des contrats applicable. On a noté que ces motifs variaient d'un pays à l'autre et que c'était là une question que chacun d'eux devait régler conformément à sa propre législation. On a aussi noté que la question de l'annulation de l'accord issu de la conciliation était sans rapport avec le point de savoir si un conciliateur ayant omis de révéler de tels faits, que ce soit intentionnellement ou non, ferait l'objet de sanctions.

51. S'agissant du libellé, il a été proposé d'ajouter les mots "dont elle a connaissance" après les mots "toutes circonstances". Il a été répondu qu'un conciliateur ne pouvait être tenu de révéler des circonstances dont il n'avait pas connaissance et que cet ajout n'était pas nécessaire. La Commission n'a pas adopté la modification suggérée.

52. La Commission a renvoyé au groupe de rédaction l'article 6 tel qu'adopté quant au fond.

53. Après l'examen des projets d'articles 5 et 6, la Commission a adopté une suggestion visant à les combiner dans un projet d'article qui serait l'article 5. Elle a chargé le groupe de rédaction d'établir ce projet d'article

combiné et, ce faisant, de tenir compte de la discussion exposée plus haut sur les articles 5 et 6.

Article 7. Conduite de la conciliation

54. Le projet d'article 7 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

> "1. Les parties sont libres de convenir, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base, de la manière dont la conciliation doit être conduite.
>
> "2. En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des souhaits que les parties peuvent exprimer et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.
>
> "3. Dans tous les cas, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs s'efforce, dans la conduite de la procédure, d'accorder aux parties un traitement équitable et, ce faisant, prend en compte les circonstances de l'affaire.
>
> "4. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige."

Paragraphes 1 et 2

55. La Commission a adopté quant au fond les paragraphes 1 et 2 sans les modifier.

Paragraphe 3

56. On a émis la crainte que le paragraphe 3, dans sa rédaction actuelle, ne soit aisément interprété, à tort, comme créant de nouveaux motifs d'annulation d'un accord issu de la conciliation. Un tel risque existait si le paragraphe était interprété comme s'appliquant non seulement à la conduite de la procédure de conciliation, mais également au résultat de la procédure, en d'autres termes, à l'accord issu de la conciliation. On a proposé de supprimer le paragraphe 3 ou, à défaut de sa suppression pure et simple, de le rendre non obligatoire en supprimant sa mention à l'article 3 et de le remanier en supprimant les mots "dans tous les cas", tout en expliquant dans le Guide que ce paragraphe ne visait pas à créer un motif d'action en contestation de l'accord issu de la conciliation.

57. Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, le paragraphe 3 devrait être considéré comme énonçant une obligation élémentaire et une norme minimale à respecter impérativement par tout conciliateur.

58. À l'issue d'un débat, la Commission a adopté quant au fond le paragraphe 3 sans le modifier. Il a été convenu que le Guide devrait préciser que le paragraphe 3 était destiné à régir la conduite de la procédure de conciliation et ne concernait pas le contenu de l'accord issu de cette dernière.

Paragraphe 4

59. La Commission a adopté le paragraphe 4 quant au fond. En ce qui concerne le libellé, on a fait observer qu'il faudrait aligner le texte de ce paragraphe sur celui des paragraphes 2 et 3 en mentionnant non seulement "le conciliateur" mais également "le groupe de conciliateurs".

60. La Commission a renvoyé au groupe de rédaction l'article 7 tel qu'adopté quant au fond.

Article 8. Communications entre le conciliateur et les parties

61. Le texte du projet d'article 8 soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

> "Sauf convention contraire des parties, le conciliateur, le groupe de conciliateurs ou l'un des membres du groupe peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément."

62. Le débat a été axé sur le membre de phrases liminaire du projet d'article ("Sauf convention contraire des parties"). On a émis l'avis qu'étant donné que l'article 3 comportait une référence générale à l'autonomie des parties le membre de phrases liminaire était superflu et devait être supprimé à l'article 8 ainsi que dans les autres dispositions du projet de loi type où il apparaissait. L'opinion qui l'a emporté a toutefois été que, même si l'article 3 pouvait rendre inutile une référence à l'autonomie des parties dans chacune des dispositions qui pouvaient faire l'objet d'une dérogation conventionnelle, les références aux dérogations conventionnelles figurant dans le projet de loi type devraient être examinées au cas par cas. En ce qui concerne le projet d'article 8, il a été décidé que le membre de phrases liminaire était superflu et devait être supprimé.

63. La Commission a renvoyé au groupe de rédaction l'article 8 tel qu'il avait été adopté sur le fond.

Article 9. Communication d'informations entre les parties

64. Le texte du projet d'article 9 soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

> "Lorsque le conciliateur, le groupe de conciliateurs ou l'un des membres du groupe reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler la teneur à l'autre partie. Toutefois, lorsqu'une partie donne au conciliateur, au groupe de conciliateurs ou à l'un des membres du groupe une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci n'est pas révélée à l'autre partie."

Intitulé

65. On a fait observer que l'intitulé du projet d'article ne correspondait pas à la teneur de la disposition, laquelle ne portait pas sur les échanges directs d'informations entre les parties, mais sur les informations communiquées au

conciliateur par une partie (et éventuellement par le conciliateur à une autre partie). Il a été convenu qu'il fallait reprendre l'intitulé de l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, à savoir: "Communication d'informations".

"informations concernant le litige"

66. On a émis l'avis que la référence à des "informations concernant le litige" était trop restrictive. On a expliqué que le conciliateur, dans le cours de la procédure de conciliation, pourrait juger utile de communiquer à l'autre partie des informations reçues d'une partie s'il lui semblait qu'elles pourraient faciliter un règlement, même si les informations en question ne concernaient pas directement le litige. On a donné comme exemple pour illustrer ce point les pratiques d'une partie en matière de fixation des prix. Il a donc été suggéré de supprimer les mots "concernant le litige". La Commission n'a pas suivi cette suggestion.

"peut ... révéler"

67. On s'est interrogé sur l'opportunité de prévoir que le conciliateur "[pourrait] ... révéler" à une partie la teneur d'informations reçues d'une autre partie. On s'est en particulier demandé si l'octroi d'un tel pouvoir discrétionnaire au conciliateur ne risquerait pas d'amener celui-ci à faire entorse à l'obligation concernant l'égalité de traitement des parties. On a répondu que le projet d'article 9 avait pour objet de donner au conciliateur un pouvoir discrétionnaire qui lui permette d'agir de la façon qui avait le plus de chance d'aboutir à une solution du litige.

68. Certains pays se sont dits préoccupés par l'approche adoptée dans le projet d'article 9, jugée dépassée depuis longtemps. On a déclaré que, en l'absence de convention contraire des parties, exiger du conciliateur qu'il respecte strictement la confidentialité des informations qui lui étaient communiquées par une partie était le seul moyen d'assurer la totale franchise des communications dans le processus de conciliation. Une telle confidentialité correspondait d'ailleurs à la pratique de la conciliation dans certains pays (A/CN.9/487, par. 131). Il a été proposé de remanier le projet d'article 9 de sorte qu'il se lise comme suit: "Lorsque le conciliateur, le groupe de conciliateurs ou l'un des membres du groupe reçoit d'une partie des informations concernant le litige, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs ne les révèle à aucune autre partie, sauf si la partie qui les lui a fournies y consent expressément" (voir A/CN.9/506, par. 78).

69. En réponse à cette proposition, la Commission a rappelé qu'aux trente-quatrième et trente-cinquième sessions du Groupe de travail l'opinion qui l'avait largement emporté était que le projet d'article 9 devait assurer la circulation des informations entre les divers participants au processus de conciliation. On a souligné qu'exiger du conciliateur qu'il obtienne le consentement de la partie qui lui avait donné des informations avant toute communication desdites informations à l'autre partie n'était pas la pratique dans certains pays, comme cela était reflété à l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI (A/CN.9/487, par. 132 et A/CN.9/506, par. 79).

70. Néanmoins, étant donné qu'il pouvait être considéré comme naturel et légitime que les parties s'attendent à ce que les informations communiquées à des conciliateurs demeurent confidentielles, il a été largement convenu que le Guide devrait recommander que les conciliateurs informent les parties que les informations qui leur étaient communiquées pourraient être révélées si elles ne leur donnaient pas des instructions contraires (voir par. 161 ci-dessous).

"en ... la teneur"

71. Du point de vue de la forme, on a suggéré de remplacer les mots "en révéler la teneur" par "les révéler". À l'encontre de cette suggestion, on a souligné que le texte actuel, qui reprenait celui de l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, avait le mérite d'éviter que le conciliateur ne soit tenu de communiquer littéralement toute information reçue des parties (A/CN.9/506, par. 81). La suggestion n'a pas été suivie par la Commission.

"l'autre partie"

72. On a souligné que les mots "l'autre partie", qui apparaissaient dans les première et deuxième phrases du projet d'article 9, ne prenaient pas en compte la nécessité de prévoir aussi la conciliation pluripartite. Afin de lever toute ambiguïté concernant la possibilité d'une procédure impliquant plus de deux parties, il a été suggéré de remplacer les mots: "à l'autre partie" par les mots "à toute autre partie" dans la première phrase, et par les mots "à aucune autre partie" dans la deuxième. La Commission a pris note de cette suggestion avec approbation.

73. À l'issue d'un débat, la Commission a renvoyé au groupe de rédaction le projet d'article 9 tel qu'elle l'avait adopté sur le fond.

Article 10. Obligation de confidentialité

74. Le texte du projet d'article 10 qui a été soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

> "Sauf convention contraire des parties, toutes les informations relatives à la procédure de conciliation demeurent confidentielles, sauf lorsque la divulgation est exigée par la loi ou est rendue nécessaire pour l'application ou l'exécution de l'accord issu de la conciliation."

75. On a fait observer que, étant donné la définition extensive de la conciliation adoptée à l'article premier du projet de loi type, l'article 10, dans sa rédaction actuelle, risquait d'être appliqué pour établir la responsabilité d'une personne autre qu'un conciliateur professionnel à laquelle il aurait été demandé de faciliter le règlement d'un litige dans des conditions informelles, alors que ni les parties ni la personne en question n'auraient connaissance de l'application de la Loi type ni conscience de participer à une conciliation commerciale internationale. Même si la solution à ce problème serait sans doute partiellement apportée par les sanctions prévues dans le droit interne en cas de violation de l'obligation de confidentialité, il n'en

demeurait pas moins qu'il fallait protéger les parties et les tiers non avertis qui, contrairement aux conciliateurs professionnels, ne seraient pas au courant des règles de confidentialité. Ce problème n'avait d'ailleurs, a-t-on dit, pas échappé à l'attention de certains pays qui, pour le régler, avaient adopté une définition plus étroite de la conciliation qui restreignait les cas dans lesquels il y aurait une telle obligation. Néanmoins, la Commission ayant adopté une définition extensive dans le projet de loi type, on a proposé que le projet d'article 10 ne s'applique que "lorsque les parties en sont ainsi convenues". Selon un autre point de vue, il fallait que soit posée dans le projet de loi type une règle sur la confidentialité qui tienne compte du fait que les parties participant à une conciliation s'attendaient généralement à ce que la procédure soit confidentielle et qui leur évite d'avoir à mentionner expressément cette question dans leur convention de conciliation. Or, la modification proposée aurait pour résultat que, si les parties ne s'entendaient pas expressément sur la question, il n'y aurait pas d'obligation de confidentialité. Selon un point de vue proche du précédent, l'obligation de confidentialité devait être d'application stricte et ne connaître que les exceptions prévues dans le projet d'article.

76. Afin d'apaiser les préoccupations exprimées, il a également été proposé de supprimer dans l'intitulé les mots "obligation de" et d'insérer dans le Guide une explication du type:

> "Pour les rédacteurs, une juridiction étatique ou autre appelée à se prononcer sur une allégation de non-respect de l'article 10 devrait prendre notamment en considération tout comportement des parties montrant que celles-ci avaient, ou n'avaient pas, conscience de participer à une conciliation et en conséquence étaient ou non fondées à attendre la confidentialité. Les États adoptants pourront souhaiter adapter la disposition qu'ils prendront sur la base de l'article 10 de façon à mieux faire ressortir cette interprétation."

77. Cette approche a bénéficié d'un soutien général. On a estimé toutefois que la seconde phrase de l'explication laissait entendre que le projet d'article ne remplissait pas son objectif, et il a été proposé de la supprimer. On s'est déclaré favorable à ce que l'idée exprimée dans cette phrase soit conservée, car une telle précision était nécessaire dans certains États, mais, compte tenu de l'objection susmentionnée, il a été suggéré de modifier la phrase comme suit: "Lorsqu'ils incorporeront la Loi type, certains États souhaiteront peut-être préciser l'article 10 dans le sens de cette interprétation". Cette suggestion a été appuyée. Il a, par ailleurs, été proposé d'ajouter, dans l'intitulé de l'article 10, les mots "de la conciliation".

78. Selon un avis, l'explication devant être insérée dans le Guide à propos du projet d'article 10 pouvait également être utile pour d'autres articles, tels que le projet d'article 11, pour aider à déterminer si une conciliation avait ou non bien lieu. On a fait valoir dans ce sens qu'il faudrait insérer une explication supplémentaire dans le Guide en ce qui concerne l'article premier afin de préciser les circonstances dans lesquelles une conciliation pouvait être réputée avoir lieu.

79. On s'est demandé qui serait tenu de l'obligation de confidentialité et si l'article, dans sa rédaction actuelle, s'appliquerait aux parties, au conciliateur et aux tiers, y compris aux personnes chargées d'administrer une procédure de conciliation. Il a été répondu que le projet d'article 10 avait un champ d'application plus large que le projet d'article 9 et qu'il s'appliquait à "toutes les informations relatives à la procédure de conciliation", quelle que soit la personne pouvant se trouver en possession de ces informations.

80. Certains se sont déclarés en faveur de la suppression des mots "Sauf convention contraire des parties" car la présence de l'article 3 les rendait superflus mais, après discussion, on a estimé dans l'ensemble qu'il fallait les maintenir afin de renforcer dans ce contexte le principe de l'autonomie.

81. La Commission a adopté l'article 10 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 11. Recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure

82. Le texte du projet d'article 11 qui a été soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

> "1. Sauf convention contraire des parties, une partie qui a participé à la procédure de conciliation ou un tiers, y compris un conciliateur, ne peut, dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue, invoquer ou présenter l'un des éléments de preuve mentionnés ci-après ni témoigner à leur sujet:
>
> "*a*) Une invitation à la conciliation adressée par une partie ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de conciliation;
>
> "*b*) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation concernant une solution éventuelle du litige;
>
> "*c*) Les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;
>
> "*d*) Les propositions faites par le conciliateur;
>
> "*e*) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le conciliateur;
>
> "*f*) Un document établi aux seules fins de la procédure de conciliation.
>
> "2. Le paragraphe 1 du présent article s'applique quelle que soit la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés.
>
> "3. La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une juridiction étatique ou une autre autorité publique compétente et, si de telles informations sont présentées comme éléments de preuve en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, ceux-ci sont irrecevables. Néanmoins, ces informations peuvent être divulguées ou reçues comme éléments de preuve dans la mesure exigée par la loi ou aux

fins de l'application ou de l'exécution de l'accord issu de la conciliation.

"4. Les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article s'appliquent que la procédure arbitrale ou judiciaire ou la procédure analogue se rapporte ou non au litige qui fait ou a fait l'objet de la procédure de conciliation.

"5. Sous réserve des restrictions énoncées au paragraphe 1 du présent article, les éléments de preuve par ailleurs recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire ne deviennent pas irrecevables du simple fait qu'ils ont été utilisés dans une conciliation."

Paragraphe 1

83. À propos des mots "ou un tiers", on a noté qu'il était indiqué au paragraphe 61 du projet de guide qu'ils avaient pour objet de bien préciser que les personnes autres que les parties (par exemple, les témoins ou les experts) qui avaient participé à la procédure de conciliation étaient aussi liées par la règle énoncée au paragraphe 1. Afin que cela ressorte mieux, il a été proposé de les déplacer de sorte que le paragraphe se lirait comme suit: "Sauf convention contraire des parties, une partie ou un tiers qui a participé...". Il a également été proposé de déplacer les mots "y compris un conciliateur" et de les insérer après le mot "tiers" dans le paragraphe remanié. À l'encontre de ces deux propositions, on a fait valoir qu'une telle rédaction n'inclurait pas certains tiers, y compris le personnel d'une institution de conciliation, qui pourraient avoir obtenu des informations du type de celles visées à l'article 11, mais qui n'auraient pas eux-mêmes participé directement à la procédure. On s'est prononcé en faveur de l'inclusion de telles personnes dans le champ d'application du paragraphe 1, tout en reconnaissant que, dans certains systèmes juridiques, les informations fournies par ces tiers ne seraient sans doute pas recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue.

84. À l'issue d'un débat, la Commission est convenue que le paragraphe 1 devait couvrir les parties à la conciliation, les conciliateurs et les tiers, que ces derniers aient ou non participé à la procédure, y compris le personnel d'une institution de conciliation chargé de l'administration de la procédure.

85. Sur un point de rédaction, on a suggéré de dire à l'alinéa *b* "par une partie au cours de la conciliation" au lieu de "par une partie à la conciliation".

86. La Commission a adopté le paragraphe 1 quant au fond.

Paragraphe 2

87. La Commission a adopté le paragraphe 2 sur le fond sans qu'aucune observation n'ait été faite à son sujet.

Paragraphe 3

88. Se référant à la version anglaise, un intervenant a demandé si le terme "*law*" figurant dans la deuxième phrase du paragraphe 3 était censé couvrir à la fois les décisions de justice et la législation et a indiqué une préférence pour une interprétation limitée à la législation. On a fait observer, en réponse, que, comme il s'agissait d'une question d'interprétation, elle pourrait être traitée dans le Guide.

89. La Commission a adopté le paragraphe 3 sur le fond sans modification.

Paragraphes 4 et 5

90. La Commission a adopté les paragraphes 4 et 5 sur le fond sans qu'ils aient fait l'objet d'aucune observation.

91. La Commission a renvoyé l'article 11, tel qu'adopté, au groupe de rédaction.

Article 12. Fin de la procédure de conciliation

92. Le texte du projet d'article 12 soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

"La procédure de conciliation prend fin:

"*a*) Par la conclusion par les parties d'un accord issu de la conciliation, à la date de l'accord;

"*b*) Par une déclaration écrite du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;

"*c*) Par une déclaration écrite des parties adressée au conciliateur ou au groupe de conciliateurs en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

"*d*) Par une déclaration écrite d'une partie adressée à l'autre partie et, si un conciliateur ou un groupe de conciliateurs a été nommé, au conciliateur ou au groupe de conciliateurs en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration."

93. On s'est demandé ce qu'il adviendrait, étant donné la rédaction de l'article 12, dans les cas où les parties conviendraient oralement de mettre fin à la conciliation ou indiqueraient, par leur comportement, qu'elles n'avaient pas l'intention de tenter une conciliation. En réponse à cette préoccupation, et compte tenu du fait que d'autres articles du projet de loi type n'exigeaient pas un écrit et que, de plus, la conciliation pouvait être une procédure informelle, il a été proposé de supprimer aux alinéas *b* à *d* la référence à la forme "écrite" de la déclaration. Selon un autre point de vue, il fallait maintenir l'exigence de la forme écrite de la déclaration à cause des incidences pour d'autres articles, tels que l'article X figurant dans la note de bas de page se rapportant à l'article 4 et les articles 10 et 11, et parce qu'il fallait savoir avec certitude à quel moment la procédure de conciliation avait pris fin. On a également fait observer, à cet égard, qu'il fallait aussi savoir avec certitude à quel moment la procédure de conciliation avait débuté, question qui était réglée à l'article 4. On a fait observer que les alinéas *b* à *d* visaient le cas d'une conciliation qui n'avait pas abouti et — puisque le

litige n'était toujours pas réglé — qui serait probablement suivie d'une procédure arbitrale ou judiciaire. Dans de tels cas, la juridiction étatique ou le tribunal arbitral devait avoir la certitude que la procédure de conciliation était terminée et que les parties étaient donc autorisées à engager la nouvelle procédure. L'absence de déclaration écrite risquait de créer des incertitudes sur ce point. On a souligné qu'une déclaration écrite serait particulièrement importante dans le cas visé à l'alinéa *d*, c'est-à-dire dans celui d'une déclaration unilatérale. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé que les arguments ayant trait au caractère informel de la procédure l'emportaient et que l'exigence de la forme écrite de la déclaration devrait être supprimée aux alinéas *b* à *d*.

94. On a aussi fait observer que la proposition tendant à supprimer l'exigence de la forme écrite n'apporterait pas de solution pour les cas d'abandon de la procédure de conciliation une fois celle-ci engagée, lorsque cet abandon ne pouvait se déduire que du comportement des parties. Pour répondre à cette préoccupation, on a proposé d'ajouter à l'article un nouveau paragraphe ou de remplacer, à l'alinéa *b*, les mots "après consultation des parties" par les mots "après une tentative raisonnable de consultation" ou "après avoir invité les parties à une consultation". Ces différentes propositions ont reçu un certain appui. Selon un autre point de vue, l'alinéa *b* couvrirait ces cas, puisque le membre de phrase "après consultation des parties" devait être interprété comme incluant les cas dans lesquels le conciliateur avait contacté les parties en vue d'une consultation mais n'avait pas reçu de réponse. C'est ce point de vue qui l'a emporté, et il a été proposé de confirmer cette interprétation dans le Guide.

95. On a, par ailleurs, émis l'avis que dans les cas où les parties avaient conclu une convention de conciliation, elles devaient au moins, pour satisfaire aux exigences de la bonne foi, être tenues de chercher à se concilier pendant une période d'une durée raisonnable ou y être encouragées. Il a donc été proposé d'ajouter à l'alinéa *d* les mots "à l'issue d'un délai raisonnable" ou "au bout d'un laps de temps raisonnable". Cette proposition n'a pas été appuyée, car on a objecté que les conventions de conciliation variaient considérablement, les engagements qui y étaient contractés étant plus ou moins stricts, et qu'il ne serait pas opportun d'imposer, dans tous les cas, la même règle obligatoire. On a aussi souligné que le succès de la conciliation supposait que les deux parties y participent volontairement et qu'il était absurde de forcer à recourir à la conciliation une partie qui ne le voulait pas. On a fait observer que le commentaire n'aurait aucune conséquence pour ce qui est du non-respect par une partie de l'obligation contractuelle de participer à une conciliation. On a fait observer aussi que les conséquences du non-respect d'une convention de conciliation antérieure dépendaient du droit des contrats applicable et qu'elles étaient maintenues hors du champ de la Loi type.

96. Il a été indiqué que si, d'une manière générale, il y avait lieu de supprimer le terme "écrite", un État adoptant l'article X pourrait souhaiter demander qu'il soit mis fin à la conciliation par une déclaration écrite, car il fallait savoir avec précision à quel moment la conciliation prenait fin pour que les tribunaux puissent déterminer correctement le délai de prescription. Dans ce contexte, il a été noté que, si un écrit était requis pour la fin de la procédure de conciliation, il pourrait peut-être l'être également pour le début de la procédure. Il a été demandé que cela soit indiqué dans le Guide.

97. Sur un point de rédaction, on a fait observer que l'intitulé de l'article 12 devrait parler de la "procédure de conciliation" et non pas simplement de la "conciliation".

98. La Commission a adopté l'article 12 sur le fond, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 13. Conciliateur assumant les fonctions d'arbitre

99. Le projet d'article 13 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

> "Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre ni dans un litige qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de conciliation ni dans un autre litige né du même contrat ou de tout contrat y relatif."

100. Rappelant son débat antérieur concernant les mots "Sauf convention contraire" (voir par. 80 ci-dessus), la Commission a examiné le point de savoir si cette formule restrictive devait être conservée dans le projet d'article 13. Des points de vue divergents ont été exprimés. Selon un avis, cette formule énonçait une évidence et devait, par conséquent, être supprimée car superflue. À l'appui de cet avis, il a été déclaré que la formule risquait même d'aller à l'encontre du but recherché, car elle pourrait donner à tort l'impression qu'il y avait deux degrés différents d'autonomie des parties, un degré supérieur et un degré inférieur. Toutefois, selon l'opinion dominante, elle était utile et devait être maintenue. Il a été indiqué que, tout comme l'arbitrage, la conciliation était soumise à l'autonomie des parties et que, de ce fait, toute convention des parties devait être respectée. On a en outre argué que, même s'il s'agissait là d'une évidence, la question revêtait une importance telle pour un certain nombre de pays que la formule pouvait servir de rappel utile aux parties de sorte que celles-ci n'auraient pas besoin de se reporter au projet d'article 3 qui, en tout état de cause, ne leur apporterait pas une réponse directe. La Commission a décidé de conserver cette formule restrictive, étant entendu que les raisons de son maintien seraient exposées dans le Guide.

101. On a exprimé la crainte que le projet d'article 13, du fait qu'il omettait de préciser si un conciliateur pouvait remplir les fonctions de représentant, de conseil ou de témoin, ne soit incomplet et incompatible avec l'article 19 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Pour apaiser cette crainte, il a été suggéré d'aligner ce projet d'article sur l'article 19 du Règlement de conciliation. Cette suggestion a suscité des objections. Il a été rappelé que, les pratiques dans ce domaine variant d'un système juridique à l'autre, le Groupe de travail avait décidé de ne pas aborder la question dans la Loi type et de mentionner les différentes pratiques dans le Guide (voir A/CN.9/506, par. 117 et 118).

102. À la question de savoir ce que recouvraient les mots "autre litige" dans le projet d'article, on a répondu qu'il pouvait s'agir d'un litige opposant des parties autres que celles qui avaient pris part à la procédure de conciliation. La Commission a confirmé cette interprétation et a décidé de l'insérer dans le Guide.

103. On a exprimé la crainte que le projet d'article 13, en faisant uniquement référence aux contrats, n'ait un champ d'application plus étroit que le paragraphe 2 du projet d'article premier, qui parlait de "rapport juridique, contractuel ou autre". Pour apaiser cette crainte, plusieurs propositions ont été faites. Il a été suggéré de remplacer les derniers mots du projet d'article 13 par une expression du type: "du même contrat ou rapport juridique ou d'un contrat ou rapport juridique connexe". On a également proposé d'autres formules, comme "du même rapport juridique ou d'un rapport juridique connexe" ou "dans des litiges ayant un lien étroit avec ce litige", ou encore une référence à la "même situation de fait". La proposition tendant à étendre le champ d'application du projet d'article 13 en y incluant une référence à un rapport contractuel ou autre rapport juridique, comme au paragraphe 2 de l'article premier, a recueilli suffisamment de suffrages.

104. Il a été suggéré de modifier l'intitulé de l'article afin qu'il y ait une plus grande cohérence et une plus grande corrélation avec son contenu, qui fait expressément référence à l'impossibilité pour le conciliateur d'assumer les fonctions d'arbitre. Il a été proposé à cet égard d'intituler l'article "Impossibilité pour le conciliateur d'assumer les fonctions d'arbitre". Cette proposition n'a pas été adoptée.

105. Sous réserve de la modification mentionnée ci-dessus (voir par. 103), la Commission a adopté le projet d'article 13 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Arbitre assumant les fonctions de conciliateur

106. La Commission a examiné une proposition visant à reprendre, sous forme de note accompagnant le projet d'article 13, une disposition libellée comme suit (voir A/CN.9/506, par. 130):

> "[Il n'est pas incompatible avec la mission d'un arbitre que celui-ci pose la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en conviennent, participe aux efforts en vue de parvenir à un règlement concerté.]"

107. À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que la loi d'un certain nombre de pays prévoyait expressément cette possibilité. La Loi type ne devait pas passer sous silence une pratique qui était admise dans de nombreux pays comme une bonne pratique. En outre, on a fait observer que le Groupe de travail n'avait pas émis d'objection sur le contenu de l'ancien projet d'article 16, mais qu'il était convenu qu'il faudrait aborder ce point dans le Guide, car une telle disposition avait davantage sa place dans une loi sur l'arbitrage que dans une loi sur la conciliation. On a répondu que cet argument n'était pas convaincant, car le projet de loi type contenait plusieurs dispositions sur des questions relatives à l'arbitrage.

108. Si la proposition a recueilli un certain soutien, elle n'en a pas moins suscité un certain nombre d'objections. On a d'abord rétorqué qu'une note reprenant le contenu de l'ancien projet d'article 16 serait incompatible avec le paragraphe 8 du projet d'article premier, aux termes duquel la Loi type ne s'appliquait pas aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant l'instance judiciaire ou arbitrale, tentait de faciliter un règlement. On a également objecté qu'une telle note serait incompatible avec le projet d'article 13, qui posait comme principe qu'un conciliateur ne pouvait pas faire office d'arbitre. On a aussi indiqué que dans certains pays la situation traitée dans la disposition proposée était considérée contraire à la déontologie.

109. Pour parvenir à une solution de compromis, les membres de la Commission ont fait plusieurs propositions, notamment: insérer dans le projet de loi type non pas une disposition législative type, mais une note décrivant les différentes pratiques; et exposer les différentes pratiques dans le Guide en appelant l'attention des pays sur les conséquences de chacune d'elles.

110. À l'issue d'un débat, la Commission, ayant décidé que l'ancien projet d'article 16 ne devrait pas être repris dans une note, a réaffirmé la décision du Groupe de travail selon laquelle la question devrait être abordée dans le Guide (voir A/CN.9/506, par. 132).

Article 14. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

111. Le texte du projet d'article 14 soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

> "1. Lorsque les parties sont convenues de recourir à la conciliation et se sont expressément engagées à n'entamer pendant une période donnée ou jusqu'à la survenance d'un fait donné aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal arbitral ou la juridiction étatique jusqu'à ce que les conditions dont il s'accompagne aient été satisfaites.
>
> "2. Une partie peut néanmoins entamer une procédure arbitrale ou judiciaire dans la mesure où elle l'estime nécessaire pour la sauvegarde de ses droits. L'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être considérée en soi comme une renonciation à la convention de conciliation ni comme mettant fin à la procédure de conciliation."

112. On s'est prononcé en faveur de l'idée générale sur laquelle reposait le projet d'article 14, mais un certain nombre de préoccupations ont été exprimées au sujet de ce projet d'article. L'une d'elles était qu'en autorisant les parties à engager une procédure arbitrale ou judiciaire, si elles le jugeaient nécessaire, le paragraphe 2 réduisait à néant la disposition énoncée au paragraphe 1. Pour répondre à cette préoccupation, il a été suggéré de revenir à la structure et à l'approche adoptées dans l'ancien projet d'article 15 (voir A/CN.9/506, par. 124), ce qui empêcherait une partie d'engager unilatéralement une procédure arbitrale ou judiciaire

si cela était contraire à l'accord exprès des parties. À l'appui de cette suggestion, on a fait valoir qu'une disposition allant dans le sens de l'ancien projet d'article 15, d'une part, donnerait effet à l'engagement pris expressément par les parties de ne pas entamer de procédure arbitrale ou judiciaire et, d'autre part, permettrait aux parties de recourir à une telle procédure dans les situations — qui se présentaient fréquemment — dans lesquelles elles étaient convenues de recourir à la conciliation, sans cependant s'engager expressément à s'abstenir, pendant une période donnée, d'entamer toute procédure arbitrale ou judiciaire. Cette suggestion a, toutefois, suscité une forte opposition. On a déclaré que le Groupe de travail avait examiné la question, trouvé que l'ancien projet d'article 15 posait un certain nombre de problèmes (voir A/CN.9/506, par. 127) et tranché en faveur de l'approche adoptée dans l'actuel projet d'article 14 (voir A/CN.9/506, par. 129). On a, de surcroît, fait valoir que la décision du Groupe de travail se justifiait, car le fait d'empêcher une partie d'engager une procédure judiciaire dans certaines situations découragerait la conclusion de conventions de conciliation. Qui plus est, empêcher l'accès aux tribunaux, même dans les cas où les parties avaient expressément renoncé à ce droit, risquait de soulever des problèmes d'ordre constitutionnel puisque l'accès aux tribunaux était, dans certains pays, considéré comme un droit inaliénable.

113. On a, par ailleurs, proposé que le projet d'article 14 s'adresse uniquement aux parties (comme le faisait l'article 16 du Règlement de conciliation de la CNUDCI) et pas au tribunal arbitral ou à la juridiction étatique. Cette proposition n'a pas été acceptée.

114. On a émis l'avis que le projet de loi type n'allait pas assez loin pour assurer l'effectivité des conventions de conciliation en ce qu'il abordait uniquement les renonciations expresses au droit d'engager une procédure arbitrale ou judiciaire sans s'occuper de l'effectivité des conventions de conciliation les plus courantes, lesquelles n'étaient pas assorties d'une renonciation expresse à l'exercice d'un tel droit pendant une période déterminée. Selon ce point de vue, il fallait préciser, soit dans la Loi type soit dans le Guide, que lorsque les parties convenaient de recourir à la conciliation une telle convention était obligatoire puisqu'elles s'étaient engagées à tenter de bonne foi de se concilier et que le tribunal arbitral ou la juridiction étatique devait donc déclarer la procédure irrecevable tant qu'une telle tentative n'aurait pas été effectuée. On a fait observer que, même si l'idée qui sous-tendait la position susmentionnée, à savoir que les conventions de conciliation étaient en elles-mêmes obligatoires, était valable, ces conventions étaient rédigées de façons fort diverses en fonction des attentes des parties quant à leur comportement en cas de litige, attentes qui pouvaient varier considérablement. L'effet des conventions de conciliation devait, a-t-on dit en réponse, dépendre de la façon dont ces conventions étaient interprétées conformément au droit des contrats applicable, ce que la Loi type ne cherchait pas à unifier. La Commission a donc confirmé la décision du Groupe de travail, à savoir que le projet de loi type ne devait traiter que de l'effet des renonciations expresses au droit d'engager une procédure arbitrale ou judiciaire, et non pas des effets qu'aurait une convention de conciliation sur ce droit.

115. On a fait valoir que le paragraphe 2, en autorisant une partie à engager une procédure contentieuse "dans la mesure où" elle l'estimait nécessaire (dans la version anglaise "*in its sole discretion*"), ce qui était un critère purement subjectif, risquait de réduire à néant la règle énoncée au paragraphe 1. Pour répondre à cette préoccupation, on a proposé de supprimer les mots "*in its sole discretion*". Cette proposition a suscité un certain nombre d'objections. On a déclaré qu'en l'absence d'un tel critère subjectif une partie courrait le risque de perdre ses droits si elle ne pouvait prendre les mesures voulues, notamment engager une procédure arbitrale ou judiciaire (y compris une procédure d'insolvabilité). La Commission a estimé que le projet de loi type devait être rédigé de façon à éviter ce risque. On a expliqué que c'était la raison pour laquelle l'article 16 du Règlement de conciliation de la CNUDCI autorisait une partie à engager une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque, "à son avis", une telle procédure était nécessaire pour préserver ses droits. On a fait valoir, de surcroît, qu'en donnant aux parties l'assurance qu'elles ne courraient pas le risque de perdre leurs droits la Loi type favoriserait le recours à la conciliation. On a en outre déclaré qu'il fallait, afin de décider ce qui était "nécessaire" pour sauvegarder des droits (par. 2), se fonder non seulement sur des considérations juridiques mais aussi sur des considérations commerciales, lesquelles devaient être laissées à l'appréciation subjective de la partie concernée. On a ajouté que si elles n'étaient pas laissées libres de déterminer ce qui était commercialement nécessaire pour elles, les parties seraient portées à éviter la conciliation.

116. On a, par ailleurs, fait observer que la juxtaposition de l'obligation pour la juridiction de donner effet à la renonciation des parties au droit d'engager une procédure arbitrale ou judiciaire et du droit des parties d'engager une telle procédure afin de sauvegarder leurs droits donnait l'impression que le paragraphe 2 et le paragraphe 1 étaient incompatibles. Pour répondre à cette préoccupation, on a suggéré de fusionner les deux paragraphes. On supprimerait alors la première phrase du deuxième paragraphe et l'on ajouterait, à la fin de l'actuel paragraphe 1, les mots "sauf dans la mesure jugée nécessaire par une partie pour sauvegarder ses droits". Viendrait ensuite la deuxième phrase du paragraphe 2 qui resterait inchangée. À l'appui de cette suggestion, on a fait valoir qu'ainsi remanié le projet d'article 14 ferait clairement ressortir que le droit des parties de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire était une exception à l'obligation qui était faite aux tribunaux arbitraux ou aux juridictions étatiques de déclarer toute procédure irrecevable lorsque les parties avaient renoncé au droit d'engager une procédure arbitrale ou judiciaire. Bien que des doutes aient été exprimés, sur la base de la version anglaise, sur le point de savoir si la signification des mots "in its opinion", qui figuraient à l'article 16 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, différait de celle des mots "*in its sole discretion*", la Commission a néanmoins adopté cette suggestion. Elle a aussi noté qu'il faudrait donner dans le Guide quelques précisions supplémentaires sur le fonctionnement de cet article.

117. En réponse à une question, on a expliqué que l'article 14 ne visait pas uniquement les procédures destinées à obtenir des mesures provisoires ou conservatoires mais toute procédure devant un tribunal arbitral ou une juridic-

tion étatique, y compris une procédure engagée par une partie pour préserver ses droits avant l'expiration d'un délai de prescription. Au cours du débat, il a été suggéré de préciser dans le Guide qu'une partie pourrait engager une procédure arbitrale ou judiciaire également dans les cas où l'autre ou les autres parties restaient passives et empêchaient ainsi la mise en œuvre de la convention de conciliation. On a toutefois fait valoir que dans un tel cas la partie victime de cette passivité pourrait engager une procédure arbitrale ou judiciaire une fois que la procédure de conciliation aurait pris fin au sens du projet d'article 12.

118. Sous réserve de la modification arrêtée, la Commission a adopté le projet d'article 14 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 15. Force exécutoire de l'accord issu de la conciliation

119. Le texte du projet d'article 15 soumis à l'examen de la Commission était le suivant:

> "Si les parties parviennent à un accord réglant leur litige et le signent, cet accord est obligatoire et exécutoire... [*l'État adoptant insère une description du mode d'exécution des accords issus d'une conciliation ou renvoie aux dispositions qui régissent une telle exécution*]."

120. On a fait observer que le projet d'article 15 laissait ouverte la question de la nature des accords issus d'une conciliation. On a émis l'avis que la nature contractuelle de l'accord devrait être indiquée dans le projet de disposition. S'agissant du caractère exécutoire de l'accord issu d'une conciliation, on a aussi émis l'avis que le projet de disposition devrait expliquer si un tel accord devait bénéficier d'une forme quelconque de reconnaissance accélérée de sa force exécutoire, par le biais par exemple de son assimilation à une sentence arbitrale ou à une décision judiciaire.

121. On a émis l'avis que la conversion en sentence arbitrale d'un accord issu d'une conciliation était difficilement acceptable, car cela reviendrait à donner à un acte entre deux personnes privées la même qualité qu'à un acte juridictionnel. De deux choses l'une, ou l'on transformait l'accord issu de la conciliation en une "vraie" sentence arbitrale, avec comme conséquence un alourdissement de la procédure et un surcoût pour les parties (ce qui était contraire à l'esprit de la conciliation), ou il s'agissait d'une sorte d'homologation arbitrale quasi automatique de l'accord issu de la conciliation mais, dans ce cas, on laissait la porte ouverte à une certaine dérive, puisque le contrat (l'accord issu de la conciliation) ne pourrait être contrôlé par le juge étatique du pays où il serait invoqué que dans des cas très limités (voir A/CN.9/513, observations de la France).

122. Dans le but de renforcer la valeur juridique des accords issus d'une conciliation, tout en préservant toutes les options que les États adoptants pourraient souhaiter envisager à propos de la question de la force exécutoire de ces accords, et en évitant toute référence à une sentence arbitrale, le libellé ci-après a été proposé pour remplacer l'actuel projet d'article 15: "Si les parties parviennent à un accord réglant leur litige et le signent, cet accord est obligatoire. L'autorité de la chose jugée et/ou la force exécutoire de cet accord est, selon qu'il convient, reconnue ou accordée par la loi ou l'autorité compétente [du pays dans lequel l'accord est invoqué] [de l'État adoptant]". Cette proposition n'a bénéficié d'aucun appui.

123. Le débat a ensuite été axé sur le membre de phrase liminaire du projet d'article 15 ("Si les parties parviennent à un accord... et le signent"). On a souligné qu'il pouvait être important de poser comme règle que l'accord issu d'une conciliation devait être signé, car cela permettrait plus facilement de rapporter la preuve de son existence et de sa teneur. On a proposé de remplacer le membre de phrase liminaire du projet d'article 15 par un texte du type: "L'accord issu de la conciliation doit être signé si la signature est nécessaire pour lui donner force exécutoire dans le droit de l'État adoptant". Cette proposition n'a obtenu aucun appui. L'opinion dominante était que, dans la droite ligne du droit moderne des contrats et vu la nécessité de faciliter le commerce électronique, il ne fallait imposer pour la conclusion de l'accord issu d'une conciliation ni la forme écrite ni la signature. À l'issue d'un débat, il a été convenu que le membre de phrase liminaire du projet d'article 15 devrait être rédigé comme suit: "Si les parties concluent un accord". Il a également été convenu que le Guide devrait expliquer que celle-ci ne visait nullement à interdire que les lois prises par l'État adoptant sur la base de ses dispositions imposent des conditions de forme comme la signature ou la forme écrite lorsque de telles conditions étaient jugées essentielles.

124. La Commission a ensuite examiné les incidences de l'utilisation des mots "obligatoire et exécutoire". Il a, dans l'ensemble, été convenu que ces mots avaient pour objet de faire ressortir un point sur lequel il y avait unanimité, à savoir que l'accord issu d'une conciliation était de nature contractuelle. Le mot "obligatoire" dénotait la création d'une obligation contractuelle entre les parties à l'accord issu de la conciliation, et le mot "exécutoire" renvoyait à la nature de cette obligation dont l'exécution pouvait être recherchée auprès des tribunaux sans que, toutefois, la nature de l'exécution ne soit spécifiée. Il a donc été convenu que les deux mots "obligatoire" et "exécutoire" remplissaient des fonctions distinctes et n'étaient pas simplement redondants. On a souligné que la Loi type ne prévoyait pas de nouveaux règlements concernant la formation des accords issus d'une conciliation ou leur exécution et laissait trancher ces questions conformément au droit interne applicable. À ce propos, il a été noté que certains États considéraient que les accords issus d'une conciliation étaient soumis aux mêmes règles de formation et d'exécution que les autres contrats commerciaux, alors que d'autres États avaient des régimes spéciaux pour réglementer ces questions, y compris, dans certains d'entre eux, des mécanismes destinés à accélérer l'exécution de tels accords. En conséquence, la Loi type comporte à la fin de l'article 15 un texte en italique indiquant qu'un État adoptant pourrait insérer une description du mode d'exécution des accords issus d'une conciliation ou renvoyer aux dispositions qui régissent une telle exécution. On a néanmoins fait observer que, dans certains systèmes juridiques ou dans certaines versions linguistiques, le mot "exécutoire" pourrait être interprété comme impliquant que l'accord issu d'une conci-

liation avait une force exécutoire élevée, ce qui s'écartait de la neutralité susmentionnée. Par exemple, l'adjectif "exécutoire" pourrait être interprété comme indiquant que la juridiction étatique ferait exécuter un accord issu d'une conciliation en suivant une procédure plus sommaire que pour d'autres types de contrats. Néanmoins, dans d'autres systèmes juridiques ou versions linguistiques, les mots "obligatoire et exécutoire" étaient utilisés simplement pour dénoter la valeur juridique des contrats en général. Afin d'éviter toute interprétation erronée, on a suggéré de ne pas utiliser le mot "exécutoire". Le projet d'article 15 devait à la place reconnaître le droit pour toute partie à l'accord issu de la conciliation de présenter cet accord à un tribunal pour obtenir son exécution lorsque le droit applicable le permettait. Le Guide pourrait alors donner des exemples de procédures pouvant être utilisées pour obtenir l'exécution et énumérer les moyens de défense qui pourraient être recevables. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui, mais l'opinion dominante était que la question de l'exécution, des moyens de défense opposables et de la désignation des tribunaux ou autres autorités auprès desquels l'exécution d'un accord issu d'une conciliation pourrait être recherchée devait être laissée au droit interne applicable.

125. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé que les mots "obligatoire et exécutoire" devaient être maintenus. Pour les versions linguistiques dans lesquelles le mot "exécutoire" risquait d'être source d'ambiguïté, on a estimé qu'une formulation plus neutre du type "susceptible d'exécution" devrait être utilisée.

126. La Commission a adopté sur le fond l'article 15, tel que modifié, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Poursuite du débat sur l'article 3

127. Ayant achevé ses délibérations sur les dispositions de fond du projet de loi type, la Commission est revenue au texte de l'article 3, en vue de déterminer s'il fallait ajouter d'autres dispositions à la liste des dispositions obligatoires qu'il comportait actuellement, à savoir l'article 2 et le paragraphe 3 de l'article 7.

128. On a émis l'avis que l'article 14 devait être ajouté à la liste des dispositions de la Loi type ne pouvant faire l'objet d'une dérogation conventionnelle. On a souligné qu'étant donné que cet article avait été conçu de telle sorte qu'il énonçait une règle qui s'appliquerait uniquement lorsqu'un accord spécifique aurait été conclu entre les parties et ménageait la possibilité d'un éventail extrêmement large de dérogations à cette règle, décidées unilatéralement, il était difficile d'imaginer comment les dérogations conventionnelles visées à l'article 3 s'intégreraient dans l'économie générale de l'article 14. De l'avis d'autres délégations, l'article 14 devait être inclus parmi les dispositions obligatoires, car on ne devait pas autoriser une partie à déroger à l'application d'une disposition qui garantissait ce que ces délégations considéraient comme un droit constitutionnel, c'est-à-dire le droit pour les parties d'engager une procédure judiciaire, même si elles avaient pu s'engager à ne pas exercer ce droit. Selon un autre point de vue, l'article 14, même s'il comportait des dispositions relevant du droit des contrats qui devaient pouvoir faire l'objet de dérogations conventionnelles, comportait aussi des dispositions d'ordre procédural qui devaient être considérées comme obligatoires.

129. Divers arguments ont toutefois été exprimés à l'encontre de l'inclusion de l'article 14 parmi les dispositions obligatoires. Pour un certain nombre de délégations qui ont critiqué la structure et la teneur de cet article, l'article 3 offrait aux parties une possibilité, dont il convenait de se féliciter, d'écarter l'ensemble du mécanisme de l'article 14, ce qui permettrait par exemple qu'elles prennent l'engagement de ne pas engager de procédure judiciaire en cours de conciliation et aient à s'y tenir. De l'avis d'autres délégations, la préservation de l'autonomie des parties exigeait que des parties qui étaient mutuellement convenues, sur le fondement de l'article 14, de ne pas engager de procédure judiciaire soient autorisées à convenir ultérieurement de revenir sur cet engagement. On a par ailleurs fait valoir que l'article 14 n'avait pas à être inclus parmi les dispositions obligatoires car la simple logique voulait qu'il ne se prête pas à des dérogations.

130. Une question a été posée au sujet des effets conjugués des articles 3 et 14 dans les cas où, par exemple, les parties étaient convenues de recourir à la conciliation, se seraient expressément engagées à ne pas entamer de procédure judiciaire pendant une période déterminée et auraient par la suite mis fin à la procédure de conciliation avant l'expiration de cette période. Dans un tel cas, la question pourrait se poser de savoir si les parties continuaient d'être liées par leur engagement initial de ne pas entamer de procédure judiciaire ou si cet engagement était modifié par la fin de la procédure de conciliation. La Commission n'a pas examiné tous les aspects de cette question et il a été entendu que le résultat dépendait des clauses de l'engagement de ne pas entamer de procédure judiciaire et de tout accord visant à mettre fin à la procédure de conciliation.

131. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé de ne pas inclure l'article 14 parmi les dispositions de la Loi type qui pourraient être écartées ou modifiées par convention des parties.

132. On a émis l'avis que l'article 15 devait être inclus parmi les dispositions de la Loi type qui ne pouvaient faire l'objet d'une dérogation conventionnelle. On a fait valoir que, dans la mesure où l'article 15 posait comme règle que les accords issus d'une conciliation étaient obligatoires, aucune dérogation conventionnelle à cette règle n'était logiquement acceptable. On a aussi déclaré que, si aucune dérogation conventionnelle ne devait être autorisée concernant le caractère obligatoire de l'accord issu d'une conciliation, les parties demeureraient néanmoins libres de convenir que le résultat du processus de conciliation prendrait une forme différente de celle d'un tel accord. Ce dernier point de vue a recueilli un certain appui, mais on a souligné qu'exclure la possibilité d'une dérogation conventionnelle à l'article 15 risquait de compromettre indûment le droit des parties de se mettre d'accord sur un règlement dont la force exécutoire serait moindre que celle envisagée à l'article 15.

133. On a également émis l'avis que les parties avaient souvent recours à la conciliation en raison de son carac-

tère non obligatoire pour trouver une solution à un litige. Exclure l'article 15 de la possibilité pour les parties de déroger irait à l'encontre du principe selon lequel elles ont recours à la conciliation à cette fin.

134. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé de ne pas inclure l'article 15 parmi les dispositions de la Loi type qui ne pouvaient être écartées ou modifiées par convention des parties.

Note de bas de page 1 relative au projet d'article premier

135. La proposition de texte à incorporer dans la note de bas de page 2 relative à l'article premier (qui fait référence à différents paragraphes dudit article dont le texte figure dans le document A/CN.9/506, annexe), telle qu'examinée par la Commission, était la suivante:

"1. Au paragraphe 1 de l'article premier, supprimer le mot "internationale".

"Supprimer le paragraphe 3* de l'article premier.

"Supprimer le paragraphe 4* de l'article premier.

"[Supprimer le paragraphe 5* de l'article premier] [Remplacer le paragraphe 5 de l'article premier par le libellé suivant: "La présente Loi s'applique également lorsque les parties en conviennent ainsi."]".

"2. Proposition de texte à inclure dans le paragraphe 47 du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale:

"Les États qui élaborent sur la base de la Loi type une loi qui s'applique à la fois à la conciliation interne et à la conciliation internationale pourront envisager, au paragraphe 5 de l'article 6, de supprimer le membre de phrase 'et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celles des parties'. Ou bien, ces États pourraient envisager de modifier le paragraphe 5 de l'article 6 en remplaçant le membre de phrase 'et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celles des parties' par le libellé suivant: 'et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, s'agissant d'un différend international, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celles des parties' et en incluant une définition des termes 'international' et 'établissement' qui s'inspire des paragraphes 3 et 4 de l'article premier.""

136. S'agissant de la proposition relative au paragraphe 5 de l'article premier, on a exprimé l'avis qu'il fallait aligner le texte figurant dans la deuxième série de crochets ("La présente Loi s'applique également lorsque les parties en conviennent ainsi.") sur le texte du paragraphe 5 tel qu'il s'appliquerait dans le cas de la conciliation internationale, en insérant les mots "conciliation commerciale" comme suit: "La présente Loi s'applique à la conciliation commerciale lorsque les parties en conviennent ainsi." On a fait valoir que, sans cet ajout, la Loi type s'appliquerait différemment dans les deux cas; dans le cas où elle régirait uniquement la conciliation internationale, son champ d'application serait limité à la conciliation commerciale, mais non pas dans celui où elle régirait à la fois la conciliation interne et la conciliation internationale.

137. On a fait observer que le texte proposé pour le paragraphe 1 de la note de bas de page 2 visait plusieurs circonstances dans lesquelles il serait peut-être bon que les parties puissent convenir de l'application de la Loi type: les procédures de conciliation très informelles auxquelles on ne saurait pas très bien si la Loi type s'appliquerait en vertu du paragraphe 2 de l'article premier; les procédures de conciliation auxquelles participeraient des parties situées dans plusieurs États différents qui communiqueraient par des moyens électroniques et pour lesquelles on ne saurait pas très bien quelle serait la loi applicable ni si la Loi type s'appliquerait ou non; et les circonstances dans lesquelles on ne saurait pas très bien si le litige devait être considéré comme "commercial" au sens qui était donné à ce terme à l'article premier. Cette approche souple, ainsi que la variante figurant dans la deuxième série de crochets au paragraphe 1 de la note proposée ont bénéficié d'un certain soutien.

138. Selon un avis contraire, la Loi type devait s'appliquer uniquement à la conciliation commerciale, que celle-ci soit internationale ou interne, et la note de bas de page proposée devait comporter une référence à la conciliation commerciale. Dans ce cas, le texte de la note refléterait celui du paragraphe 5 de l'article premier tel que précédemment adopté par la Commission. On a estimé que le même résultat pourrait être obtenu en adoptant la variante figurant dans la première série de crochets au paragraphe 1 de la note de bas de page, qui proposait la suppression du paragraphe 5 de l'article premier par les États qui souhaitaient appliquer la Loi type à la conciliation commerciale aussi bien interne qu'internationale. L'application de la Loi type à la conciliation commerciale, que celle-ci soit interne ou internationale, et la variante figurant dans la première série de crochets au paragraphe 1 de la note de bas de page proposée ont bénéficié d'un large soutien. La Commission a adopté cette approche.

139. On a fait observer que, si la Loi type devait s'appliquer à la conciliation interne, la référence à son origine internationale figurant au paragraphe 2 était sans doute déplacée. On a répondu que le même paragraphe figurait dans un certain nombre d'autres textes de la CNUDCI (par exemple la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) qui pouvaient s'appliquer à la fois en l'absence et en présence de l'élément d'internationalité. Cette référence était particulièrement utile pour promouvoir une interprétation uniforme fondée sur des normes internationales même lorsque le texte s'appliquait à une conciliation interne. Sans elle, il était très possible que les interprétations données à l'occasion de l'application du texte à une conciliation interne diffèrent de celle données lorsque le

* Paragraphes renumérotés dans la Loi type.

texte était appliqué à une conciliation internationale, résultat qui n'était pas souhaitable compte tenu de l'objectif d'uniformisation.

140. La Commission a adopté quant au fond le texte de la note de bas de page relative au projet d'article premier, en conservant la variante figurant dans la première série de crochets au paragraphe 1, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

D. Adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale

141. La Commission, après avoir examiné le texte du projet de loi type tel que révisé par le groupe de rédaction, a adopté à sa 750e séance, le 24 juin 2002, la décision suivante:

"*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*

"*Reconnaissant* l'intérêt que présente la conciliation ou la médiation en tant que mode de règlement amiable des litiges survenant dans le cadre des relations commerciales internationales,

"*Notant à cet égard* que le terme "conciliation" englobe la médiation et d'autres procédures portant un nom équivalent,

"*Convaincue* que l'établissement d'une Loi type sur la conciliation pouvant rencontrer l'agrément d'États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribuerait au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

"*Estimant* que la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale aidera de façon appréciable les États à renforcer leur législation régissant l'utilisation des techniques modernes de conciliation ou de médiation et à élaborer des lois dans ce domaine lorsqu'ils n'en ont pas encore,

"*Notant* que l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale a fait l'objet des délibérations nécessaires ainsi que de longues consultations, après distribution du projet de texte aux gouvernements et aux organisations intéressées pour commentaire,

"*Convaincue* que la Loi type, conjointement avec le Règlement de conciliation de la CNUDCI[4], dont l'Assemblée générale a recommandé l'application dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980, contribue notablement à la création d'un cadre juridique unifié pour le règlement juste et efficace des litiges survenant dans les relations commerciales internationales,

"1. *Adopte* la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, telle qu'elle figure dans l'annexe I du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session;

"2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, de même que les travaux préparatoires de sa trente-cinquième session et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type que le Secrétariat devra finaliser en tenant compte des délibérations que la Commission a tenues à cette session, aux gouvernements et aux institutions de règlement des litiges ainsi qu'à d'autres organismes intéressés, tels que les chambres de commerce;

"3. *Recommande* que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur la conciliation commerciale internationale en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures de règlement des litiges et des besoins propres à la pratique de la conciliation ou de la médiation commerciale internationale."

[4] "Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6".

E. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale

142. La Commission a chargé le secrétariat de mettre la dernière main au Guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type en se fondant sur le projet qu'il avait établi (A/CN.9/514) et sur ses délibérations à sa session en cours. Le secrétariat a été invité à publier la version finale du Guide en même temps que la Loi type. Il a été généralement convenu que, pour l'élaboration de la version finale, le secrétariat devrait tenir compte des observations et des suggestions exprimées au cours du débat à la Commission et de toute autre suggestion, mais que la mesure dans laquelle et la manière dont il convenait de rendre compte de ces observations et suggestions dans le Guide devraient être laissées à son appréciation.

143. La Commission a entrepris un examen détaillé du projet de guide (A/CN.9/514).

Objet du Guide

Paragraphes 1 à 4

144. La Commission a décidé que le paragraphe 4 devrait en gros être rédigé comme suit: "La Commission a chargé le secrétariat de mettre la dernière main au Guide en se fondant sur le projet qu'il avait élaboré (A/CN.9/514) et sur les délibérations qu'elles a tenues à sa session en cours et en prenant en considération les observations et les suggestions exprimées au cours de son débat ainsi que d'autres suggestions de la manière et dans la mesure qu'il jugeait appropriées. Le secrétariat a été invité à publier la version finale du Guide en même temps que la Loi type."

La notion de conciliation et l'objet de la Loi type

Paragraphes 5 à 10

145. S'agissant du paragraphe 5, on a émis l'avis qu'en décrivant la conciliation le Guide devrait faire ressortir qu'un élément essentiel de cette procédure était le fait que les parties en litige avaient demandé l'aide d'un tiers. En ce qui concerne le paragraphe 7, on a souligné que, si l'on devait faire référence à la notion de "modes alternatifs de règlement des litiges", le Guide devrait indiquer clairement que les diverses techniques ainsi visées étaient les modes de règlement autres qu'un règlement judiciaire et incluaient donc l'arbitrage. Pour ce qui est du paragraphe 9, on a déclaré que le Guide devrait indiquer que des questions de procédure telles que la recevabilité des éléments de preuve dans une procédure judiciaire ou arbitrale n'étaient, pour l'essentiel, pas régies par des règlements comme le Règlement de conciliation de la CNUDCI mais par la législation applicable. D'un point de vue plus général, on a émis l'avis qu'il faudrait sans doute que les paragraphes 5 à 10 du Guide fassent mieux ressortir les éléments de la conciliation qui faisaient de celle-ci un mode attrayant de règlement des litiges.

La Loi type en tant qu'instrument d'harmonisation des législations

Paragraphes 11 et 12

146. Les paragraphes 11 et 12 n'ont donné lieu à aucune observation.

Considérations générales et historique

Paragraphes 13 à 17

147. À propos du paragraphe 13, on a exprimé des doutes quant à savoir si le recours à des "modes de règlement non juridictionnels" pour régler les litiges contribuerait "à plus de stabilité sur les marchés". On a suggéré de parler plutôt du "rapport coût-efficacité", ce qui serait sans doute plus exact. En ce qui concerne le paragraphe 14, on a estimé que c'était peut-être aller un peu loin que de dire que "les objectifs de la Loi type... sont essentiels pour abaisser les coûts et renforcer l'efficacité des échanges internationaux". On devrait dire, à la place, que les objectifs de la Loi type étaient importants pour abaisser les coûts et renforcer l'efficacité des échanges internationaux. Pour ce qui est du paragraphe 16, on a émis l'avis qu'il insistait trop sur l'arbitrage. À propos du paragraphe 17, on s'est demandé s'il était utile de fournir tant de détails dans le Guide sur l'historique des travaux. On a suggéré de rendre compte de l'historique des travaux concernant la Loi type dans un tableau qui serait annexé au Guide. Il a toutefois été largement convenu qu'un compte rendu détaillé de l'historique de la Loi type pourrait être considéré comme particulièrement utile dans certains pays qui envisageaient d'incorporer celle-ci dans leur droit interne. On a, de plus, fait valoir que le fait de consigner l'historique détaillé du texte dans le corps même d'un guide était conforme à la pratique suivie pour les lois types antérieurement adoptées par la CNUDCI qui étaient accompagnées d'un guide pour leur incorporation dans le droit interne.

Champ d'application

Paragraphes 18 et 19

148. Les paragraphes 18 et 19 n'ont fait l'objet d'aucune observation.

Économie de la Loi type

Paragraphes 20 à 23

149. S'agissant du paragraphe 22, on a émis l'avis que le Guide devrait faire ressortir plus clairement que l'économie de la Loi type retenue par les auteurs du texte s'expliquait par le fait que ceux-ci s'étaient attachés à éviter que des informations révélées au cours d'une procédure de conciliation ne transparaissent dans une procédure arbitrale ou judiciaire. Aucune autre observation n'a été faite au sujet des paragraphes 20 à 23.

Assistance du secrétariat de la CNUDCI

Paragraphes 24 et 25

150. Aucune observation n'a été faite au sujet des paragraphes 24 et 25.

Article premier. Champ d'application

Paragraphes 26 à 35

151. À propos du paragraphe 27, on a déclaré que le Guide devrait indiquer que le texte de la note de bas de page 2 n'était pas censé donner une définition du terme "commercial". La note comportait à la place une liste indicative et non exhaustive des rapports qui pouvaient être considérés comme étant de nature "commerciale". S'agissant des paragraphes 29 et 30, on a émis l'avis que, lorsqu'elles vérifieraient si, dans un cas d'espèce, les éléments indiqués au paragraphe 2 de l'article premier pour la définition de la conciliation étaient réunis, les juridictions devraient être invitées à examiner tout élément du comportement des parties qui montrait que celles-ci avaient conscience (et comprenaient) qu'elles participaient à un processus de conciliation. En ce qui concerne le paragraphe 31, on a suggéré d'indiquer dans le Guide que l'article premier n'était pas censé empiéter sur les règles de droit international privé.

152. Plusieurs suggestions ont été faites au sujet du paragraphe 35. En premier lieu, le Guide devrait, a-t-on dit, bien indiquer que la référence aux "cas dans lesquels un juge ou un arbitre... tente de faciliter un règlement", figurant au paragraphe 8 de l'article premier, avait pour objet de distinguer entre les cas dans lesquels le juge ou l'ar-

bitre ferait fonction de facilitateur et ceux dans lesquels le juge ou l'arbitre ferait fonction de conciliateur. Dans le premier cas, le juge ou l'arbitre prendrait l'initiative de se poser en facilitateur et son action en tant que tel ne serait pas régie par la Loi type. Dans le second cas, en revanche, le juge ou l'arbitre ferait office de conciliateur à la demande des parties au litige et son action entrerait dans le champ d'application de la Loi type. En second lieu, on a suggéré d'insérer, au paragraphe 35, une indication qui pourrait être rédigée comme suit: "La Loi type n'est pas censée indiquer si un juge ou un arbitre peut ou non mener une conciliation au cours d'une procédure judiciaire ou arbitrale".

153. Aucune autre observation n'a été faite au sujet des paragraphes 26 à 35.

Article 2. Interprétation

Paragraphes 36 et 37

154. Aucune observation n'a été faite au sujet des paragraphes 36 et 37.

Article 3. Dérogation conventionnelle

Paragraphe 38

155. On a émis l'avis que le Guide devrait sans doute établir une distinction entre la règle générale énoncée à l'article 3, en vertu de laquelle les parties pourraient librement "convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque des dispositions de la... Loi [type]", et la signification des mots "Sauf convention contraire", qui avaient été insérés dans certaines dispositions. Il faudrait préciser que la règle générale reconnaîtrait simplement la possibilité pour les parties de convenir d'écarter l'application des dispositions de la Loi type qui n'étaient pas spécifiquement déclarées obligatoires à l'article 3. Néanmoins, l'article 3 ne donnerait pas aux parties toute latitude pour créer un ensemble totalement nouveau d'obligations contractuelles distinctes de celles établies par la Loi type. L'autonomie pleine et entière des parties ne serait donc reconnue que par les dispositions qui commençaient par le membre de phrase "Sauf convention contraire". Cette suggestion n'a pas été adoptée par la Commission. Il a été largement convenu que le Guide ne devait pas chercher à établir un distinguo entre l'article 3 et les dispositions qui s'ouvraient par les mots "Sauf convention contraire". Il a été convenu que, dans les deux cas, la Loi type était censée reconnaître l'autonomie pleine et entière des parties qui pouvaient déroger à ses dispositions et créer un cadre contractuel totalement distinct de celles-ci. Les mots "Sauf convention contraire" avaient été insérés dans certaines dispositions essentiellement afin qu'il n'y ait pas d'ambiguïté pour des utilisateurs peu avertis. On a suggéré d'insérer dans le Guide une phrase qui pourrait être rédigée comme suit: "L'utilisation du membre de phrase "Sauf convention contraire" ne signifie pas que l'article 3 ne s'applique pas là où ce membre de phrase n'apparaît pas". Aucune autre observation n'a été faite au sujet du paragraphe 38.

Article 4. Début de la procédure de conciliation

Paragraphes 39 à 44

156. À propos du paragraphe 44, on a émis l'avis que le Guide devait appeler l'attention des États adoptants sur les risques que pourrait entraîner l'adoption de l'article X. Il a été généralement convenu que le Guide devrait rendre compte des arguments échangés pour et contre l'adoption de cet article, tels qu'ils étaient récapitulés aux paragraphes 33 et 34 ci-dessus. Aucune autre observation n'a été faite au sujet des paragraphes 39 à 44.

Articles 5 et 6. Nombre de conciliateurs et nomination des conciliateurs

Paragraphes 45 à 48

157. À propos du paragraphe 46, on a fait observer que, dans sa rédaction actuelle, le Guide donnait à penser que la conciliation se faisait nécessairement entre deux parties. On a suggéré que la version définitive tienne compte du fait que la Commission avait retenu la possibilité d'une conciliation pluripartite. En ce qui concerne le paragraphe 47, on a fait observer que les mots "il doit être fait appel" donnaient une idée d'obligation et devraient être remplacés, par exemple, par "il peut être fait appel". On a, par ailleurs, suggéré que le Guide indique clairement qu'un manquement à l'obligation de signaler des faits de nature à soulever des doutes légitimes, au sens du paragraphe 6 de l'article 6, ne devait pas constituer un motif d'annulation d'un accord issu d'une conciliation, qui viendrait s'ajouter aux motifs déjà prévus dans le droit des contrats applicable (voir par. 50 ci-dessus). Aucune autre observation n'a été faite au sujet des paragraphes 45 à 48.

Article 7. Conduite de la conciliation

Paragraphes 49 à 53

158. En ce qui concerne le paragraphe 51, on a émis l'avis que le Guide devrait indiquer que la Loi type édictait une norme de comportement que devait suivre le conciliateur. On a aussi suggéré de supprimer la phrase "On a exprimé la crainte que l'inclusion d'une disposition régissant la conduite de la conciliation ait, sans que cela soit le but recherché, pour effet d'inciter les parties à essayer de faire annuler l'accord sur lequel a débouché la conciliation au motif qu'elles n'auraient pas bénéficié d'un traitement équitable" car il n'était pas nécessaire d'appeler l'attention des parties sur ce point. On a rappelé que la Commission était convenue que le Guide devrait préciser que le paragraphe 3 de l'article 7 était destiné à régir la conduite de la procédure de conciliation et ne concernait pas le contenu de l'accord issu de cette dernière (voir par. 58 ci-dessus).

159. De l'avis général, le paragraphe 52 devait être supprimé car le Guide n'avait pas à citer le Règlement de conciliation de la CNUDCI ni à entrer dans les mérites des législations nationales dans le contexte de cet article. Il n'a pas été fait d'autre observation concernant les paragraphes 49 à 53.

Article 8. Communications entre le conciliateur et les parties

Paragraphes 54 et 55

160. On s'est demandé s'il fallait faire référence à la notion d'"égalité de traitement" et, plus généralement, si le paragraphe 55 devait être maintenu dans le Guide. En réponse, on a rappelé que le paragraphe 55 reflétait un compromis auquel le Groupe de travail était parvenu à sa trente-quatrième session (A/CN.9/487, par. 129) et sur lequel la Commission ne souhaitait pas revenir. À l'issue d'un débat, il a été généralement convenu qu'un texte reprenant la teneur du paragraphe 55 devrait être inséré dans la section du Guide qui traitait du paragraphe 3 de l'article 7. Aucune autre observation n'a été faite au sujet des paragraphes 54 et 55.

Article 9. Communication d'informations entre les parties

Paragraphes 56 et 57

161. À propos du paragraphe 56, on a exprimé l'avis que la dernière phrase condamnait trop catégoriquement la pratique consistant à demander l'assentiment de la partie ayant donné une information avant de communiquer celle-ci à l'autre partie. Il a été rappelé que cette pratique était largement suivie et donnait de bons résultats dans un certain nombre de pays. On a suggéré de remanier le paragraphe 56 de façon qu'il ressorte clairement que, dans certains pays, une telle pratique était consacrée par les règlements de médiation. La Loi type formulait une recommandation pour les parties qui ne disposaient par d'une telle règle et était conforme au Règlement de conciliation de la CNUDCI. On a rappelé que la Commission était précédemment convenue que le Guide devrait recommander aux conciliateurs de faire savoir aux parties que les informations qu'elles leur communiquaient pourraient être révélées à l'autre partie sauf s'ils recevaient des instructions contraires (voir par. 70 ci-dessus). Il a été proposé de remanier le paragraphe 56 de manière à bien montrer que l'intention était d'assurer un échange franc d'informations entre chaque partie et le conciliateur.

162. S'agissant de la référence à "la teneur" des informations, on a suggéré d'indiquer dans le Guide que celle-ci, qui s'inspirait de l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, avait été préférée à une simple référence aux "informations" pour éviter d'imposer au conciliateur l'obligation de communiquer littéralement toute information reçue des parties (voir par. 71 ci-dessus).

163. On a rappelé que le titre du projet d'article 9 avait été modifié de sorte qu'il se lise comme suit: "Communication d'informations". Les paragraphes 56 et 57 n'ont fait l'objet d'aucune autre observation.

Article 10. Obligation de confidentialité

Paragraphes 58 à 60

164. Il a été rappelé à la Commission qu'il avait été proposé de supprimer, dans l'intitulé, les mots "obligation de" et d'expliquer la signification du projet d'article 10 dans le Guide (voir par. 76 ci-dessus).

Article 11. Recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure

Paragraphes 61 à 68

165. Il a été rappelé à la Commission qu'il fallait revoir la dernière phrase du paragraphe 61 afin de l'aligner sur le texte du projet d'article tel que modifié.

166. Plusieurs suggestions ont été faites. On a d'abord proposé d'indiquer clairement dans les paragraphes 62 à 67 que le projet d'article 11 entraînait deux conséquences concernant la recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure, à savoir l'obligation pour les parties de ne pas invoquer les éléments de preuve visés par cet article et l'obligation pour les tribunaux de considérer ces éléments comme irrecevables. On a suggéré également de préciser, dans le Guide, que le terme "procédure analogue" englobait la présentation de pièces et de témoins avant l'audience et d'autres mesures préalables (*discovery*) ainsi que les dépositions dans les pays où de telles méthodes étaient employées pour obtenir des preuves. Il a en outre été proposé d'indiquer, au paragraphe 67, que constituaient également des déclarations irrecevables dans une autre procédure les "documents établis aux seules fins de la procédure de conciliation".

167. On a proposé par ailleurs d'expliquer, dans le Guide, que le terme "loi" employé au paragraphe 3 du projet d'article 11 désignait la législation et non les ordonnances rendues par des tribunaux arbitraux ou des tribunaux judiciaires enjoignant à une partie à la conciliation, à la demande de l'autre partie, de divulguer les informations visées au paragraphe 1 de cet article. On a fait valoir dans ce sens que, sans cette explication, la confidentialité des informations utilisées dans une procédure de conciliation se trouverait gravement compromise, puisque la deuxième phrase du paragraphe 3 du projet d'article 11 semblait prévoir une large exception au principe de l'irrecevabilité de ces informations à titre de preuve. Bien que l'on soit convenu dans l'ensemble de la nécessité d'interpréter le terme "loi" de manière restrictive, il a été noté que les ordonnances rendues par un tribunal (telles que les ordonnances de divulgation assorties d'une menace de sanctions, y compris pénales, à l'encontre d'une partie ou d'une autre personne étant en mesure de fournir les éléments de preuve mentionnés au paragraphe 1 du projet d'article 11) avaient généralement un fondement légal et que certaines d'entre elles (en particulier si elles s'appuyaient sur les règles de procédure pénale ou sur des lois protégeant la sécurité publique ou l'intégrité professionnelle) pouvaient être considérées comme une exception à la règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 11. On a considéré en revanche que, si une partie demandait la divulgation d'éléments de preuve à l'appui de ses prétentions dans une procédure judiciaire ou une procédure analogue (sans que cette divulgation soit justifiée par des raisons impérieuses d'ordre public, comme celles mentionnées au paragraphe 67 du projet de guide), le tribunal ne serait pas autorisé à rendre une ordonnance de divulgation. La Commission a prié le

secrétariat de mentionner cette interprétation restrictive du terme “loi” dans le Guide en indiquant que, dans certains systèmes, ce terme désignait non seulement les textes législatifs mais également les décisions des tribunaux. Il fallait revoir les exemples donnés au paragraphe 67 du projet de guide afin de s’assurer qu’ils n’introduisent pas d’ambiguïtés quant à la manière d’interpréter la dernière phrase du paragraphe 3 de l’article 11.

Article 12. Fin de la procédure de conciliation

Paragraphe 69

168. Plusieurs suggestions ont été faites. Il a tout d’abord été proposé d’expliquer, dans le Guide, que les États adoptant une disposition fondée sur le projet d’article X devraient peut-être envisager d’exiger une déclaration écrite concernant la clôture de la procédure de conciliation pour que l’on puisse déterminer avec certitude à quel moment le délai de prescription était suspendu et recommençait à courir. De l’avis général, il fallait introduire cette précision dans la partie du Guide consacrée à ce projet d’article.

169. On a proposé par ailleurs de préciser, dans le Guide, qu’un comportement, tel que l’expression par une partie d’une opinion négative sur les chances de réussite de la conciliation ou son refus de s’entretenir avec le conciliateur ou de le rencontrer lorsqu’elle y était invitée, pouvait mettre fin à la procédure. Des doutes ont été émis quant à la nécessité d’indiquer qu’un comportement pouvait être un moyen de mettre un terme à la conciliation, du fait en particulier qu’en cas de retrait d’une partie le conciliateur ou l’autre partie pouvait déclarer la clôture de la procédure. On a répondu que la conciliation était une procédure informelle et que, dans certaines situations, il pouvait être difficile de savoir si les négociations engagées par les parties pour régler leur litige étaient régies par la Loi type, si bien que des moyens informels de mettre fin à la procédure (y compris par un comportement) devaient être autorisés. Toutefois, on a souligné qu’il était dans l’intérêt de la sécurité juridique (en particulier dans le cas visé à l’alinéa *d*) qu’un simple comportement, non assorti d’une déclaration ou d’un acte pouvant être assimilé à une “déclaration”, ne mette pas fin à la procédure de conciliation. Enfin, on a proposé, dans la mesure où il était fait référence au “message de données”, dans la note de bas de page, de préciser la signification de ce terme dans cette note.

Article 13. Conciliateur assumant les fonctions d’arbitre

Paragraphes 70 à 74

170. On a proposé de préciser que, si dans certains systèmes juridiques les conciliateurs étaient autorisés à faire office d’arbitre lorsque les parties en convenaient ainsi tandis que, dans d’autres, la question était régie par des règles telles que des codes de conduite, le projet de loi type était neutre sur ce point. Selon un autre avis, une convention entre les parties et le conciliateur devait en tout état de cause pouvoir l’emporter sur toute restriction dans ce domaine, même lorsque la question relevait de règles telles que des codes de conduite. Il a en outre été proposé d’indiquer clairement que le projet d’article 13 ne visait pas les situations dans lesquelles les arbitres assumaient les fonctions de conciliateur, ce qui était permis dans certains systèmes juridiques. On a également déclaré que les considérations applicables aux cas où un conciliateur faisait office d’arbitre pouvaient également valoir pour les situations dans lesquelles un conciliateur remplissait la fonction de juge, et il a été rappelé que ces situations n’étaient pas traitées dans le projet de loi type du fait qu’elles étaient plus rares et qu’on risquait, en les y abordant, d’empiéter sur les règles nationales régissant le système judiciaire. Il a été proposé de mentionner ces situations dans le Guide de sorte que les États adoptants examinent s’il était nécessaire d’introduire des dispositions particulières dans leurs règles relatives à l’organisation judiciaire.

Article 14. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

Paragraphes 75 et 76

171. Les paragraphes 75 et 76 n’ont pas fait l’objet de commentaires.

Article 15. Force exécutoire de l’accord issu de la conciliation

Paragraphes 77 à 81

172. Plusieurs suggestions ont été faites. Il a été proposé de supprimer les paragraphes 79 et 80, car les précisions qu’ils fournissaient n’étaient pas nécessaires et pouvaient prêter à confusion. On a fait valoir à l’encontre de cette proposition que ces paragraphes donnaient à juste titre des exemples de la façon dont un accord issu d’une conciliation pourrait être exécuté, compte tenu en particulier du fait que le projet d’article 15 maintenait cette question hors du champ du projet de loi type et laissait aux États le soin de la régler dans leur législation. On a estimé que deux exemples seulement de législations nationales n’étaient pas représentatifs de la diversité des approches adoptées dans les pratiques internationales et ne devaient donc pas figurer dans le Guide. On a par ailleurs fait observer qu’il fallait revoir et corriger les passages faisant référence aux lois de certains pays au paragraphe 80. On a suggéré également de remanier le paragraphe 81 de manière à ne pas donner involontairement l’impression que le projet d’article 15 était le fruit d’un compromis malheureux.

Recours à la conciliation dans les litiges pluripartites

173. Afin de souligner l’importance de la conciliation dans les litiges pluripartites (et, notamment, dans les cas d’insolvabilité d’entreprises), on a proposé d’insérer dans le Guide un texte du type:

> “L’expérience dans certains pays montre que la Loi type serait également utile pour encourager le règlement

non juridictionnel des litiges pluripartites, en particulier lorsque les intérêts et les questions en jeu sont complexes et concernent non pas deux mais plusieurs parties à la fois. Les litiges survenant durant une procédure d'insolvabilité ou les litiges qu'il est essentiel de régler pour éviter l'ouverture d'une telle procédure en sont un parfait exemple. Ils opposent des créanciers ou catégories de créanciers et le débiteur ou encore des créanciers entre eux — situation qui est souvent aggravée par des litiges avec des débiteurs ou des cocontractants du débiteur insolvable. Ils peuvent naître, par exemple, du contenu d'un plan de redressement élaboré pour l'entreprise insolvable; d'actions en annulation d'opérations engagées au motif qu'un ou plusieurs créanciers auraient bénéficié d'un traitement préférentiel; ou encore d'un désaccord entre l'administrateur de l'insolvabilité et un cocontractant du débiteur concernant l'exécution ou la résiliation d'un contrat et la question de l'indemnisation dans de tels cas de figure."

174. Cette proposition a été appuyée. Il a été déclaré que la conciliation était utilisée avec succès dans le cas de litiges pluripartites complexes. On a cité l'exemple de conciliations mises en œuvre avant et après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. On a fait observer que l'un des avantages du recours à la conciliation pour régler les litiges était qu'il pouvait permettre d'éviter l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il a été dit également que la conciliation complétait souvent utilement la procédure d'insolvabilité, en particulier en cas de redressement, sans pour autant se substituer à elle. En outre, on a signalé que, dans de nombreux pays, rien n'empêchait les tribunaux de l'insolvabilité de tenter de faciliter un règlement. Il a été convenu que le texte à insérer dans le Guide devrait être rédigé avec soin et attirer l'attention sur le fait que la conciliation ne devait pas aller à l'encontre des objectifs de la procédure d'insolvabilité tels qu'ils étaient énoncés dans la loi régissant cette dernière.

175. On a craint toutefois qu'un texte aussi détaillé sur le recours à la conciliation dans une procédure d'insolvabilité ne donne involontairement l'impression que l'utilisation de la conciliation était en quelque sorte limitée. Pour répondre à cette préoccupation, on a suggéré d'insérer le texte proposé dans la note de bas de page de la Loi type qui comportait la définition du terme "commercial". Cette suggestion n'a bénéficié d'aucun soutien. On a également proposé de citer d'autres exemples, tels que les litiges en rapport avec des contrats de travaux, des prêts consortiaux, des contrats de franchisage et de distribution et des polices de coassurance. Bien que cette proposition ait suscité un certain intérêt, on a exprimé la crainte que l'insertion d'une autre liste à côté des exemples de pratiques commerciales déjà énumérés ne prête à confusion.

176. En réponse à une question, il a été noté que la référence aux rapports pluripartites pourrait avoir sa place dans les développements consacrés au projet d'article premier.

177. À l'issue d'un débat, la Commission est convenue de mentionner dans le Guide l'utilisation de la conciliation dans les rapports pluripartites, en tenant compte des vues et préoccupations exprimées.

IV. ARBITRAGE

178. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et à l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle qu'elle constituait, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage[2].

179. La Commission avait confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle avait appelé "Groupe de travail sur l'arbitrage", et avait décidé que les points prioritaires que devrait traiter ce dernier seraient la conciliation[3], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[4], la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires[5] et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine[6].

180. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle avait pris note du rapport avec satisfaction et avait réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les sujets susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Il avait été déclaré à plusieurs reprises que, d'une manière générale, en décidant de la priorité à accorder aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions sur lesquelles les décisions judiciaires laissaient subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés au sein de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier comme tels, étaient la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109, *k*); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal arbitral pour ce qui est de ces demandes (ibid., par. 107, *g*); la liberté des parties d'être représentées dans une procédure arbitrale par des personnes de leur choix (ibid., par. 108, *c*); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs

[2]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

[3]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 340 à 343.

[4]Ibid., par. 344 à 350.

[5]Ibid., par. 371 à 373.

[6]Ibid., par. 374 et 375.

de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York (ibid., par. 109, *i*); et le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts (ibid., par. 107, *j*). Il avait été noté avec satisfaction qu'en ce qui concerne les arbitrages "en ligne" (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité de l'instance, ont lieu au moyen de communications électroniques) (ibid., par. 113) le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (ibid., par. 107, *m*), on avait estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance[7].

181. À sa trente-quatrième session, la Commission avait pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et Corr. 1 et A/CN.9/487, respectivement). Elle avait félicité celui-ci des progrès accomplis jusqu'alors en ce qui concerne les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une Loi type sur la conciliation[8].

182. À sa session en cours, la Commission a pris note avec satisfaction du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-sixième session (A/CN.9/508). Elle a félicité celui-ci des progrès jusqu'ici accomplis concernant les questions à l'examen, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires.

183. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné le projet de disposition législative type modifiant l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage (A/CN.9/WG.II/WP.118, par. 9) et avait délibéré à propos d'un projet d'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York (par. 25 et 26). Elle a noté que le Groupe de travail n'était pas parvenu à un consensus sur le point de savoir s'il fallait élaborer un protocole modifiant la Convention de New York ou un instrument l'interprétant et que ces deux possibilités devaient rester ouvertes pour être ultérieurement réexaminées par le Groupe de travail ou par elle. La Commission a pris note de la décision du Groupe de travail de donner des orientations pour l'interprétation et l'application de la règle de l'écrit énoncée dans la Convention de New York afin d'assurer une plus grande uniformité. Le guide pour l'incorporation dans le droit interne du projet de nouvel article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, que le secrétariat avait été prié d'élaborer pour examen ultérieur par le Groupe de travail, pourrait être particulièrement utile à cette fin, en servant de "passerelle" entre les nouvelles dispositions et la Convention de New York, dans l'attente que le Groupe de travail prenne une décision définitive sur la meilleure façon de traiter la question de l'application du paragraphe 2 de l'article II de la Convention (A/CN.9/508, par. 15). La Commission a estimé que les États membres et les États observateurs qui participaient aux délibérations du Groupe de travail devraient avoir suffisamment de temps pour procéder à des consultations sur ces importantes questions, y compris la possibilité d'examiner plus avant la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de New York, comme elle l'avait noté à sa trente-quatrième session[9]. La Commission a estimé qu'à cette fin il serait sans doute préférable que le Groupe de travail repousse à sa trente-huitième session, en 2003, ses délibérations relatives à la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et à la Convention de New York.

184. S'agissant des questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné un projet de texte modifiant l'article 17 de la Loi type (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74) et que le secrétariat avait été prié d'établir, en tenant compte des débats menés au sein du Groupe de travail, une version révisée des dispositions pour examen à une session ultérieure. Il a aussi été noté qu'à sa trente-septième session (A/CN.9/508, par. 16) le Groupe de travail examinerait un projet révisé de nouvel article établi par le secrétariat, pour insertion dans la Loi type, sur la question de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral (par. 83).

V. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

185. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission avait été saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition, les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale ainsi que ses solides relations de travail avec les organisations internationales ayant des compétences dans le domaine du droit de l'insolvabilité et s'intéressant à la question, la Commission constituait une instance appropriée pour examiner les questions du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition toujours, la Commission était instamment priée d'envisager de confier à un groupe de travail l'élaboration d'une Loi type sur l'insolvabilité des sociétés afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière.

186. La Commission s'était déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. L'avis avait été exprimé que le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur de première importance dans les cotes de solvabilité internationales. On s'était toutefois déclaré préoccupé par les difficultés qu'entraîneraient des travaux à l'échelon international sur la législation relative à l'insolvabilité, qui faisait intervenir des choix sociopolitiques délicats et

[7] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396.

[8] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 312.

[9] Ibid., par. 313.

potentiellement divergents. Compte tenu de ces difficultés, on avait exprimé la crainte que ces travaux n'aboutissent pas. Il ne serait très probablement pas possible, avait-on dit, d'élaborer une Loi type universellement acceptable et les travaux dans ce domaine devaient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Bien qu'il y ait eu des partisans d'une telle approche souple, il avait été convenu dans l'ensemble que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une législation type ou un autre texte sans procéder à une étude plus approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

187. Afin de faciliter cette étude, la Commission avait décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue de l'élaboration d'une proposition sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre, proposition qui devait lui être soumise à sa trente-troisième session[10]. Cette session exploratoire s'est tenue à Vienne du 6 au 17 décembre 1999.

188. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait pris note de la recommandation que le Groupe de travail avait formulée dans son rapport (A/CN.9/469, par. 140) et lui avait donné pour mandat de présenter un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients.

189. Il avait été convenu que le Groupe de travail devrait, dans l'accomplissement de sa tâche, tenir dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement, l'Association internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau (IBA). Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat de la CNUDCI, en coopération avec INSOL et l'Association internationale du barreau, avait organisé à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000, un colloque sur l'insolvabilité internationale[11].

190. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission était saisie du rapport du Colloque (A/CN.9/495). Elle avait pris note de ce rapport avec satisfaction et s'était félicitée des travaux réalisés à ce jour, en particulier de la tenue du Colloque sur l'insolvabilité internationale et des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. La Commission avait examiné les recommandations formulées lors du Colloque, en particulier concernant la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session.

191. La Commission avait confirmé que ce mandat devrait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif. Afin d'éviter qu'un tel guide soit trop général ou trop abstrait pour fournir les lignes directrices requises, elle avait suggéré que le Groupe de travail garde à l'esprit la nécessité d'être aussi précis que possible dans ses travaux. Il fallait à cette fin inclure autant que possible des dispositions législatives types, même si celles-ci ne portaient que sur certaines des questions devant être traitées dans le guide[12].

192. À sa session en cours, la Commission a pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses vingt-quatrième, vingt-cinquième et vingt-sixième sessions (A/CN.9/504, A/CN.9/507 et A/CN.9/511, respectivement). Elle l'a félicité pour les progrès jusqu'ici accomplis dans l'élaboration du guide législatif et a souligné l'importance de poursuivre la coopération avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales ayant des compétences dans le domaine du droit de l'insolvabilité et s'intéressant à la question.

193. Pour ce qui est du traitement des sûretés dans les procédures d'insolvabilité, la Commission a souligné qu'il était nécessaire que les Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) adoptent une approche cohérente. À cet égard, elle a noté avec satisfaction que lesdits groupes avaient déjà coordonné leurs travaux et s'étaient mis d'accord sur des principes à appliquer pour traiter les questions d'intérêt commun (voir A/CN.9/511, par. 126 et 127, et A/CN.9/512, par. 88 à 90). La Commission a insisté sur la nécessité d'une coordination continue et a prié le secrétariat d'envisager d'organiser une session conjointe des deux groupes de travail en décembre 2002.

194. La Commission a également noté que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), à sa vingt-sixième session, avait examiné la date probable de l'achèvement de ses travaux et avait considéré qu'il serait mieux à même de formuler une recommandation sur ce point à la Commission à l'issue de sa vingt-septième session (Vienne, 9-13 décembre 2002), après avoir revu un projet plus avancé du guide législatif. La Commission a prié le Groupe de travail de poursuivre l'élaboration du guide législatif et d'examiner sa position au sujet de l'achèvement de ses travaux à sa vingt-septième session.

Colloques judiciaires

195. La Commission a également pris note du rapport du quatrième Colloque judiciaire multinational sur l'insolvabilité internationale (Londres, 16 et 17 juillet 2001), orga-

[10]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 381 à 385.

[11]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 400 à 409.

[12]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 296 à 308.

nisé conjointement par le secrétariat et INSOL (A/CN.9/518). Il a été noté que ce colloque avait réuni plus de 60 juges et fonctionnaires de 29 États, qui avaient examiné les progrès en matière d'adoption par les États de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et l'application des textes législatifs incorporant cette Loi type aux aspects internationaux de l'insolvabilité, ainsi que certains aspects de la formation théorique et pratique des juges. Il a également été noté que le Colloque avait donné aux juges l'occasion de mieux comprendre les différentes façons dont les pays abordent les cas d'insolvabilité internationale.

196. La Commission a noté en outre que les participants au Colloque avaient reconnu dans l'ensemble qu'une formation théorique et pratique continue des juges était nécessaire pour assurer le fonctionnement efficace non seulement du régime applicable aux cas d'insolvabilité internationale, mais aussi des lois sur l'insolvabilité en général. Il a été indiqué qu'il faudrait que les programmes de formation s'appuient sur une évaluation des besoins, de manière que leur contenu et leur exécution soient adaptés aux paramètres (juridiques, sociaux et culturels) des juridictions locales et qu'ils soient compatibles avec leur budget, la charge de travail des juges et la disponibilité d'une aide internationale, à la fois en ressources humaines et financières.

197. La Commission a remercié son secrétariat d'avoir organisé le Colloque judiciaire multinational en collaboration avec INSOL et l'a prié de continuer de coopérer activement avec cette dernière et d'autres organisations en vue d'organiser d'autres colloques de ce type dans l'avenir, dans la mesure où ses ressources le permettaient. Elle est également convenue que la présence de juges des pays en développement était particulièrement importante et a demandé au secrétariat d'étudier des moyens de faciliter leur participation aux futurs colloques et d'organiser des colloques régionaux ou nationaux, en coopération avec des organisations qui seraient en mesure de prendre en charge les dépenses de ces juges. Elle a également exprimé l'espoir que les gouvernements réserveraient les fonds nécessaires pour envoyer des juges à de telles manifestations étant donné les avantages potentiels qui en résulteraient sur les plans de l'amélioration des connaissances et de la pratique des tribunaux dans les questions d'insolvabilité.

VI. SÛRETÉS

198. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait examiné un rapport du Secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des sûretés (A/CN.9/475). À cette session, elle était convenue que la question des sûretés constituait un sujet important porté à son attention au moment opportun, compte tenu en particulier du lien étroit entre celui-ci et les travaux qu'elle menait dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il avait été largement estimé que des lois modernes sur les crédits garantis pourraient avoir un fort impact sur l'offre et le coût du crédit et, partant, sur le commerce international. Il avait aussi été largement estimé que de telles lois pourraient réduire les inégalités entre les parties des pays développés et celles des pays en développement dans l'accès à un crédit meilleur marché ainsi que dans les avantages qu'elles tiraient du commerce international. Il fallait toutefois que ces lois établissent un équilibre approprié dans le traitement des créanciers privilégiés, garantis et chirographaires, pour pouvoir être acceptées par les États. On avait également déclaré que, étant donné la divergence des politiques nationales, il serait souhaitable de faire preuve de souplesse en élaborant un ensemble de principes accompagnés d'un guide plutôt qu'une Loi type. Par ailleurs, pour qu'une réforme du droit donne des résultats optimaux, tels que la prévention des crises financières, la réduction de la pauvreté et la facilitation du financement par l'emprunt comme moteur de la croissance économique, il faudrait que les travaux entrepris dans le domaine des sûretés soient coordonnés avec ceux qui étaient menés dans le domaine du droit de l'insolvabilité[13].

199. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission avait examiné une note établie par son secrétariat sur les sûretés (A/CN.9/496) et avait estimé que des travaux devraient être entrepris en raison des incidences économiques bénéfiques de dispositions législatives modernes applicables au crédit garanti. Il avait été déclaré que l'expérience avait démontré que des insuffisances dans ce domaine pouvaient avoir d'importants effets négatifs sur le système économique et financier d'un pays. Il avait également été déclaré qu'un cadre juridique efficace et prévisible présentait des avantages macroéconomiques à court et à long terme. À court terme, à savoir en cas de crise du secteur financier dans un pays donné, un tel cadre était nécessaire, notamment dans l'optique du recouvrement des créances, pour aider les banques et d'autres établissements financiers à faire face aux créances douteuses grâce à des mécanismes d'exécution rapide et pour faciliter la restructuration des entreprises en offrant un moyen susceptible de créer des incitations en vue d'un financement provisoire. À long terme, un cadre juridique à la fois souple et efficace en matière de sûretés pouvait constituer un instrument utile pour doper la croissance économique. En effet, faute de pouvoir accéder à un crédit à des taux abordables, il était impossible de promouvoir la croissance économique, la compétitivité et le commerce international, les entreprises étant dans l'incapacité de se développer pour utiliser tout leur potentiel[14].

200. Bien que certaines préoccupations aient été exprimées quant à la faisabilité de travaux dans le domaine du droit des sûretés, la Commission avait noté qu'elles n'étaient pas largement partagées et avait examiné la portée des travaux à entreprendre[15]. Il avait été largement estimé que les travaux devraient être centrés sur les sûretés portant sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks. Il avait été convenu également que ni les valeurs mobilières ni les droits de propriété intellectuelle ne devraient être traités[16].

---

[13]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.

[14]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 351.

[15]Ibid., par. 352 à 354.

[16]Ibid., par. 355 et 356.

Pour ce qui est de la forme des travaux, la Commission avait estimé qu'une Loi type serait peut-être trop rigide et avait pris note des suggestions formulées en faveur d'un ensemble de principes accompagnés d'un guide législatif qui comprendrait, si possible, des dispositions législatives types[17]. Après un débat, la Commission avait décidé de charger un groupe de travail d'élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks. Soulignant l'importance du sujet et la nécessité de consulter des représentants des secteurs d'activité et des milieux professionnels concernés, la Commission avait recommandé la tenue d'un colloque de deux à trois jours[18]. Ce Colloque a eu lieu à Vienne, du 20 au 22 mars 2002. Le rapport sur le Colloque a été publié sous la cote A/CN.9/WG.VI/WP.3.

201. À la session en cours, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa première session (A/CN.9/512). Elle a félicité le secrétariat pour avoir préparé un premier avant-projet de guide législatif sur les opérations garanties (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12), ainsi que pour avoir organisé, en collaboration avec la Commercial Finance Association, un colloque international sur les opérations garanties à Vienne, du 20 au 22 mars 2002, et avoir établi le rapport sur ce colloque (A/CN.9/WG.VI/WP.3).

202. La Commission a tout d'abord exprimé ses remerciements au Groupe de travail pour l'avancement de ses travaux et, en particulier, pour son examen des chapitres premier à V et X du projet de guide. Il a été généralement estimé que ce projet constituait pour la Commission une excellente occasion d'aider les États à adopter des lois modernes sur les opérations garanties, ce qui était souvent considéré comme une condition nécessaire, mais pas suffisante à elle seule, pour accroître l'offre de crédit à des taux abordables et promouvoir ainsi les échanges internationaux de biens et de services, le développement économique et, en définitive, les relations amicales entre nations. À cet égard, la Commission a noté avec satisfaction que le projet avait suscité l'intérêt d'organisations internationales, gouvernementales et non gouvernementales et que certaines d'entre elles avaient participé activement aux délibérations du Groupe de travail. Les commentaires soumis à ce dernier, en particulier par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (A/CN.9/WG.VI/WP.4), témoignaient de cet intérêt.

203. En outre, selon un avis largement partagé, le moment était parfaitement choisi pour aborder la question des sûretés compte tenu à la fois des initiatives législatives entreprises dans ce domaine aux niveaux national et international et des travaux de la Commission sur le droit de l'insolvabilité. À cet égard, la Commission a noté avec une satisfaction particulière les efforts engagés par le Groupe de travail VI et le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) pour coordonner leurs tâches sur un thème d'intérêt commun, à savoir le traitement des sûretés dans le cas d'une procédure d'insolvabilité. Les participants se sont dits très favorables à cette coordination, généralement considérée comme essentielle pour fournir aux États des orientations complètes et cohérentes sur ce point. La Commission a fait sienne une proposition visant à revoir le chapitre X du projet de guide législatif sur les opérations garanties à la lumière des principes de base adoptés d'un commun accord par le Groupe de travail V et le Groupe de travail VI (voir A/CN.9/511, par. 126 et 127 et A/CN.9/512, par. 88 à 90). Elle a insisté sur la nécessité d'une coordination continue et a prié le secrétariat d'envisager d'organiser une session conjointe des deux groupes de travail en décembre 2002.

204. À l'issue d'un débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks[19]. Elle a également confirmé que ce mandat devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif.

VII. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

205. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a approuvé les recommandations concernant les travaux futurs à réaliser qui avaient été faites par le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session (New York, 12-23 mars 2001)[20], à savoir élaborer un instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques et effectuer les trois études suivantes: *a*) une étude complète des éventuels obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux; *b*) une autre étude sur les questions que posent le transfert de droits, en particulier de droits sur des biens corporels, par des moyens électroniques et les systèmes de publication et d'enregistrement des actes de transfert ou de création de sûretés sur de tels biens; et *c*) une étude de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ainsi que du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI visant à déterminer s'ils répondent aux besoins spécifiques de l'arbitrage en ligne (voir A/CN.9/484, par. 134).

206. À sa session en cours, la Commission a pris note du rapport du Groupe de travail sur sa trente-neuvième session (A/CN.9/509), tenue à New York du 11 au 15 mars 2002. Elle a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait commencé à examiner le texte d'un éventuel instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques. Elle a réaffirmé qu'un tel instrument pourrait contribuer à faciliter l'utilisation de moyens modernes de communication dans le cadre d'opérations commerciales transfrontières et elle a félicité le Groupe de travail pour les progrès déjà réalisés à ce sujet. Toutefois, elle a également pris note des différents points de vue qui avaient été exprimés au sein du Groupe de travail en ce qui

[17]Ibid., par. 357.

[18]Ibid., par. 358 et 359.

[19]Ibid., par. 358.

[20]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 291 à 293.

concerne la forme et la portée de cet instrument, ses principes fondamentaux et certaines de ses principales caractéristiques. Elle a noté en particulier la proposition tendant à ce que les débats du Groupe de travail ne soient pas limités aux contrats électroniques, mais portent également sur les contrats commerciaux en général, quels que soient les moyens utilisés pour les négocier. Elle a estimé que les États membres et les États dotés du statut d'observateur qui participaient aux délibérations du Groupe de travail devraient disposer de tout le temps nécessaire pour tenir des consultations sur ces questions importantes. Elle a donc jugé qu'il serait peut-être préférable que le Groupe de travail reporte à sa quarante et unième session, en 2003, l'examen d'un éventuel instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques.

207. La Commission a pris note des progrès déjà réalisés par le secrétariat en ce qui concerne l'étude des obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce. Elle a réaffirmé ses vues concernant l'importance de ce projet et son appui aux efforts qu'y consacrent le Groupe de travail et le secrétariat. Elle a prié le Groupe de travail de réserver la plus grande partie de sa quarantième session, en octobre 2002, à un débat de fond sur diverses questions concernant les obstacles juridiques au commerce électronique qui avaient été soulevées dans l'étude initiale du secrétariat (A/CN.9/ WG.IV/WP.94).

208. La Commission a été informée à cet égard que le secrétariat avait invité les États membres et les États dotés du statut d'observateur à présenter des observations écrites sur ce projet et qu'il avait demandé aux organisations internationales, notamment aux organisations du système des Nations Unies et à d'autres organisations intergouvernementales, de lui faire savoir s'il existait des instruments internationaux relatifs au commerce dont ces organisations ou leurs États membres étaient dépositaires et qu'elles aimeraient voir figurer dans cette étude. La Commission a invité les États membres et les États dotés du statut d'observateur ainsi que les organisations intergouvernementales internationales et les organisations non gouvernementales intéressées à soumettre leurs observations au secrétariat dès qu'ils en auraient la possibilité. Il a été dit que ces observations étaient particulièrement importantes pour faire en sorte que l'étude que mène le secrétariat tienne compte des instruments relatifs au commerce existant dans les diverses régions géographiques représentées au sein de la Commission.

209. La Commission a déclaré qu'il était entendu pour elle que tous les sujets mentionnés dans le paragraphe 205 ci-dessus continueraient à être examinés par le Groupe de travail dans le cadre de ses programmes de travail à court et à moyen terme. Comme elle l'avait déjà indiqué à sa trente-troisième session, le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle ainsi qu'à procéder à un examen préliminaire de la teneur d'éventuelles règles uniformes sur certains aspects des sujets susmentionnés[21]. En ce qui concerne la question du règlement en ligne des litiges, la Commission a été informée des travaux en cours ou projetés par d'autres organisations internationales. Elle a prié le secrétariat de continuer à suivre de près ces activités en vue de faire, s'il y a lieu, des suggestions concernant les travaux futurs de la CNUDCI dans ce domaine.

VIII. DROIT DES TRANSPORTS

210. À sa vingt-neuvième session, en 1996[22], la Commission a étudié une proposition tendant à inscrire à son programme de travail un examen des pratiques et lois actuelles dans le domaine du transport international de marchandises par mer, en vue de déterminer s'il était nécessaire d'établir des règles uniformes lorsqu'il n'en existait pas et d'uniformiser davantage les textes législatifs[23].

211. La Commission a été informée que les lois nationales et les conventions internationales en vigueur comportaient d'importantes lacunes sur diverses questions. Ces lacunes constituaient un obstacle à la libre circulation des marchandises et augmentaient le coût des opérations. L'utilisation de plus en plus en plus répandue des moyens électroniques de communication dans le contexte du transport de marchandises aggravait les conséquences du caractère fragmentaire et disparate des lois et rendait nécessaire l'élaboration de dispositions uniformes pour régler les questions propres à l'utilisation des nouvelles technologies.

212. La Commission a également décidé que le secrétariat devrait recueillir des informations, des idées et des opinions sur les problèmes qui se posaient dans la pratique et sur les solutions envisageables afin de pouvoir lui présenter un rapport par la suite. Il a été convenu que ces renseignements devraient être recueillis auprès d'un grand nombre de sources, à savoir, outre les gouvernements, les organisations internationales représentant les secteurs commerciaux intervenant dans le transport de marchandises par mer, comme le Comité maritime international (CMI), la Chambre de commerce internationale, l'Union internationale d'assurances transports, la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés, la Chambre internationale de la marine marchande et l'Association internationale des ports[24].

213. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission a entendu une déclaration, faite au nom du CMI, dans laquelle celui-ci se félicitait de l'invitation à coopérer avec le secrétariat pour obtenir les vues des secteurs intervenant dans le transport international des marchandises et analyser ces informations[25].

214. À la trente-deuxième session de la Commission, en 1999, il a été déclaré, au nom du CMI, qu'un groupe de travail de ce dernier avait été chargé d'étudier un large

[21] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 387.

[22] Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 210.

[23] Ibid., par. 210.

[24] Ibid., par. 215.

[25] Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 264.

éventail de questions relatives au droit des transports internationaux en vue de recenser les domaines dans lesquels une unification ou une harmonisation étaient requises par les secteurs concernés[26].

215. On a également indiqué que le groupe de travail du CMI avait envoyé un questionnaire à toutes les organisations membres du CMI couvrant un grand nombre de systèmes juridiques. L'intention du CMI était, une fois reçues les réponses au questionnaire, de créer un sous-comité international chargé d'analyser les informations recueillies et de définir une base de travail en vue d'harmoniser les législations dans le domaine du transport international de marchandises. La Commission a reçu l'assurance que le CMI l'aiderait à établir un instrument d'harmonisation universellement acceptable[27].

216. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports (A/CN.9/476), qui présentait l'état d'avancement des travaux réalisés par le CMI en coopération avec le secrétariat. Elle a également été informée, par un rapport oral fait au nom du CMI, que le groupe de travail du CMI avait entrepris, en coopération avec le secrétariat, une enquête sur la base d'un questionnaire. Il a aussi été noté que, parallèlement, plusieurs tables rondes avaient été organisées en vue d'examiner les principaux aspects des travaux futurs avec des organisations internationales représentant divers secteurs. Ces réunions avaient permis à ceux-ci de témoigner de leur soutien et de leur intérêt continus pour le projet.

217. Dans le cadre de la trente-troisième session de la Commission, un colloque sur le droit des transports, organisé conjointement par le secrétariat et le CMI, s'est tenu à New York le 6 juillet 2000. Ce colloque avait pour but de recueillir des idées et des avis d'experts sur les problèmes qui se posent dans le cadre du transport international de marchandises, en particulier le transport de marchandises par mer, de recenser les questions relatives au droit des transports sur lesquelles la Commission souhaiterait peut-être se pencher dans le cadre de travaux futurs et, dans la mesure du possible, de proposer des solutions envisageables. Lors de ce colloque, une majorité d'intervenants ont reconnu que les lois nationales et les conventions internationales en vigueur comportaient d'importantes lacunes sur des questions telles que le fonctionnement des connaissements et des lettres de transport maritime, la relation entre ces documents de transport et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur des marchandises ainsi que la situation juridique des bailleurs de fonds d'une partie au contrat de transport. De l'avis général, face aux changements apportés par le développement du transport multimodal et l'utilisation du commerce électronique, il était nécessaire de réformer le droit des transports de manière à réglementer tous les contrats de transport, qu'ils s'appliquent à un ou plusieurs modes de transport et qu'ils soient conclus sous forme électronique ou par écrit.

218. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général (A/CN.9/497) qui avait été établi à sa demande. Ce rapport, qui présentait un résumé des remarques et des suggestions issues des travaux du Sous-Comité international du CMI, avait pour objet de permettre à la Commission d'évaluer l'objectif et la portée des solutions envisageables et de déterminer comment elle entendait procéder. Il y était indiqué que les questions devant être traitées dans le futur instrument étaient notamment les suivantes: champ d'application de l'instrument; durée de la responsabilité du transporteur; obligations du transporteur; responsabilité du transporteur; obligations du chargeur; documents de transport; fret; livraison au destinataire; droit de contrôle pendant le transport des parties ayant un intérêt dans la cargaison; transfert des droits sur des marchandises; détermination de la partie qui a le droit d'intenter une action contre le transporteur; et prescription des actions contre le transporteur.

219. Il était dit dans le rapport que les consultations menées par le secrétariat conformément au mandat que lui avait confié la Commission en 1996 montraient que des travaux pourraient utilement être entrepris en vue d'élaborer un instrument international, pouvant éventuellement revêtir la forme d'un traité international, qui moderniserait le droit des transports, tiendrait compte des progrès techniques les plus récents, comme le commerce électronique, et supprimerait les écueils juridiques mis en évidence par la Commission dans le domaine du transport international de marchandises par mer.

220. À sa trente-quatrième session, la Commission a décidé de confier ce projet au Groupe de travail sur le droit des transports[28].

221. En ce qui concerne la portée des travaux, la Commission a décidé, après discussion, que le document de travail devant être présenté au Groupe de travail devrait traiter des questions de responsabilité. Elle a également décidé que, dans un premier temps, le Groupe de travail examinerait les opérations de transport de port à port; cependant, celui-ci aurait toute latitude pour étudier s'il serait souhaitable et possible d'examiner aussi les opérations de transport de porte à porte ou certains aspects de ces opérations et, en fonction des résultats de ces études, recommander à la Commission d'élargir le cas échéant son mandat. Il a été déclaré que les solutions adoptées dans la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991) devraient aussi être prises dûment en compte. Il a également été convenu que les travaux seraient menés en coopération étroite avec les organes intergouvernementaux intéressés prenant part à des travaux dans le domaine du droit des transports (tels que la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), la Commission économique pour l'Europe (CEE), d'autres commissions régionales de l'ONU et l'Organisation des États américains), ainsi qu'avec des organisations internationales non gouvernementales.

[26]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 413.

[27]Ibid., par. 415.

[28]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.

222. À sa session en cours, la Commission était saisie du rapport de la neuvième session du Groupe de travail sur le droit des transports tenue à New York du 15 au 26 avril 2002, au cours de laquelle l'examen de ce projet a commencé (A/CN.9/510). À cette session, le Groupe de travail a entrepris un examen préliminaire des dispositions du projet d'instrument sur le droit des transports contenues dans l'annexe à la note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.21). Il était également saisi des commentaires de la CEE et de la CNUCED, qui étaient reproduits dans un additif à la note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, annexes I et II). Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas terminé son examen du projet d'instrument, qu'il s'est proposé d'achever à sa dixième session. La Commission a noté que le secrétariat avait été prié d'élaborer une version révisée du projet d'instrument en se fondant sur les délibérations et les décisions du Groupe de travail (A/CN.9/510, par. 21). Elle a adressé ses remerciements au Groupe de travail pour ce qu'il avait déjà accompli.

223. La Commission a noté que le Groupe de travail, ayant présent à l'esprit le mandat qui lui avait été donné par la Commission (et en particulier le fait que celle-ci avait décidé que, dans un premier temps, le Groupe débattrait des opérations de transport de port à port, mais qu'il aurait toute latitude pour étudier s'il serait souhaitable et possible d'examiner également les opérations de transport de porte à porte, ou certains aspects de ces opérations), avait estimé qu'il serait souhaitable de débattre également de la question des opérations de transport de porte à porte et d'élaborer, pour les besoins de ces opérations, un régime permettant de résoudre les éventuels conflits entre le projet d'instrument et les dispositions régissant le transport terrestre dans les cas où le transport par mer était complété par une ou plusieurs étapes terrestres (pour les délibérations du Groupe de travail sur la question de la portée du projet d'instrument, voir A/CN.9/510, par. 26 à 32). Le Groupe de travail avait estimé qu'il serait utile qu'il poursuive ses délibérations concernant le projet d'instrument en partant de l'hypothèse de travail provisoire que celui-ci porterait sur les opérations de transport de porte à porte et avait par conséquent demandé à la Commission d'approuver cette démarche (A/CN.9/510, par. 32).

224. En ce qui concerne la portée du projet d'instrument, un certain nombre de délégations ont fermement appuyé l'hypothèse de travail selon laquelle celui-ci devrait s'appliquer aux opérations de transport de porte à porte. Il a été souligné qu'il était nécessaire dans la pratique d'harmoniser le régime juridique régissant le transport de porte à porte étant donné le nombre de plus en plus important de cas concrets où le transport (en particulier de marchandises conteneurisées) était assuré dans le cadre de contrats de transport de porte à porte. Bien qu'aucune objection n'ait été opposée à l'idée de donner une portée aussi étendue au projet d'instrument, il y a eu accord général sur le fait que le Groupe de travail devrait s'efforcer d'associer à la poursuite de ses délibérations des organisations internationales telles que l'Union internationale des transports routiers, l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires et d'autres organisations internationales qui s'intéressent aux transports terrestres. Le Groupe de travail a été invité à examiner les dangers qu'il y aurait à étendre au transport terrestre les règles régissant le transport maritime et à tenir compte, pour l'élaboration du projet d'instrument, des besoins spécifiques du transport terrestre. La Commission a également invité les États membres et les États dotés du statut d'observateur à inclure des experts du transport terrestre dans leurs délégations participant aux délibérations du Groupe de travail. Elle a invité en outre les Groupes de travail III (Droit des transports) et IV (Commerce électronique) à coordonner leurs travaux concernant les documents de transport dématérialisés. Bien que, de l'avis général, des mécanismes appropriés devraient être prévus dans le projet d'instrument pour éviter d'éventuels conflits entre celui-ci et d'autres instruments multilatéraux (en particulier ceux contenant des règles obligatoires applicables au transport terrestre), il a été dit qu'il ne suffisait pas d'éviter de tels conflits pour garantir que le projet d'instrument soit largement accepté, mais qu'il fallait également que ses dispositions de fond établissent des règles acceptables tant pour le transport maritime que pour le transport terrestre. Le Groupe de travail a été invité à étudier la possibilité de prévoir dans le projet d'instrument des ensembles de règles distincts mais compatibles (dont certains pourraient être facultatifs) pour le transport maritime et le transport routier. Après débat, la Commission a approuvé l'hypothèse de travail selon laquelle le projet d'instrument devrait s'appliquer aux opérations de transport de porte à porte, étant entendu que la question de son champ d'application sera à nouveau examinée une fois que le Groupe de travail aura étudié ses dispositions de fond et aura une vision plus complète de leur fonctionnement dans le contexte du transport de porte à porte.

IX. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

225. À sa trente-troisième session en 2000, la Commission a adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, composé des recommandations concernant la législation (A/CN.9/471/Add.9), telles qu'amendées par la Commission à cette session, et des notes correspondantes (A/CN.9/471/Add.1 à 8), dont le secrétariat a été autorisé à établir le texte final en tenant compte des délibérations de la Commission[29]. Ce Guide a été publié dans toutes les langues officielles en 2001.

226. La Commission a aussi examiné une proposition concernant les travaux futurs dans ce domaine. L'avis a été émis que, même si le Guide législatif devait constituer une référence utile pour le législateur national lors de l'établissement d'un cadre juridique favorable aux investissements privés dans les infrastructures publiques, il serait cependant souhaitable que la Commission formule des orientations plus concrètes sous forme de dispositions législatives types, voire d'une Loi type, portant sur des questions particulières[30].

[29]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 195 à 372.

[30]Ibid., par. 375.

227. Après examen de cette proposition, la Commission a décidé d'étudier, à sa trente-quatrième session, en 2001, l'opportunité et la possibilité d'établir une Loi type ou des dispositions législatives types sur certaines questions traitées dans le Guide. Pour l'aider à prendre une décision en toute connaissance de cause, le secrétariat avait été prié d'organiser un colloque, en coopération avec d'autres organisations internationales ou institutions financières internationales intéressées, en vue de diffuser des informations sur le Guide[31].

228. Un colloque intitulé "Projets d'infrastructure à financement privé: cadre juridique et assistance technique" a été préparé avec l'appui financier et organisationnel du mécanisme d'assistance technique pluridonateur Public-Private Infrastructure Advisory Facility, qui a pour vocation d'aider les pays en développement à améliorer la qualité de leurs infrastructures en mobilisant la participation du secteur privé. Ce Colloque s'est tenu à Vienne du 2 au 4 juillet 2001, au cours de la deuxième semaine de la trente-quatrième session de la Commission.

229. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a pris note avec satisfaction des résultats du Colloque, dont le compte rendu figure dans une note du secrétariat (A/CN.9/488). La Commission a exprimé sa gratitude au Public-Private Infrastructure Advisory Facility pour son appui financier et organisationnel, et elle a également remercié les diverses organisations internationales, intergouvernementales et non gouvernementales représentées, ainsi que les orateurs ayant participé au Colloque.

230. La Commission a examiné l'opportunité et la faisabilité de mener des travaux plus poussés sur les projets d'infrastructure à financement privé[32]. Après délibérations, elle est convenue qu'il faudrait confier à un groupe de travail le soin d'élaborer des dispositions législatives types fondamentales dans ce domaine. Elle a été d'avis que, si l'on voulait que ces travaux soient réalisés dans un délai raisonnable, il était essentiel de déterminer un domaine spécifique parmi les nombreuses questions traitées dans le Guide. Il a donc été convenu que le groupe de travail devrait consacrer sa première session au recensement des questions susceptibles de donner lieu à des dispositions législatives types, qui pourraient éventuellement prendre la forme d'un additif au Guide[33].

231. Le Groupe de travail, dénommé Groupe de travail I (Projets d'infrastructure à financement privé) a tenu sa quatrième session, la première consacrée à cette question, à Vienne du 24 au 28 septembre 2001. Il a décidé de prendre comme point de départ pour ses délibérations les recommandations législatives contenues dans le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.

232. Conformément à une suggestion formulée au Colloque (A/CN.9/488, par. 19), le Groupe de travail a été invité à concentrer son attention sur une étape particulière des projets d'infrastructure, à savoir la sélection du concessionnaire, en vue de formuler des propositions spécifiques pour le libellé des dispositions législatives. Toutefois, le Groupe de travail a considéré que des dispositions législatives types sur diverses autres questions pourraient être souhaitables (voir A/CN.9/505, par. 18 à 174). Il a demandé au secrétariat de préparer un projet de dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, sur la base de ses délibérations et décisions, qui lui serait présenté à sa cinquième session afin qu'il l'examine et poursuive ses délibérations.

233. À sa session en cours, la Commission a pris note avec satisfaction du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quatrième session (A/CN.9/505). Elle a félicité ce dernier ainsi que le secrétariat pour les progrès accomplis à ce jour en vue de l'élaboration d'un projet de dispositions législatives types pour compléter le Guide. Elle lui a demandé d'examiner le projet de dispositions législatives types en vue d'achever ses travaux à sa cinquième session. Il a été estimé qu'une finalisation rapide du texte final du projet de dispositions législatives types faciliterait sa distribution en temps opportun aux États et aux organisations, afin qu'il puisse faire l'objet d'observations et être adopté après examen par la Commission à sa trente-sixième session en 2003, en tant qu'additif au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.

X. SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958

234. Il a été noté qu'à sa vingt-huitième session, tenue en 1995, la Commission avait approuvé le projet, entrepris conjointement avec le Comité D de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre l'application dans les lois nationales de la Convention de New York[34]. Il a été noté par ailleurs que le projet, tel qu'il avait été approuvé par la Commission se limitait à cet objectif et, en particulier, n'avait pas pour but de suivre toutes les décisions des tribunaux appliquant la Convention. Il a été noté enfin qu'à l'ouverture de la session en cours de la Commission le secrétariat avait reçu 61 réponses au questionnaire envoyé aux États parties à la Convention (sur un total de 130 États parties) concernant le régime juridique régissant, dans ces États, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

235. La Commission a instamment prié le secrétariat d'intensifier ses efforts pour obtenir les informations nécessaires à la rédaction du rapport et, à cette fin, de renvoyer le questionnaire aux États parties à la Convention qui n'y avaient pas encore répondu en leur demandant de le faire le plus tôt possible ou d'informer le secrétariat des faits nouveaux éventuellement survenus depuis qu'ils y avaient répondu. Elle l'a également instamment prié de recueillir des renseignements d'autres sources, en particulier d'orga-

[31] Ibid., par. 379.

[32] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 366 à 368.

[33] Ibid., par. 369.

[34] Ibid., *cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17 et Corr.3), par. 401 à 404.

nisations intergouvernementales et non gouvernementales. Après délibérations, elle lui a demandé de rédiger, en vue d'une future session, une note présentant les résultats de l'analyse des renseignements ainsi recueillis, qui pourraient être mis à jour.

236. Lors du débat concernant l'importance du projet, l'attention de la Commission a été attirée sur l'exemple de l'industrie du coton. Dans une lettre qu'il avait récemment adressée au secrétariat, le Comité consultatif international du coton (organisation intergouvernementale réunissant des États ayant un intérêt dans la production, l'exportation, l'importation et la consommation de coton) indiquait qu'en 2001 les deux tiers environ des sentences arbitrales portant sur le commerce international du coton n'avaient pas été appliquées par la partie fautive, ce qui ébranlait la confiance dans le système du commerce du coton et entraînait des frais d'un bout à l'autre de la chaîne. Il a été largement estimé que le non-respect des sentences arbitrales était une question grave qui devait être immédiatement examinée car il pouvait compromettre l'efficacité de l'arbitrage et la fiabilité des contrats et perturber ainsi gravement le commerce international. À cet égard, on a insisté sur le fait que la Commission devait redoubler d'efforts dans le domaine de la formation et de l'aide et que des colloques judiciaires seraient utiles pour encourager des échanges de vues entre juges sur l'interprétation et l'application de la Convention. Il a été noté que, pour que des ressources supplémentaires du secrétariat puissent être affectées au financement de cet effort, il fallait d'abord renforcer le secrétariat de la Commission (pour la poursuite du débat sur la question du renforcement du secrétariat de la Commission, voir les paragraphes 258 à 271 ci-dessous).

XI. ÉLARGISSEMENT DE LA COMPOSITION DE LA COMMISSION

237. La Commission a pris note de la décision 56/422 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001 par laquelle l'Assemblée, agissant sur recommandation de la Sixième Commission et après avoir examiné un rapport du Secrétaire général (A/56/315), avait décidé de différer l'examen de la question de l'élargissement de la Commission et de surseoir à toute décision à ce sujet jusqu'à sa cinquante-septième session, où elle s'en saisirait au titre du point de son ordre du jour intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session".

238. De l'avis général, la Commission devait être élargie le plus rapidement possible. Rappelant un débat analogue lors de sa trente-quatrième session[35], cette dernière est généralement convenue qu'un tel élargissement lui permettrait de continuer à représenter toutes les traditions juridiques et tous les systèmes économiques, compte tenu en particulier de l'augmentation considérable du nombre des Membres de l'Organisation des Nations Unies. On a fait observer en outre que cela l'aiderait à mieux s'acquitter de son mandat du fait qu'elle tirerait parti d'une réserve d'experts venant d'un nombre plus grand de pays et que ses textes seraient plus acceptables. Il a également été déclaré qu'un élargissement refléterait dûment l'importance accrue du droit commercial international pour le développement économique et le maintien de la paix et de la stabilité et qu'il favoriserait la participation des États ne pouvant pas justifier l'engagement des ressources humaines et autres requises pour préparer les réunions de la Commission et de ses groupes de travail et y participer, sauf s'ils en étaient membres. De plus, un élargissement faciliterait la coordination avec les travaux d'autres organisations œuvrant à l'unification du droit privé car il y aurait une augmentation du nombre de membres communs à la Commission et à ces organisations. On a fait observer enfin qu'un élargissement de la Commission n'aurait pas d'incidence sur son efficacité ni sur ses méthodes de travail et n'influerait pas en particulier sur la participation en qualité d'observateurs d'États non membres et d'organisations internationales, gouvernementales ou non gouvernementales, actives dans le domaine du droit commercial international, ni sur le principe de l'adoption des décisions par consensus, sans vote formel.

239. Quant à l'importance de cet élargissement, certaines délégations ont exprimé une préférence pour 60 États membres et d'autres pour 72. S'agissant de la répartition des sièges entre les groupes géographiques, des vues divergentes ont été exprimées. Certaines délégations ont estimé que la répartition des sièges entre les groupes régionaux devait être envisagée sur la base du respect de l'égalité et de l'équité afin d'éviter toute sous-représentation, eu égard aux principes de l'égalité de représentation qui sous-tendent le paragraphe 1 de l'article II de la Charte des Nations Unies. Toutefois, certaines délégations ont également affirmé que la répartition actuelle des sièges entre les groupes régionaux devait être maintenue. Après un débat, il a été convenu que les deux questions devraient être examinées à la Sixième Commission.

XII. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI

A. Jurisprudence

240. La Commission a pris note avec satisfaction des travaux en cours dans le cadre du système mis en place pour la collecte et la diffusion de la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI (Recueil de jurisprudence), qui consiste à élaborer des sommaires de jurisprudence, à compiler les textes intégraux des décisions et à mettre au point des outils de recherche et d'analyse, tels que des thesaurus et des index. Il a été précisé que, jusqu'à la session en cours, 36 numéros rendant compte de 420 décisions avaient été publiés dans le cadre de ce système. Il a été noté que ce système représentait un aspect important des activités de formation et d'assistance technique entreprises par la CNUDCI. À cet égard, on a fait observer que la large diffusion du recueil de jurisprudence, à la fois sur papier et sous forme électronique (voir www.uncitral.org, sous la rubrique "Recueil de jurisprudence"), était un moyen de

[35]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 371.

promouvoir une interprétation et une application uniformes des textes de la CNUDCI en donnant la possibilité aux personnes intéressées, notamment les juges, arbitres, avocats ou parties à des opérations commerciales, de prendre en considération les décisions et sentences d'autres juridictions et de rendre leurs jugements, de donner une opinion ou d'adapter leurs actions en fonction de l'interprétation acceptée de ces textes.

241. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux pour leur travail de collecte des décisions judiciaires et des sentences arbitrales pertinentes et de préparation des sommaires. Elle s'est également félicitée du travail de compilation, d'édition, de publication et de distribution de ces sommaires ainsi que de l'élaboration d'un nouveau thesaurus accessible sur le Web pour la Loi type sur l'arbitrage, qui avait été finalisé après distribution aux correspondants nationaux pour commentaire.

242. La Commission a constaté qu'à l'heure actuelle le recueil de jurisprudence contenait essentiellement des décisions et sentences interprétant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et la Loi type sur l'arbitrage. Il a été convenu qu'un effort devrait être fait pour enrichir le contenu du recueil en y incorporant des décisions et des sentences interprétant d'autres textes de la CNUDCI, tels que la Loi type sur le commerce électronique, la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer (Règles de Hambourg) ou la Loi type sur la passation des marchés.

B. Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes

243. La Commission a rappelé qu'à sa trente-quatrième session elle avait prié le secrétariat d'établir, en collaboration avec des experts et des correspondants nationaux, un recueil analytique des décisions judiciaires et des sentences arbitrales faisant apparaître les tendances observées dans l'interprétation de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM). Il a été noté que l'élaboration de ce recueil était en cours et que l'on prévoyait qu'un projet de texte serait distribué aux correspondants nationaux puis finalisé par le secrétariat en fonction des commentaires reçus. Il a également été noté que le secrétariat travaillait avec le concours d'experts et de correspondants nationaux pour recueillir des décisions et sentences, évaluer leur importance et préparer des avant-projets. La Commission a exprimé ses remerciements aux experts et aux correspondants nationaux pour leur contribution à l'élaboration des avant-projets de chapitres du recueil analytique de jurisprudence concernant la CVIM. Compte tenu de l'importance de l'arbitrage commercial international et de l'utilité de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international dans ce contexte, la Commission a prié le secrétariat d'élaborer un recueil de jurisprudence similaire pour cette Loi type. Elle a également estimé que le secrétariat devrait examiner s'il était possible d'établir un recueil analogue sur la Convention de 1985 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York).

XIII. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

244. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/515) présentant les activités de formation et d'assistance technique entreprises depuis sa trente-quatrième session et indiquant l'orientation des activités futures prévues, compte tenu en particulier de l'augmentation des demandes reçues par le secrétariat. Il a été noté que les activités de formation et d'assistance technique prenaient ordinairement la forme de séminaires et de missions d'information, qui avaient pour but d'expliquer les principales caractéristiques des textes de la CNUDCI et les avantages que les États pouvaient tirer de leur adoption. Il a été noté également que ces séminaires et missions d'information étaient souvent suivis d'une aide à l'élaboration ou à la finalisation de textes législatifs fondés sur des textes de la CNUDCI.

245. On a indiqué que, depuis la dernière session, les séminaires et missions d'information ci-après avaient été organisés: Vilnius (11-13 juin 2001); Ouagadougou (18-22 juin 2001); Saint-Domingue (20 et 21 juin 2001); Nairobi (10-13 septembre 2001); Minsk (26-28 septembre 2001); Kiev (2-4 octobre 2001); Dubrovnik (Croatie) (1er-5 octobre 2001); Lima (15 et 16 octobre 2001); Arequipa (Pérou) (18 et 19 octobre 2001); Bogota (25 et 26 octobre 2001); Hanoi (6-12 décembre 2001); Phnom Penh (3-5 avril 2002); et Jakarta (8-10 avril 2002). Des membres du secrétariat de la CNUDCI ont participé en tant qu'orateurs à plusieurs réunions convoquées par d'autres organisations. Le secrétariat a indiqué qu'il avait été impossible d'accéder à un certain nombre de demandes faute de ressources et que, pour le reste de l'année 2002, il pourrait être satisfait à quelques-unes seulement des demandes faites par des pays d'Afrique, d'Asie, d'Amérique latine et d'Europe orientale.

246. La Commission a remercié son secrétariat pour les activités entreprises depuis sa dernière session et souligné combien le programme de formation et d'assistance technique était important pour les travaux d'unification et d'harmonisation qui constituaient l'essentiel de son mandat. On a généralement estimé que les activités de formation et d'assistance technique étaient particulièrement utiles aux pays en développement et aux pays en transition qui manquaient de connaissances spécialisées dans les domaines du droit commercial sur lesquels portaient les travaux de la CNUDCI. Il a été déclaré également que ces activités pouvaient jouer un rôle important dans l'intégration économique que de nombreux pays s'efforçaient de réaliser.

247. La Commission a pris note des diverses formes que pouvait prendre l'assistance technique offerte aux États préparant des lois fondées sur ses textes: examen d'avant-projets de lois sous l'angle des textes de la CNUDCI; élaboration de règlements pour l'application de ces lois; commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit; et séances d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres, des responsables de la passation des marchés et d'autres utilisateurs des textes de la CNUDCI incorporés dans le droit interne. La Commission est convenue que la vague de réformes du droit commer-

cial était pour elle une occasion unique d'avancer considérablement dans la réalisation des objectifs que l'Assemblée générale lui avait fixés dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966. Il a aussi été largement estimé qu'après s'être employée, de manière équilibrée, au cours des trente-cinq dernières années à faciliter le développement du commerce international dans une économie mondialisée sur la base de l'égalité et des avantages mutuels, la Commission pouvait contribuer de manière décisive à une répartition harmonieuse et équitable des bienfaits de la mondialisation entre tous les États.

248. La Commission a pris note avec satisfaction des contributions de Chypre, de la France, de la Grèce et de la Suisse au titre du programme de formation et d'assistance technique. Elle a également exprimé ses remerciements à l'Autriche, au Cambodge, à Chypre, au Kenya, au Mexique et à Singapour pour les contributions qu'ils avaient versées au fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI depuis sa création. Elle a par ailleurs remercié d'autres États et organisations qui avaient contribué à son programme de formation et d'assistance technique en fournissant des fonds ou du personnel ou en accueillant des séminaires.

249. Soulignant l'importance des ressources extrabudgétaires pour le financement des activités de formation et d'assistance technique, la Commission a de nouveau appelé tous les États, les organisations internationales et les autres entités intéressées à envisager de verser des contributions à ses fonds d'affectation spéciale afin de permettre à son secrétariat de faire face à la demande croissante de formation et d'assistance émanant des pays en développement et des États nouvellement indépendants et aux représentants des pays en développement d'assister à ses réunions. Il a également été suggéré que le secrétariat s'efforce activement d'obtenir des contributions d'organisations et de pays donateurs, par exemple en formulant des propositions concrètes de projets pour appuyer ses activités de formation et d'assistance technique.

250. Compte tenu des ressources limitées, budgétaires ou extrabudgétaires, dont disposait son secrétariat, on a déclaré craindre fortement que la Commission ne puisse pas s'acquitter pleinement de son mandat en matière de formation et d'assistance technique. On s'est aussi inquiété de ce que, sans une coopération et une coordination efficaces entre les organismes d'aide au développement qui fournissaient ou finançaient une assistance technique et le secrétariat, l'assistance internationale ne conduise à l'adoption, au niveau national, de lois qui ne correspondaient pas aux normes convenues au niveau international, notamment aux conventions et aux lois types de la CNUDCI.

251. La Commission a pris note avec satisfaction des premières mesures adoptées pour donner suite à la demande que l'Assemblée générale avait faite, l'année précédente, au Secrétaire général d'augmenter sensiblement les ressources humaines et financières de son secrétariat. Toutefois, elle a également noté que d'autres mesures restaient à prendre et que deux membres de son secrétariat, qui étaient partis depuis la dernière session, n'avaient pas encore été remplacés. En conséquence, afin d'assurer l'exécution efficace de son programme de formation et d'assistance ainsi que la publication et la diffusion en temps voulu de ses travaux, elle a décidé de recommander à l'Assemblée générale d'envisager de prier le Secrétaire général d'intensifier et d'accélérer les efforts en vue de renforcer son secrétariat dans la limite des ressources dont dispose l'Organisation (voir par. 258 à 271 ci-dessous).

XIV. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

252. Sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/516), la Commission a examiné l'état des conventions et lois types issues de ses travaux ainsi que l'état de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Elle a pris note avec satisfaction des nouveaux instruments déposés et des nouvelles législations adoptées depuis le 13 juillet 2001 (date de la clôture de sa trente-quatrième session) concernant les textes ci-après:

a) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, conclue à New York le 14 juin 1974 et modifiée par le Protocole du 11 avril 1980. Nombre d'États parties: 17;

b) Convention [non modifiée] sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974). Nombre d'États parties: 24;

c) Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg). Nombre d'États parties: 28;

d) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). Dépôt de nouveaux instruments par la Colombie et Israël; nombre d'États parties: 61;

e) Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988). Dépôt d'un nouvel instrument par le Honduras. Trois États sont parties à la Convention; sept instruments supplémentaires doivent être déposés pour qu'elle entre en vigueur;

f) Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991). Deux États sont parties à la Convention; trois instruments supplémentaires doivent être déposés pour qu'elle entre en vigueur;

g) Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995). Dépôt d'un nouvel instrument par le Bélarus; nombre d'États parties: 6;

h) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Dépôt de nouveaux instruments par l'Islande, la République islamique d'Iran et la Zambie; nombre d'États parties: 129;

i) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985. Adoption d'un texte législatif fondé sur la Loi type en Croatie;

j) Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, 1992;

k) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, 1994. Adoption d'un texte législatif fondé sur la Loi type à Maurice, en Mongolie, en Slovaquie et en République-Unie de Tanzanie;

l) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, 1996. Adoption d'un texte législatif fondé sur la Loi type dans les États de Jersey (dépendance de la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), en Irlande, aux Philippines et en Slovénie;

m) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, 1997. Adoption d'un texte législatif fondé sur la Loi type au Monténégro (Yougoslavie).

253. Il a été indiqué également que le Luxembourg avait signé la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international. On s'est félicité des mesures législatives ci-dessus prises sur la base des textes de la Commission. Il a été demandé aux États qui avaient adopté ou étaient sur le point d'adopter une législation fondée sur une Loi type élaborée par la Commission, ou qui envisageaient de déposer un instrument concernant une convention issue des travaux de la Commission, d'en informer le secrétariat de cette dernière. Une telle information serait utile aux autres États qui envisageaient des mesures législatives analogues. On a proposé d'envisager éventuellement de rendre compte des mesures prises en vue du dépôt d'instruments concernant des textes de la CNUDCI et l'adoption de lois fondées sur ces textes.

254. Des représentants et des observateurs d'un certain nombre d'États ont indiqué que des mesures officielles étaient envisagées en vue d'une adhésion aux diverses conventions et de l'adoption de textes législatifs fondés sur les différentes lois types élaborées par la CNUDCI. Par ailleurs, selon un avis, les travaux de la Commission étaient généralement bénéfiques car ils mettaient en évidence les avantages que les États pouvaient tirer de textes législatifs uniformes, même avant leur adoption.

255. La Commission a estimé dans l'ensemble que ses efforts en vue d'unifier et d'harmoniser le droit commercial avaient un effet bénéfique général mais qu'ils ne pouvaient aboutir ni produire de résultats concrets que si les États adoptaient et appliquaient ses textes de manière uniforme. À cette fin, elle a prié le secrétariat de s'employer plus activement à aider les États à étudier les textes qu'elle élaborait en vue de leur adoption (voir également par. 250 ci-dessus). Elle a également engagé les États et les organisations intéressées du secteur public et du secteur privé à aider le secrétariat dans cette tâche, par exemple, en versant des contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI ou en coopérant avec lui dans le cadre de ses programmes d'assistance en matière de réforme du droit. La Commission a également lancé un appel aux représentants et aux observateurs ayant participé à ses réunions et à celles de ses groupes de travail pour qu'ils contribuent, dans la mesure où ils le jugeaient eux-mêmes approprié, à faciliter l'examen de ses textes par les organes législatifs de leurs pays.

XV. RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE RELATIVES AUX TRAVAUX DE LA COMMISSION

256. La Commission a pris note avec satisfaction des résolutions de l'Assemblée générale 56/79 relative au rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session, 56/80 relative à la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et au Guide pour son incorporation dans le droit interne, et 56/81 relative à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, qui ont toutes été adoptées le 12 décembre 2001.

257. La Commission a aussi pris note de la décision 56/422 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, par laquelle l'Assemblée, agissant sur la recommandation de la Sixième Commission et après examen d'un rapport du Secrétaire général (A/56/315), a décidé de différer l'examen de la question de l'élargissement de la Commission et de surseoir à toute décision à ce sujet jusqu'à sa cinquante-septième session, au cours de laquelle elle s'en saisirait au titre du point de son ordre du jour intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session".

Renforcement du secrétariat de la CNUDCI

258. La Commission a pris note du paragraphe 13 de la résolution 56/79 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, relative au rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session, qui dispose ce qui suit:

> "*Prie de nouveau* le Secrétaire général de renforcer le secrétariat de la Commission étant donné le surcroît de travail qu'elle prévoit, dans les limites des ressources dont dispose l'Organisation, de manière à assurer et à renforcer la réalisation effective du programme de la Commission."

259. Le 9 avril 2002, conformément aux résolutions de l'Assemblée générale 48/218 B et 54/244, en date respectivement du 29 juillet 1994 et du 23 décembre 1999, le Secrétaire général avait transmis un rapport du Bureau des services de contrôle interne sur l'évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques (E/AC.51/ 2002/5). Ce rapport avait été examiné par les départements et bureaux concernés. Le Secrétaire général avait pris note de ses conclusions et souscrit à ses recommandations.

260. L'évaluation globale des activités du Service du droit commercial international, qui assurait le secrétariat de la CNUDCI, était très positive. Il ressortait des entretiens avec des membres de la Commission, des représentants d'États Membres, d'organisations non gouvernementales et d'autres organismes que les services du secrétariat étaient jugés efficaces, de bonne qualité sur le plan technique et rapides. L'aptitude du Service à maintenir un juste équilibre dans son approche des questions avait en particulier été signalée. Dans son étude, le Bureau

des services de contrôle interne avait néanmoins recensé un certain nombre de domaines dans lesquels des améliorations pourraient être apportées: la coordination avec d'autres organisations; la promotion de l'application et de l'interprétation uniformes des textes de la CNUDCI; et l'assistance technique en matière de réforme du droit commercial. Il avait ainsi formulé deux recommandations visant, l'une, à améliorer la coordination avec les organisations qui travaillaient dans le domaine du droit commercial international (recommandation 13) et, l'autre, à promouvoir une plus large participation aux conventions concernant le droit commercial international ainsi qu'une utilisation accrue des lois types (recommandation 14). La Commission a noté que des mesures étaient envisagées pour y donner suite.

261. S'agissant du programme de travail élargi de la CNUDCI, le Bureau des services de contrôle interne déclarait dans son rapport (E/AC.51/2002/5, par. 66):

> "Ces dernières années, la CNUDCI a examiné les incidences d'un élargissement de sa composition. En décembre 2001, l'Assemblée générale a reporté à plus tard l'examen de la question. Les méthodes de travail de la CNUDCI ont également été examinées. Parmi les propositions formulées dans la note du secrétariat sur les méthodes de travail, la CNUDCI s'est dite favorable à une augmentation du nombre de groupes de travail, qui pourrait être réalisée en écourtant la durée des sessions de chaque groupe, qui passerait de deux à une semaine. *Le nombre de groupes de travail pourra ainsi être porté de trois à six (dans les limites des ressources actuellement allouées aux conférences) et répondre alors aux demandes tendant à réaliser des travaux sur davantage de questions, ce qui exigera une plus grande contribution de la part du Service du droit commercial international.* On estime que cette proposition pourra en partie être appliquée grâce à une rationalisation des méthodes de travail. Les participants et les observateurs des travaux de la Commission ont indiqué au Bureau des services de contrôle interne que l'augmentation du nombre de groupes de travail attestait *l'importance croissante des normes de droit commercial uniformes dans une économie mondialisée ainsi que la demande accrue de ces normes.* On s'est également félicité de la limitation de la durée des sessions des groupes, qui devrait favoriser la participation. Cependant, on s'est sans cesse demandé si le Service du droit commercial international sera en mesure de maintenir la qualité et l'efficacité de ses activités. À l'exception d'un nouveau poste d'administrateur de la classe P-4 créé en 2001, les effectifs sont restés au même niveau de 1968, soit 10 administrateurs et 7 agents des services généraux. Il semble opportun d'analyser et de réévaluer les besoins en ressources humaines et autres eu égard à l'augmentation du nombre de groupes de travail. Étant donné que les questions traitées intéressent d'autres organisations, le Service pourrait examiner d'autres initiatives stratégiques pour mobiliser des fonds auprès de ses partenaires au sein du système des Nations Unies et à l'extérieur, conformément à la résolution 51/161 de l'Assemblée générale. La Commission a décidé d'examiner les applications pratiques des nouvelles méthodes de travail à une session future."

262. La recommandation correspondante était la suivante:

> "Recommandation 15: Programme de travail élargi de la CNUDCI
>
> "Le Bureau des affaires juridiques devrait examiner les incidences, au niveau des services de secrétariat, de l'augmentation du nombre des groupes de travail de la CNUDCI, qui passerait de trois à six, et présenter à la CNUDCI, en vue de l'examen des applications pratiques de ses nouvelles méthodes de travail auquel elle procédera prochainement, différentes options permettant d'assurer le niveau nécessaire de services de secrétariat."

263. En faisant cette recommandation, le Bureau des services de contrôle interne avait conscience des incidences financières qu'elle pouvait entraîner et a indiqué qu'il estimait "que l'application de plusieurs recommandations, en particulier les recommandations 4, *a*, 4, *b*, 7 et 15, [nécessiterait] peut-être des ressources supplémentaires pour lesquelles le Bureau des affaires juridiques devrait établir des justificatifs détaillés en vue d'un examen par les organes de contrôle compétents" (E/AC.51/2002/5, par. 82).

264. La suite à donner à la Recommandation 15 a été examinée par le Bureau des affaires juridiques. La conclusion préliminaire de ces discussions internes a été qu'il risquait d'être impossible de parvenir à une solution qui assure durablement une plus grande efficacité des travaux de la Commission sans un renforcement substantiel de son secrétariat. Il convenait de rappeler que, les États Membres demandant à la CNUDCI d'élaborer des normes juridiques dans des domaines de plus en plus nombreux, le secrétariat travaillait actuellement à plein temps sur au moins huit grands projets, leur nombre ayant donc plus que doublé en 2001 par rapport aux années précédentes. Dans la pratique, cela signifiait qu'on ne pouvait actuellement affecter à chaque projet qu'un seul juriste, lequel devait par ailleurs faire des recherches et rédiger des documents pour divers groupes de travail et pour la Commission, assurer la coordination avec d'autres organisations qui élaboraient des textes de droit commercial et mener des activités liées à la formation et à l'assistance technique, aux publications et à l'information. Il n'y avait donc que deux solutions possibles: réduire considérablement le programme de travail actuel de la CNUDCI ou accroître substantiellement les ressources de son secrétariat.

265. La Commission a noté qu'une éventuelle réduction de son programme de travail semblait aller à l'encontre de plusieurs des grands objectifs de l'Organisation des Nations Unies. L'amélioration des conditions de vie, le progrès social et le développement économique durable comptaient parmi les objectifs les plus importants de l'Organisation. Ces objectifs avaient acquis encore plus de poids depuis le Sommet du Millénaire, au cours duquel des chefs d'État et de gouvernement venus du monde entier s'étaient engagés à améliorer notablement les conditions de vie de leurs citoyens en adoptant un certain nombre de mesures concrètes exposées dans la Déclaration du Millénaire. La croissance économique, la modernisation de la vie politique, la protection des droits de l'homme et d'autres grands objectifs de l'Organisation des Nations Unies étaient tous, au moins en partie, tributaires de "l'état de droit". Les décideurs dans les pays

en développement et les pays à économie en transition cherchaient donc les moyens d'établir ou de faire progresser l'état de droit dans leur pays. Le développement économique qu'entraînaient la modernisation et l'harmonisation des législations commerciales dans les pays en développement avait des retombées positives sur toutes les couches de la population. La croissance économique améliorait la santé et l'éducation des enfants car il n'était plus nécessaire de faire appel à eux pour des tâches manuelles. Les femmes pouvaient accroître leur participation à la vie économique. L'environnement pouvait être protégé à mesure qu'il était donné aux agriculteurs et aux pêcheurs la possibilité de se tourner vers des pratiques moins destructrices. La paix et les droits de l'homme se trouvaient renforcés et, par voie de conséquence, la stabilité. Dans un certain nombre de cas, la CNUDCI avait apporté, et continuait d'apporter, une importante contribution à la facilitation d'un certain nombre d'activités économiques qui étaient à la base d'un fonctionnement sans heurt de l'économie ouverte, aidant ainsi les pays en développement à tirer pleinement profit des avantages qu'offrait un marché mondialisé. Il convenait de porter au crédit de l'action de la CNUDCI, qui à cet égard demeurait indispensable, notamment la facilitation de l'accès des petites entreprises aux marchés internationaux grâce au commerce électronique; le renforcement, grâce à une législation appropriée concernant les projets d'infrastructure à financement privé, du cadre pour la mise en place d'infrastructures respectueuses de l'environnement; la lutte contre la corruption dans le domaine des marchés publics grâce à la modernisation de la législation sur la passation des marchés publics; la facilitation de l'accès des entreprises commerciales au crédit, y compris à l'étranger, grâce à l'élaboration de dispositions législatives types sur les opérations garanties; et le renforcement de la stabilité des économies nationales grâce à l'élaboration de dispositions types pouvant être incorporées dans les législations nationales sur l'insolvabilité. Toutes ces réalisations non seulement montraient le rôle positif joué par la CNUDCI mais aussi militaient en faveur d'un élargissement de son action, et certainement pas d'un rétrécissement de son programme de travail.

266. En ce qui concerne la nécessité de promouvoir une participation plus large aux conventions relatives au droit commercial international ainsi qu'une utilisation accrue des lois types, la Commission a noté que des travaux supplémentaires s'imposaient également, comme l'avait souligné le Secrétaire général dans son rapport sur les travaux de l'Organisation, pour faire du respect du droit dans les affaires internationales une priorité centrale[36]. Comme l'avait noté le Secrétaire général, il restait beaucoup à faire; trop souvent, des particuliers et des sociétés s'estimaient privés des droits et avantages prévus par le droit et les traités internationaux[37]. De nombreux États s'abstenaient de signer ou de ratifier les traités, non pas par manque de volonté politique, mais parce qu'ils n'avaient simplement pas les compétences techniques nécessaires pour en appliquer les dispositions. L'un des objectifs centraux de l'ONU était d'aider les gouvernements à créer les conditions nécessaires pour s'acquitter de leurs obligations conventionnelles[38].

267. La nécessité d'accroître de façon substantielle les ressources du secrétariat de la CNUDCI a été prise en compte dans le projet de révision du plan à moyen terme pour la période 2002-2005. S'agissant de la CNUDCI et du Service du droit commercial international (qui remplit les fonctions de secrétariat de la CNUDCI), il était dit dans le plan à moyen terme qu'afin de permettre au Service d'exécuter le programme de travail de la Commission il était nécessaire de donner suite à la demande de l'Assemblée générale et de la Commission de renforcer le secrétariat de cette dernière, étant donné son surcroît de travail. Comme le renforcement du secrétariat de la CNUDCI devait se faire "dans les limites des ressources dont dispose l'Organisation", cette dernière devait examiner ses priorités et décider du montant qu'elle souhaitait allouer à ce domaine d'activité. La Commission a noté la proposition de révision de la structure de son secrétariat, lequel deviendrait une division du Bureau des affaires juridiques. Le projet de révision du plan à moyen terme pour la période 2002-2005 avait été transmis au Comité du programme et de la coordination, dont les délibérations étaient essentielles pour la préparation de la session de la Cinquième Commission de l'Assemblée générale, laquelle prendrait la décision finale concernant le budget.

268. Il a été dit que le renforcement du secrétariat de la CNUDCI était nécessaire pour plusieurs raisons. Premièrement, les États membres de la CNUDCI demandaient clairement que celle-ci établisse des normes juridiques applicables à une économie mondialisée dans des domaines où, jusqu'à récemment, l'ONU n'était pas intervenue; deuxièmement, il était de plus en plus nécessaire d'assurer la coordination entre un nombre croissant d'organisations internationales (intergouvernementales ou non gouvernementales) qui élaboraient des règles et des normes applicables au commerce international; et troisièmement, on constatait un besoin accru d'assistance technique, notamment dans les pays en développement, qui exigeait une attention particulière de la part de la CNUDCI en sa qualité d'organisme rédacteur lorsque les gouvernements envisageaient l'incorporation de normes internationales dans leur législation interne.

269. La Commission a accueilli avec satisfaction la demande que l'Assemblée générale, au paragraphe 13 de sa résolution 56/79, avait adressée au Secrétaire général pour qu'il renforce son secrétariat, dans les limites des ressources dont dispose l'Organisation, de manière à assurer et à renforcer la réalisation effective de son programme (voir par. 258 ci-dessus).

270. Cependant, tout en appréciant les premières mesures prises par l'Assemblée, la Commission a noté avec préoccupation que, si son secrétariat n'était pas renforcé de manière appréciable, elle devrait réduire son programme de travail.

[36]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 1* (A/55/1), par. 273.

[37]Ibid., par. 278.

[38]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 1* et rectificatif (A/55/1 et Corr.1), par. 219 et 220.

271. À l'issue d'un débat, la Commission a adopté la recommandation ci-après:

"*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*

"*Rappelant* que, dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, l'Assemblée générale lui a donné pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à un large développement du commerce international,

"*Convaincue* que l'établissement de normes de droit privé modernes sur le commerce international selon des modalités acceptables pour les États ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribue beaucoup à l'instauration de relations internationales harmonieuses, au respect de l'état de droit, à la paix et à la stabilité,

"*Convaincue également* que la modernisation des normes de droit privé sur le commerce international est essentielle pour favoriser le développement économique et indispensable à la construction d'une économie durable,

"*Notant* que les États membres, en particulier les pays en développement, demandent clairement à la CNUDCI d'élaborer des normes juridiques applicables à une économie mondialisée dans un nombre croissant de domaines et que, pour cette raison, le nombre de projets importants inscrits à l'ordre du jour de la Commission a plus que doublé en 2001 par rapport aux années précédentes,

"*Notant également* la nécessité grandissante d'assurer la coordination entre un nombre croissant d'organisations internationales (intergouvernementales ou non gouvernementales) qui élaborent des règles et des normes applicables au commerce international, et la fonction particulière que l'Assemblée générale a confiée à la CNUDCI à cet égard dans sa résolution 2205 (XXI) et qu'elle a confirmée dans ses résolutions subséquentes,

"*Notant en outre* le besoin croissant d'assistance technique, en particulier dans les pays en développement, qui requiert une attention particulière de la part de la CNUDCI en sa qualité d'organisme rédacteur chargé d'aider les gouvernements nationaux lorsque ceux-ci envisagent de moderniser leurs lois et leurs pratiques commerciales internes grâce à l'application de normes internationales,

"*Considérant* que l'une des conditions essentielles d'une diffusion et d'une adoption réussies des normes juridiques élaborées par la CNUDCI est le haut niveau de qualité et de professionnalisme dont fait constamment montre le Service du droit commercial international du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies, qui assure le secrétariat technique de la Commission,

"*Préoccupée* par l'accroissement considérable des demandes qui pèsent sur le personnel du secrétariat de la Commission du fait de l'augmentation du programme de travail et par l'inaptitude de ce dernier à continuer de fournir les services nécessaires aux groupes de travail de la Commission et à accomplir d'autres tâches connexes, telles qu'aider les gouvernements à faire le nécessaire pour qu'ils s'acquittent de leurs obligations conventionnelles,

"*Consciente* du fait que, si son secrétariat ne se voit pas allouer des ressources suffisantes pour s'acquitter des tâches qui lui ont été confiées, elle devra différer ou interrompre les travaux sur des sujets inscrits à son ordre du jour et réduire le nombre de ses groupes de travail,

"*Notant* la recommandation contenue dans le rapport du Bureau des services de contrôle interne sur l'évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques[1] selon laquelle le Bureau des affaires juridiques devrait examiner les incidences, au niveau des services de secrétariat, de l'augmentation de trois à six du nombre des groupes de travail de la CNUDCI, et présenter à cette dernière, lors de l'examen des applications pratiques de ces nouvelles méthodes de travail que celle-ci effectuera prochainement, différentes options permettant d'assurer le niveau nécessaire de services de secrétariat,

"*Notant également* les observations faites par le Bureau des affaires juridiques lors de l'ouverture de la trente-cinquième session de la Commission en ce qui concerne la recommandation figurant dans le rapport du Bureau des services de contrôle interne,

"*Convaincue* que les méthodes actuelles de travail de la Commission se sont révélées efficaces,

"*Prie* le Secrétaire général d'envisager des mesures pour renforcer de façon appréciable le secrétariat de la CNUDCI dans les limites des ressources dont dispose l'Organisation, si possible dès l'exercice biennal en cours et en tout cas au cours de l'exercice biennal 2004-2005."

"1 E/AC.51/2002/5".

XVI. COORDINATION ET COOPÉRATION

A. Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique

272. Au nom de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), il a été déclaré que, compte tenu de l'importance qu'elle attachait aux travaux de la CNUDCI, l'AALCO avait pris l'habitude d'examiner à ses sessions annuelles le rapport de la Commission. Elle se félicitait de l'achèvement de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale. L'intérêt qu'elle portait à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ainsi qu'à la Loi type de la

CNUDCI sur l'arbitrage commercial international a été rappelé à la Commission. À cet égard, on a évoqué le succès des centres d'arbitrage régionaux de Kuala Lumpur, du Caire et de Lagos (Nigéria). On a également mentionné un autre centre d'arbitrage régional qui serait prochainement mis en service à Téhéran. On a en outre indiqué que l'AALCO s'intéressait tout particulièrement aux travaux de la Commission concernant le commerce électronique: elle se félicitait donc des Lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique et sur les signatures électroniques ainsi que des travaux en cours en vue de l'élaboration d'un texte international concernant les contrats électroniques. L'AALCO se félicitait également des travaux réalisés par la Commission sur le droit de l'insolvabilité, les sûretés, le droit des transports et les projets d'infrastructure à financement privé. Elle priait en outre instamment la Commission d'élargir sa composition de façon à prendre en considération les intérêts de divers pays compte tenu de leur poids dans les échanges internationaux. L'AALCO s'intéressait aussi au séminaire de droit commercial international qui devait être organisé en coopération avec le secrétariat de la Commission en vue de diffuser des informations sur les travaux de cette dernière dans la région de l'Asie. Les membres et les observateurs de la Commission ainsi que son secrétariat ont été invités à assister à la quarante et unième session annuelle de l'AALCO, qui devait se tenir à Abuja du 15 au 20 juillet 2002.

B. Institut international de droit du développement

273. Il a été déclaré, au nom de l'Institut international de droit du développement (IIDD), que celui-ci s'attachait à promouvoir l'état de droit et la bonne gouvernance, ainsi que l'utilisation de ressources juridiques dans le processus de développement des pays en développement et des pays à économie en transition et qu'il remplissait son mandat par le biais de la formation, de l'assistance technique, de la recherche et de publications. On a également fait observer que l'IIDD avait travaillé avec plus de 12 000 professionnels du droit de 163 pays, avait encouragé la création d'associations de ses anciens participants dans 31 pays et entretenait et soutenait un réseau d'organisations partenaires dans les autres pays dans lesquels il avait travaillé. Ces organisations accomplissaient, dans leur pays, le même type de travaux que ceux que l'Institut menait au niveau international.

274. Il a en outre été indiqué que l'IIDD avait pris note du document A/CN.9/515, qui décrivait les activités de formation et d'assistance technique que la CNUDCI menait conformément à son mandat, et qu'il avait constaté, à l'occasion de ses propres activités dans ce domaine, que la demande de formation et d'assistance technique en matière de droit commercial international était élevée. Il avait répondu à cette demande en offrant une formation dans bon nombre de ses cours réguliers et de ses cours individualisés et avait apporté, dans plusieurs pays, une assistance technique en matière de droit commercial international. Dans le cours de ces activités, l'Institut donnait, a-t-on dit, souvent une formation concernant les textes de la CNUDCI dans le domaine pertinent.

275. L'Institut a soumis pour examen les suggestions ci-après concernant la façon dont il pourrait coopérer avec la CNUDCI en matière de formation et d'assistance technique dans le domaine du droit commercial international, et en particulier dans l'utilisation des textes de la CNUDCI:

a) Organisation, conjointement ou par l'Institut uniquement, de programmes de formation ou de conférences;

b) Mise au point de supports de formation;

c) Identification, parmi le personnel de l'Institut ou au sein de son réseau d'experts, de spécialistes auxquels pourraient être confiées des activités de formation ou d'assistance technique;

d) Formation de formateurs;

e) Développement des capacités des associations d'anciens participants de l'Institut et d'organisations partenaires de sorte qu'elles puissent fournir une formation et une assistance technique dans ce domaine;

f) Diffusion dans les publications de l'Institut d'informations sur les travaux de la CNUDCI.

276. On a également indiqué qu'on pouvait consulter le site Web de l'Institut "www.idli.org" pour trouver des informations sur ses programmes et activités en cours.

277. On a, par ailleurs, déclaré qu'à sa réunion du 5 novembre 2001 le Conseil de direction de l'Institut avait instamment prié le secrétariat de ce dernier de chercher des moyens de coopérer avec la CNUDCI et avait suggéré de déterminer comment encourager le personnel et les anciens participants de l'Institut à prendre part aux travaux de la CNUDCI afin d'aider celle-ci à obtenir de juristes qualifiés venant de pays en développement membres une contribution de qualité. À cette fin, l'Institut attendait beaucoup de la suite qui serait donnée aux discussions préliminaires qui avaient eu lieu avec la CNUDCI concernant les moyens de faire en sorte que d'anciens participants de l'Institut, choisis par ce dernier sur la base de critères devant être arrêtés d'un commun accord par l'Institut et la CNUDCI, constituent une délégation organisée qui assisterait aux travaux de cette dernière. Pour les formes de coopération qui entraînaient des dépenses autres que des frais accessoires imputés sur les budgets ordinaires des deux organisations, l'Institut invitait le secrétariat de la CNUDCI à explorer avec lui les moyens de mobiliser les ressources voulues.

C. Centre international de recherches pour le règlement des conflits

278. Au nom du Centre international de recherches pour le règlement des conflits, organisation internationale non gouvernementale à but non lucratif, il a été déclaré que le Centre effectuait des recherches factuelles sur les questions touchant au règlement des conflits et serait disposé à aider la Commission notamment dans ses travaux sur le suivi de l'application dans les législations nationales de la Convention de New York de 1958.

XVII. QUESTIONS DIVERSES

A. Étude possible des fraudes commerciales et financières

279. On a fait observer que, si la Commission avait efficacement axé ses travaux sur l'élaboration de textes législatifs et autres en vue d'harmoniser et de faciliter le commerce international, un autre aspect important de la pratique et du droit commerciaux n'avait pas été suffisamment traité par les organismes internationaux, à savoir les fraudes concernant les instruments commerciaux et financiers légitimes. Cette fraude, qui revêtait habituellement un caractère international, avait des conséquences économiques très graves pour le commerce mondial et portait atteinte aux instruments commerciaux légitimes.

280. Il a été déclaré que, alors que les stratagèmes employés puissent paraître simples après coup, des milliers d'investisseurs avertis en étaient victimes dans le monde. Bien que l'on ne dispose pas de chiffres exacts sur les pertes causées par ces pratiques, selon des estimations officieuses fournies en 2000 par des organismes luttant contre les fraudes sur les instruments financiers à haut rendement, le total mondial des pertes atteindrait en moyenne chaque année 15 milliards de dollars. La situation était d'autant plus décourageante que cette fraude se développait malgré les tentatives faites pour avertir et informer le public. On a fait observer que l'arrivée de l'Internet avait offert de nouvelles possibilités aux fraudeurs. Les estimations ci-dessus ne donnaient cependant pas une idée exacte des conséquences des fraudes. Il a été indiqué à la Commission que celles-ci avaient notamment pour effet:

a) De porter atteinte aux instruments commerciaux légitimes; car les fraudeurs avaient recours à de tels instruments, jetant ainsi sur eux un voile de suspicion;

b) De porter atteinte aux organisations internationales, dont le nom était souvent utilisé ou usurpé par les fraudeurs. Des organisations, telles que la Banque mondiale, le Fonds monétaire international ou la Banque des règlements internationaux, des banques régionales de développement, de même que les banques centrales de tous les grands pays, en avaient déjà fait l'expérience. Ces organisations étaient régulièrement obligées d'utiliser leurs ressources pour démentir les mentions les concernant et nier leur participation ainsi que l'existence ou la légitimité de ces montages, qui se traduisaient également par une perte de temps et d'énergie pour les personnes qui pouvaient en être directement ou indirectement victimes;

c) De diminuer la confiance dans les mécanismes internationaux de virement, que les fraudeurs avaient pour habitude de mentionner et d'utiliser. Ils utilisaient de manière abusive et trompeuse le nom de ces mécanismes et de leurs composants ou y avaient recours pour soutirer des fonds à leurs victimes de sorte qu'il était difficile de retrouver leur trace. En outre, les mécanismes de virement étaient utilisés régulièrement pour dissimuler des transferts de fonds et acheminer ces fonds ailleurs pour les soustraire à la surveillance des autorités;

d) D'augmenter le coût du commerce international étant donné que l'utilisation frauduleuse de plus en plus fréquente de documents entraînait un affaiblissement des mécanismes et circuits commerciaux existants. De nombreuses fraudes consistaient à se prévaloir de marchandises inexistantes, à utiliser des documents falsifiés ou contrefaits, tels que des connaissements ou des récépissés d'entrepôt, à vendre des produits inexistants ou encore à vendre plusieurs fois la même marchandise. Le coût du commerce augmentait également en raison de fraudes impliquant des réseaux de malfaiteurs qui avaient recours à des intermédiaires agissant de concert pour tromper des commerçants et des entreprises légitimes.

281. On a fait observer que, s'il ne devait pas se concentrer sur les conséquences pénales, un projet de la CNUDCI concernant les fraudes commerciales et financières pourrait être utile à la lutte contre la criminalité organisée. Bien que l'implication de groupes criminels organisés dans les fraudes financières ne soit pas encore manifeste, ces dernières constituaient pour eux un terreau fertile. En outre, elles offraient la possibilité à des opérateurs illégaux de se procurer aisément des fonds.

282. Il a été souligné que, si les autorités avaient depuis longtemps constaté le caractère illégitime de ces pratiques, elles s'étaient heurtées à de graves et nombreuses difficultés pour les combattre. Ces difficultés étaient les suivantes:

a) Le caractère international donné délibérément à la plupart des pratiques frauduleuses. Il était souvent difficile de reconstituer et de comprendre le rôle et la contribution de chaque partie impliquée. En outre, les parties étaient généralement situées dans des pays différents. De plus, toutes clamaient habituellement leur innocence et rejetaient la responsabilité de toute perte sur d'autres personnes qui évidemment ne se trouvaient pas sur le même territoire. Les difficultés rencontrées par les autorités nationales pour poursuivre les fraudeurs étaient encore plus nombreuses au niveau international. En conséquence, ceux qui étaient chargés des poursuites au civil ou au pénal étaient rarement en mesure de réunir les éléments nécessaires pour poursuivre les fraudeurs ou retrouver les fonds;

b) L'existence d'une multitude de règles de droit interne applicables. Contrairement aux agressions physiques, les pratiques frauduleuses ne relevaient pas d'une seule catégorie de règles. Elles pouvaient comporter à la fois des aspects pénaux et des aspects civils, qui à leur tour revêtaient de multiples dimensions liées notamment à la législation du transport océanique, du stockage des marchandises, des titres de transport représentatifs des marchandises, des valeurs mobilières, de la banque, de l'assurance, de la protection des consommateurs, des fonds de pension et des professions de courtier en titres, d'avocat et de comptable. Il arrivait souvent que les limites entre ces différentes règles ne soient pas clairement définies et se chevauchent, ce qui prêtait à confusion et décourageait les autorités d'utiliser pour combattre les fraudes les ressources limitées dont elles disposaient;

c) La multitude des disciplines concernées. La plupart des pratiques frauduleuses consistaient à combiner astucieusement divers éléments obscurs de sorte que peu de professionnels pouvaient en comprendre tous les aspects. Il s'ensuivait que la plupart des professionnels hésitaient à donner leur avis sur ces questions car elles dépassaient le cadre de leurs compétences. Malheureusement, les fraudeurs n'avaient pas de telles hésitations;

d) L'existence de fonds dissimulés et dispersés. Outre que les fraudeurs opéraient au niveau international, les fonds étaient généralement transférés vers d'autres pays et répartis entre les différents protagonistes de manière à brouiller les pistes, ce qui rendait encore plus complexes la poursuite des fraudeurs, l'établissement des preuves et le recouvrement des fonds. Cette dernière opération était souvent difficile lorsque les fonds avaient été transférés vers des pays qui n'appuyaient pas les actions engagées en réparation du préjudice subi par les victimes. En cas de blanchiment d'argent, les difficultés étaient encore accrues.

283. Selon un avis, la Commission bénéficiait à la fois des points de vue des gouvernements et de compétences internationalement reconnues dans le domaine du commerce international et avait une longue tradition de coopération avec les organisations internationales du secteur privé et de collaboration avec des experts internationaux renommés. Elle était également bien placée pour apprécier le fonctionnement des institutions commerciales et financières dont la coopération était essentielle et dont les opérations ne devaient pas être indûment perturbées.

284. Outre que la Commission possédait des compétences pour entreprendre un tel effort, nombre de ces fraudes financières avaient trait à des questions qui avaient été expressément traitées dans les textes élaborés par elle, dont la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. La question de la fraude avait été examinée lors des délibérations qui avaient abouti à ces textes, lesquels contenaient tous des principes et des mécanismes importants pour encourager la transparence et réduire les possibilités de fraude, de corruption et d'opérations d'initié.

285. Il a été dit que le secrétariat pourrait réaliser une étude décrivant les pratiques financières et commerciales frauduleuses dans divers secteurs commerciaux et financiers et la façon dont les risques liés aux types de fraude les plus courants influaient sur la valeur des engagements contractuels et financiers (tels que les effets de commerce, les connaissements et les garanties). En outre, cette étude pourrait recenser les lacunes des législations commerciales, des règles commerciales et financières de nature non législative et des pratiques financières et commerciales qui étaient exploitées par des fraudeurs et d'autres délinquants. Elle pourrait aussi, dans la mesure du possible, décrire les dispositions législatives et réglementaires en matière de droit commercial et de droit civil que certains pays pourraient avoir prises pour combattre cette forme de criminalité.

286. Il a été proposé que la question soit étudiée et inscrite à l'ordre du jour de la trente-sixième session de la Commission, en 2003, afin de permettre à celle-ci de prendre toute mesure qu'elle jugerait souhaitable à ce sujet. Sur la base d'une telle étude, la Commission pourrait examiner la nécessité de prendre des mesures, par exemple de faire des recommandations d'ordre législatif ou autre, sur la façon de prévenir plus efficacement de tels actes illicites, en mettant l'accent sur les lois, les règles et les pratiques en matière commerciale. Même si la Commission concluait finalement à l'impossibilité d'élaborer de telles recommandations, cette étude serait utile pour faire prendre conscience des problèmes et faire évoluer les attitudes et pratiques.

287. En réponse à cette proposition, des intervenants ont reconnu que la fraude financière et commerciale constituait un problème de plus en plus grave et que les gouvernements étaient très soucieux de prendre des mesures pour y faire face. Il a également été reconnu que cette fraude compromettait la confiance dans les mécanismes commerciaux, financiers et en matière d'investissement et avait un effet déstabilisateur sur les marchés. Les entités commerciales des pays en développement étaient particulièrement vulnérables parce qu'elles n'avaient qu'une expérience limitée des instruments du commerce international, et il leur serait donc utile de recevoir des informations et des conseils sur la façon d'éviter d'être victimes de fraudes. Les travaux de la Commission aideraient également les États et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales à se doter de régimes de droit privé à caractère législatif et non législatif mieux adaptés pour assurer la prévention des pratiques frauduleuses.

288. De sérieuses réserves ont également été exprimées en ce qui concerne la faisabilité du projet. Il a été souligné que, s'ils étaient entrepris, ces travaux risqueraient d'empiéter ou d'avoir des incidences sur des domaines qui étaient traités par d'autres organisations, dont le centre d'intérêt n'était pas le droit commercial, et qu'il fallait veiller à ce que la Commission ne soit pas amenée à examiner des questions qui sortaient de son domaine d'activité et de compétence normal. Il a également été estimé que, si l'on partait de l'hypothèse que le projet porterait sur les aspects de la fraude intéressant le droit privé, sa portée n'était pas définie et devait être soigneusement examinée.

289. Un certain nombre de délégations ont estimé que le projet, malgré son utilité potentielle, ne pourrait pas être entrepris étant donné la situation alarmante du secrétariat de la CNUDCI pour ce qui est des effectifs (voir par. 268 ci-dessus). Des intervenants ont déclaré qu'il était malavisé d'ajouter de nouveaux projets à un moment où la Commission risquait d'être obligée de ralentir ou de réduire son programme de travail en cours faute de ressources et que l'étude proposée ne devrait être entreprise que si des effectifs supplémentaires étaient mis à la disposition du secrétariat de la Commission. Il a été déclaré en outre que le projet proposé ne devrait pas se voir accorder un haut degré de priorité et que la Commission devrait plutôt mettre davantage l'accent sur ses activités de formation et d'assistance technique.

290. Après un débat, il a été convenu qu'il serait utile d'élaborer l'étude proposée en vue de son examen par la Commission, sans que cela engage pour l'instant celle-ci à prendre quelque action que ce soit sur la base de cette étude. Tout en demandant au secrétariat d'entreprendre l'étude en question, la Commission n'a pas fixé de délai. Il a été entendu que ce travail ne devrait être entrepris que dans la mesure où il ne faudrait pas y consacrer des ressources nécessaires à d'autres projets inscrits à l'ordre du jour de la Commission.

B. Bibliographie

291. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des écrits récents ayant trait à ses travaux (A/CN.9/517). Elle a souligné qu'il était important que cette bibliographie soit aussi complète que possible et a donc prié les gouvernements, les établissements universitaires, les autres organisations concernées et les auteurs de faire parvenir des exemplaires des publications récentes au secrétariat.

C. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis

292. Il a été noté que l'Institut de droit commercial international de la faculté de droit de Pace University (New York) avait organisé le neuvième concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 22 au 28 mars 2002. Il a en outre été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au concours étaient fondées sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international et le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Cent huit équipes représentant des facultés de droit de 36 pays ont participé au concours de 2002, qui a réuni quelque 650 étudiants et 275 arbitres. L'équipe ayant le mieux plaidé était celle de l'Université nationale de Singapour. Il a été noté par ailleurs que le dixième concours se tiendrait à Vienne du 11 au 17 avril 2003 et que le secrétariat de la Commission avait donné une série de conférences sur des textes élaborés par la CNUDCI devant environ 120 des participants au concours.

293. La Commission a remercié l'Institut de droit commercial international de la faculté de droit de Pace University d'avoir organisé le concours et le secrétariat de l'avoir parrainé et d'avoir donné une série de conférences. Il a été largement estimé que le concours, de par son caractère international, était un excellent moyen de diffuser des informations sur les textes juridiques uniformes et d'enseigner le droit commercial international.

D. Le site Web de la CNUDCI

294. La Commission s'est déclarée satisfaite de son site Web (www.uncitral.org). On a noté que ce site était un élément important du programme d'ensemble d'activités d'information, de formation et d'assistance technique de la Commission, qui attirait chaque jour quelque 900 utilisateurs d'environ 95 pays. Il a été dit que le site permettait aux participants aux sessions des groupes de travail et de la Commission d'avoir rapidement accès aux documents de travail dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, ce qui favorisait la transparence et facilitait les travaux de la Commission. On a noté également que le site Web donnait à un large éventail d'usagers intéressés, dont des parlementaires, des juges, des praticiens et des universitaires, librement accès, de n'importe où dans le monde, notamment aux textes adoptés par la Commission, à des rapports actualisés sur l'état des conventions et des textes adoptés, aux décisions de juridictions étatiques ou arbitrales interprétant les textes de la CNUDCI (Recueil de jurisprudence) et à une bibliographie concernant les travaux de la Commission. Il a été noté par ailleurs que le secrétariat avait l'intention d'achever, d'ici à la session suivante de la Commission, la mise sur le site Web de tous les annuaires ainsi que des travaux préparatoires concernant tous les textes adoptés. La Commission a noté avec satisfaction que de plus en plus de documents étaient accessibles sur le site Web dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et a prié instamment le secrétariat de continuer à s'employer à étendre la gamme des archives accessibles.

XVIII. DATE ET LIEU DES RÉUNIONS À VENIR

A. Trente-sixième session de la Commission

295. La Commission a approuvé la tenue de sa trente-sixième session à Vienne du 30 juin au 18 juillet 2003. Il a été noté que la session serait peut-être écourtée si cela s'avérait opportun compte tenu de l'état d'avancement des projets de texte élaborés par les divers groupes de travail.

B. Sessions des groupes de travail jusqu'à la trente-sixième session de la Commission

296. La Commission a approuvé le calendrier ci-après pour les sessions de ses groupes de travail, sous réserve de l'annulation possible de certaines sessions qui serait décidée par les groupes de travail concernés dans les cas où, faute des ressources voulues, le secrétariat ne pourrait envisager de produire à temps la documentation nécessaire:

a) Le Groupe de travail I (Projets d'infrastructure à financement privé) tiendrait sa cinquième session à Vienne du 9 au 13 septembre 2002, immédiatement avant la dixième session du Groupe de travail III, et sa sixième session, si nécessaire, à New York du 24 au 28 mars 2003, immédiatement avant la onzième session du Groupe de travail III;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage) tiendrait sa trente-septième session à Vienne du 7 au 11 octobre 2002, immédiatement avant la quarantième session du Groupe de travail IV, et sa trente-huitième session à New York du 12 au 16 mai 2003, immédiatement après la quarante et unième session du Groupe de travail IV; (On notera que la Commission avait initialement décidé que la trente-huitième session du Groupe de travail II se tiendrait du 28 avril au 2 mai 2003. Elle a toutefois dû revoir ces dates car aucune salle de conférence n'était disponible.);

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa dixième session à Vienne du 16 au 20 septembre 2002, immédiatement après la cinquième session du Groupe de travail I, et sa onzième session à New York du 31 mars au 4 avril 2003, immédiatement après la sixième session du Groupe de travail I;

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarantième session à Vienne du 14 au 18 oc-

tobre 2002, immédiatement après la trente-septième session du Groupe de travail II, et sa quarante et unième session à New York du 5 au 9 mai 2003, immédiatement avant la trente-huitième session du Groupe de travail II;

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa vingt-septième session à Vienne du 9 au 13 décembre 2002, immédiatement avant la deuxième session du Groupe de travail VI, et sa vingt-huitième session à New York du 24 au 28 février 2003, immédiatement avant la troisième session du Groupe de travail VI;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa deuxième session à Vienne du 16 au 20 décembre 2002, immédiatement après la vingt-septième session du Groupe de travail V, et sa troisième session à New York du 3 au 7 mars 2003, immédiatement après la vingt-huitième session du Groupe de travail V.

C. Sessions des groupes de travail après la trente-sixième session de la Commission en 2003

297. La Commission a noté que le calendrier provisoire ci-après avait été établi concernant les réunions des groupes de travail après sa trente-sixième session (ce calendrier étant soumis à son approbation à sa trente-sixième session):

a) Le Groupe de travail I (Projets d'infrastructure à financement privé) tiendrait sa septième session, si nécessaire, à Vienne du 6 au 10 octobre 2003;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage) tiendrait sa trente-neuvième session à Vienne du 10 au 14 novembre 2003;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa douzième session à Vienne du 13 au 17 octobre 2003;

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-deuxième session à Vienne du 17 au 21 novembre 2003;

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa vingt-neuvième session à Vienne du 1er au 5 septembre 2003;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa quatrième session à Vienne du 8 au 12 septembre 2003.

ANNEXES

On trouvera les annexes I et II au rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-cinquième session dans la troisième partie du présent annuaire.

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement: extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa quarante-neuvième session [TD/B/49/15 (Vol. I)]

Développement progressif du droit commercial international: trente-cinquième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

À sa 935e séance plénière, le 17 octobre 2002, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-cinquième session (A/57/17).

C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session (A/57/562 et Corr.1)

Rapporteur: M. Karim Medrek (Maroc)

I. INTRODUCTION

1. À sa 19e séance plénière, le 20 septembre 2002, l'Assemblée générale a décidé, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa cinquante-septième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 4e, 5e et 16e à 19e séances, le 30 septembre et les 17, 18, 22 et 24 octobre 2002. On trouvera dans les comptes rendus analytiques correspondants l'exposé des vues des représentants qui ont pris la parole durant l'examen de la question (A/C.6/57/SR.4, 5 et 16 à 19).

3. Pour l'examen de la question, la Commission était saisie des documents suivants:

a) Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session[1];

b) Rapport du Secrétaire général sur l'élargissement de la composition de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (A/56/315).

4. À la 4e séance, le 30 septembre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément no* 17 (A/57/17).

international à sa trente-cinquième session a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de sa session (voir A/C.6/57/SR.4).

II. EXAMEN DES PROPOSITIONS

A. Projet de résolution A/C.6/57/L.12

5. À la 16e séance, le 17 octobre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session" (A/C.6/57/L.12) au nom des pays suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Bénin, Brésil, Burkina Faso, Canada, Chili, Chine, Chypre, Costa Rica, Croatie, Danemark, Équateur, Espagne, Éthiopie, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, France, Géorgie, Ghana, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Irlande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malaisie, Malte, Maroc, Mexique, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Sierra Leone, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Soudan, Sri Lanka, Suède, Suisse, Suriname, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Turquie, Uruguay et Venezuela. Djibouti et l'ex-République yougoslave de Macédoine se sont par la suite portés coauteurs du projet.

6. À sa 17e séance, le 18 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/57/L.12 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 15, projet de résolution I).

B. Projet de résolution A/C.6/57/L.13

7. À la 16e séance, le 17 octobre, le Président de la Commission a présenté un projet de résolution intitulé "Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la conciliation commerciale internationale" (A/C.6/57/L.13).

8. À sa 17e séance, le 18 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/57/L.13 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 15, projet de résolution II).

C. Projet de résolution A/C.6/57/L.14

9. À la 16e séance, le 17 octobre, le Président de la Commission a présenté un projet de résolution intitulé "Amélioration de la coordination dans le domaine du droit commercial international et renforcement du secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international" (A/C.6/57/L.14).

10. À sa 17e séance, le 18 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/57/L.14 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 15, projet de résolution III).

11. Avant l'adoption du projet de résolution, le représentant du Mexique a fait une déclaration expliquant sa position (voir A/C.6/57/SR.17).

D. Projet de résolution A/C.6/57/L.15

12. À la 18e séance, le 22 octobre, le Président a présenté un projet de résolution intitulé "Augmentation du nombre de membres de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international" (A/C.6/57/L.15).

13. À sa 19e séance, le 24 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/56/L.15 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 15, projet de résolution IV).

14. Avant l'adoption du projet de résolution, le représentant de la Sierra Leone a fait une déclaration expliquant sa position (voir A/C.6/57/SR.19).

III. RECOMMANDATIONS DE LA SIXIÈME COMMISSION

La Sixième Commission recommande à l'Assemblée générale d'adopter les projets de résolution ci-après:

[Le texte des projets de résolution ne figure pas dans la présente section. Les projets de résolution ont été adoptés avec des modifications de forme (résolutions 57/17, 57/18, 57/19 et 57/20 de l'Assemblée générale, voir section D ci-dessous)]

D. Résolutions de l'Assemblée générale 57/17, 57/18, 57/19 et 57/20 en date du 19 novembre 2002

Résolutions adoptées par l'Assemblée générale sur le rapport de la Sixième Commission (A/57/562 et Corr.1)

57/17. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en lui donnant pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à un large développement du commerce international,

Réaffirmant sa conviction que l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, en réduisant ou en supprimant les obstacles juridiques aux échanges internationaux, notamment ceux auxquels se heurtent les pays en développement, contribueraient de façon appréciable à la coopération économique universelle entre tous les États, sur la base de l'égalité, de l'équité et de la communauté d'intérêts, ainsi qu'à l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, au bien-être de tous les peuples,

Ayant examiné le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-cinquième session[1],

Craignant que les activités menées par d'autres organismes des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international sans coordination avec la Commission n'aboutissent à un gaspillage d'efforts, c'est-à-dire à l'opposé de l'efficacité et de la cohérence dont elle a fait les objectifs de l'unification et de l'harmonisation du droit commercial international dans sa résolution 37/106 du 16 décembre 1982,

Réaffirmant que la Commission, principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner l'activité juridique dans cette discipline,

1. *Prend note avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session[1];

2. *Note avec satisfaction* que la Commission a achevé et adopté la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale[2];

3. *Félicite* la Commission pour les progrès qu'elle a réalisés dans ses travaux sur l'arbitrage, le droit de l'insolvabilité, le commerce électronique, les projets d'infrastructure à financement privé, les sûretés et le droit des transports;

4. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'œuvre que la Commission accomplit en matière de formation et d'assistance technique dans le domaine du droit commercial international et, à cet égard:

a) Remercie la Commission d'avoir organisé des séminaires et des missions d'information au Brésil, au Cambodge, en Équateur, en Indonésie et au Viet Nam;

b) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis d'organiser les séminaires et les missions d'information, et demande aux gouvernements, aux organismes des Nations Unies et aux organisations, institutions et particuliers concernés de verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et, le cas échéant, de financer des projets spéciaux et d'aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission à financer et organiser des séminaires et colloques, en particulier dans les pays en développement, ainsi qu'à accorder des bourses à des candidats de pays en développement pour leur permettre d'y participer;

c) Engage de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement et les banques régionales de développement ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme de formation et d'assistance technique de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes;

5. *Souligne* qu'il importe, pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial, que les conventions issues des travaux de la Commission entrent en vigueur, et, à cette fin, invite instamment les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer;

6. *Lance un appel* aux gouvernements, aux organismes des Nations Unies, aux organisations, aux institutions et aux particuliers concernés pour qu'ils versent des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

7. *Décide*, pour que tous les États Membres puissent participer pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de poursuivre l'examen à sa cinquante-septième session, dans le cadre de la grande commission compétente, de la question de l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

8. *Prie de nouveau* le Secrétaire général de renforcer le secrétariat de la Commission pour tenir compte de l'accroissement de son programme de travail dans les limites des ressources dont dispose l'Organisation, de manière à assurer et à renforcer la réalisation effective de ce programme, si possible dès l'exercice biennal en cours et, en tout cas, au cours de l'exercice biennal 2004-2005.

52e séance plénière
19 novembre 2002

57/18. Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la conciliation commerciale internationale

L'Assemblée générale,

Consciente de la valeur que présentent pour le commerce international les méthodes de règlement des litiges commerciaux suivant lesquelles les parties demandent à un tiers ou des tiers de les aider à tenter de régler leur différend à l'amiable,

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17).

[2] Ibid., annexe I.

Notant que ces méthodes de règlement des différends, dénommées conciliation ou médiation ou désignées par un terme équivalent, sont de plus en plus courantes dans la pratique commerciale internationale et nationale à la place de la procédure contentieuse,

Considérant que le recours à ces méthodes de règlement des litiges se traduit par des avantages non négligeables, notamment en ce qu'il réduit les cas où un litige aboutit à la cessation d'une relation commerciale, facilite aux parties commerciales l'administration des opérations internationales et permet aux États de faire des économies dans l'administration de la justice,

Convaincue que l'établissement d'une Loi type sur ces méthodes qui soit acceptable pour des États ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribuerait à des relations économiques internationales harmonieuses,

Notant avec satisfaction que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a achevé et adopté le texte de la Loi type sur la conciliation commerciale internationale[1],

Estimant que la Loi type sera très utile aux États pour renforcer leur législation régissant le recours aux techniques modernes de la conciliation ou de la médiation ou pour en élaborer une dans les cas où il n'en existe pas,

Notant que la Loi type a été élaborée après les délibérations nécessaires et des consultations étendues avec les gouvernements et les milieux intéressés,

Convaincue que la Loi type, jointe au Règlement de conciliation recommandé par l'Assemblée générale dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980, apporte beaucoup à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé assurant le règlement juste et efficace des litiges nés des relations commerciales internationales,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé et adopté la Loi type sur la conciliation commerciale internationale dont le texte figure en annexe à la présente résolution, et d'avoir établi le Guide pour son incorporation et son utilisation dans le droit interne;

2. *Prie* le Secrétaire général de tout faire pour que la Loi type et le Guide correspondant soient portés à la connaissance et mis à la disposition de tous;

3. *Recommande* à tous les États d'envisager sérieusement d'incorporer la Loi type sur la conciliation commerciale internationale dans leur droit interne car il est souhaitable d'assurer l'uniformité du droit processuel du règlement des litiges, et de répondre aux exigences particulières de la pratique de la conciliation commerciale internationale.

52e séance plénière
19 novembre 2002

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément no 17* (A/57/17), annexe I.

ANNEXE

LOI TYPE DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL SUR LA CONCILIATION COMMERCIALE INTERNATIONALE

Article premier. Champ d'application et définitions

1. La présente Loi s'applique à la conciliation commerciale[2] internationale[3].

2. Aux fins de la présente Loi, le terme "conciliateur" désigne un conciliateur unique, deux conciliateurs ou plusieurs conciliateurs, selon le cas.

3. Aux fins de la présente Loi, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne (le "conciliateur") de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport. Le conciliateur n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige.

4. Une conciliation est internationale si:

a) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

b) L'État dans lequel les parties ont leur établissement est différent:

i) Soit de l'État dans lequel une part substantielle des obligations issues de la relation commerciale doit être exécutée;

ii) Soit de l'État avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit.

5. Aux fins du présent article:

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

[2] Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, de manière à désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les opérations suivantes: toute opération commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de biens ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; opérations bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

[3] Les États qui souhaitent élaborer sur la base de la Loi type une législation qui s'applique à la fois à la conciliation interne et à la conciliation internationale voudront peut-être apporter au texte les modifications suivantes:

- Supprimer le mot "internationale" au paragraphe 1 de l'article premier;
- Supprimer les paragraphes 4, 5 et 6 de l'article premier.

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

6. La présente Loi s'applique également à une conciliation commerciale lorsque les parties conviennent que la conciliation est internationale ou se mettent d'accord sur l'applicabilité de la présente Loi.

7. Les parties sont libres de convenir d'exclure l'applicabilité de la présente Loi.

8. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 9 du présent article, la présente Loi s'applique quelle que soit la base sur laquelle la conciliation est mise en œuvre, notamment une convention des parties conclue avant ou après la survenance d'un litige, une obligation légale, ou la demande ou l'invitation d'une juridiction étatique, d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente.

9. La présente Loi ne s'applique pas:

a) Aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement; ni

b) […].

Article 2. Interprétation

1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Article 3. Dérogation conventionnelle

Les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque des dispositions de la présente Loi, à l'exception des dispositions de l'article 2 et du paragraphe 3 de l'article 6.

Article 4. Début de la procédure de conciliation[4]

1. La procédure de conciliation portant sur un litige déjà né débute le jour où les parties à ce litige conviennent d'engager une telle procédure.

2. Si la partie qui a invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation dans les trente jours de la date d'envoi de l'invitation, ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, elle peut choisir de considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation.

[4]La Commission suggère le texte ci-après à l'intention des États qui souhaiteraient adopter une disposition concernant la suspension du délai de prescription:

Article [...] Suspension du délai de prescription

1. Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation est suspendu.

2. Lorsque la procédure de conciliation a pris fin sans qu'un accord issu de la conciliation soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où la conciliation s'est achevée sans cet accord.

Article 5. Nombre et nomination des conciliateurs

1. Il y a un conciliateur, à moins que les parties ne conviennent qu'il y en aura deux ou plus.

2. Les parties s'efforcent de choisir le ou les conciliateurs d'un commun accord, à moins qu'elles ne conviennent d'une procédure différente pour leur nomination.

3. Les parties peuvent demander l'assistance d'une institution ou d'une personne pour la nomination des conciliateurs. En particulier:

a) Une partie peut demander à l'institution ou à la personne en question de recommander des personnes ayant les qualités requises pour servir de conciliateur; ou

b) Les parties peuvent convenir que l'institution ou la personne en question nommera directement un ou plusieurs conciliateurs.

4. Lorsqu'elle recommande ou nomme des conciliateurs, l'institution ou la personne en question a égard aux considérations propres à garantir la nomination d'une personne indépendante et impartiale et, le cas échéant, tient compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celle des parties.

5. Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité de conciliateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure de conciliation, le conciliateur signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait.

Article 6. Conduite de la conciliation

1. Les parties sont libres de convenir, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base, de la manière dont la conciliation doit être conduite.

2. En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des souhaits que peuvent exprimer les parties et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.

3. Dans tous les cas, le conciliateur s'efforce, dans la conduite de la procédure, d'accorder aux parties un traitement équitable et, ce faisant, il prend en compte les circonstances de l'affaire.

4. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.

Article 7. Communication entre le conciliateur et les parties

Le conciliateur peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément.

Article 8. Communication d'informations

Lorsque le conciliateur reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler la teneur à toute autre partie à la conciliation. Toutefois, lorsqu'une partie donne au conciliateur une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci ne doit être révélée à aucune autre partie à la conciliation.

Article 9. Caractère confidentiel

Sauf convention contraire des parties, toutes les informations relatives à la procédure de conciliation doivent demeurer confidentielles, sauf lorsque la divulgation est exigée par la loi ou est rendue nécessaire pour la mise en œuvre ou l'exécution de l'accord issu de la conciliation.

Article 10. Recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure

1. Une partie à la procédure de conciliation, le conciliateur et toute tierce personne, y compris celles qui ont été associées à l'administration de la procédure de conciliation, ne peuvent, dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue, invoquer ou présenter l'un des éléments de preuve mentionnés ci-après ni témoigner à leur sujet:

a) Une invitation à la conciliation adressée par une partie ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de conciliation;

b) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie au cours de la conciliation concernant une solution éventuelle du litige;

c) Les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;

d) Les propositions faites par le conciliateur;

e) Le fait qu'une partie a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le conciliateur;

f) Un document établi aux seules fins de la procédure de conciliation.

2. Le paragraphe 1 du présent article s'applique quelle que soit la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés.

3. La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une juridiction étatique ou une autre autorité publique compétente et, si de telles informations sont présentées comme éléments de preuve en contravention des dispositions du paragraphe 1 du présent article, ceux-ci sont irrecevables. Néanmoins, ces informations peuvent être divulguées ou reçues comme éléments de preuve dans la mesure exigée par la loi ou nécessaire à la mise en œuvre ou à l'exécution de l'accord issu de la conciliation.

4. Les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article s'appliquent, que la procédure arbitrale ou judiciaire ou la procédure analogue se rapporte ou non au litige qui fait ou a fait l'objet de la procédure de conciliation.

5. Sous réserve des restrictions énoncées au paragraphe 1 du présent article, les éléments de preuve par ailleurs recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou une procédure analogue ne deviennent pas irrecevables du simple fait qu'ils ont été utilisés dans une conciliation.

Article 11. Fin de la procédure de conciliation

La procédure de conciliation prend fin:

a) Par la conclusion par les parties d'un accord issu de la conciliation, à la date de l'accord;

b) Par une déclaration du conciliateur indiquant, après consultation des parties, que de nouveaux efforts de conciliation ne se justifient plus, à la date de la déclaration;

c) Par une déclaration des parties adressée au conciliateur indiquant qu'il est mis fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

d) Par une déclaration d'une partie adressée à l'autre partie ou aux autres parties et, si un conciliateur a été nommé, au conciliateur, indiquant qu'il est mis fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration.

Article 12. Conciliateur assumant les fonctions d'arbitre

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre ni dans un litige qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de conciliation ni dans un autre litige né du même rapport contractuel ou juridique ou lié à ce rapport.

Article 13. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

Lorsque les parties sont convenues de recourir à la conciliation et se sont expressément engagées à n'entamer pendant une période spécifiée ou jusqu'à la survenance d'un événement spécifié aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal arbitral ou la juridiction étatique jusqu'à ce que les conditions dont il s'accompagne aient été satisfaites, sauf dans la mesure où une partie estime nécessaire d'engager une telle procédure pour la sauvegarde de ses droits. L'engagement d'une telle procédure ne doit pas être considéré en soi comme une renonciation à la convention de conciliation ni comme mettant fin à la procédure de conciliation.

Article 14. Force exécutoire de l'accord issu de la conciliation[5]

Si les parties concluent un accord réglant leur litige, cet accord est obligatoire et les lie et est susceptible d'exécution ... [*l'État adoptant peut, s'il le souhaite, insérer une description du mode d'exécution des accords issus d'une conciliation ou renvoyer aux dispositions qui régissent une telle exécution*].

57/19. Amélioration de la coordination dans le domaine du droit commercial international et renforcement du secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en lui donnant pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à un large développement du commerce international,

[5] L'État adoptant, lorsqu'il appliquera la procédure d'exécution des accords issus d'une conciliation, pourra envisager la possibilité d'une procédure obligatoire.

Ayant examiné le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-cinquième session[1],

Notant que les États Membres, en particulier les pays en développement, demandent à la Commission de leur fournir une assistance technique et d'élaborer des normes juridiques dans des domaines de plus en plus nombreux et que, pour cette raison, le nombre de projets auxquels travaille la Commission a plus que doublé par rapport aux années précédentes,

Notant également la nécessité grandissante d'assurer la coordination entre un nombre croissant d'organisations internationales qui élaborent des règles et des normes applicables au commerce international, et la fonction particulière que l'Assemblée générale a confiée à la Commission dans sa résolution 2205 (XXI) et qu'elle a confirmée dans ses résolutions subséquentes,

Convaincue que les méthodes de travail de la Commission se sont révélées efficaces,

Préoccupée, néanmoins, par l'accroissement des demandes qui pèsent sur le personnel du secrétariat de la Commission du fait de l'accroissement du programme de travail et par l'inaptitude de celui-ci à continuer de fournir les services nécessaires aux groupes de travail de la Commission et d'accomplir d'autres tâches connexes telles qu'aider les gouvernements, ce qui pourrait amener la Commission à différer ou à interrompre ses travaux sur des sujets inscrits à son ordre du jour et à réduire le nombre de ses groupes de travail,

1. *Souligne* qu'il faut accorder un rang de priorité plus élevé aux travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, du fait de l'intérêt croissant que présente la modernisation du droit commercial international pour le développement économique mondial et, partant, pour le maintien de relations amicales entre les États;

2. *Prend acte* de la recommandation figurant dans le rapport du Bureau des services de contrôle interne du Secrétariat sur l'évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques[2], selon laquelle le Bureau des affaires juridiques devrait examiner les incidences, au niveau des services de secrétariat, de l'augmentation de trois à six du nombre des groupes de travail de la Commission, et présenter à celle-ci, lors de l'examen des applications pratiques de ces nouvelles méthodes de travail auxquelles elle procédera prochainement, différentes options permettant d'assurer le niveau nécessaire de services de secrétariat;

3. *Prie* le Secrétaire général d'envisager des mesures pour renforcer le secrétariat de la Commission dans les limites des ressources dont dispose l'Organisation, si possible au cours de l'exercice biennal en cours et en tout cas au cours de l'exercice biennal 2004-2005.

52e séance plénière
19 novembre 2002

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément no 17* (A/57/17).

[2] E/AC.51/2002/5, recommandation 15.

57/20. Augmentation du nombre de membres de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en lui donnant pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à un large développement du commerce international,

Rappelant également sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, par laquelle elle a décidé de porter de vingt-neuf à trente-six États le nombre des membres de la Commission,

Satisfaite de la pratique suivant laquelle la Commission invite les États qui ne comptent pas au nombre de ses membres et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales compétentes à participer en tant qu'observateurs à ses sessions et à celles de ses groupes de travail et à prendre part à l'élaboration de ses textes, ainsi que de la pratique selon laquelle la Commission prend ses décisions par consensus sans vote formel,

Constatant que le nombre considérable d'États ayant participé en tant qu'observateurs et contribué utilement aux travaux de la Commission indique que les trente-six États membres actuels de la Commission ne sont pas les seuls à vouloir prendre une part active à ses activités,

Convaincue qu'une participation plus large des États aux travaux de la Commission favoriserait l'avancement de ses travaux et que l'augmentation du nombre de ses membres stimulerait l'intérêt pour ses travaux,

Ayant examiné les commentaires communiqués par les États et le rapport sur les incidences de l'élargissement de la composition de la Commission présenté par le Secrétaire général[1] en application du paragraphe 13 de sa résolution 55/151 du 12 décembre 2000,

1. *Note* que les effets de l'augmentation du nombre de membres de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les services du secrétariat nécessaires au bon déroulement des travaux de la Commission ne seraient pas assez sensibles pour être chiffrés et que cette augmentation n'aurait donc aucune incidence financière;

2. *Décide* de porter le nombre des membres de la Commission de trente-six à soixante, sachant que la Commission est un organe technique dont la composition traduit notamment les exigences propres de la matière traitée; la représentation régionale résultant de cet élargissement, qui tient compte de ces exigences, ne saurait

[1] A/56/315.

constituer un précédent pour l'élargissement de la composition d'autres organes du système des Nations Unies;

3. *Décide également* d'élire les vingt-quatre membres supplémentaires de la Commission, pour un mandat de six ans, sous réserve des dispositions de l'alinéa *b* ci-dessous et conformément aux règles suivantes;

a) Lors de l'élection des membres supplémentaires, l'Assemblée générale respectera la répartition suivante des sièges:

i) Cinq pour les États d'Afrique;

ii) Sept pour les États d'Asie;

iii) Trois pour les États d'Europe orientale;

iv) Quatre pour les États d'Amérique latine et des Caraïbes;

v) Cinq pour les États d'Europe occidentale et autres États;

b) Sur les vingt-quatre membres supplémentaires élus la première fois lors de la cinquante-huitième session de l'Assemblée générale, treize verront leur mandat prendre fin le jour précédant l'ouverture de la quarantième session de la Commission en 2007; le Président de l'Assemblée générale désignera ces membres par tirage au sort comme suit:

i) Deux parmi les membres élus des États d'Afrique, deux parmi les membres élus des États d'Europe orientale et deux parmi les membres élus des États d'Europe occidentale et autres États;

ii) Quatre parmi les membres élus des États d'Asie;

iii) Trois parmi les membres élus des États d'Amérique latine et des Caraïbes;

c) Les vingt-quatre membres supplémentaires élus pour la première fois entreront en fonctions le premier jour de l'ouverture de la trente-septième session de la Commission, en 2004;

d) Les dispositions des paragraphes 4 et 5 de la section II de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale s'appliqueront également aux membres supplémentaires;

4. *Invite instamment* les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les organisations et les institutions concernées ainsi que les particuliers à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général, en vue d'assurer la pleine participation de tous les États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail.

52e séance plénière
19 novembre 2002

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

I. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-cinquième session (Vienne, 19-30 novembre 2001)

(A/CN.9/506) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-12	58
II.	Délibérations et décisions	13-144	59
	Article premier. Champ d'application	14-27	59
	Article 2. Conciliation	28-31	62
	Article 3. Conciliation internationale	32-37	62
	Article 17. Force exécutoire de la transaction	38-49	63
	Article 4. Dérogation conventionnelle	50-51	65
	Article 5. Début de la procédure de conciliation	52-56	66
	Article 6. Nombre de conciliateurs	57-58	66
	Article 7. Nomination des conciliateurs	59-66	66
	Article 8. Conduite de la conciliation	67-74	67
	Article 9. Communication entre le conciliateur et les parties	75-76	68
	Article 10. Communication d'informations	77-86	69
	Article 11. Fin de la procédure de conciliation	87-91	70
	Article 12. Prescription	92-100	71
	Article 13. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure	101-115	73
	Article 14. Rôle du conciliateur dans une autre procédure	116-123	75
	Article 15. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	124-129	76
	Article 16. Arbitre faisant office de conciliateur	130-132	77
	Projet d'article 17	133-139	77
	Projet d'article 4	140-144	79
III.	Projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale	145-161	79
Annexe	Projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale		81
	Article premier. Champ d'application et définitions		81
	Article 2. Interprétation		81
	Article 3. Dérogation conventionnelle		81
	Article 4. Début de la procédure de conciliation		81
	Article 5. Nombre de conciliateurs		81
	Article 6. Nomination des conciliateurs		82
	Article 7. Conduite de la conciliation		82
	Article 8. Communications entre le conciliateur et les parties		82
	Article 9. Communication d'informations entre les parties		82
	Article 10. Obligation de confidentialité		82
	Article 11. Recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure		82
	Article 12. Fin de la procédure de conciliation		83
	Article 13. Conciliateur assumant les fonctions d'arbitre		83
	Article 14. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire		83
	Article 15. Force exécutoire de l'accord issu de la conciliation		83

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était saisie d'une note du secrétariat intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage[1].

2. La Commission avait confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle avait appelé Groupe de travail sur l'arbitrage, et avait décidé que les points prioritaires que devrait traiter ce dernier seraient la conciliation[2], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[3], la force exécutoire des mesures provisoires et conservatoires[4] et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine[5].

3. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle avait pris note du rapport avec satisfaction et avait réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les sujets susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Il avait été déclaré à plusieurs reprises que, d'une manière générale, en décidant de la priorité à accorder aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions sur lesquelles les décisions judiciaires avaient laissé subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés au sein de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter étaient, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier comme tels, la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109, *k*); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal d'arbitrage pour ce qui était de ces demandes (par. 107, *g*); la liberté des parties d'être représentées dans une procédure arbitrale par des personnes de leur choix (par. 108, *c*); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York de 1958 (par. 109, *i*); et le pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts (par. 107, *j*). Il avait été noté avec satisfaction qu'en ce qui concernait les arbitrages "en ligne" (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance ont lieu au moyen de communications électroniques) (par. 113) le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (par. 107, *m*), on avait estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance[6].

4. À sa trente-quatrième session, tenue à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001, la Commission a pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle a félicité celui-ci pour les progrès accomplis jusqu'alors en ce qui concernait les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les questions ayant trait aux mesures provisoires et conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. S'agissant de la conciliation, la Commission a noté que le Groupe de travail sur l'arbitrage avait examiné les articles premier à 16 du projet de dispositions législatives types (voir A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1). De l'avis général, on pouvait escompter que les travaux relatifs à ce projet seraient achevés par le Groupe de travail à sa session ultérieure. La Commission a prié le Groupe de travail de poursuivre l'examen de ces dispositions à titre prioritaire, de sorte que l'instrument lui soit présenté sous forme de projet de loi type pour examen et adoption à sa trente-cinquième session en 2002[7].

6. À l'issue de sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces articles tenant compte des avis exprimés lors du débat, pour examen à sa session suivante (A/CN.9/487, par. 20).

7. Les États membres ci-après ont participé à la trente-cinquième session du Groupe de travail (Vienne, 19-30 novembre 2001): Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Maroc, Mexique, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan, Suède, Thaïlande et Uruguay.

8. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Arabie saoudite, Argentine, Australie, Chili, Croatie, Cuba, Équateur, Finlande, Guatemala, Indonésie, Iraq, Israël, Liban, Nigéria, Pérou, Philippines, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie et Yémen.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

[2] Ibid., par. 340 à 343.

[3] Ibid., par. 344 à 350.

[4] Ibid., par. 371 à 373.

[5] Ibid., par. 374 et 375.

[6] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396.

[7] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 315.

9. Y étaient également présents des observateurs de l'organe du Secrétariat de l'ONU et d'autres organisations internationales: Commission économique pour l'Europe, Comité consultatif de l'Accord de libre-échange nord-américain sur les litiges commerciaux privés, Cour permanente d'arbitrage, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Chartered Institute of Arbitrators, Chambre de commerce internationale, Queen Mary (University of London) School of International Arbitration.

10. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: José María ABASCAL ZAMORA (Mexique)
Rapporteur: V. G. HEGDE (Inde)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.114);

b) Note du secrétariat: Dispositions législatives types relatives à la conciliation commerciale internationale (A/CN.9/WG.II/WP.115);

c) Note du secrétariat: Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de [la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale] (A/CN.9/WG.II/WP.116).

12. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration de dispositions législatives types sur la conciliation commerciale internationale.
4. Adoption du rapport.

II. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

13. Le Groupe de travail a examiné le point 3 de l'ordre du jour en se fondant sur les documents établis par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.115 et A/CN.9/WG.II/WP.116). Il est rendu compte ci-dessous de ses délibérations et conclusions sur ce point. Après avoir achevé l'examen des dispositions du projet de dispositions législatives types sur la conciliation commerciale internationale quant au fond, le Groupe de travail a prié le secrétariat de créer un groupe de rédaction chargé d'examiner le texte dans son ensemble afin de garantir la cohérence des différents projets d'articles dans les différentes langues. La version finale du projet de dispositions telle qu'approuvée par le Groupe de travail figure à l'annexe du présent rapport, sous la forme d'un projet de loi type sur la conciliation commerciale internationale. Le secrétariat a été prié de réviser le texte du projet de guide pour l'incorporation et l'utilisation de la Loi type, en tenant compte des délibérations au sein du Groupe. Il a été noté que le projet de loi type, ainsi que le projet de guide pour l'incorporation et l'utilisation seraient transmis aux États membres et aux observateurs pour qu'ils puissent formuler leurs remarques et qu'ils seraient présentés sous la forme d'un projet de loi type accompagné d'un guide pour l'incorporation et l'utilisation, pour examen et adoption par la Commission à sa trente-cinquième session, qui doit se tenir à New York du 17 au 28 juin 2002.

Article premier. Champ d'application

14. Le texte du projet d'article premier examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Les présentes dispositions législatives types s'appliquent à la conciliation commerciale* internationale, telle que définie aux articles 2 et 3,

"*a*) Si le lieu de la conciliation, tel que convenu par les parties ou, faute d'une telle convention, tel que déterminé avec l'aide du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, est situé dans le présent État; ou

"*b*) Si le lieu de la conciliation n'a pas été convenu ou autrement déterminé comme prévu à l'alinéa *a*, il est réputé être situé dans le présent État si l'un quelconque des lieux ci-après s'y trouve: le lieu où est situé l'organisme qui a administré la procédure de conciliation; le lieu de résidence du conciliateur ou l'établissement des deux parties lorsque celles-ci ont leur établissement dans le même pays.

"2. Les présentes dispositions législatives types s'appliquent également à une conciliation commerciale qui n'est pas internationale au sens de l'article 3, si les parties sont convenues [expressément] que les dispositions législatives types sont applicables à la conciliation.

"3. Les articles... s'appliquent également si le lieu de la conciliation n'est pas situé dans le présent État.

"4. Les présentes dispositions législatives types s'appliquent, qu'une conciliation ait lieu à l'initiative d'une partie après la survenance d'un litige, en application d'une convention passée par les parties avant la survenance du litige, ou suite à une instruction ou une [demande] [invitation] d'une juridiction étatique ou d'une entité publique compétente.

"5. Les présentes dispositions législatives types ne s'appliquent pas:

"*a*) Aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant l'instance, mène une procédure de conciliation; et

"*b*) [...].

"* Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière."

Paragraphe 1

Internationalité

15. Diverses opinions ont été exprimées sur le point de savoir si le champ d'application du projet de loi type devrait couvrir uniquement la conciliation internationale. Selon un avis, la Loi type devrait être applicable également à la conciliation nationale et internationale. À l'appui de la suppression de la distinction entre conciliation nationale et internationale, il a été souligné que les pratiques commerciales modernes rendaient de plus en plus difficile la mise au point d'un critère opérationnel de l'internationalité dans le domaine de la conciliation. Afin d'éviter une telle distinction artificielle limitant indûment le champ d'application de la Loi type, il a été proposé que le projet d'article premier établisse comme principe que la Loi type régirait la conciliation commerciale en général. En plus de cette disposition, une note ou toute explication appropriée dans le guide pour l'incorporation pourrait indiquer clairement, à l'intention des États qui souhaitent limiter le champ d'application de la Loi type à la conciliation internationale, qu'ils ont la liberté de le faire.

16. Comme il est indiqué dans le projet de guide pour l'incorporation, une opinion largement partagée a été que la Loi type aurait toutes les chances d'être acceptée si l'on ne cherchait pas à empiéter sur la conciliation nationale. Cependant, le projet de loi type ne contenait aucune disposition qui, en principe, ne pourrait convenir à ce dernier type de conciliation. Les parties étaient d'ailleurs autorisées, aux termes du paragraphe 2 de l'article premier, à opter pour le projet de loi type. Il a été fait observer que dans certaines juridictions, en particulier dans les États fédéraux, il peut être très difficile de faire une distinction entre les échanges internationaux et les échanges internes. Le projet de loi type ne devrait pas être interprété comme encourageant les États adoptants à limiter son champ d'application à la conciliation internationale (voir A/CN.9/WG.II/WP.116, par. 36).

17. Cela étant posé, le Groupe de travail est convenu que la disposition définissant le champ d'application du projet de loi type devrait continuer de faire référence à la conciliation "internationale" afin d'éviter d'empiéter inutilement sur le droit interne. Il a également été convenu qu'une note relative au projet d'article premier devrait indiquer clairement que la Loi type pourrait être rendue applicable à la conciliation nationale par les États adoptants. La question a été renvoyée au Groupe de travail. Il a été décidé que la discussion devrait être rouverte une fois terminé l'examen des articles de fond du projet de loi type pour vérifier s'il serait nécessaire que la note propose des modifications au texte à l'intention des États qui pourraient souhaiter adopter la Loi type de manière qu'elle s'applique à la conciliation nationale aussi bien qu'internationale.

Lieu de la conciliation

18. La discussion a d'abord porté sur les divers éléments énumérés aux alinéas *a* et *b* pour la détermination du lieu de la conciliation comme critère d'application du projet de loi type. Divers avis ont été exprimés à propos de ces alinéas. Selon l'un d'entre eux, la référence à la détermination du lieu de la conciliation "avec l'aide du conciliateur ou du groupe de conciliateurs" est incompatible avec la nature contractuelle de la conciliation et devrait être supprimée des alinéas *a* et *b* afin de ne pas laisser penser que le conciliateur ou le groupe de conciliateurs avait le pouvoir d'imposer une décision aux parties. L'avis contraire a été que, dans la pratique, l'application du projet de loi type serait grandement facilitée s'il prévoyait expressément que le lieu de la conciliation est déterminé par le conciliateur. Selon une opinion voisine, il faudrait remplacer les mots "déterminé avec l'aide du conciliateur ou du groupe de conciliateurs" par les mots "déterminé par le conciliateur ou le groupe de conciliateurs après consultation avec les parties". Selon un autre point de vue encore, il faudrait fusionner les alinéas *a* et *b* et insérer le mot "car" avant le texte actuel de l'alinéa *b*.

19. Un autre avis a été que la référence au lieu de résidence du conciliateur, à l'alinéa *b*, devrait être supprimée au motif que ce ne serait peut-être pas un critère pratique dans les cas où la conciliation était menée par un groupe de conciliateurs. En outre, on a fait observer que le lieu de résidence des conciliateurs était inapproprié comme élément clef déterminant l'application du projet de loi type. Sur le plan rédactionnel, il a été suggéré de remplacer les mots "l'organisme qui a administré" par les mots "l'organisme administrant", pour ne pas laisser entendre que le lieu de la conciliation ne pouvait être déterminé qu'après la fin de la procédure de conciliation. Selon un autre avis encore, les alinéas *a* et *b*, tels qu'ils sont actuellement rédigés, ne traitaient pas suffisamment les besoins de conciliation multipartite. La proposition suivante a été faite comme substitut possible au paragraphe 1:

"1. Les présentes dispositions législatives types s'appliquent à la conciliation commerciale internationale, telle que définie aux articles 2 et 3,

"*a*) Si le lieu de la conciliation, tel que convenu par les parties, est situé dans le présent État; ou

"*b*) Lorsque le lieu de la conciliation n'a pas été convenu par les parties, si le lieu de la conciliation est réputé être situé dans le présent État.

"1A. Lorsque le lieu de la conciliation n'a pas été convenu par les parties, il est réputé être situé dans un État particulier:

"*a*) Si la totalité de la conciliation a lieu dans cet État;

"*b*) Lorsque la conciliation a lieu dans plus d'un État, si l'établissement principal de l'organisme qui a administré la procédure de conciliation est situé dans cet État;

"*c*) lorsque la conciliation a lieu dans plus d'un État et que la procédure de conciliation n'est pas administrée par un organisme quel qu'il soit, si l'établissement principal de toutes les parties à la conciliation se trouve dans cet État;

"*d*) Lorsque la conciliation a lieu dans plus d'un État, la procédure de conciliation n'y est pas administrée par un organisme quel qu'il soit et les établissements principaux des parties à la conciliation sont situés

dans des États différents, si le lieu de résidence du conciliateur ou du groupe de conciliateurs est situé dans cet État."

20. Dans le cadre de la discussion ci-dessus, il a été proposé de supprimer purement et simplement le paragraphe 1. On a fait observer que le lieu de la conciliation avait été retenu jusqu'à présent comme l'un des principaux éléments déclenchant l'application du projet de loi type par suite d'une analogie avec le lieu de l'arbitrage au paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. On a souligné qu'il n'était peut-être pas nécessaire que le lieu de la conciliation joue le même rôle central que celui qui a pu être donné au lieu de l'arbitrage dans les textes antérieurs de droit uniforme. En outre, en mettant trop l'accent sur le lieu de la conciliation pour déterminer le champ d'application du projet de loi type, on risquait d'aller à l'encontre de la pratique actuelle. Comme les parties ne désignaient pas souvent formellement un lieu de conciliation et comme, en pratique, la procédure de conciliation pouvait être menée dans divers lieux, on a estimé qu'il était problématique de retenir l'idée quelque peu artificielle que le lieu de conciliation était l'élément principal déclenchant l'application du projet de loi type. Des exemples ont été donnés de situations dans lesquelles une conciliation purement interne pourrait avoir lieu dans un pays étranger sans que les parties escomptent que cela ait des conséquences quelles qu'elles soient quant au régime juridique qui lui serait applicable. On a également pris l'exemple d'une conciliation née dans le cadre d'un mécanisme de règlement en ligne des litiges, où il pourrait être extrêmement difficile de déterminer un lieu physique comme "lieu de la conciliation", sauf de manière arbitraire et artificielle.

21. Il a été estimé dans l'ensemble qu'il n'y avait pas de raison impérieuse pour que le projet de loi type fournisse une règle objective pour la détermination du lieu de la conciliation. Un large soutien a été exprimé en faveur de la suppression de l'alinéa *b*. Quant à la détermination subjective du lieu de la conciliation par les parties, il a été estimé que le texte serait plus facile à appliquer s'il ne reposait pas sur une telle détermination mais reconnaissait expressément la possibilité pour les parties d'opter pour la législation incorporant le projet de loi type (qui pourrait être différent de la loi régissant la conciliation interne dans les États qui choisissent de maintenir la distinction entre conciliation interne et internationale). Pour ce qui est du critère principal à appliquer pour déterminer le champ d'application du projet de loi type en l'absence d'une détermination par les parties, il a été généralement convenu qu'il faudrait recourir à "l'internationalité", dans le sens des paragraphes 1 et 3 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Après un débat, il a été convenu que le paragraphe 1 devrait être modifié comme suit: "La présente loi s'applique à la conciliation commerciale internationale".

Paragraphe 2

22. Dans la logique de l'approbation d'un mécanisme d'option pour déclencher l'application du projet de loi type, le Groupe de travail a été d'accord dans l'ensemble avec les objectifs du paragraphe 2. Sur le plan rédactionnel, on a généralement estimé que la clause d'option positive devrait traiter à la fois la situation dans laquelle les parties convenaient que la conciliation devait être considérée comme internationale et celle où elles décidaient directement que le projet de loi type devrait s'appliquer, indépendamment du caractère interne ou international de la conciliation.

Paragraphe 3

23. Ayant décidé de supprimer la référence au lieu de la conciliation au paragraphe 1, le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 3.

Paragraphe 4

24. Selon un avis, il fallait supprimer le paragraphe 4 car toute énumération des fondements du recours à une procédure de conciliation risquait d'être incomplète et de donner lieu à une interprétation erronée quant à son caractère exhaustif ou non. À l'appui de la suppression, on a fait valoir que le projet de loi type devrait s'appliquer uniquement à une conciliation menée en application d'une convention conclue entre les parties. Les situations dans lesquelles la conciliation était imposée par la loi ou découlait d'une décision d'une juridiction étatique ou d'un tribunal arbitral soulevaient des questions de principe dont le projet de loi type ne devrait pas s'occuper.

25. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, une disposition similaire au paragraphe 4 devrait être maintenue. S'agissant du libellé, on a estimé que les mots "qu'une conciliation ait lieu à l'initiative d'une partie" étaient ambigus et ne reflétaient pas suffisamment la pratique selon laquelle une conciliation était engagée à l'invitation d'une partie et acceptée par l'autre partie. Il a également été proposé que le paragraphe 4 fasse expressément référence aux cas où une conciliation était imposée par la loi ou avait lieu à la demande d'un tribunal arbitral. On a en outre souligné que ce paragraphe devait indiquer clairement que le projet de loi type s'appliquait de la même manière, que la convention de conciliation ait été conclue avant ou après la survenance du litige. Ces propositions ont été jugées acceptables dans l'ensemble.

Paragraphe 5

26. Il a été suggéré de supprimer le paragraphe 5 pour éviter toute interprétation erronée sur le point de savoir si un juge ou un arbitre avait ou non le pouvoir de mener une conciliation en vertu du projet de loi type. En réponse à cette suggestion, de nombreux membres ont estimé que ce paragraphe était nécessaire pour montrer clairement que le projet de loi type n'empiétait sur aucune règle de procédure susceptible ou non de conférer ce pouvoir aux juges et aux arbitres.

27. Du point de vue rédactionnel, on a dit que l'expression "conciliatory process", dans la version anglaise, introduisait inutilement une source de confusion car on ne voyait pas comment la distinguer de "conciliation proceedings". Il a été proposé de parler à la place de "settlement conference" (conférence en vue de la transaction) ou d'em-

ployer toute autre expression désignant les efforts faits par un juge ou un conciliateur pendant la procédure judiciaire ou arbitrale pour faciliter la conclusion d'un accord de transaction.

Article 2. Conciliation

28. Le texte du projet d'article 2 tel qu'examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "Aux fins des présentes dispositions législatives, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne ou à un groupe de personnes de les aider [de manière indépendante et impartiale] [et sans avoir l'autorité de leur imposer une décision contraignante] dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un contrat ou d'une autre relation juridique ou y étant lié."

29. Les membres du Groupe étaient d'accord dans l'ensemble sur ce projet d'article quant au fond. En ce qui concerne le premier membre de phrase entre crochets ("de manière indépendante et impartiale"), beaucoup ont estimé que la question de l'indépendance et de l'impartialité du conciliateur ne devrait pas être traitée dans la définition de ce que constituait la conciliation. Le Groupe de travail a donc décidé de supprimer ces mots.

30. Pour ce qui est du second membre de phrase entre crochets ("et sans avoir l'autorité de leur imposer une décision contraignante"), on a estimé qu'il n'était peut-être pas nécessaire d'aborder, dans une définition de la "conciliation", la différence entre cette procédure et l'arbitrage. Il a donc été proposé de supprimer ce membre de phrase. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il était utile, pour éviter toute ambiguïté, d'indiquer dans la définition qu'un conciliateur ou groupe de conciliateurs n'avait pas autorité pour imposer aux parties une solution du litige.

31. S'agissant de la forme, on a considéré que la lisibilité du projet de loi type serait améliorée si l'on plaçait la définition de "conciliation" plus près du début du texte, éventuellement dans le projet d'article premier. Cette suggestion a été généralement approuvée par le Groupe de travail.

Article 3. Conciliation internationale

32. Le texte du projet d'article 3 tel qu'examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "1. Une conciliation est internationale si:
>
> "*a*) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou
>
> "*b*) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:
>
> "i) Le lieu de la conciliation; ou
>
> "ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit;
>
> "2. Aux fins du présent article:
>
> "*a*) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;
>
> "*b*) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu."

33. Le débat s'est concentré sur le texte de l'alinéa *b* du paragraphe 1. Dans la logique de la décision visant à faire référence au lieu de la conciliation dans le projet d'article premier, il a été généralement convenu de supprimer le sous-alinéa i de cet alinéa. Il a été rappelé que, parfois, dans la pratique les parties à une conciliation par ailleurs nationale s'entendaient par commodité sur un lieu de conciliation situé à l'étranger, sans avoir pour autant l'intention de rendre la conciliation "internationale". En conséquence, on a proposé que, outre la clause d'option positive prévue dans le projet d'article premier, le texte contienne une disposition laissant aux parties la liberté d'exclure l'application du texte législatif incorporant le projet de loi type. Cette proposition a bénéficié d'un appui général.

34. En ce qui concerne la référence au "lieu avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit", on a craint qu'elle ne restreigne inutilement le champ d'application du projet de loi type. Une proposition a été de faire référence plutôt au "lieu avec lequel l'objet du litige a un lien". De l'avis général, toutefois, le libellé initial, qui s'inspirait du paragraphe 3 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, devait être conservé.

35. Pour ce qui est du paragraphe 2, on a signalé que le critère fondé sur "la relation la plus étroite avec la convention de conciliation" risquait de compliquer inutilement la détermination de l'établissement à prendre en considération en laissant entendre qu'il existait une distinction entre l'établissement ayant la relation la plus étroite avec le contrat sous-jacent conclu entre les parties et celui qui est le plus étroitement lié à la convention de conciliation. On a fait observer qu'il serait plus logique que le projet de loi type considère "l'établissement avec lequel le litige a la relation la plus étroite" comme le lieu à prendre en considération. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver le libellé initial par souci d'harmonisation avec le paragraphe 3 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

36. À l'issue du débat, il a été généralement convenu, afin d'améliorer la lisibilité du projet de loi type et d'harmoniser davantage ce dernier avec la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, d'insérer les dispositions du projet d'article 3 dans le projet d'article premier.

Remaniement des projets d'articles premier, 2 et 3

37. Compte tenu des vues exprimées ci-dessus, le Groupe de travail a décidé de fusionner les projets d'articles premier, 2 et 3 dans une seule et même disposition, qui pourrait être libellée comme suit:

"*Article premier.*
Champ d'application et définitions

"1. La présente Loi s'applique à la conciliation commerciale* internationale**.

"2. Aux fins de la présente Loi, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne, ou à un groupe de personnes, de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un contrat ou d'une autre relation juridique ou y étant lié. Le conciliateur ou le groupe de conciliateurs n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige.

"3. Une conciliation est internationale si:

"*a*) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

"*b*) L'État dans lequel les parties ont leur établissement est différent:

"i) Soit de l'État dans lequel une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale doit être exécutée;

"ii) Soit de l'État avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit.

"4. Aux fins du présent article:

"*a*) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

"*b*) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

"5. La présente Loi s'applique également à une conciliation commerciale lorsque les parties conviennent que la conciliation est internationale ou se mettent d'accord sur l'applicabilité de la présente Loi.

"6. Les parties sont libres de convenir d'exclure l'applicabilité de la présente Loi.

"7. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 8 du présent article, la présente Loi s'applique quelle que soit la base sur laquelle la conciliation est menée, notamment un accord entre les parties conclu avant ou après la survenance d'un litige, une obligation légale, ou la demande ou l'invitation d'une juridiction étatique, d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente.

"8. La présente Loi ne s'applique pas:

"*a*) aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant l'instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement; ni

"*b*) […].

"* Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les opérations suivantes: opération commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de biens ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; opérations bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voies aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

"** Les États qui souhaitent élaborer sur la base de la Loi type une loi qui s'applique à la fois à la conciliation interne et à la conciliation internationale pourront envisager d'apporter au texte les modifications ci-après: […]"

Le texte du projet d'article premier a été renvoyé au groupe de rédaction. Il a été suggéré d'expliquer, dans le guide pour l'incorporation, que le projet d'article premier n'était pas censé traiter de la compétence des tribunaux de l'État adoptant.

Article 17. Force exécutoire de la transaction

38. Étant donné qu'il n'y avait pas eu suffisamment de temps à la trente-quatrième session du Groupe de travail pour examiner de façon approfondie le projet d'article 17 et compte tenu de l'importance pour l'ensemble du projet de toute règle appelée à régir l'exécution des accords de transaction dans le cadre de la future loi type et de ses effets possibles sur d'autres articles, le Groupe de travail a décidé d'examiner à titre préliminaire le projet d'article 17 avant les autres dispositions de fond.

39. Le texte du projet d'article 17 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"[Variante A]

"Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction est signé par elles et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est obligatoire et exécutoire [*l'État adoptant insère ici des dispositions précises relatives à la force exécutoire de tels accords*].

"[Variante B]

"Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige, l'accord auquel elles sont parvenues est obligatoire et exécutoire au même titre qu'un contrat.

"[Variante C]

"Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige, elles peuvent désigner un tribunal arbitral, y compris en nommant le conciliateur ou un membre du groupe de conciliateurs, auquel elles deman-

dent de prendre acte de leur transaction sous la forme d'une sentence arbitrale rendue par accord des parties.

"[Variante D]

"Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction est signé par elles et par le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est obligatoire et a force exécutoire au même titre qu'une sentence arbitrale."

Variante B

40. On a noté que la variante B correspondait à l'opinion largement répandue selon laquelle, lorsqu'il s'agissait de déterminer sa force exécutoire, un accord de transaction devait être traité comme un contrat. On a rappelé que, dans la plupart des systèmes juridiques du monde, l'accord de transaction serait considéré comme un contrat. Néanmoins, même si la variante B constituait un dénominateur commun à ces divers systèmes juridiques, on a dans l'ensemble estimé qu'une disposition telle que celle qui y était énoncée risquait d'être perçue comme exprimant une évidence et qu'il fallait s'efforcer d'établir un régime d'exécution plus strict qui conférerait à l'accord de transaction une force exécutoire supérieure à celle d'un simple contrat.

Variante C

41. La variante C n'a recueilli qu'un appui limité et nombreux ont été les membres du Groupe de travail qui ont estimé qu'une telle disposition nécessiterait une loi dont l'économie serait trop complexe. On a déclaré qu'il n'était sans doute pas indiqué que le projet de loi type donne à entendre de façon générale que toutes les procédures de conciliation débouchant sur un accord de transaction devaient entraîner la désignation d'un tribunal arbitral. Même si un tel processus en deux étapes pouvait se justifier dans certains cas complexes, il serait trop lourd à appliquer si l'on en faisait une règle par défaut. On a rappelé que, même sans l'inclusion dans le projet de loi type d'une disposition allant dans le sens de la variante C, les parties auraient normalement la faculté, si elles le souhaitaient, de désigner un tribunal arbitral à la suite de la procédure de conciliation (sauf dans les systèmes juridiques où l'absence de litige existant, découlant du fait que le litige a été tranché par l'accord de transaction, était considérée comme faisant obstacle à l'arbitrage).

Variante D

42. La variante D a été très bien accueillie. On a rappelé que l'idée de l'assimilation de l'accord de transaction à la sentence arbitrale avait été l'un des points de départ conceptuels du projet qui avait débouché sur l'élaboration du projet de loi type. On a déclaré qu'une disposition du genre de celle énoncée dans la variante D conviendrait particulièrement bien pour créer le surcroît de force exécutoire que le projet de loi type cherchait à apporter par rapport à la force exécutoire du contrat, comme envisagé dans la variante B. On a de plus fait valoir que, dans certains pays, le texte de la variante D correspondrait à la législation existante.

43. On a néanmoins largement estimé que l'introduction d'une disposition allant dans le sens de la variante D risquait de susciter des incertitudes et des difficultés pratiques considérables. En particulier, la fiction juridique consistant à assimiler l'accord de transaction à une sentence arbitrale ne changerait rien au fait que cet accord était essentiellement de nature contractuelle. Des difficultés risquaient donc de découler de la superposition des deux régimes juridiques qui pourraient être applicables, à savoir le droit général des contrats et le régime juridique régissant les sentences arbitrales. Par exemple, s'agissant des motifs pouvant être invoqués pour contester le caractère obligatoire et exécutoire d'un accord de transaction, on a déclaré que les motifs de refus d'exécution énumérés à l'article V de la Convention de New York et à l'article 36 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et les motifs d'annulation de la sentence arbitrale énumérés à l'article 34 de la Loi type risquaient d'être insuffisants ou inappropriés en cas de fraude, d'erreur, de vice de consentement ou de tout autre motif permettant de contester la validité d'un contrat. Quant à la reconnaissance et à l'exécution, on a fait observer que les accords de transaction pourraient fortement bénéficier de l'application de la Convention de New York. Néanmoins, selon un avis largement partagé, il y aurait, dans de nombreux pays, de sérieux doutes sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, la Convention de New York pouvait régir les accords de transaction. Par ailleurs, on a déclaré qu'une disposition fondée sur la variante D nécessiterait un critère faisant la distinction entre les transactions obtenues pendant la procédure de conciliation ou du fait de celle-ci et celles qui auraient été discutées pendant la procédure de conciliation mais conclues en-dehors du contexte de cette procédure. On a estimé qu'il pourrait être difficile d'établir ce type de distinction compte tenu de la souplesse de la procédure de conciliation

Variante A

44. Les avis étaient partagés au sujet de la variante A. On a fait valoir à son encontre que le fait de poser que l'accord de transaction était "obligatoire et exécutoire" n'apportait aucune assurance quant au niveau auquel se situait sa force exécutoire. On a déclaré que, dans de nombreux pays, les accords de transaction étant normalement considérés comme des contrats, cette variante n'ajouterait rien sur le fond au droit existant. On a aussi fait valoir à l'encontre de la variante A qu'elle ne servait pas l'objectif d'uniformisation puisqu'elle ne fournissait pas de solution unifiée concernant la façon dont les accords de transaction deviendraient "exécutoires" mais laissait la question au droit de chacun des États adoptants.

45. Selon l'opinion qui a prévalu cependant, il fallait introduire dans le projet de loi type une disposition allant dans le sens de la variante A puisque celle-ci ménageait une certaine souplesse et pourrait même contribuer utilement à une uniformisation plus poussée si le guide d'incorporation facilitait l'échange d'informations sur les conditions existantes exigées pour l'exécution, par exemple en dressant une liste indicative de ces conditions. Il a dans l'ensemble été convenu qu'il faudrait faire expressément référence dans le texte de la variante A à la nature contrac-

tuelle de l'accord de transaction. Il a aussi été convenu qu'il faudrait supprimer les mots "et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs" afin de ne pas donner à penser que la responsabilité du conciliateur ou du groupe de conciliateurs pourrait être mise en cause et de ne pas non plus créer les obligations qui pourraient découler du fait d'avoir été témoin de l'accord. En outre, nombre de conciliateurs souhaiteront peut-être éviter de donner l'impression de favoriser un résultat particulier.

46. Diverses suggestions ont été faites concernant la façon dont le texte de la variante A pourrait servir de base pour l'établissement d'un régime juridique qui conférerait aux accords de transaction une force exécutoire supérieure à celle d'un contrat ordinaire. L'une d'entre elle était que le projet de loi type dispose qu'un accord de transaction, en tant que contrat, devrait avoir l'autorité de la chose jugée. On a fait observer qu'une telle approche correspondrait au droit de la conciliation existant dans un certain nombre de pays et que, plus généralement, la notion de chose jugée était connue sous une forme ou sous une autre dans de nombreux systèmes juridiques. On a donc suggéré d'insérer une référence à cette notion dans une version remaniée de la variante A. Dans le même ordre d'idées, mais dans le but de rendre la disposition plus largement acceptable, on a suggéré de remplacer une référence directe à la chose jugée par une description de ce que recouvre cette notion. On a aussi suggéré de retenir pour la variante A un libellé du type de celui exposé ci-après: "Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige, l'accord auquel elles sont parvenues est réputé être obligatoire et exécutoire. L'exécution de la transaction ne peut être refusée à la demande d'une partie à l'encontre de laquelle celle-ci est invoquée que si la partie rapporte au tribunal compétent du lieu où la reconnaissance ou l'exécution est poursuivie la preuve que la transaction est nulle et non avenue".

47. On a également proposé, afin qu'il soit certain que la transaction dont l'exécution était poursuivie était bien le résultat d'une conciliation et pour éviter que les parties ne soient prises par surprise par les dispositions relatives à l'exécution, que le projet d'article 17 exige que l'accord de transaction indique expressément que les parties convenaient qu'il résultait d'une procédure de conciliation et que leur intention était qu'il soit exécutoire conformément à la législation issue du projet de loi type. On a souligné qu'une telle disposition serait conforme à l'idée selon laquelle la conciliation reposait sur le principe de l'autonomie des parties. On a néanmoins objecté qu'elle risquait de convenir uniquement dans les cas où la conciliation était administrée par un organe ou une autorité de conciliation mais serait sans doute d'une application trop lourde dans le cadre de la conciliation ad hoc. En imposant une telle condition, on risquait, sans le vouloir, d'aboutir à ce qu'un certain nombre d'accords de transaction qui ne comporteraient pas les énonciations requises ne bénéficient pas de la force exécutoire reconnue par le projet de loi type.

48. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à une conclusion définitive concernant la teneur du projet d'article 17 au cours de la discussion initiale. Il a été convenu qu'il reviendrait sur ce projet d'article lorsqu'il aurait examiné l'ensemble du projet. Il devrait alors se fonder sur une version révisée de la variante A qui prendrait en compte les observations qui avaient été faites et des solutions trouvées dans les lois nationales qui prévoyaient une procédure accélérée d'exécution des accords de transaction.

Nouvel article sur l'interprétation de la Loi type

49. Il a été suggéré, et le Groupe de travail a accepté, d'inclure dans le projet de loi type une disposition allant dans le sens de l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Cette disposition, qui est fondée sur l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, aiderait à interpréter le projet de loi type, compte dûment tenu de son origine internationale. Prenant comme modèle les dispositions susmentionnées des trois Lois types de la CNUDCI, le Groupe de travail est convenu d'insérer un nouvel article conçu comme suit:

> "1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.
>
> "2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire."

Article 4. Dérogation conventionnelle

50. Le texte du projet d'article 4 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "À moins que les présentes dispositions législatives types n'en disposent autrement, les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque d'entre elles."

51. On a émis l'avis que les mots "À moins que les présentes dispositions législatives types n'en disposent autrement" étaient superflus, puisque aucune disposition du projet de loi type ne semblait dire le contraire. On a exprimé la crainte que, si le projet d'article 4 avait pour effet d'autoriser les parties à écarter ou modifier l'une quelconque des dispositions du projet de loi type ou la totalité de celles-ci, on pourrait obtenir des résultats non souhaités. Par exemple, des parties pourraient décider d'exclure toutes les dispositions du projet de loi type à l'exception de celles ayant trait à l'exécution ou convenir que le paragraphe 3 de l'article 8, qui posait des principes directeurs pour le comportement du conciliateur, ne s'appliquerait pas à telle conciliation. Selon un avis largement partagé, une disposition telle que le paragraphe 3 de l'article 8, si elle était maintenue dans le projet de loi type, ne devait pas être laissée à la discrétion des parties. Le Groupe de travail est convenu que la règle générale sous-tendant le projet de loi type devait être l'autonomie des parties et que les dispositions ayant un caractère obliga-

toire devaient être expressément indiquées. Le Groupe de travail, à ce stade de la discussion, n'a pas pris de décision définitive concernant le début du projet d'article 4. Il a été convenu qu'il reviendrait sur la question après avoir achevé l'examen des dispositions de fond de l'ensemble du projet afin de déterminer, le cas échéant, les dispositions ayant un caractère obligatoire qu'il faudrait énumérer dans le projet d'article 4.

Article 5. Début de la procédure de conciliation

52. Le texte du projet d'article 5 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. La procédure de conciliation portant sur un litige particulier débute le jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure.

"2. Si une partie ayant invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu de réponse dans les [quatorze] jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou après l'expiration de tout autre délai spécifié dans cette invitation, elle peut choisir de considérer le défaut de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation."

Paragraphe 1

53. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen du paragraphe 1 du projet d'article 5 jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur le point de savoir si serait incluse dans le projet une disposition traitant de la prescription (actuellement énoncée dans le projet d'article 12). On a fait valoir que, si l'on décidait de ne pas inclure de disposition sur la prescription, le paragraphe 1 pourrait être considéré comme superflu.

Paragraphe 2

54. Plusieurs avis ont été émis au sujet du paragraphe 2. L'un d'entre eux était que la règle selon laquelle la partie ayant invité une autre partie à la conciliation pouvait choisir de considérer l'absence de réponse au bout de quatorze jours comme un rejet de l'invitation à la conciliation était trop rigide. Il pouvait arriver, dans certaines circonstances, que la réponse à une invitation à la conciliation soit retardée sans que ce soit de la faute de la partie ayant envoyé la réponse. Afin d'éviter une telle situation, il a été suggéré d'ajouter à la fin du paragraphe 2 les mots: "à la condition qu'elle avise l'autre ou les autres parties au litige qu'elle a choisi de considérer le défaut de réponse à l'invitation comme un rejet de l'invitation à la conciliation". Selon un autre avis, au lieu de dire que la partie ayant invité l'autre partie à la conciliation devait "recevoir" une réponse dans un délai de quatorze jours, le paragraphe 2 devrait indiquer que la réponse devait être "envoyée" dans les quatorze jours. On a répondu qu'une telle approche avait été rejetée à une session antérieure du Groupe de travail. Ces suggestions n'ont guère éveillé d'échos favorables. Néanmoins, il a été convenu, compte tenu des préoccupations exprimées au sujet de l'excès de rigidité du paragraphe 2, de faire passer le délai de quatorze à trente jours.

55. L'idée a été émise que le paragraphe 2, tel qu'il était rédigé, n'indiquait pas clairement si l'acceptation ou le rejet de l'invitation à la conciliation était ou non une information confidentielle. Il a été convenu qu'il faudrait peut-être examiner cette question dans le cadre du projet d'article 13, relatif à la recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure.

56. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de paragraphe 2 sous réserve que le délai soit porté à trente jours et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 6. Nombre de conciliateurs

57. Le texte du projet d'article 6 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Il y a un conciliateur, à moins que les parties ne conviennent qu'il y aura un groupe de conciliateurs."

58. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet d'article 6 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 7. Nomination des conciliateurs

59. Le texte du projet d'article 7 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique.

"2. Dans une procédure de conciliation avec deux conciliateurs, chaque partie en désigne un.

"3. Dans une procédure de conciliation avec trois conciliateurs ou plus, chacune des parties en désigne un et elles s'efforcent de choisir les autres d'un commun accord.

"4. Les parties peuvent demander l'assistance d'un organisme ou d'une personne qualifié(e) pour la désignation des conciliateurs. En particulier:

"*a*) Une partie peut demander à un tel organisme ou une telle personne de recommander des personnes ayant les qualités requises pour servir de conciliateur; ou

"*b*) Les parties peuvent convenir qu'un tel organisme ou une telle personne désignera directement un ou plusieurs conciliateurs.

"5. En recommandant des conciliateurs ou en les désignant, l'organisme ou la personne en question ont égard aux considérations propres à garantir la nomination d'une personne indépendante et impartiale et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de désigner une personne de nationalité différente de celles des parties."

60. Une crainte a été exprimée: tel qu'il était libellé, le projet d'article 7 n'envisageait pas l'éventualité où, dans le cas d'arbitrages engagés à la demande ou à l'invitation d'un tribunal étatique, celui-ci, plutôt que les parties, nommait un conciliateur. Il a été répondu que dans certains États, même dans le cas de conciliations engagées à la demande ou à l'invitation d'un tribunal étatique, c'était en général aux parties au différend qu'incombait la responsabilité de nommer le conciliateur ou le groupe de conciliateurs.

61. On a émis l'avis qu'aux paragraphes 2 et 3 du projet d'article 7 les dispositions relatives à la nomination ne devraient s'appliquer qu'en tant que clause supplétive, lorsque les parties ne parvenaient pas à choisir d'un commun accord un conciliateur ou un groupe de conciliateurs. Il a été proposé que les paragraphes 1, 2 et 3 posent à titre de condition générale que, dans tous les cas, les parties qui envisageaient une conciliation devaient s'efforcer de choisir d'un commun accord un conciliateur ou un groupe de conciliateurs. Cette proposition a été contestée au motif que ce type de condition générale, qu'il y aurait peut-être lieu d'assortir d'un délai, serait une source de complication inutile, ce qui risquerait de retarder davantage l'engagement et le déroulement de la procédure de conciliation.

62. Il a été par ailleurs proposé de remanier les paragraphes 1, 2 et 3 pour tenir compte des conciliations intéressant plus de deux parties. Dans de tels cas, vu qu'il serait impossible que chaque partie nomme un conciliateur, il conviendrait que les parties s'en remettent à un organisme d'arbitrage ou à une tierce personne indépendante. Dans cet esprit, il a été proposé de remplacer les paragraphes 1, 2 et 3 par le texte suivant:

> "1. Les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique, ou les membres du groupe de conciliateurs qu'elles nommeront.
>
> "2. Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, si les parties ne peuvent choisir d'un commun accord le conciliateur unique, celui-ci est désigné par [nom d'un organisme ou indication d'une personne qualifiée].
>
> "3. Dans une procédure de conciliation avec un groupe de conciliateurs, si les parties ne peuvent choisir d'un commun accord un membre quelconque du groupe, ce membre est désigné par [nom d'un organisme ou indication d'une personne qualifiée]."

63. Selon une autre proposition, il convenait de remanier les paragraphes 1, 2 et 3 pour prévoir que, lorsque les parties entendent nommer un nombre pair de conciliateurs, chaque partie désigne un nombre égal de ceux-ci. Lorsque les parties entendent nommer un nombre impair de conciliateurs, une étape supplémentaire doit être envisagée, au cours de laquelle les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur restant à nommer. En réponse à cette proposition, il a été souligné que, dans la pratique, il y avait en général trois conciliateurs au maximum.

64. Chacune de ces propositions n'a reçu qu'un appui modéré et, selon l'avis qui a prévalu, le texte du projet d'article 7 ne devait pas être modifié. Il a été convenu que le projet de guide pour l'incorporation devrait peut-être souligner l'intérêt, pour les parties, de s'efforcer d'abord de choisir d'un commun accord un conciliateur ou un groupe de conciliateurs. Le texte du projet d'article 7 a été renvoyé au groupe de rédaction.

65. Dans le cadre de l'examen du projet d'article 7, il a été proposé de prévoir l'obligation pour un conciliateur de signaler toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. Le texte devrait être libellé sur le modèle du paragraphe 1 de l'article 12 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Cette proposition a été généralement appuyée. Le Groupe de travail a également examiné la question de savoir si, à supposer qu'une telle obligation soit prévue, il faudrait également insérer une disposition sur les conséquences pouvant résulter d'un manquement à ladite obligation. Selon un avis, il convenait d'énoncer expressément dans la Loi type qu'un manquement à cette obligation n'entraînait pas la nullité de la procédure de conciliation. Selon l'avis qui a prévalu, les conséquences d'un manquement à cette obligation devaient être réglées par la loi de l'État adoptant.

66. À l'issue du débat, il a été décidé d'ajouter dans le projet de loi type une disposition qui pourrait être ainsi libellée: "Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité de conciliateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. Un conciliateur, à compter du moment de sa nomination et tout au long de la procédure de conciliation, signale sans délai toute circonstance de cette nature aux parties, sauf s'il en a déjà informé ces dernières". La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Article 8. Conduite de la conciliation

67. Le texte du projet d'article 8 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "1. Les parties sont libres de convenir, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base, de la manière dont la conciliation doit être conduite.
>
> "2. En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des [vues] [attentes] [intentions] [désirs] que les parties peuvent exprimer et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.
>
> "3. Le conciliateur est guidé par les principes [d'objectivité, d'équité et de justice] [d'objectivité, d'impartialité et d'indépendance] et s'efforce d'accorder aux parties un traitement équitable.
>
> "4. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige."

Paragraphe 1

68. Le paragraphe 1 a été dans l'ensemble jugé acceptable sur le fond.

Paragraphe 2

69. On a émis l'avis que le paragraphe 2 devrait être supprimé, car il ne reflétait pas la pratique actuelle en matière de conciliation, qui montrait qu'il était peu probable que les parties acceptent un règlement qui leur serait imposé par le conciliateur. L'opinion qui a largement prévalu a toutefois été que le principe général qui sous-tendait cette disposition était approprié et que le paragraphe 2 était dans l'ensemble acceptable sur le fond. S'agissant des variantes placées entre crochets, la préférence générale est allée au terme "désirs" (ou "désirs exprimés") pour des raisons d'harmonisation avec le paragraphe 3 de l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

Paragraphe 3

70. On a émis l'avis que le paragraphe 3 devrait être supprimé. De même qu'à la trente-quatrième session du Groupe de travail on a exprimé la crainte que, en offrant aux juridictions étatiques des critères à l'aune desquels juger la conduite des conciliateurs, le paragraphe 3 risquait, sans que cela soit le but recherché, d'avoir pour effet d'inciter les parties à essayer de faire annuler l'accord de transaction en soumettant la procédure de conciliation à un contrôle judiciaire. On a donc émis l'avis que la déclaration de principes serait mieux à sa place dans le projet de guide pour l'incorporation (A/CN.9/487, par. 124). Selon un autre point de vue, il faudrait limiter la portée du paragraphe 3 à l'établissement des principes devant être appliqués par le conciliateur dans la conduite de la procédure, sans empiéter sur les stipulations de l'accord de transaction. L'opinion qui a prévalu a néanmoins été que les principes directeurs devaient être maintenus dans le corps du projet de loi type afin d'offrir des orientations concernant la conciliation, en particulier aux conciliateurs peu expérimentés.

71. Quant aux variantes placées entre crochets, on a rappelé que la première faisait suite à une décision du Groupe de travail, à savoir que les mots "objectivité, équité et justice" devraient être maintenus au moins comme variante possible (A/CN.9/487, par. 125). On a fait valoir qu'elle était calquée sur le paragraphe 2 de l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI et était de ce fait préférable. Dans la seconde variante, les mots "équité et justice" étaient remplacés par "impartialité et indépendance", jugés préférables aux motifs que la première expression évoquait le rôle d'un organe de décision (tel qu'un juge ou un arbitre) plutôt que celui d'un conciliateur et que le terme anglais "fairness" risquait de poser des difficultés dans certaines autres langues, en particulier s'il devait être rendu par un substantif.

72. Selon une opinion largement partagée, les deux variantes devraient être interprétées comme établissant une norme de conduite qui pourrait varier considérablement selon les circonstances de l'affaire. On a déclaré qu'un manquement aux dispositions du paragraphe 3 ne devrait pas être considéré en soi comme un motif suffisant d'annulation de l'accord de transaction. Après un débat, il a été convenu qu'aucune des deux variantes n'offrait la meilleure formule pour exprimer la fonction éducative ainsi que le caractère abstrait et relatif de la norme de conduite posée au paragraphe 3. Le Groupe de travail a donc décidé de les supprimer toutes les deux et de remanier le paragraphe 3 qui pourrait être libellé comme suit: "Dans la conduite de la procédure, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs s'efforce d'accorder aux parties un traitement équitable et, ce faisant, prend en compte les circonstances de l'affaire". La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

73. À la fin du débat, le Groupe de travail est convenu que, si d'autres dispositions du projet d'article 8 pouvaient faire l'objet d'une dérogation conventionnelle, le paragraphe 3 devrait être considéré comme énonçant une norme minimale. Ainsi, les parties ne devraient pas être autorisées à convenir d'une norme de conduite différente pour les conciliateurs. Il a été décidé qu'une exception à l'application générale du projet d'article 4 devrait être faite en ce qui concerne le paragraphe 3 du projet d'article 8.

Paragraphe 4

74. On a émis l'avis que le paragraphe 4 devrait être supprimé. On a déclaré que les États adoptants devraient rester libres de décider si les conciliateurs étaient habilités à faire des propositions en vue d'un règlement. L'opinion qui a largement prévalu a toutefois été que le paragraphe 4 était dans l'ensemble acceptable sur le fond.

Article 9. Communication entre le conciliateur et les parties

75. Le texte du projet d'article 9 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément."

76. Selon un avis largement partagé, le projet d'article 9 devrait peut-être être modifié afin d'indiquer clairement qu'il devrait être licite à tout membre d'un groupe de conciliateurs de rencontrer les parties. Il a été proposé d'insérer, après le projet de disposition à l'étude, un éventuel paragraphe 2 libellé comme suit: "Lorsqu'il y a plus d'un conciliateur, chaque conciliateur a toute latitude pour rencontrer la partie qui l'a nommé, ainsi que pour discuter et communiquer avec elle et, dans les limites que cette partie lui a éventuellement fixées, il est libre de révéler tout ou partie du contenu de ce qui a pu être discuté à l'autre ou aux autres conciliateurs". Si le texte proposé a bénéficié d'un certain appui, on a estimé dans l'ensemble qu'une telle disposition pouvait avoir pour effet d'institutionnaliser un risque de partialité de la part du conciliateur nommé par une partie. Afin de ne pas créer de relation particulière

entre un conciliateur et une partie, il a été convenu de reformuler le projet d'article 9 à peu près comme suit: "Sauf convention contraire des parties, le conciliateur, un membre du groupe de conciliateurs ou le groupe de conciliateurs peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément". La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Article 10. Communication d'informations

77. Le texte du projet d'article 10 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "Lorsque le conciliateur ou le groupe de conciliateurs reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler le contenu à l'autre partie. Toutefois, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs ne doit pas dévoiler une information reçue d'une partie lorsque celle-ci la lui fournit sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle."

78. Le principe sous-tendant le projet d'article 10 a été contesté, conformément à un avis qui avait été exprimé à la trente-quatrième session du Groupe de travail. Il a été affirmé que, en l'absence de convention contraire, exiger du conciliateur qu'il maintienne le caractère strictement confidentiel des informations communiquées par une partie était le seul moyen de garantir la sincérité et la transparence des communications au cours de la procédure de conciliation. Ce devoir de confidentialité serait conforme à la pratique de certains pays en matière de conciliation (A/CN.9/487, par. 131). Il a été proposé de remanier le projet d'article 10 pour qu'il se lise comme suit: "Lorsque le conciliateur ou le groupe de conciliateurs reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il ne les révèle à l'autre partie que si la partie qui les lui fournit y consent expressément".

79. En réponse à cette proposition, le Groupe de travail a réaffirmé sa préférence pour le point de vue qui avait largement prévalu à sa trente-quatrième session, à savoir que le projet d'article 10 devrait garantir la circulation des informations entre les divers intervenants de la procédure de conciliation. Il a été souligné qu'exiger le consentement de la partie qui a fourni l'information avant que cette information ne soit communiquée à l'autre partie par le conciliateur serait excessivement formaliste, contraire à la pratique établie dans de nombreux pays telle que l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI la reflétait, et susceptible de paralyser toute la procédure de conciliation (A/CN.9/487, par. 132).

80. Il a été souligné que le projet d'article 10 était axé sur la communication d'informations entre les parties. Pour mieux exprimer ce fait, il a été proposé de remplacer le titre actuel du projet d'article 10 par le libellé suivant: "Communication d'informations entre les parties". Dans le même sens, il a été proposé de préciser l'expression "dévoiler une information" pour indiquer sans équivoque qu'il s'agit de "dévoiler une information à l'autre partie". Ces propositions ont été acceptées par le Groupe de travail. Toutefois, s'agissant de la communication d'informations à des tiers, il a été généralement convenu que le projet de loi type devrait énoncer une stricte règle de confidentialité.

81. S'agissant du libellé, il a été proposé de remplacer l'expression "en révéler le contenu" par "révéler ces informations". En réponse, il a été souligné que le texte existant, rédigé sur le modèle de l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, était préférable pour éviter d'imposer au conciliateur l'obligation de communiquer littéralement toute information reçue des parties. Selon une autre proposition, le libellé devrait être aligné sur le texte révisé du projet d'article 9, en faisant dûment référence à "tout membre du groupe de conciliateurs". Cette proposition a reçu un large appui.

82. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de reformuler le projet d'article 10 afin qu'il se lise comme suit: "Lorsque le conciliateur, un membre du groupe de conciliateurs ou le groupe de conciliateurs reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler le contenu à l'autre partie. Toutefois, le conciliateur, le membre du groupe de conciliateurs ou le groupe de conciliateurs ne doit pas dévoiler à l'autre partie une information reçue d'une partie lorsque celle-ci la lui fournit sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle". Le texte a été renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition générale relative à la confidentialité

83. L'idée d'inclure une règle générale imposant la confidentialité au conciliateur et, éventuellement, aux parties, a été bien accueillie. Le libellé ci-après, s'inspirant de l'article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, a été proposé: "Le conciliateur et les parties doivent respecter le caractère confidentiel de toutes les questions relatives à la procédure de conciliation et à l'accord de transaction, sauf si la divulgation est nécessaire aux fins de la mise en œuvre, de l'exécution ou de l'annulation." Diverses préoccupations ont été exprimées au sujet de cette proposition. L'une d'entre elles était qu'il n'était sans doute pas indiqué d'imposer aux parties une règle qui échapperait au principe de l'autonomie des parties et qui pourrait être très difficile, sinon impossible, à appliquer, ce à quoi on a répondu que l'obligation de respecter la confidentialité pourrait être subordonnée à l'absence d'accord contraire entre les parties. On a aussi objecté que la proposition ne prévoyait pas d'exceptions, par exemple dans les circonstances où il existait une obligation légale de divulgation, telle que l'obligation de divulguer la preuve d'une infraction pénale. D'un point de vue plus général, on a fait observer que la portée d'une disposition relative à la confidentialité devait être suffisamment large pour englober non seulement les informations divulguées pendant la procédure de conciliation mais aussi le fond et le résultat de cette procédure, ainsi que les questions relatives à une conciliation ayant eu lieu avant la convention de conciliation, y compris par exemple les discussions portant sur l'intérêt de recourir à la conciliation, les clauses d'une convention de conciliation, le choix des conciliateurs, l'invitation à la conciliation et l'acceptation ou le rejet de l'invitation à la conciliation.

84. Compte tenu de ces préoccupations, on a proposé, en remplacement, le libellé ci-après: "Le conciliateur et les parties doivent respecter le caractère confidentiel de toutes les questions relatives à la procédure de conciliation et à

l'accord de transaction. Cette obligation de confidentialité ne s'applique pas aux informations: *a*) qui sont nécessaires aux fins de la mise en œuvre, de l'exécution ou de l'annulation de l'accord de transaction; *b*) dont la divulgation a été autorisée par la partie qui les avait initialement communiquées; *c*) en tout état de cause, qui relèvent du domaine public; *d*) dont la divulgation est exigée par la loi; ou *e*) qu'une partie a besoin de divulguer à ses conseillers professionnels, auxquels la présente disposition s'appliquerait également." Sur la forme, les auteurs de cette proposition ont fait observer que le libellé de l'alinéa *b* devrait sans doute être affiné de façon à couvrir la personne dont les informations émanaient initialement. La première phrase de cette proposition a été jugée dans l'ensemble acceptable sur le fond, mais des préoccupations ont été exprimées au sujet des exceptions énoncées dans la deuxième phrase. On a déclaré que le terme "conseillers professionnels" n'était pas clair; on ne savait pas, par exemple, si le texte proposé était censé renvoyer uniquement aux praticiens titulaires d'une licence professionnelle ou pouvait aussi s'appliquer à ceux qui n'en avaient pas et si les commissaires aux comptes indépendants étaient considérés comme des conseillers dans tous les systèmes juridiques. Même si, selon un avis largement partagé, les exceptions énoncées dans cette proposition étaient pertinentes et convenaient sur le fond, on a objecté que l'insertion dans le texte du projet de loi type d'une liste d'exceptions risquait de soulever d'épineuses questions d'interprétation, notamment le point de savoir si la liste devait être considérée comme exhaustive. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il serait préférable de donner dans le projet de guide pour l'incorporation une liste indicative et non exhaustive des exceptions possibles à la règle générale de la confidentialité.

85. Une autre proposition, qui cherchait à respecter le principe de l'autonomie des parties et à éviter toute liste d'exceptions (exhaustive ou non exhaustive) a aussi été faite. Elle était libellée comme suit: "À moins que les parties n'en conviennent autrement, et sauf dans la mesure nécessaire pour respecter la loi ou pour protéger un droit légal, les questions relatives à la procédure de conciliation sont confidentielles". On a fait observer que le terme "droit légal" était ambigu. On a alors proposé un autre libellé fondé sur le texte de l'article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, dans lequel les mots "pour protéger un droit légal" seraient remplacés par les mots "aux fins de la mise en œuvre, de l'exécution ou de l'annulation de l'accord de transaction". Certains représentants se sont prononcés en faveur de ce libellé, mais on a fait observer que la référence à l'"annulation" de l'accord de transaction n'était peut-être pas indiquée. On a déclaré qu'en faisant ressortir la possibilité de l'"annulation" d'un accord de transaction on risquait d'aller à l'encontre du principe général du projet de loi type qui était d'accroître la force exécutoire d'un accord de transaction, en particulier dans le projet d'article 17. De surcroît, même si l'article 34 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international énumérait les motifs d'annulation d'une sentence arbitrale, aucune disposition analogue n'avait été envisagée pour le projet de loi type. Après un débat, il a été convenu de ne faire aucune référence à l'"annulation" de l'accord de transaction. Sur le plan rédactionnel, on a craint que les mots "procédure de conciliation" puissent être interprétés de façon trop étroite comme n'englobant pas l'accord de transaction. Afin d'éviter cette ambiguïté, on a suggéré d'employer les mots "questions relatives à la procédure de conciliation et à l'accord de transaction". On a aussi émis l'avis qu'un libellé tel que "questions relatives à la procédure de conciliation, y compris le fond de la procédure" garantirait une application plus large de cette règle. Finalement, les mots "toutes les questions relatives à la procédure de conciliation" ont été proposés et ont été très bien accueillis, d'autant plus qu'ils présentaient l'avantage de reprendre la formule de l'article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, laquelle avait fait ses preuves. Il a été convenu que le projet de guide pour l'incorporation devrait donner les explications nécessaires pour éviter une interprétation trop étroite des mots "procédure de conciliation" et pour qu'il soit bien clair que les exceptions à la règle générale de la confidentialité devaient couvrir non seulement l'accord de transaction mais aussi la procédure de conciliation, de sorte que, par exemple dans une procédure d'annulation, le droit pour une partie de saisir la justice étatique (lorsqu'un tel droit existait) soit protégé.

86. Afin de rester fidèle à l'article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, il a été généralement convenu qu'il faudrait inclure dans le projet de loi type une disposition qui pourrait être rédigée comme suit: "À moins que les parties n'en conviennent autrement, sauf si la divulgation est exigée par la loi ou nécessaire aux fins de l'application ou de l'exécution d'un accord de transaction, toutes les questions relatives à la procédure de conciliation sont confidentielles." La question a été renvoyée au groupe de rédaction. On a exprimé l'avis qu'il serait souhaitable de préciser les parties auxquelles le principe de confidentialité s'appliquerait compte tenu de la mention faite à "la loi" dans la disposition.

Article 11. Fin de la procédure de conciliation

87. Le texte du projet d'article 11 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"La procédure de conciliation prend fin:

"*a*) Par la conclusion de l'accord de transaction par les parties, à la date de l'accord;

"*b*) Par une déclaration écrite du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;

"*c*) Par une déclaration écrite adressée au conciliateur par les parties en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

"*d*) Par une déclaration écrite adressée par une partie à l'autre partie et, si un conciliateur a été nommé, à ce dernier, en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration."

88. Le projet d'article 11 a recueilli le soutien de l'ensemble du Groupe de travail quant au fond. Plusieurs ques-

tions ont été soulevées à propos de son libellé. Il a été rappelé que, afin de mieux tenir compte du recours au commerce électronique, le Groupe de travail était convenu, à sa précédente session, de remplacer le mot "signature" de l'accord de transaction par "conclusion". Compte tenu de la politique consistant à promouvoir les moyens de communication électroniques, on s'est demandé s'il ne faudrait pas, à l'alinéa *b*, parler simplement de "déclaration" plutôt que de "déclaration écrite". Selon un avis, étant donné que l'article visait à assurer que la fin de la procédure soit prouvée au moyen d'une déclaration, on pourrait insérer aux alinéas *b*, *c* et *d* une formule telle que "ou d'autres moyens de communication" après les mots "déclaration écrite" pour tenir compte des moyens de communication électroniques. Selon une autre opinion, le terme "enregistrement" conviendrait mieux pour exprimer la nécessité de pouvoir accéder à la déclaration mettant fin à la procédure de conciliation. Le Groupe de travail est convenu que l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique offrait un modèle valable dont on pourrait s'inspirer pour élaborer une définition du terme "écrit" qui engloberait les moyens de communication électroniques. Il a été proposé d'insérer, dans le projet de loi type ou dans son guide pour l'incorporation, une note indiquant que tout État adoptant qui n'avait pas adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique devrait envisager d'inclure une disposition analogue à l'article 6 de cet instrument lors de l'incorporation du projet de loi type dans son droit interne. On a estimé que, s'il était jugé nécessaire de fournir des précisions sur la référence à l'"écrit" dans le projet d'article 11, les États adoptants devaient peut-être envisager d'en faire autant pour d'autres dispositions du projet de loi type, comme par exemple pour la notion de "signé" au projet d'article 17. De l'avis général, les questions relatives au commerce électronique n'exigeaient pas l'insertion de dispositions particulières dans le projet de loi type mais devaient être traitées dans le guide pour l'incorporation.

89. On a fait remarquer que le texte actuel visait le cas où un seul ou plusieurs membres du groupe de conciliateurs mettaient fin à la procédure de conciliation. Le libellé actuel de l'alinéa *b* ne réglait pas la question de savoir, lorsqu'il y avait plus d'un conciliateur, si tous les membres du groupe devaient agir de concert et si la déclaration devait émaner de l'ensemble de ce groupe. À cet égard, il a été noté que l'alinéa *c* faisait référence à une déclaration écrite "adressée au conciliateur" et l'alinéa *d* à une déclaration écrite "adressée par une partie à l'autre partie et, si un conciliateur a été nommé, à ce dernier". Il a été proposé de modifier ces deux alinéas pour prendre en compte les procédures de conciliation où intervenait plus d'un conciliateur. Cette proposition a été généralement bien accueillie.

90. Une question a été posée à propos de la "date de la déclaration" mentionnée aux alinéas *b*, *c* et *d*. On a dit que l'alinéa *d*, tel qu'il était rédigé, donnait à une partie à la conciliation non seulement le moyen de mettre fin unilatéralement à la procédure, mais également la possibilité de décider unilatéralement de la date à laquelle il y serait mis fin. On a craint que cet alinéa puisse donner lieu à des abus de la part d'une partie qui antidaterait la déclaration de sorte que certains éléments divulgués pendant la procédure ne seraient pas couverts par des dispositions telles que le projet d'article 10 relatif à la communication d'informations. Aussi une proposition a-t-elle été faite en vue de remplacer, dans les alinéas *b*, *c* et *d*, les mots "la date de la déclaration" par "la date à laquelle la déclaration a été reçue par l'autre partie". Selon un avis contraire, cependant, les projets d'articles 10 et 13 continueraient de s'appliquer aux informations divulguées lorsque la procédure était encore en cours, même si la conciliation était terminée.

91. À l'issue du débat, il a été convenu que, à l'exception des modifications devant être apportées pour prendre en compte les conciliations où intervenait un groupe de conciliateurs, le texte du projet d'article 11 devrait rester inchangé et que l'on pourrait fournir, dans le projet de guide pour l'incorporation, des explications sur les mots "écrit", "par écrit" et "signé" lorsqu'ils étaient employés dans le contexte du commerce électronique. Le projet d'article a été renvoyé au groupe de rédaction.

Article 12. Prescription

92. Le texte du projet d'article 12 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "[1. Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir.
>
> "2. Lorsque la procédure de conciliation a pris fin sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où la conciliation s'est achevée sans règlement.]"

93. Le maintien du projet d'article 12 a suscité une vive opposition, du fait principalement que la question de la prescription posait des problèmes techniques complexes et qu'il serait difficile de l'intégrer dans des codes de procédure nationaux qui abordent la question sous un angle différent. Il a été dit par ailleurs que l'article était inutile dès lors que les parties disposaient d'autres voies pour protéger leurs droits (par exemple en convenant de prolonger le délai de prescription ou en engageant une procédure devant un tribunal arbitral ou étatique pour interrompre le délai de prescription). Le maintien du projet d'article 12 a également été fortement appuyé au motif que la conciliation serait d'autant plus attrayante qu'elle sauvegarderait les droits des parties. Il a été dit que, dans certains systèmes juridiques, il n'était pas possible aux parties de s'entendre pour prolonger le délai de prescription et qu'il valait mieux prévoir un moyen simple et efficace de protéger les droits des parties que de leur laisser le choix d'engager une procédure devant un tribunal arbitral ou étatique. Certains des opposants au maintien de l'article ont estimé que le début d'une procédure de conciliation (à savoir, comme le prévoit le projet d'article 5, l'accord des parties pour engager une telle procédure) n'était pas assez précis et que le projet d'article 12 serait peut-être plus acceptable si ce moment était établi plus précisément. En conséquence, il a été proposé de reformuler le paragraphe 1 pour qu'il se lise ainsi: "Le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir à la date à laquelle la personne

ou les personnes sollicitées pour servir de conciliateur acceptent de remplir cette fonction." Il a été dit que ce libellé était préférable au texte à l'examen en ce qu'il liait la suspension du délai de prescription à un fait plus objectif que l'accord des parties pour engager une procédure de conciliation. Une objection a toutefois été opposée à cette proposition au motif que les parties perdraient ainsi le contrôle de la suspension du délai de prescription qui ne dépendrait plus que des conciliateurs. Il a été souligné que la protection résultant de l'interruption du délai de prescription était indispensable au demandeur dès le moment où il acceptait d'engager une procédure de conciliation avec l'autre partie et que, si l'interruption était liée à l'acceptation de la personne pressentie pour servir de conciliateur, elle pourrait intervenir trop tard pour offrir cette protection. Il a été dit que, pour plus de clarté, la meilleure date à retenir serait celle à laquelle la partie ayant invité une autre partie à la conciliation recevait l'acceptation de cette invitation.

94. Après un débat, il a été décidé que le projet d'article 12 devrait reposer sur l'idée que c'était l'accord des parties qui déterminait la suspension du délai de prescription et que cette disposition devrait être placée dans une note de bas de page relative au projet d'article 5 pour que les États qui souhaitent l'incorporer puissent l'appliquer à titre facultatif.

Paragraphe 1 de l'article 5.
Début de la procédure de conciliation

95. Ayant terminé son examen du projet d'article 12, le Groupe de travail est revenu sur le paragraphe 1 du projet d'article 5, conformément à la décision qu'il avait prise de ne pas aborder cet article avant d'avoir examiné le projet d'article 12.

96. Une proposition visant à indiquer que les parties décident de recourir à la conciliation par "convention écrite" (comme cela est exigé pour les conventions d'arbitrage) n'a reçu aucun appui en raison du caractère informel de la procédure de conciliation et parce qu'il n'était pas nécessaire d'imposer une telle condition de forme aux parties souhaitant régler leur litige par voie de conciliation.

97. On a fait remarquer qu'une disposition relative au début de la procédure de conciliation ne pouvait être précise étant donné que les parties avaient recours à différentes méthodes pour convenir d'engager une telle procédure. Il a été suggéré d'énumérer ces méthodes dans le guide pour l'incorporation. On a considéré qu'en définitive le point de savoir quand les parties parvenaient à un accord pour entamer une procédure était une question de preuve. On a exprimé l'avis que définir le début de la procédure de conciliation serait un problème principalement pour les États qui ont choisi d'incorporer une disposition relative à la suspension du délai de prescription conformément au projet d'article 12, car les parties doivent être certaines de la date de la suspension. Pour que la règle soit plus précise, il a été proposé d'insérer le texte ci-après, inspiré de l'article 2 du Règlement de conciliation de la CNUDCI: " Sauf convention contraire des parties, une procédure de conciliation débute si une invitation à la conciliation est communiquée par écrit par une partie et est reçue par l'autre partie". Cette proposition a toutefois suscité plusieurs critiques. D'abord, elle ne prenait en compte qu'une seule manière de conclure une convention de conciliation. Ensuite, lorsqu'une juridiction étatique, conformément à ses prérogatives, ordonnait aux parties de recourir à la conciliation, il était inapproprié de partir du principe qu'il revenait à l'une des parties d'inviter l'autre à la conciliation et à l'autre partie d'accepter cette invitation. La possibilité qu'aucune invitation ne soit adressée en application de l'ordonnance de la juridiction étatique pourrait laisser entendre que les parties étaient autorisées à ignorer cette ordonnance. Aussi a-t-on proposé que la date de l'ordonnance serve de point de départ de la procédure de conciliation. Le Groupe de travail a néanmoins estimé que ce n'était pas l'ordonnance en soi qui déclenchait la procédure, mais le moment où les parties l'exécutaient en prenant des dispositions pour mettre la procédure en marche. Ce moment devait donc être défini comme étant celui où les parties convenaient d'engager la procédure de conciliation. Toute inexécution de l'ordonnance par les parties entraînerait des conséquences qui sortaient du champ d'application du projet de loi type.

98. On s'est inquiété du fait que le libellé de la disposition ne faisait pas de distinction claire entre les cas où les parties convenaient de soumettre à la conciliation tout litige pouvant naître ultérieurement entre elles et les cas où elles décidaient de demander à un tiers de faire office de conciliateur après la survenance d'un litige. Le projet d'article 5 faisait uniquement référence au deuxième cas, à savoir celui où les parties s'entendaient pour entamer une procédure de conciliation après la survenance du litige.

99. C'est pourquoi, il a été proposé d'insérer le texte suivant: "1A. Aux fins du paragraphe 1, une clause figurant dans un contrat conclu avant la survenance du différend ou du litige qui prévoit que les différends ou les litiges nés du contrat doivent être réglés par voie de conciliation ne constitue pas un accord formel par lequel les parties conviennent d'engager une procédure de conciliation. 1B. Aux fins du paragraphe 1, un accord formel par lequel les parties conviennent d'engager une procédure de conciliation peut prendre la forme d'une invitation à la conciliation accompagnée de son acceptation." Si le libellé proposé n'a rallié aucun suffrage, le principe sur lequel il reposait a bénéficié d'un certain appui. Une autre formulation a été proposée: "Sauf convention contraire des parties, la procédure de conciliation portant sur un litige particulier déjà né débute à la date à laquelle une invitation écrite à la conciliation adressée suite à une instruction d'une autorité compétente, en application d'une convention de conciliation antérieure ou sur l'initiative d'une partie est acceptée par l'autre partie." Cette proposition a cependant été critiquée au motif, invoqué précédemment (voir par. 97 ci-dessus), que la disposition ne convenait pas pour les cas où une juridiction étatique ordonnait l'ouverture d'une procédure ni pour les cas où les parties convenaient de recourir à la conciliation sans qu'une invitation et son acceptation aient été échangées.

100. De l'avis général, il faudrait conserver une disposition concernant le début de la procédure de conciliation.

L'opinion s'est dégagée que le texte actuel était acceptable, car suffisamment général, à condition d'être modifié de manière à préciser qu'il visait les conventions de conciliation conclues après la survenance d'un litige. Il a été convenu d'insérer un texte dont le libellé pourrait être le suivant: "1. Sauf convention contraire, la procédure de conciliation portant sur un litige particulier déjà né débute le jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure. 2. Si la partie qui a invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation dans les trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou à l'expiration de tout autre délai spécifié dans l'invitation, la partie peut choisir de considérer cette absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation." Il a été convenu de remplacer le libellé actuel du paragraphe 1 du projet d'article 5 par ce texte. La disposition a été adoptée quant au fond et renvoyée au groupe de rédaction.

Article 13. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure

101. Le texte du projet d'article 13 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. [Sauf convention contraire des parties,] une partie qui a participé à la procédure de conciliation ou un tiers ne peut invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la procédure de conciliation:

"*a*) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation à l'égard d'une solution éventuelle du litige;

"*b*) Les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;

"*c*) Les propositions présentées par le conciliateur;

"*d*) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur.

"2. Le paragraphe 1 du présent article s'applique [quelle que soit la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés] [que les informations ou les éléments de preuve qui s'y trouvent visés soient sous forme orale ou écrite].

"3. La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par le tribunal arbitral ou par la juridiction étatique [que la procédure arbitrale ou judiciaire se rapporte ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation] sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire.

"4. Lorsque des éléments de preuve ont été présentés en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral ou la juridiction étatique traite ces éléments comme irrecevables.

"5. Les éléments de preuve qui sont recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire ne deviennent pas irrecevables du seul fait qu'ils ont été utilisés dans une conciliation."

Paragraphe 1

Début du paragraphe

102. En ce qui concerne les termes entre crochets "[Sauf convention contraire des parties]", on a considéré que le principe général posé au paragraphe 1 ne devrait pas être soumis à l'autonomie des parties. Il a donc été suggéré d'énoncer le caractère impératif de ce paragraphe dans le projet d'article 4. Cette suggestion, qui visait à préserver l'autonomie et la confidentialité de la conciliation, a bénéficié d'un certain appui. Toutefois, selon l'opinion dominante, l'intérêt général qui pouvait être attaché à l'interdiction édictée dans ce paragraphe n'était pas suffisant pour justifier une atteinte à l'autonomie des parties, qui était l'un des grands principes sur lesquels reposait le projet de loi type. Après un débat, il a été décidé que le paragraphe 1 devrait rester susceptible de dérogation conventionnelle. Quant à savoir comment mentionner le caractère non impératif de la disposition, on a jugé la formule "[Sauf convention contraire des parties]" superflue compte tenu de la règle générale énoncée dans le projet d'article 4. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, en conservant cette expression, on montrerait plus clairement que le paragraphe 1 faisait fonction de règle supplétive de conduite pour les parties.

Alinéas a *à* d

103. Bien que les alinéas *a* à *d* aient recueilli l'assentiment général, il a été proposé d'insérer deux nouveaux alinéas qui pourraient être libellés comme suit, dans l'ordre indiqué: "*a*) Une invitation à la conciliation adressée par une partie ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de conciliation"; et "*f*) Un document établi uniquement aux fins de la procédure de conciliation". Cette proposition a emporté l'adhésion générale.

104. Une question a été soulevée à propos de l'interaction entre le paragraphe 1 du projet d'article 13 et le paragraphe 1 du projet d'article 12. On a dit que, dans la mesure où l'ouverture de la procédure pouvait entraîner la suspension du délai de prescription en vertu du projet d'article 12, il n'apparaissait pas clairement comment une partie pourrait apporter la preuve de cette suspension si le paragraphe 1 du projet d'article 13 interdisait la production d'un tel élément de preuve. Il a été répondu que, lorsqu'il se référait à "une invitation" à la conciliation ou au fait de se déclarer "disposé" à participer à une procédure de conciliation, le nouvel alinéa *a* avait pour objet de préserver l'autonomie de la procédure mais ne visait pas la convention de conciliation. En conséquence, le paragraphe 1 n'empêchait pas de faire la preuve de la convention de conciliation pour justifier la suspension du délai de prescription. On a fait observer qu'il faudrait peut-être apporter des éclaircissements sur ce point dans le projet de guide pour l'incorporation.

Paragraphe 2

105. Le paragraphe 2 a été jugé généralement acceptable quant au fond. En ce qui concerne les variantes entre crochets, la première ("quelle que soit la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés") a été jugée préférable par beaucoup, car elle ne se référait à aucune forme particulière d'informations et permettait donc d'éviter d'éventuels problèmes d'interprétation, par exemple, sur le point de savoir si des informations sur un support électronique devraient être considérées comme écrites ou orales. La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

"La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par le tribunal arbitral ou par la juridiction étatique…"

106. La règle fondamentale établie par le paragraphe 3 en ce qui concerne les tribunaux arbitraux et les juridictions étatiques a bénéficié d'un appui général. La discussion s'est concentrée sur les exceptions qu'il faudrait faire à l'interdiction générale de divulguer des informations liant les deux parties en vertu du paragraphe 1 et les juridictions étatiques et les tribunaux en vertu du paragraphe 3 (voir par. 108 à 114 ci-dessous).

"[que la procédure arbitrale ou judiciaire se rapporte ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation]"

107. Bien que le Groupe de travail ait été d'avis dans son ensemble que les mots entre crochets devraient être maintenus, on a estimé qu'ils devraient s'appliquer également aux paragraphes 1, 2 et 3. À cet effet, il a été convenu qu'ils devraient être placés dans un paragraphe distinct qui pourrait être formulé comme suit: "Les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article s'appliquent, que la procédure arbitrale, judiciaire ou une procédure similaire se rapporte ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la procédure de conciliation". La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

"sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire"

108. Divers avis ont été exprimés au sujet des exceptions possibles à la règle générale énoncée plus tôt au paragraphe 3. L'un d'entre eux était que toutes les mentions de telles exceptions devraient être supprimées. Il a été souligné que les parties qui entament une procédure de conciliation devraient être convaincues que la confidentialité de la procédure serait protégée par la loi et qu'il ne leur serait pas fait obligation de divulguer des informations relatives à cette procédure dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, la Loi type devrait établir expressément le pouvoir des juridictions étatiques et des tribunaux arbitraux d'ordonner la divulgation d'informations dans des circonstances particulières.

109. Quant à la formulation des exceptions à la règle générale énoncée au début du paragraphe 3, il a été suggéré de retenir pour ce dernier un libellé tel que le suivant, inspiré étroitement de celui qui a été adopté pour la disposition générale relative à la confidentialité (voir par. 86 ci-dessus): "sauf si la divulgation est requise par la loi ou est nécessaire aux fins de la mise en œuvre ou de l'exécution dans l'accord de transaction". Cette suggestion a été largement appuyée. À ce propos, il a été souligné que les mots "est autorisée par la loi", dans le projet tel qu'il était rédigé actuellement, devraient être supprimés. Indiquer que la divulgation est "autorisée" par la loi aboutirait à une exception beaucoup trop large au principe général de la non-divulgation, car la loi pourrait être interprétée de manière générale comme "autorisant" l'usage d'informations comme éléments de preuve.

110. Dans le cadre de cette discussion, l'avis a été exprimé que les exceptions à l'interdiction de divulguer des informations devraient s'appliquer également aux parties en vertu du paragraphe 1 et aux juridictions étatiques ou tribunaux arbitraux en vertu du paragraphe 3. Il a été déclaré que les exceptions en vertu du paragraphe 1 étaient nécessaires, par exemple pour couvrir une situation où une partie souhaiterait légitimement contester la validité de l'accord de transaction parce que son consentement au règlement était le résultat d'une faute de l'autre partie ou du conciliateur. Il a été répondu qu'il n'y avait pas besoin d'exception au paragraphe 1, à condition qu'il y en ait en vertu du paragraphe 3. Selon cette opinion, une partie ne devrait pas être autorisée à décider si les informations visées au paragraphe 1 devraient être divulguées. Lorsqu'une partie considérait que la production de telles informations était requise par la loi ou nécessaire pour préserver ses droits, par exemple en cas d'allégation de fraude, elle devrait s'adresser à une juridiction étatique pour obtenir une décision à cet égard. Autoriser une partie à s'écarter de la règle générale énoncée au paragraphe 1 porterait atteinte au droit de l'autre partie à la confidentialité du processus de conciliation.

111. Afin de concilier les diverses opinions exprimées au sujet des exceptions à prévoir aux règles générales énoncées aux paragraphes 1 et 3, il a été suggéré de traiter cette question au paragraphe 4.

Paragraphe 4

112. Il a été proposé de remplacer le mot "traite" par les mots "peut traiter". Bien que cette suggestion ait bénéficié d'un soutien, l'opinion qui a prévalu a été que la modification proposée donnerait un pouvoir excessif aux juridictions étatiques et encouragerait les parties à ignorer l'interdiction générale concernant la divulgation d'informations. Selon l'avis qui a prévalu, une formulation s'inspirant de la disposition générale relative à la confidentialité (voir par. 86 ci-dessus), analogue à celle retenue pour le paragraphe 3 ("sauf si la divulgation est requise par la loi ou nécessaire aux fins de la mise en œuvre ou de l'exécution de l'accord de transaction") couvrirait de façon satisfaisante les intérêts d'une partie en cas d'allégation de fraude.

113. Sur le plan rédactionnel, il a été convenu que, si le même libellé, inspiré de la disposition générale relative à

la confidentialité, devait être inséré aux paragraphes 3 et 4, ces deux paragraphes devraient être fusionnés en une disposition unique.

114. Après un débat, il a été convenu que les paragraphes 3 et 4 devraient être fusionnés en un nouveau paragraphe 3 qui pourrait être reformulé comme suit: "3. La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une juridiction étatique ou une autre autorité gouvernementale compétente et, si de telles informations sont proposées comme éléments de preuve en contravention du paragraphe 1 du présent article, ces éléments de preuve sont traités comme irrecevables. Néanmoins, elles peuvent être divulguées ou admises comme éléments de preuve dans la mesure requise par la loi ou aux fins de la mise en œuvre ou de l'exécution d'un accord de transaction".

Paragraphe 5

115. Le Groupe de travail s'est déclaré d'accord dans l'ensemble avec le paragraphe 5 quant au fond. Il a été proposé que la disposition soit préfacée par les mots "sous réserve des restrictions énoncées au paragraphe 1" et que le mot "autrement" soit ajouté avant le mot "recevable". Cette proposition a été jugée acceptable dans l'ensemble. Le texte a été renvoyé au groupe de rédaction.

Article 14. Rôle du conciliateur dans une autre procédure

116. Le texte du projet d'article 14 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "1. Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut remplir les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation.
>
> "2. Les éléments de preuve apportés par le conciliateur concernant les questions visées au paragraphe 1 de l'article 13 ou la conduite de l'une ou l'autre partie pendant la procédure de conciliation ne sont pas recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire [que cette procédure se rapporte ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la procédure de conciliation] [relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation].
>
> "3. [Le paragraphe 1 s'applique] [Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent] également à un autre litige né du même contrat [ou de tout autre contrat connexe]."

Paragraphe 1

117. On a fait valoir que la question de savoir si un conciliateur devrait pouvoir remplir les fonctions de représentant ou de conseil de l'une ou l'autre des parties ne devrait pas relever de l'autonomie des parties. On a donc suggéré de supprimer, au paragraphe 1, les mots "de représentant ou de conseil d'une partie" ou, à défaut, de supprimer au début de ce paragraphe le membre de phrase "Sauf convention contraire des parties" et d'apporter dans le projet d'article 4 les modifications voulues pour indiquer le caractère obligatoire du paragraphe 1. On a déclaré que, dans certains pays, même si les parties convenaient que le conciliateur pouvait remplir les fonctions de représentant ou de conseil d'une d'entre elles, un tel accord irait à l'encontre de la déontologie à laquelle les conciliateurs devaient se conformer et pourrait être perçu comme compromettant l'intégrité de la conciliation comme mode de règlement des litiges. On a fait valoir à l'encontre de cette proposition qu'elle affaiblissait le principe de l'autonomie des parties et que, de toute façon, dans les pays où la déontologie exigeait qu'un conciliateur ne remplisse pas les fonctions de représentant ou de conseil, le conciliateur aurait toujours la faculté de refuser de remplir de telles fonctions. On a suggéré de modifier le paragraphe 1 de telle sorte qu'il garde le silence sur le point de savoir si un conciliateur pourrait remplir les fonctions de représentant ou de conseil d'une des parties. Pour atteindre ce résultat, on a proposé de supprimer les mots "de représentant ou de conseil d'une partie". On a fait observer qu'au moins dans les pays où la déontologie ne s'y opposait pas une telle modification permettrait à un conciliateur de remplir les fonctions de conseil ou de représentant d'une partie sans le consentement de l'autre ou des autres parties. Le Groupe de travail est néanmoins convenu de supprimer les mots "de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire". Il a aussi été convenu d'expliquer dans le projet de guide pour l'incorporation que, dans certains pays, la déontologie interdisait à un conciliateur de remplir les fonctions de représentant ou de conseil alors que dans d'autres pays rien ne s'y opposait.

118. Quant à la forme de la convention des parties autorisant un conciliateur à remplir les fonctions d'arbitre, on a émis l'avis que le paragraphe 1 pourrait être source de confusion dans la pratique. On a déclaré que le texte devrait peut-être indiquer plus clairement si la convention des parties devait être expresse et aussi éventuellement revêtir la forme écrite. Cette suggestion n'a reçu aucun appui.

Paragraphe 2

119. Du point de vue de la rédaction, on a indiqué que le terme anglais "*evidence*" risquait de susciter des difficultés d'interprétation dans certaines langues ou certains systèmes juridiques s'il était utilisé à la place du terme "*testimony*" à propos du conciliateur. On a expliqué que le paragraphe 2 risquait d'être difficile à comprendre s'il pouvait être interprété comme suggérant que des éléments de preuve dont on s'attendrait normalement qu'ils soient présentés par les parties le seraient par le conciliateur. On a donc suggéré d'employer le terme "témoignage" de préférence à "éléments de preuve". Il a été objecté que la notion de "témoignage" n'était pas suffisamment large pour englober certains éléments essentiels tels des notes prises par les conciliateurs dans le contexte de la procédure.

120. On a aussi suggéré de remplacer le mot "questions" par les mots "faits" ou "informations" pour s'aligner sur le projet d'article 13. On a proposé de supprimer les mots

"ou la conduite de l'une ou l'autre partie pendant la procédure de conciliation", car ils ne cadraient pas avec l'idée selon laquelle la conciliation devait donner lieu à des discussions franches et honnêtes. On a fait valoir à l'encontre de cette proposition que si un conciliateur invoquait le comportement des parties comme moyen de preuve, cela pouvait avoir des conséquences très préjudiciables et saper la confiance des parties dans la conciliation. On a néanmoins estimé que ces mots n'étaient pas nécessaires puisqu'un témoignage concernant le comportement d'une partie n'était pas recevable en vertu de l'un des alinéas du paragraphe 1 du projet d'article 13. Quant aux variantes placées entre crochets, le Groupe de travail a exprimé une préférence pour la première ("que cette procédure se rapporte ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la procédure de conciliation").

121. Il a été proposé, par souci de clarté, de reformuler le paragraphe 2, par exemple de la manière suivante: "Le conciliateur ne peut apporter des moyens de preuve concernant les questions visées au paragraphe 1 de l'article 13 ou la conduite de l'une ou l'autre partie pendant la procédure de conciliation". Il a également été proposé d'ajouter à cette phrase une nouvelle phrase modifiant comme suit le texte existant: "Ces moyens de preuve ne sont pas recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire, que cette procédure se rapporte ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la conciliation". Cette proposition a bénéficié d'un certain appui.

122. Une autre proposition visant à apaiser les craintes exprimées à propos du terme "moyens de preuve" et à aligner davantage la situation du conciliateur sur celle de tout autre "tiers" visée dans le projet d'article 13 a été de modifier le paragraphe 1 dudit article pour qu'il englobe les moyens de preuve ou les témoignages apportés par un conciliateur. À cette fin, on a proposé de supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 14 et de modifier comme suit le début du paragraphe 1 du projet d'article 13: "Sauf convention contraire des parties, une partie qui a participé à la procédure de conciliation, ou un tiers, y compris le conciliateur, ne peut témoigner sur les éléments ci-après ou les présenter comme moyens de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue". Après un débat, la proposition a été acceptée par le Groupe de travail et renvoyée au groupe de rédaction. Il a également été convenu d'indiquer dans le guide pour l'incorporation que, dans certains pays, même les parties à une conciliation ne pouvaient déroger à l'interdiction de citer un conciliateur comme témoin sauf exception particulière, par exemple si la loi les y obligeait.

Paragraphe 3

123. Il a été rappelé que cette disposition visait à étendre le champ d'application des paragraphes 1 et 2 aux litiges nés du même contrat ou d'un contrat connexe, qu'une clause de conciliation s'applique ou non à tous ces litiges. Il a été convenu de supprimer le paragraphe 3 et d'en transférer le contenu à la fin du paragraphe 1 comme suit: "relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation, ainsi qu'à tout litige né du même contrat ou de tout contrat connexe". La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Article 15. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

124. Le texte du projet d'article 15 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "1. Les parties ne peuvent entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige faisant l'objet de la procédure de conciliation, et une juridiction étatique ou un tribunal arbitral donne effet à cette obligation. L'une ou l'autre des parties peut néanmoins entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, lorsque, à son avis, celle-ci est nécessaire pour sauvegarder ses droits. L'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être réputée en soi mettre fin à la procédure de conciliation.
>
> "2. [Dans la mesure où les parties se sont expressément engagées à n'entamer [pendant un certain délai ou jusqu'à la survenance d'un fait] aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par la juridiction étatique ou le tribunal arbitral [jusqu'à ce que les conditions de l'accord aient été remplies].]
>
> "3. [Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article n'empêchent pas une partie de s'adresser à une autorité de nomination afin de lui demander de nommer un arbitre.]"

125. Le débat s'est concentré sur les incidences de la deuxième phrase du paragraphe 1. Il a été rappelé que, telle qu'elle était actuellement rédigée, elle laissait à chaque partie une très grande latitude pour déterminer si l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire était "nécessaire pour sauvegarder ses droits". Par exemple, toute demande de mesures provisoires ou conservatoires pourrait aisément être qualifiée de "nécessaire pour sauvegarder les droits" du demandeur. Le risque que la deuxième phrase soit utilisée pour contourner l'interdiction énoncée dans la première phrase du paragraphe 1 semblait donc très élevé (A/CN.9/WG.II/WP.115, par. 42).

126. On a indiqué que l'expression "à son avis" ne convenait peut-être pas dans une loi type et qu'il faudrait faire de nouveaux efforts pour trouver une formulation plus objective pour cette disposition visant à préserver le droit d'une partie de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire. Sous réserve de l'aboutissement de ces efforts, l'ensemble des participants s'est dit favorable au principe sur lequel reposait la deuxième phrase du paragraphe 1. Selon une opinion largement partagée, la règle contenue dans la première phrase de ce paragraphe, qui interdisait aux parties d'entamer une procédure judiciaire ou arbitrale au cours de la procédure de conciliation, devait être supprimée, car elle était énoncée en termes trop généraux pour être acceptable en tant que règle fondamentale sous-tendant la relation entre la conciliation et la procédure judiciaire ou arbitrale. On a aussi émis l'opinion que cette règle devrait être supprimée parce qu'elle était trop restrictive, étant applicable uniquement après le début de la procédure de conciliation et parce qu'il n'apparaissait toujours pas clairement comment obtenir l'exécution de

l'obligation qui en découlait dans certains systèmes juridiques. Il a été convenu de remplacer la première phrase par le paragraphe 2, qui se référait de manière plus appropriée à la situation où une convention particulière entre les parties interdisait l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire concurrente dans les cas où les parties étaient convenues de recourir à la conciliation. Il a été souligné que cette nouvelle version de l'article 15 devrait accroître la confiance dans la procédure de conciliation comme mode de règlement des litiges dans la mesure où elle rassurerait les parties sur le fait que le recours à la conciliation ne porterait pas atteinte à leurs droits légaux. À cet égard, la troisième phrase du paragraphe 1, qui indiquait clairement que l'ouverture d'une procédure judiciaire ou arbitrale pendant la procédure de conciliation ne devait pas être considérée en soi comme mettant fin à cette dernière, a recueilli le soutien de l'ensemble du Groupe de travail.

127. En ce qui concerne le paragraphe 2, le libellé actuel, y compris les différents membres de phrase entre crochets, a bénéficié d'un appui général. On a craint toutefois que le texte n'autorise les parties à fixer un délai déraisonnablement long pendant lequel aucune procédure arbitrale ou judiciaire ne pourrait être ouverte. Une préoccupation connexe a été que le paragraphe 2, tel qu'actuellement rédigé, exigeait qu'une juridiction étatique ou un tribunal arbitral donne effet à une obligation contractuelle, que le contrat respecte ou non les conditions de forme énoncées dans des lois autres que le projet de loi type. Cela pourrait poser problème dans certains pays où les juridictions étatiques auraient toute latitude pour refuser des obligations contractuelles qui n'étaient pas libellées en termes suffisamment clairs. À cet égard, un certain nombre de délégations ont reconnu qu'il était toujours loisible à une juridiction étatique d'examiner un contrat, y compris une clause contractuelle retardant l'ouverture d'une procédure judiciaire ou arbitrale, pour en déterminer la validité. Il a été proposé d'indiquer, dans le projet de guide pour l'incorporation, que le paragraphe 2 serait intégré avec les prescriptions du droit procédural et du droit matériel en vigueur.

128. Il a été convenu que le paragraphe 3 pouvait être supprimé, car il était devenu inutile du fait des modifications qui avaient été acceptées pour le projet d'article 15.

129. Après un débat, il a été convenu d'adopter pour le projet d'article 15 une formulation telle que: "Lorsque les parties sont convenues de recourir à la conciliation et se sont expressément engagées à n'entamer, pendant une certaine période ou jusqu'à la survenance d'un fait, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal arbitral ou la juridiction étatique jusqu'à ce que les conditions accompagnant cet engagement aient été remplies. L'une ou l'autre des parties peut néanmoins entamer une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque, à son avis, celle-ci est nécessaire pour sauvegarder ses droits. L'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être considérée en soi comme une renonciation à la convention de conciliation ni comme mettant fin à la procédure de conciliation". Le texte a été renvoyé au groupe de rédaction.

Article 16. Arbitre faisant office de conciliateur

130. Le texte du projet d'article 16 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "[Il n'est pas incompatible avec la mission d'un arbitre que celui-ci pose la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en conviennent, participe aux efforts en vue de parvenir à un règlement concerté.]"

131. Il a été rappelé qu'à la trente-quatrième session du Groupe de travail on avait émis l'avis que le projet d'article 16 devrait être supprimé car il portait sur des questions qui pouvaient se poser pendant la procédure arbitrale et non pendant la procédure de conciliation. Par conséquent, si une telle disposition était jugée nécessaire, elle serait mieux à sa place dans un texte traitant de l'arbitrage (A/CN.9/WG.II/WP.115, par. 44). En outre, on a rappelé que lors du débat consacré au projet d'article premier, le Groupe de travail avait décidé d'exclure du champ d'application du projet de dispositions législatives types les situations dans lesquelles un arbitre mènerait lui-même une conciliation dans l'exercice de ses prérogatives ou de son pouvoir d'appréciation (A/CN.9/487, par. 103).

132. Deux points de vue contraires ont été exprimés sur la question de l'inclusion ou non du projet d'article 16. Selon un avis, cette inclusion serait utile, en particulier pour les pays ayant peu d'expérience dans le domaine de la conciliation. Il a été souligné que le principe selon lequel un arbitre pourrait proposer une conciliation et y participer avait été généralement accepté par le Groupe de travail. Il a été souligné aussi qu'il n'y aurait pas d'incompatibilité entre l'exclusion du champ d'application du projet de loi type des cas où la conciliation était menée par un juge ou un arbitre et l'énoncé dans ce même projet de loi type du principe selon lequel les juges et les conciliateurs étaient autorisés à mener une telle conciliation. La nécessité d'énoncer ce principe dans le projet de loi type serait peut-être plus grande encore étant donné que la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international n'abordait pas du tout la question. L'avis qui a prévalu a cependant été que, du fait que le projet d'article 16 traitait des fonctions et de la compétence d'un arbitre, l'inclusion d'une telle disposition dans une loi type sur la conciliation serait inappropriée et prêterait à confusion. Après un débat, il a été convenu que le projet d'article 16 devrait être supprimé, mais qu'il faudrait faire figurer une explication appropriée dans le projet de guide pour l'incorporation pour bien préciser que la Loi type ne visait pas à indiquer si un arbitre pouvait ou non faire office de conciliateur ou participer à une conciliation relative au litige, la question étant laissée à la discrétion des parties agissant dans le cadre du droit applicable. Il a été convenu que lors de l'élaboration de telles explications, le secrétariat devrait avoir présent à l'esprit le texte du paragraphe 47 de la brochure "*UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*".

Projet d'article 17

133. Le Groupe de travail a repris son examen du projet d'article 17 (pour le précédent débat, voir par. 38 à 48 ci-

dessus). Plusieurs propositions ont été faites sur la manière dont la variante A pouvait servir de base à l'élaboration d'un régime juridique qui conférerait aux accords issus de conciliations une force exécutoire supérieure à celle d'un simple contrat. Une des propositions était de reformuler le projet d'article 17 comme suit:

"1. Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction est signé par elles, cet accord est obligatoire et exécutoire au même titre qu'un contrat.

"2. Après la signature de l'accord, une partie ne peut en contester les termes, sauf si elle prouve que l'accord est nul et non avenu [ou autrement sans effet] [en vertu de la loi applicable] [*l'État adoptant peut insérer ici d'autres dispositions précises relatives à la force exécutoire de tels accords*]."

134. Bien que l'on ait considéré que le paragraphe 1 constituait quant au fond un dénominateur commun acceptable pour les membres du Groupe de travail, nombre d'entre eux ont jugé le libellé du paragraphe 2 proposé trop restrictif car le projet de loi type devrait peut-être prendre en considération des motifs de contestation d'un accord issu de la conciliation autres que la nullité. On a cité, à titre d'exemple, le cas où un accord pourrait être contesté au motif qu'il ne reflétait pas fidèlement les conditions convenues entre les parties. Des doutes ont été émis sur le point de savoir si une contestation fondée sur un tel motif devrait être permise dans le projet de loi type.

135. Afin de donner une description plus générale des procédures accélérées d'exécution des accords issus de conciliations, on a proposé une autre version révisée du projet d'article 17 rédigée comme suit:

"Si les parties parviennent à un accord réglant leur litige, cet accord est obligatoire et peut être mis à exécution suivant les mêmes procédures qui sont appliquées pour faire exécuter un accord de transaction réglant un litige commercial dans cet État. [L'État adoptant peut décrire ou mentionner ces procédures. Il peut en outre insérer la disposition suivante: "Si les parties indiquent dans l'accord de transaction que celui-ci a été conclu dans le cadre d'une conciliation et qu'elles conviennent qu'il est exécutoire au même titre qu'une sentence arbitrale réglant un litige commercial international dans cet État, cet accord peut être mis à exécution suivant ces procédures et sous réserve des exceptions et voies de recours qui s'appliquent dans cet État aux sentences arbitrales commerciales internationales."]"

136. Bien que cette proposition ait bénéficié d'un certain soutien, beaucoup de participants ont estimé que le fait de mentionner simplement l'existence, dans le droit de l'État adoptant, de procédures pour l'exécution d'un accord de transaction réglant un litige commercial ne faisait qu'énoncer une évidence et n'apportait pas le niveau d'harmonisation minimal que l'on pouvait attendre d'un texte de loi uniforme élaboré par la CNUDCI. D'un point de vue rédactionnel, on s'est demandé si l'emploi des mots "les mêmes procédures" rendait bien compte de la nécessité de se référer à la fois au droit procédural et au droit matériel. Il a également été souligné que, étant donné la multiplicité des procédures pouvant exister dans un pays pour faire exécuter un accord issu de la conciliation, le texte proposé ne serait guère utile à ses utilisateurs.

137. S'agissant de la possibilité pour les parties de convenir que l'accord issu de la conciliation était "exécutoire au même titre qu'une sentence arbitrale", des avis divergents ont été exprimés quant à savoir si cette proposition aurait pour effet de rendre un tel accord exécutoire en vertu de la Convention de New York (voir par. 43 ci-dessus). De sérieuses réserves ont été faites quant à la possibilité d'assimiler un accord issu d'une conciliation, qui constituait par essence un contrat, à une sentence arbitrale. On a indiqué que, dans certains pays, des obstacles d'ordre constitutionnel s'opposeraient à la création d'une telle fiction.

138. Selon une opinion largement partagée, il fallait consacrer des travaux et des recherches supplémentaires sur la manière dont le caractère exécutoire d'un accord issu d'une conciliation pourrait être exprimé dans le projet de loi type. D'autres propositions ont été avancées sur la manière dont le projet de loi type pourrait contribuer à l'harmonisation des différentes lois et à la mise en place d'un mécanisme d'exécution accélérée. Il a été suggéré par exemple d'énoncer dans le projet de loi type une règle uniforme minimale selon laquelle la charge de la preuve incomberait à la partie contestant le caractère obligatoire et exécutoire d'un accord issu de la conciliation. Une autre proposition a été que l'on étudie plus précisément les motifs pouvant être invoqués pour refuser l'exécution d'un tel accord en s'inspirant de l'article V de la Convention de New York et des articles 34 et 36 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Selon une autre suggestion encore, le régime juridique des actes authentiques dans certains pays pourrait servir utilement de modèle. On a fait observer cependant qu'un tel modèle pourrait obliger à définir des conditions de forme pour les accords issus de conciliations, ce qui entraînerait un degré de formalisme pouvant aller à l'encontre de la pratique existante en matière de conciliation.

139. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le projet d'article 17 devrait être reformulé dans le sens suivant: "Si les parties parviennent à un accord réglant leur litige et le signent, cet accord est obligatoire et exécutoire... [*les États adoptants insèrent une description du mode d'exécution des accords issus d'une conciliation ou renvoient aux dispositions qui régissent une telle exécution*]". Il a été signalé que le texte visait à constituer le plus petit dénominateur commun entre les différents systèmes juridiques. Il a été reconnu que le texte était ambigu, car il pouvait être interprété dans les différentes langues et dans les différents systèmes juridiques soit comme conférant une force exécutoire supérieure, soit comme énonçant simplement l'évidence selon laquelle l'accord pouvait être mis à exécution par les procédures appropriées. Il a été noté que, dans la perspective de la trente-cinquième session de la Commission, les États seraient invités à faire part de leurs observations officielles sur le projet de texte et que le secré-

tariat tiendrait des consultations informelles concernant la possibilité de l'améliorer.

Projet d'article 4

140. Conformément à ce qu'il était convenu antérieurement, le Groupe de travail a entrepris d'examiner les dispositions du projet de loi type qu'il serait peut-être nécessaire de considérer comme obligatoires et ne pourraient donc pas faire l'objet de la dérogation conventionnelle autorisée par le projet d'article 4. Il a été rappelé que toute disposition de ce type devrait être indiquée au projet d'article 4.

141. Il a été rappelé qu'il avait été convenu que le paragraphe 3 du projet d'article 8, qui énonce les principes guidant le conciliateur, serait une disposition obligatoire non soumise à l'autonomie des parties. En outre, il a été convenu que le nouvel article relatif à l'interprétation du projet de loi type ne visait pas à être appliqué aux relations entre les parties. Ce nouvel article devrait donc être obligatoire et ne devrait pas être soumis à l'autonomie des parties.

142. Une suggestion a été faite pour que le projet d'article 17 soit obligatoire. Un certain nombre de délégations se sont inquiétées de cette suggestion, estimant que le projet de texte était ambigu. Il leur a été répondu que, bien que l'on puisse chercher à donner une plus grande clarté au projet d'article 17 par le biais de consultations informelles ou grâce aux observations des gouvernements, cet article devrait être obligatoire en tant que disposition sur la force exécutoire, quelle que soit sa formulation finale. Il a été convenu dans l'ensemble que, dans la mesure où le projet de loi type contiendrait une disposition sur la force exécutoire, cette disposition ne devrait pas être soumise à l'autonomie des parties. Il a toutefois été estimé que le projet d'article 17, dans sa rédaction actuelle, comportait une incertitude telle qu'il ne faudrait pas le faire figurer parmi les dispositions obligatoires du projet de loi type. Selon une autre proposition, on pourrait inclure une note de bas de page se rapportant à ce projet d'article et qui pourrait être formulée comme suit: "Lors de la mise en œuvre de la procédure d'exécution des accords de transaction, un État adoptant peut envisager la possibilité de rendre une telle procédure obligatoire". Après un débat, cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

143. On a soulevé la question de savoir s'il était nécessaire aussi de faire figurer le projet d'article premier parmi les dispositions obligatoires. Il a été indiqué que la Commission, lors de ses délibérations à venir, devrait peut-être examiner la mesure dans laquelle certaines dispositions relatives au champ d'application de la Loi type devraient être incluses dans la liste des dispositions obligatoires contenues dans le projet d'article 4. Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion.

144. Après un débat, il a été convenu que le projet d'article 17 devrait figurer à l'article 4 comme étant une disposition obligatoire. Il a toutefois été convenu que le secrétariat continuerait de tenir des consultations informelles sur la rédaction de l'article 17.

II. PROJET DE GUIDE POUR L'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA CONCILIATION COMMERCIALE INTERNATIONALE

145. Le Groupe de travail est passé à l'examen du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.116.

Titre et observations générales

146. Il a été suggéré de changer le titre du projet de guide en "Projet de guide pour l'incorporation et l'utilisation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale" pour mieux indiquer que le guide était destiné non seulement aux législateurs, mais aussi à d'autres utilisateurs, y compris des juges, des praticiens et des universitaires. Le Groupe de travail a accepté cette suggestion.

147. La question a été posée de savoir si le guide était destiné à être adopté par la Commission ou simplement publié sous la responsabilité du secrétariat. Bien que les guides pour l'incorporation dans le droit interne publiés avec des lois types antérieures de la CNUDCI aient été expressément adoptés par la Commission, on a noté que les deux options étaient ouvertes. Il a été convenu que, quelle que soit l'option retenue, le guide devrait refléter la décision de la Commission dans son introduction, à la section intitulée "Objectif du présent guide".

Paragraphe 4

148. Il a été indiqué que, compte tenu des changements apportés au paragraphe 3 de l'article 8, c'est-à-dire la suppression des références à l'"impartialité" et à l'"indépendance", il serait approprié de modifier les références à ces termes dans la première phrase du paragraphe 4 du projet de guide. Il a été indiqué aussi qu'il serait peut-être approprié de faire une distinction plus nette à l'avant-dernière phrase de ce même paragraphe entre conciliation et arbitrage, en mentionnant par exemple le caractère non judiciaire du processus de conciliation. Une autre solution serait de modifier cette phrase en remplaçant les mots "à un tiers indépendant et impartial" par les mots "à l'assistance d'un tiers de manière indépendante et impartiale".

Paragraphe 7

149. Il a été proposé de modifier le projet de paragraphe 7 pour qu'il rende mieux compte du principe exprimé au sein du Groupe de travail selon lequel le projet de loi type devrait chercher à améliorer les possibilités de conclure des accords issus de la conciliation contraignants et exécutoires. Tel qu'il est actuellement rédigé, le texte du paragraphe pourrait être interprété comme indiquant que la conciliation ne pourrait jamais être contraignante.

Champ d'application

150. Pour ce qui est de la section D intitulée "Champ d'application", il a été proposé de modifier le paragraphe 12 pour tenir compte de la discussion au sein du Groupe de travail sur le fait que certaines dispositions devraient être obligatoires.

Structure de la Loi type

151. On a exprimé l'avis que l'emploi du mot "règles", au paragraphe 19 et plus haut au paragraphe 16, prêtait à confusion. Il a été proposé, lorsqu'il y avait lieu, d'employer dans le projet de guide le mot "règles" lorsqu'il était question de règles de conciliation, mais le mot "dispositions", lorsqu'il était fait référence à des dispositions du texte du projet de loi type.

Observations article par article

152. Il a été suggéré d'indiquer au projet de paragraphe 23 que la référence au terme "commercial" était fondée sur une définition figurant dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Une autre suggestion a été qu'il faudrait indiquer aussi que le terme "commercial" se rapporte également au "commerce électronique". Il a été rappelé que la notion de "commerce électronique" ne s'appliquait pas uniquement à la sphère commerciale, comme cela a été signalé dans le cadre des travaux de la Commission dans le domaine du commerce électronique. Toutefois, il a été convenu que des explications appropriées seraient incluses dans le projet de guide pour indiquer que le projet de loi type visait à tenir compte des besoins du commerce électronique et du règlement en ligne des litiges.

153. Il a été dit aussi que l'explication au paragraphe 23, selon laquelle la définition du terme "commercial" "pourrait être particulièrement utile pour les pays où il n'existe pas un droit commercial autonome" était trop étroite. Il a été proposé que la note de bas de page pourrait également être utile dans les pays où existait un droit commercial autonome, car ce droit pouvait différer d'un pays à l'autre et la note de bas de page pourrait avoir un rôle d'harmonisation à cet égard.

Article 6. Nombre de conciliateurs

154. Il a été suggéré de modifier le paragraphe 41 pour indiquer que la règle par défaut à laquelle il est fait référence s'inspirait de la règle énoncée dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Toutefois, un certain nombre de règles privées d'arbitrage international prévoyaient une règle par défaut d'un arbitre.

Article 7. Nomination des conciliateurs

155. Il a été proposé d'inclure au paragraphe 42 une référence générale selon laquelle, en cas de conciliation, il était possible d'avoir un nombre pair de conciliateurs, étant entendu que les conciliateurs n'étaient pas tenus de prendre une décision ou de voter.

Article 8. Conduite de la conciliation

156. Il a été suggéré que l'observation relative au projet d'article 8, dans les paragraphes 44 à 46 inclus, indique le principe convenu au sein du Groupe de travail selon lequel les références au "traitement équitable des parties", dans le projet de loi type, avaient pour but de régir le processus de conciliation et non l'accord issu de la conciliation.

Article 9. Communications entre le conciliateur et les parties

157. Il a été proposé d'ajouter, au paragraphe 48, les mots "fait le maximum d'efforts pour" ou "agit de manière à" après les mots "le conciliateur" afin de mieux rendre compte des changements effectués pendant le débat sur le projet d'article 8.

Article 10. Communication d'informations

158. Il a été suggéré de supprimer le deuxième membre de la dernière phrase du paragraphe 49, à savoir "contrairement à ce qui se passe dans l'arbitrage, où l'obligation de communication est absolue", qui pourrait être considéré comme excessif et n'avait du reste pas sa place dans un guide relatif à la conciliation.

Article 16. Arbitre faisant office de conciliateur

159. Bien que le Groupe de travail ait reconnu que le projet d'article 16 n'avait pas été retenu, il a été convenu que le projet de guide devrait indiquer, à un endroit approprié, le fait que, dans un certain nombre de pays, les arbitres étaient autorisés à faire office de conciliateurs, bien que cette pratique soit interdite dans d'autres.

Article 17. Force exécutoire de la transaction

160. Il a été convenu que les États fourniraient des exemples de lois et de pratiques nationales relatives à l'exécution des accords issus de la conciliation afin qu'il en soit tenu compte éventuellement dans le projet de guide pour l'incorporation.

161. Le secrétariat a été prié de préparer une version révisée du projet de guide pour l'incorporation et l'utilisation dans le droit interne du projet de loi type sur la conciliation commerciale internationale en tenant compte des délibérations du Groupe de travail concernant les projets d'articles et les suggestions ci-dessus.

ANNEXE

PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA CONCILIATION COMMERCIALE INTERNATIONALE

(tel qu'approuvé par le Groupe de travail de la CNUDCI sur l'arbitrage et la conciliation à sa trente-cinquième session, tenue à Vienne du 19 au 30 novembre 2001)

Article premier. Champ d'application et définitions

1. La présente Loi s'applique à la conciliation commerciale[1] internationale[2].

2. Aux fins de la présente Loi, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne, ou à un groupe de personnes, de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport. Le conciliateur ou le groupe de conciliateurs n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige.

3. Une conciliation est internationale si:

a) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

b) L'État dans lequel les parties ont leur établissement est différent:

i) Soit de l'État dans lequel une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale doit être exécutée;

ii) Soit de l'État avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit.

4. Aux fins du présent article:

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

5. La présente Loi s'applique également à une conciliation commerciale lorsque les parties conviennent que la conciliation est internationale ou se mettent d'accord sur l'applicabilité de la présente Loi.

6. Les parties sont libres de convenir d'exclure l'applicabilité de la présente Loi.

7. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 8 du présent article, la présente Loi s'applique quelle que soit la base sur laquelle la conciliation est menée, notamment un accord entre les parties conclu avant ou après la survenance d'un litige, une obligation légale, ou la demande ou l'invitation d'une juridiction étatique, d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente.

8. La présente Loi ne s'applique pas:

a) Aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant l'instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement; ni

b) […].

Article 2. Interprétation

1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Article 3. Dérogation conventionnelle

Les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque des dispositions de la présente Loi, à l'exception des dispositions de l'article 2 et de l'article 7, paragraphe 3.

Article 4. Début de la procédure de conciliation[3]

1. Sauf convention contraire des parties, la procédure de conciliation portant sur un litige particulier déjà né débute le jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure.

2. Si la partie qui a invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation dans les trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, elle peut choisir de considérer cette absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation.

Article 5. Nombre de conciliateurs

Il y a un conciliateur, à moins que les parties ne conviennent qu'il y aura un groupe de conciliateurs.

---

[1]Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les opérations suivantes: toute opération commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de biens ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; opérations bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

[2]Les États qui souhaitent élaborer sur la base de la Loi type une loi qui s'applique à la fois à la conciliation interne et à la conciliation internationale pourront envisager d'apporter au texte les modifications ci-après: […]

[3]La Commission suggère le texte suivant à l'intention des États qui pourraient souhaiter adopter une disposition concernant la suspension du délai de prescription:

Article X. Suspension du délai de prescription

1. Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir.

2. Lorsque la procédure de conciliation a pris fin sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où la conciliation s'est achevée sans règlement.

Article 6. Nomination des conciliateurs

1. Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique.

2. Dans une procédure de conciliation avec deux conciliateurs, chaque partie en nomme un.

3. Dans une procédure de conciliation avec trois conciliateurs ou plus, chacune des parties en nomme un, et elles s'efforcent de choisir les autres d'un commun accord.

4. Les parties peuvent demander l'assistance d'un organisme ou d'une personne approprié(e) pour la nomination des conciliateurs. En particulier:

a) Une partie peut demander à un tel organisme ou une telle personne de recommander des personnes ayant les qualités requises pour servir de conciliateur; ou

b) Les parties peuvent convenir qu'un tel organisme ou une telle personne nommera directement un ou plusieurs conciliateurs.

5. En recommandant des conciliateurs ou en les nommant, l'organisme ou la personne en question ont égard aux considérations propres à garantir la nomination d'une personne indépendante et impartiale et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celles des parties.

6. Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité de conciliateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure de conciliation, le conciliateur signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait.

Article 7. Conduite de la conciliation

1. Les parties sont libres de convenir, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base, de la manière dont la conciliation doit être conduite.

2. En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des souhaits que les parties peuvent exprimer et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.

3. Dans tous les cas, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs s'efforce, dans la conduite de la procédure, d'accorder aux parties un traitement équitable et, ce faisant, prend en compte les circonstances de l'affaire.

4. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.

Article 8. Communications entre le conciliateur et les parties

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur, le groupe de conciliateurs ou l'un des membres du groupe peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément.

Article 9. Communication d'informations entre les parties

Lorsque le conciliateur, le groupe de conciliateurs ou l'un des membres du groupe reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler la teneur à l'autre partie. Toutefois, lorsqu'une partie donne au conciliateur, au groupe de conciliateurs ou à l'un des membres du groupe une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci n'est pas révélée à l'autre partie.

Article 10. Obligation de confidentialité

Sauf convention contraire des parties, toutes les informations relatives à la procédure de conciliation demeurent confidentielles, sauf lorsque la divulgation est exigée par la loi ou est rendue nécessaire pour l'application ou l'exécution de l'accord issu de la conciliation.

Article 11. Recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure

1. Sauf convention contraire des parties, une partie qui a participé à la procédure de conciliation ou un tiers, y compris un conciliateur, ne peut, dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue, invoquer ou présenter l'un des éléments de preuve mentionnés ci-après ni témoigner à leur sujet:

a) Une invitation à la conciliation adressée par une partie ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de conciliation;

b) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation concernant une solution éventuelle du litige;

c) Les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;

d) Les propositions faites par le conciliateur;

e) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le conciliateur;

f) Un document établi aux seules fins de la procédure de conciliation.

2. Le paragraphe 1 du présent article s'applique quelle que soit la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés.

3. La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une juridiction étatique ou une autre autorité publique compétente et, si de telles informations sont présentées comme éléments de preuve en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, ceux-ci sont irrecevables. Néanmoins, ces informations peuvent être divulguées ou reçues comme éléments de preuve dans la mesure exigée par la loi ou aux fins de l'application ou de l'exécution de l'accord issu de la conciliation.

4. Les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article s'appliquent que la procédure arbitrale ou judiciaire ou la procédure analogue se rapporte ou non au litige qui fait ou a fait l'objet de la procédure de conciliation.

5. Sous réserve des restrictions énoncées au paragraphe 1 du présent article, les éléments de preuve par ailleurs recevables dans

une procédure arbitrale ou judiciaire ne deviennent pas irrecevables du simple fait qu'ils ont été utilisés dans une conciliation.

Article 12. Fin de la procédure de conciliation

La procédure de conciliation prend fin:

a) Par la conclusion par les parties d'un accord issu de la conciliation, à la date de l'accord;

b) Par une déclaration écrite du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;

c) Par une déclaration écrite des parties adressée au conciliateur ou au groupe de conciliateurs en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

d) Par une déclaration écrite d'une partie adressée à l'autre partie et, si un conciliateur ou un groupe de conciliateurs a été nommé, au conciliateur ou au groupe de conciliateurs en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration.

Article 13. Conciliateur assumant les fonctions d'arbitre

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre ni dans un litige qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de conciliation ni dans un autre litige né du même contrat ou de tout contrat y relatif.

Article 14. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

1. Lorsque les parties sont convenues de recourir à la conciliation et se sont expressément engagées à n'entamer pendant une période donnée ou jusqu'à la survenance d'un fait donné aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal arbitral ou la juridiction étatique jusqu'à ce que les conditions dont il s'accompagne aient été satisfaites.

2. Une partie peut néanmoins entamer une procédure arbitrale ou judiciaire dans la mesure où elle l'estime nécessaire pour la sauvegarde de ses droits. L'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être considérée en soi comme une renonciation à la convention de conciliation ni comme mettant fin à la procédure de conciliation.

Article 15. Force exécutoire de l'accord issu de la conciliation[4]

Si les parties parviennent à un accord réglant leur litige et le signent, cet accord est obligatoire et exécutoire... [*l'État adoptant insère une description du mode d'exécution des accords issus d'une conciliation ou renvoie aux dispositions qui régissent une telle exécution*].

[4] L'État adoptant, lorsqu'il appliquera la procédure d'exécution des accords issus d'une conciliation, pourra envisager la possibilité d'une procédure obligatoire.

B. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: dispositions législatives types relatives à la conciliation commerciale internationale, document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-cinquième session

(A/CN.9/WG.II/WP.115) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Page
I.	Introduction	84
II.	Articles révisés des dispositions législatives types relatives à la conciliation commerciale internationale	84
	Article premier. Champ d'application	84
	Article 2. Conciliation	86
	Article 3. Conciliation internationale	86
	Article 4. Dérogation conventionnelle	87
	Article 5. Début de la procédure de conciliation	87
	Article 6. Nombre de conciliateurs	87
	Article 7. Nomination des conciliateurs	88
	Article 8. Conduite de la conciliation	88
	Article 9. Communication entre le conciliateur et les parties	89
	Article 10. Communication d'informations	89
	Article 11. Fin de la procédure de conciliation	89
	Article 12. Prescription	90
	Article 13. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure	90
	Article 14. Rôle du conciliateur dans d'autres procédures	91
	Article 15. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	92
	Article 16. Arbitre faisant office de conciliateur	92
	Article 17. Force exécutoire de la transaction	93

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était saisie d'une note du secrétariat intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer davantage le droit de l'arbitrage commercial international, elle a jugé dans l'ensemble que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que d'étudier, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage[1].

2. La Commission a confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle a appelé Groupe de travail sur l'arbitrage, et a décidé que ce dernier devrait examiner en priorité la conciliation[2], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[3], la force exécutoire des mesures conservatoires[4] et la possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine[5].

3. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle a pris note du rapport avec satisfaction et réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les questions identifiées pour les travaux futurs. Il a été déclaré à plusieurs reprises que, dans l'ensemble, en décidant des priorités des futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions où des décisions judiciaires avaient laissé une situation juridique incertaine ou laissant à désirer. Les sujets mentionnés par la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier comme tels, étaient la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109, *k*); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal d'arbitrage pour ce qui est de ces demandes (par. 107, *g*); la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix (par. 108, *c*); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York (par. 109, *i*); et le pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts (par. 107, *j*). Il a été noté avec satisfaction qu'en ce qui concerne les arbitrages "en ligne" (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance ont lieu au moyen de communications électroniques) (par. 113) le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (par. 107, *m*), on a estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que le droit jurisprudentiel qui en était à l'origine ne devrait pas être considéré comme une tendance[6].

4. À sa trente-quatrième session, la Commission a pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle l'a félicité pour les progrès accomplis jusqu'à présent en ce qui concerne les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. En ce qui concerne la conciliation, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné les articles 1 à 16 du projet de dispositions législatives types (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1). De l'avis général, on pouvait escompter que les travaux relatifs à ces dispositions seraient achevés par le Groupe de travail à sa session suivante. La Commission a prié le Groupe de travail d'examiner ces dispositions à titre prioritaire de manière que l'instrument soit présenté sous forme de projet de loi type pour examen et adoption par la Commission à sa trente-cinquième session, en 2002[7].

6. À la fin de sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir, pour examen à sa session suivante, une version révisée de ces projets d'articles qui tiendrait compte des avis exprimés lors du débat (voir A/CN.9/487, par. 20). La présente note contient une version révisée du projet de dispositions législatives relatives à la conciliation.

II. ARTICLES RÉVISÉS DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES RELATIVES À LA CONCILIATION COMMERCIALE INTERNATIONALE

Article premier. Champ d'application

1.[1] Les présentes dispositions législatives types s'appliquent à la conciliation commerciale* internationale, telle que définie aux articles 2 et 3:

a) Si le lieu de la conciliation, tel que convenu par les parties ou, faute d'une telle convention, tel que déterminé avec l'aide du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, est situé dans le présent État; ou[2]

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément nº 17* (A/54/17), par. 337.

[2] Ibid., par. 340 à 343.

[3] Ibid., par. 344 à 350.

[4] Ibid., par. 371 à 373.

[5] Ibid., par. 374 et 375.

[6] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément nº 17* (A/55/17), par. 396.

[7] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément nº 17* et rectificatifs (A/56/17 et Corr.1 et Corr.3), par. 309 à 315.

b) Si le lieu de la conciliation n'a pas été convenu ou autrement déterminé comme prévu à l'alinéa *a*[3], il est réputé être situé dans le présent État si l'un quelconque des lieux ci-après s'y trouve: le lieu où est situé l'organisme qui a administré la procédure de conciliation; le lieu de résidence du conciliateur ou l'établissement des deux parties lorsque celles-ci ont leur établissement dans le même pays.

2. Les présentes dispositions législatives types s'appliquent également à une conciliation commerciale qui n'est pas internationale au sens de l'article 3, si les parties sont convenues [expressément] que les dispositions législatives types sont applicables à la conciliation[4].

Remarques

1. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a émis l'avis que le critère de la territorialité devrait être cité comme le premier critère à prendre en considération pour déterminer l'applicabilité du projet de dispositions législatives. Ce réaménagement avait pour objet d'établir clairement que le critère de la territorialité devait être la règle supplétive qui déclencherait l'application des dispositions en l'absence d'autres éléments énumérés au paragraphe 1, tels que le caractère international de la conciliation ou de l'accord des parties d'opter pour les dispositions législatives types (voir A/CN.9/487, par. 91).

2. Pour qu'il soit possible de déterminer avec plus de certitude quand les dispositions législatives types s'appliqueraient, le Groupe de travail a décidé d'inclure au paragraphe 1 une disposition prévoyant que les parties seraient libres de convenir du lieu de la conciliation et que, faute d'une telle convention, il reviendrait au conciliateur ou au groupe de conciliateurs de déterminer ce lieu (voir A/CN.9/487, par. 92 et A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 2). Le nouveau paragraphe reprend un projet de libellé proposé à la trente-quatrième session du Groupe de travail.

3. Le Groupe de travail a décidé que l'article premier devrait envisager les cas dans lesquels le lieu de la conciliation n'avait pas été convenu ou déterminé et où, pour d'autres raisons, il n'était pas possible de l'établir. Les critères d'applicabilité des dispositions législatives types pourraient être, par exemple, le lieu où était situé l'organisme qui administrait la procédure de conciliation, le lieu de résidence du conciliateur ou de l'établissement commercial des deux parties si celles-ci avaient leur établissement dans le même pays (voir A/CN.9/487, par. 93).

4. La question de la possibilité pour les parties de choisir les dispositions législatives types a été débattue à la trente-quatrième session du Groupe de travail dans le contexte du projet d'article 3 (voir A/CN.9/487, par. 107 à 109). Il a été convenu que la disposition devrait être libellée comme suit: "les parties sont convenues [expressément] que les dispositions législatives types sont applicables". Il semblerait qu'une telle disposition serait mieux à sa place dans le projet d'article premier, qui définit le champ d'application des dispositions législatives types, que dans le projet d'article 3.

3. Les articles... s'appliquent également si le lieu de la conciliation n'est pas situé dans le présent État[5].

4. Les présentes dispositions législatives types s'appliquent, qu'une conciliation ait lieu à l'initiative d'une partie après la survenance d'un litige, en application d'une convention passée par les parties avant la survenance du litige, ou suite à une instruction ou une [demande] [invitation] d'une juridiction étatique ou d'une entité publique compétente[6].

Remarques

5. Le paragraphe 3 a pour objet d'indiquer si certaines dispositions (telles que celles relatives à la recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure, au rôle du conciliateur dans une autre procédure ou au délai de prescription) devraient produire des effets dans l'État adoptant, même si la procédure de conciliation a eu lieu dans un autre pays et ne serait donc généralement pas couverte par la loi de l'État adoptant (voir A/CN.9/485, par. 120 et 134, et A/CN.9/487, par. 94). Le Groupe de travail a décidé de revenir sur les questions traitées au paragraphe 3 une fois que certaines décisions auraient été prises concernant les projets d'articles 12 à 15.

6. Le paragraphe 4 a été remanié pour tenir compte de la nature consensuelle de la conciliation. L'initiative d'une seule partie ne suffirait pas pour engager une procédure consensuelle, l'autre partie devant, à tout le moins, donner son accord (voir A/CN.9/487, par. 95). Bien qu'il ait noté que, dans certains pays, il était inconcevable qu'une procédure de conciliation puisse être imposée par une juridiction étatique, le Groupe de travail est convenu que les dispositions législatives types devraient s'appliquer aux cas de conciliation obligatoire puisque la législation d'autres pays considérait la conciliation comme une phase nécessaire avant l'ouverture d'une action en justice (voir A/CN.9/487, par. 96). Ce paragraphe a été remanié de façon à couvrir trois situations possibles: *a*) l'existence, avant le litige, d'une convention de conciliation (par exemple, le contrat comportait une disposition générale prévoyant que les litiges qui pourraient naître à l'avenir seraient réglés par voie de conciliation); *b*) la conclusion par les parties d'une convention de conciliation après la survenance du litige; et *c*) l'imposition ou la proposition de la conciliation aux parties par une juridiction étatique, un tribunal d'arbitrage ou une entité administrative.

5. Les présentes dispositions législatives types ne s'appliquent pas:

a) Aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant l'instance, mène une procédure de conciliation; et

b) [...][7].

* Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voies aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

Remarque

7. L'inclusion d'une disposition autorisant les États adoptants à exclure certaines situations du champ d'application des dispositions législatives types a été jugée en règle générale acceptable par le Groupe de travail (voir A/CN.9/487, par. 98), qui a décidé que le guide pour l'incorporation des dispositions législatives types devrait illustrer et expliquer les situations que le législateur de l'État adoptant considérerait vraisemblablement comme excep-

tionnelles et auxquelles les dispositions ne devraient pas s'appliquer. Afin d'éviter une immixtion dans le droit procédural existant, l'alinéa *a* a été ajouté de façon à exclure du champ d'application des dispositions législatives types les situations dans lesquelles le juge ou l'arbitre, pendant l'instance, mène lui-même une conciliation, soit à la demande des parties en litige, soit dans l'exercice de ses prérogatives ou de son pouvoir d'appréciation (voir A/CN.9/487, par. 103). Les États adoptants pourraient également exclure spécifiquement les négociations collectives entre employeurs et salariés (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 5).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/485, par. 111 à 116
A/CN.9/487, par. 88 à 99
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 87, 88 et 90
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 5

Article 2. Conciliation[8]

Aux fins des présentes dispositions législatives, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent[9], dans laquelle les parties demandent à une tierce personne ou à un groupe de personnes de les aider [de manière indépendante et impartiale][10] [et sans avoir l'autorité de leur imposer une décision contraignante][11] dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un contrat ou d'une autre relation juridique ou y étant lié.

Remarques

8. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a rappelé que le projet d'article 2 avait pour objet d'énumérer les éléments entrant dans la définition de la conciliation, à savoir l'accord des parties, l'existence d'un litige, l'intention des parties de parvenir à un règlement amiable et la participation d'une ou plusieurs tierces personnes impartiales et indépendantes pour aider les parties à s'efforcer de trouver un règlement amiable. Ces éléments, a-t-on rappelé, distinguaient la conciliation de l'arbitrage, d'une part, et de simples négociations (soit entre les parties soit entre les représentants des parties), d'autre part (voir A/CN.9/487, par. 101).

9. Le maintien du membre de phrase "qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent" a bénéficié d'un appui au sein du Groupe de travail. On a fait observer qu'il serait possible d'utiliser en pratique des formes ou des techniques procédurales différentes afin de faciliter le règlement des litiges et qu'on pourrait, pour désigner ces formes et techniques, se servir d'expressions différentes. On s'est accordé à penser que les dispositions législatives types devraient recouvrir toutes les formes et techniques (voir A/CN.9/487, par. 104).

10. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait décidé à sa trente-cinquième session si le membre de phrase "de manière indépendante et impartiale" était nécessaire dans la définition de la conciliation. On a suggéré de le supprimer car il pourrait être interprété comme introduisant un élément subjectif dans la définition de la conciliation et également comme imposant une condition juridique dont la violation aurait des conséquences qui iraient au-delà des dispositions législatives types; on pourrait même y voir un élément dont dépendrait l'applicabilité de ces dispositions. À l'inverse, on a fait valoir en faveur du maintien de ce membre de phrase qu'il faisait bien ressortir la nature de la conciliation. Le Groupe de travail a décidé de placer les termes en question entre crochets (voir A/CN.9/487, par 102).

11. Les termes entre crochets "et sans avoir l'autorité de leur imposer une décision contraignante" ont été insérés compte tenu d'une suggestion faite à la trente-quatrième session du Groupe de travail tendant à préciser dans le projet d'article 2 que le conciliateur n'a pas l'autorité voulue pour imposer aux parties une décision contraignante (voir A/CN.9/487, par 103).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/460, par. 8 à 10
A/CN.9/485, par. 108 et 109
A/CN.9/487, par. 100 à 104
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 11
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 7 et 8

Article 3. Conciliation internationale[12]

1. Une conciliation est internationale si:

a) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:

i) Le lieu de la conciliation; ou

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit[13];

Remarques

12. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail est convenu que les dispositions législatives types auraient plus de chance d'être acceptées si l'on ne cherchait pas à empiéter sur la conciliation nationale et a donc estimé que, à moins que les parties ne soient d'accord pour adopter le régime juridique institué par les dispositions législatives types, l'instrument devrait limiter sa portée à la conciliation internationale (voir A/CN.9/487, par.106).

13. On a été très généralement d'avis au sein du Groupe de travail que le libellé antérieur du paragraphe 1, *c*, à savoir "les parties sont convenues [expressément] que l'objet de la convention de conciliation a des liens avec plus d'un pays", devait être révisé car il était inapproprié de combiner en un seul paragraphe un critère objectif comme le lieu de la conciliation et un critère subjectif comme l'accord des parties en vertu duquel elles choisissent le régime institué par les dispositions législatives types. On a estimé que si les parties désiraient choisir les dispositions législatives types, elles devaient pouvoir le faire directement, par le jeu d'une déclaration appropriée figurant à l'article premier, et non au moyen d'une fiction concernant le lieu où est situé l'objet du litige. Selon une autre opinion, il serait préférable d'inclure une telle disposition d'acceptation expresse dans la définition du terme "international" comme cela avait été fait dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. À l'issue du débat, il a été décidé de remanier cette disposition de la manière suivante: "les parties sont convenues [expressément] que les dispositions législatives types sont applicables". Il a été demandé au secrétariat de rédiger une nouvelle version comprenant cette formule et de l'insérer dans le projet de dispositions législatives types à un endroit approprié (voir A/CN.9/487, par. 107 à 109). Cette disposition figure actuellement au paragraphe 2 du projet d'article premier.

2. Aux fins du présent article:

a) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/485, par. 117 à 120
A/CN.9/487, par. 105 à109
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 89
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1

Article 4. Dérogation conventionnelle

À moins que les présentes dispositions législatives types n'en disposent autrement, les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque d'entre elles[14].

Remarque

14. Le texte du projet d'article 4 figurait précédemment au dernier paragraphe du projet d'article premier (voir A/CN.9/487, par. 99). Afin de souligner l'importance du rôle conféré par les dispositions législatives types au principe de l'autonomie des parties, on a fait de cette disposition un article distinct. Une telle façon de procéder vise aussi à rapprocher la rédaction des dispositions législatives types de celle d'autres instruments de la CNUDCI (par exemple l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques). On pourrait se rapprocher encore plus de ces précédents en adoptant un libellé tel que le suivant: "Il est possible de déroger aux dispositions de la présente Loi ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention soit invalide ou sans effet en vertu de la loi applicable". Exprimer le principe de l'autonomie des parties dans un article distinct devrait en outre réduire le besoin de répéter ce principe dans le contexte d'un certain nombre de dispositions du projet de dispositions législatives soumises à l'examen du Groupe de travail.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/485, par. 112
A/CN.9/487, par. 99
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 87
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 6

Article 5. Début de la procédure de conciliation

1. La procédure de conciliation portant sur un litige particulier débute le jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure[15].

2. Si une partie ayant invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu de réponse dans les [quatorze] jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou après l'expiration de tout autre délai spécifié dans cette invitation, elle peut choisir de considérer le défaut de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation[16] [17].

Remarques

15. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail est tombé d'accord pour harmoniser le paragraphe 1 de l'article ci-dessus avec le paragraphe 3 du projet d'article premier afin de tenir compte du fait que la conciliation pourrait avoir lieu suite à une instruction ou à une demande d'un organe de règlement des litiges, tel qu'une juridiction étatique ou un tribunal arbitral (voir A/CN.9/487, par. 111). De par son caractère général, l'expression "jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure" semblerait recouvrir les différentes méthodes par lesquelles des parties peuvent décider d'un commun accord d'engager une procédure de conciliation, par exemple l'acceptation par une partie de l'invitation à la conciliation faite par l'autre partie ou l'acceptation par les deux parties d'une instruction ou d'une proposition de conciliation émanant d'une juridiction étatique. Il faudra peut-être insérer ces exemples dans le guide pour l'incorporation des dispositions législatives types.

16. Le Groupe de travail a rejeté une proposition tendant à faire courir le délai à partir de la date de réception de l'invitation du fait que la disposition s'inspirait du paragraphe 4 de l'article 2 du Règlement de conciliation de la CNUDCI et qu'il était souhaitable que ces deux textes restent harmonisés (voir A/CN.9/487, par. 112). Il a toutefois été convenu qu'en raison de l'utilisation accrue des moyens modernes de communication le délai de trente jours pourrait être ramené à deux semaines (voir A/CN.9/487, par. 112 et 113). Le Groupe de travail a fait observer que le paragraphe 2 ne traitait pas du début de la procédure de conciliation et qu'il pouvait donc être inséré à un autre endroit du projet de dispositions législatives types (voir A/CN.9/487, par. 115). Il a également noté qu'il devrait se prononcer définitivement sur la nécessité de conserver tel quel le projet d'article et sur la teneur exacte de ce dernier après avoir examiné, en particulier, le projet d'article 12 et, peut-être aussi, le projet d'article 11 (voir A/CN.9/487, par. 115).

17. On a suggéré au Groupe de travail de prévoir, dans le projet d'article 5, le cas où une invitation à la conciliation était retirée après avoir été faite (voir A/CN.9/487, par. 114). Aucune disposition sur ce point (par exemple une disposition indiquant que la partie prenant l'initiative de la conciliation est libre de retirer l'invitation tant que cette dernière n'a pas été acceptée) n'a été ajoutée dans le texte dudit projet afin d'éviter d'empiéter sur le droit relatif à la formation des contrats en introduisant de nouvelles règles concernant les conditions de retrait d'une offre de conciliation ou de son acceptation. Une disposition spécifique sur le retrait d'une invitation à la conciliation est probablement superflue puisque les deux parties ont la possibilité de mettre fin à la procédure de conciliation à tout moment en vertu de l'alinéa *d* du projet d'article 11.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/485, par. 127 à 132
A/CN.9/487, par. 110 à 115
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 95 et 96
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 11 et 12

Article 6. Nombre de conciliateurs

Il y a un conciliateur, à moins que les parties ne conviennent qu'il y aura un groupe de conciliateurs[18].

Remarque

18. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet d'article 6 (voir A/CN.9/487, par. 117).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/487, par. 116 et 117
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 13

Article 7. Nomination des conciliateurs

1. Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique.

2. Dans une procédure de conciliation avec deux conciliateurs, chaque partie en nomme un[19].

3. Dans une procédure de conciliation avec trois conciliateurs ou plus, chacune des parties en nomme un et elles s'efforcent de choisir les autres d'un commun accord.

4. Les parties peuvent demander l'assistance d'une institution ou d'une personne qualifiée pour la nomination des conciliateurs. En particulier,

a) Une partie peut demander à une telle institution ou personne de recommander des personnes ayant les qualités requises pour servir de conciliateur; ou

b) Les parties peuvent convenir qu'une telle institution ou personne nommera directement un ou plusieurs conciliateurs.

5. En recommandant des conciliateurs ou en les nommant, l'institution ou la personne en question ont égard aux considérations propres à garantir la nomination d'une personne indépendante et impartiale et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celle des parties.

Remarque

19. Il a été proposé, à la trente-quatrième session du Groupe de travail, que la nomination de chacun des conciliateurs soit subordonnée à l'agrément des deux parties. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, la formule prévue dans le texte actuel était plus pratique, permettait d'engager plus rapidement la procédure de conciliation et pouvait en fait favoriser un règlement, dans la mesure où les deux conciliateurs nommés par les parties, agissant en toute indépendance et de façon impartiale, seraient mieux à même de clarifier les positions des parties et, partant, d'améliorer les chances d'un règlement (voir A/CN.9/487, par. 119).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/487, par. 118 et 119
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 14

Article 8. Conduite de la conciliation

1. Les parties sont libres de convenir, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base, de la manière dont la conciliation doit être conduite[20].

2. En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des [vues] [attentes] [intentions] [désirs] que les parties peuvent exprimer et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige[21].

Remarques

20. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, on s'est largement accordé pour aligner le paragraphe 1 sur l'article 19 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et pour souligner que les parties avaient toute latitude de convenir de la manière dont la conciliation devait être conduite. Le membre de phrase entre crochets ", par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base," a été approuvé, sous réserve de la suppression du mot "*standard*" dans la version anglaise. Une suggestion tendant à supprimer le paragraphe 1 et à disposer, au paragraphe 2, que le conciliateur devrait être à même de décider de la manière dont la conciliation devrait être conduite n'a reçu aucun appui (voir A/CN.9/487, par. 121).

21. Les membres du Groupe de travail sont tombés d'accord sur le fait que le mot "désirs" était inhabituel dans des dispositions législatives mais ont noté que, faute d'en trouver un plus approprié, ils pourraient le conserver puisqu'il était employé dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI (voir A/CN.9/487, par. 122). Pour un libellé plus objectif, on a proposé d'autres variantes possibles, à savoir "vues", "attentes" et "intentions".

3. Le conciliateur est guidé par les principes [d'objectivité, d'équité et de justice] [d'objectivité, d'impartialité et d'indépendance] et s'efforce d'accorder aux parties un traitement équitable[22].

4. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige[23].

Remarques

22. Des craintes ont été exprimées au sein du Groupe de travail concernant l'inclusion de principes généraux dans des dispositions législatives types. Il a été déclaré qu'en offrant aux juridictions étatiques des critères à l'aune desquels juger la conduite des conciliateurs la première phrase du paragraphe 3 risquait d'avoir involontairement pour effet d'inciter les parties à demander l'annulation de l'accord de transaction en soumettant la procédure de conciliation à un contrôle judiciaire. On a donc estimé que lesdits principes devraient figurer dans le guide pour l'incorporation des dispositions législatives types. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, on devait conserver les principes directeurs dans le corps des dispositions législatives afin d'offrir, notamment aux conciliateurs les moins chevronnés, des orientations concernant la procédure de conciliation. Deux variantes sont proposées au paragraphe 3. La première fait suite à la décision du Groupe de travail de retenir les mots "objectivité, équité et justice" comme une solution possible (voir A/CN.9/487, par. 125). La seconde tient compte d'un avis

selon lequel les mots “impartialité et indépendance” sont préférables à des mots comme “équité et justice”, car ces derniers évoquent le rôle d’un organe de décision (tel qu’un juge ou un arbitre) et non celui d’un conciliateur, et l’emploi du mot anglais “fairness” pourrait poser des problèmes de traduction. Le projet consacre également le principe de l’égalité de traitement des deux parties (voir A/CN.9/487, par. 129). Le Groupe de travail a décidé que la deuxième phrase figurant dans le précédent projet de paragraphe 3 (“Sauf convention contraire des parties, le conciliateur peut tenir compte, entre autres, des droits et des obligations des parties, des usages dans la branche de commerce considérée et des circonstances du litige, y compris les habitudes commerciales qui se sont établies entre les parties”), dans la mesure où elle avait trait à des éléments dont l’accord de transaction devrait tenir compte sur le fond, serait plus à sa place dans le guide pour l’incorporation des dispositions législatives types (voir A/CN.9/487, par. 126).

23. Bien que des doutes aient été exprimés quant à l’utilité du paragraphe 4, le Groupe de travail est convenu de le conserver (voir A/CN.9/487, par. 127).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 56 à 59
A/CN.9/485, par. 121 à 125
A/CN.9/487, par. 120 à 127
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 61 et 62
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 91 et 92
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 15 à 18

Article 9. Communication entre le conciliateur et les parties

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément[24].

Remarque

24. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet d’article 9. Si l’idée d’énoncer, dans les dispositions législatives types, le principe selon lequel le conciliateur devrait accorder un traitement égal aux deux parties a été favorablement accueillie, le Groupe de travail a décidé de ne pas inclure une règle aussi formelle dans le projet d’article 9 (voir A/CN.9/487, par. 129). Le principe général de l’égalité de traitement des parties est énoncé dans le projet d’article 8.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 54 et 55
A/CN.9/485, par. 126
A/CN.9/487, par. 128 et 129
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 56 et 57
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 93
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 19

Article 10. Communication d’informations

Lorsque le conciliateur ou le groupe de conciliateurs reçoit d’une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler le contenu à l’autre partie. Toutefois, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs ne doit pas dévoiler une information reçue d’une partie lorsque celle-ci la lui fournit sous la condition expresse qu’elle demeure confidentielle[25].

Remarque

25. Des deux variantes examinées à la précédente session (A/CN.9/487, par. 130), la première a été retenue comme étant la meilleure solution pour garantir la circulation des informations entre les divers intervenants de la procédure de conciliation. Il a été convenu que la règle de la confidentialité devait s’appliquer dans tous les cas, même sans l’accord exprès des parties. C’est pourquoi le membre de phrase “les parties peuvent convenir d’autres dispositions, notamment prévoir que” a été supprimé (voir A/CN.9/487, par. 132). La proposition visant à employer le terme “informations de fait” au lieu d’“informations” a été rejetée au motif que ce dernier terme était préférable, car il couvrait toutes les informations pertinentes et permettait d’éviter tout problème d’interprétation de la notion d’information “de fait”. Le guide pour l’incorporation des dispositions législatives types devrait préciser, à propos de l’article 10, que le terme “informations” devrait être interprété comme désignant également les communications qui ont eu lieu avant que la procédure de conciliation ne soit effectivement engagée.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 54 et 55
A/CN.9/487, par. 130 à 134
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 58 à 60
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 20 et 21

Article 11. Fin de la procédure de conciliation

La procédure de conciliation prend fin:

a) Par la conclusion[26] de l’accord de transaction par les parties, à la date de l’accord;

b) Par une déclaration écrite du conciliateur ou du groupe de conciliateurs[27], après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;

c) Par une déclaration écrite adressée au conciliateur par les parties en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

d) Par une déclaration écrite adressée par une partie à l’autre partie et, si un conciliateur a été nommé, à ce dernier, en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration.

Remarques

26. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail est convenu de remplacer le mot “signature” par “conclusion” afin de mieux tenir compte du recours au commerce électronique (voir A/CN.9/487, par. 136 et A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 23).

27. Selon un avis, il fallait peut-être prévoir à l’alinéa *b* le cas où la procédure de conciliation était menée par un groupe de conciliateurs mais était déclarée close par un seul ou plusieurs membres de ce dernier (voir A/CN.9/487, par. 136). Le Groupe de travail pourrait déterminer si les dispositions législatives types devraient prévoir que, lorsque la procédure est conduite par plusieurs conciliateurs, ceux-ci doivent agir conjointement et la déclaration doit émaner de l’ensemble du groupe. À cet égard, on rappellera qu’aux termes de l’article 3 du Règlement de conciliation de la CNUDCI “Lorsqu’il y a plus d’un conciliateur, ils doivent, en règle générale, agir de concert”. Cette disposition revêt clairement la forme d’une recommandation et non d’une

obligation. Une autre raison pour laquelle les dispositions législatives types ne devraient peut-être pas faire obligation aux conciliateurs d'agir conjointement tient à la diversité des situations de procédure dans lesquelles ceux-ci pourraient intervenir pour mettre fin à l'instance. Selon le type de procédure adopté par les parties et le groupe de conciliateurs, la décision pourrait être prise par consensus par tous les membres du groupe, mais elle pourrait aussi l'être par le conciliateur-président ou par l'un des membres du groupe auquel ce pouvoir aurait été délégué. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il serait indiqué que les dispositions législatives types soient aussi détaillées sur les questions de procédure.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/485, par. 133
A/CN.9/487, par. 135 et 136
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 22 et 23

Article 12. Prescription

[1. Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir.

2. Lorsque la procédure de conciliation a pris fin sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où la conciliation s'est achevée sans règlement[28].]

Remarque

28. Malgré les nombreux avis contraires (voir A/CN.9/487, par. 138), le Groupe de travail est convenu, à sa trente-quatrième session, de conserver le projet d'article 12 provisoirement pour en poursuivre l'examen ultérieurement. Il a été demandé si ce projet d'article avait pour effet d'interrompre ou simplement de suspendre l'écoulement du délai de prescription. À cet égard, on rappellera qu'à sa trente-troisième session le Groupe de travail avait noté que la procédure de conciliation pouvait influer sur l'écoulement de ce délai essentiellement de trois manières. Une première possibilité était que le délai de prescription, après avoir été interrompu du fait de l'ouverture de la procédure de conciliation, recommencerait à courir depuis le début. Une deuxième possibilité était que, si la conciliation se terminait sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription serait réputé avoir continué de courir, comme s'il n'y avait pas eu de conciliation, auquel cas un délai de grâce serait peut-être nécessaire si entre-temps le délai de prescription avait expiré ou allait expirer sous peu. Cette approche avait été retenue dans le projet de disposition examiné par le Groupe de travail, qui s'inspirait de l'article 17 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974). Enfin, la troisième possibilité était que, durant la conciliation, le délai de prescription soit interrompu et recommence de courir dès que la conciliation s'achèverait sans résultat. Parmi ces trois possibilités, la dernière (également appelée solution de "l'horloge d'échecs" ou, dans certains systèmes juridiques, "suspension") a reçu un appui considérable (voir A/CN.9/485, par.138).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 50 à 53
A/CN.9/485, par. 133 à 138
A/CN.9/487, par. 137 et 138
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 53 à 55
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 24

Article 13. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure[29]

1. [Sauf convention contraire des parties,] une partie qui a participé à la procédure de conciliation ou un tiers[30] ne peut invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant ou ayant fait[31] l'objet de la procédure de conciliation[32]:

a) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation à l'égard d'une solution éventuelle du litige[33];

b) Les déclarations faites ou les faits admis[34] par une partie au cours de la procédure de conciliation;

Remarques

29. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail s'est dans l'ensemble déclaré favorable au principe sur lequel reposait le projet d'article 13, à savoir que celui-ci était conçu pour favoriser la franchise et la sincérité dans les discussions pendant la conciliation en interdisant l'utilisation des informations énumérées au paragraphe 1 dans toute procédure ultérieure (voir A/CN.9/487, par. 140).

30. De l'avis quasi général, il fallait conserver les mots "ou un tiers" car ceux-ci étaient nécessaires pour garantir que des personnes autres que les parties (par exemple, les témoins ou les experts) qui participaient à la procédure soient également liées par le paragraphe 1. Des doutes ont été toutefois exprimés quant à l'opportunité d'imposer à un tiers l'obligation énoncée dans ce paragraphe, en particulier si c'était les parties à la procédure qui déterminaient l'étendue de l'obligation (par le jeu du membre de phrase "sauf convention contraire des parties") (voir A/CN.9/487, par. 140). Le Groupe de travail souhaitera peut-être se prononcer définitivement sur ce point. Il convient de noter que les mots "ou un tiers" semblent également désigner le conciliateur. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait d'indiquer que le projet d'article 13 s'entend sous réserve du projet d'article 14 (voir la remarque 39 ci-dessous).

31. Le Groupe de travail a fait observer que la procédure de conciliation pouvait encore être en cours au moment où le paragraphe 1 devenait applicable (voir A/CN.9/487, par. 140). Pour tenir compte de ce cas de figure, on a reformulé le paragraphe de sorte qu'il mentionne à la fois les litiges "faisant ou ayant fait" l'objet de la procédure de conciliation.

32. Une proposition selon laquelle des éléments d'information du type visé au paragraphe 1 devaient aussi être couverts par le projet d'article s'ils avaient été produits avant la procédure de conciliation et en prévision de celle-ci a été favorablement accueillie au sein du Groupe de travail (voir A/CN.9/487, par. 140). Ce dernier souhaitera peut-être examiner plus avant les incidences de cette proposition. En particulier, il faudrait chercher comment définir les "éléments d'information produits avant la procédure et en prévision de celle-ci" de façon à éviter de créer une exception trop générale et trop vague à des règles de procédure bien établies.

33. Il avait été suggéré afin d'établir l'équilibre voulu entre les moyens de preuve à inclure dans le champ de cette disposition et ceux devant en être exclus de supprimer les mots "des questions en litige", ou de remplacer les mots "les faits admis" par "les déclarations faites ou les faits admis" et de conserver tel quel le paragraphe 4 (voir A/CN.9/487, par. 141).

34. Voir la remarque précédente.

c) Les propositions présentées par le conciliateur;

d) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur.

2. Le paragraphe 1 du présent article s'applique [quelle que soit la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés] [que les informations ou les éléments de preuve qui s'y trouvent visés soient sous forme orale ou écrite[35]].

3. La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par le tribunal arbitral ou par la juridiction étatique [que la procédure arbitrale ou judiciaire se rapporte ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire].

4. Lorsque des éléments de preuve ont été présentés en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral ou la juridiction étatique traite ces éléments comme irrecevables.

5. Les éléments de preuve qui sont recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire ne deviennent pas irrecevables du seul fait qu'ils ont été utilisés dans une conciliation.

Remarque

35. Le paragraphe 2 a été inséré car les membres du Groupe de travail avaient décidé d'un commun accord que, s'il y avait le moindre doute sur le fait que la disposition s'appliquait aux éléments de preuve aussi bien oraux qu'écrits, il fallait bien préciser que le projet d'article s'appliquait à toute information ou à tout élément de preuve, quelle qu'en soit la forme (voir A/CN.9/487, par. 141).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/460, par. 11 à 13
A/CN.9/468, par. 22 à 30
A/CN.9/485, par. 139 à 146
A/CN.9/487, par. 139 à 141
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 18 à 28
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 99 et 100
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 25 à 32

Article 14. Rôle du conciliateur dans d'autres procédures

1. Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut remplir les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation.

2. Les éléments de preuve apportés par le conciliateur[36] concernant les questions[37] visées au paragraphe 1 de l'article 12 ou la conduite de l'une ou l'autre partie pendant la procédure de conciliation[38] ne sont pas recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire [que cette procédure se rapporte ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la procédure de conciliation] [relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation][39].

Remarques

36. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, il a été estimé que l'expression "témoignage du conciliateur" employée dans la précédente version du projet était trop restrictive dans le contexte du paragraphe 2 et qu'il était préférable de parler des "éléments de preuve apportés par le conciliateur" (voir A/CN.9/487, par. 143).

37. Le Groupe de travail a approuvé l'idée de remplacer le mot "faits" par un mot comme "questions" ou "informations" (voir A/CN.9/487, par. 143).

38. La proposition tendant à élargir la portée de l'interdiction énoncée au paragraphe 2 pour l'étendre au témoignage du conciliateur attestant qu'une partie avait agi de mauvaise foi dans la conciliation a été favorablement accueillie au sein du Groupe de travail (voir A/CN.9/487, par. 143).

39. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 du projet d'article 13 s'appliquait aux procédures arbitrales ou judiciaires qu'elles soient liées ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation, tandis que le paragraphe 2 du projet d'article 14 avait une portée plus restreinte puisqu'il visait les procédures arbitrales ou judiciaires relatives à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation (voir A/CN.9/487, par. 143). Il est proposé d'aligner le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 14 sur celui du paragraphe 1 du projet d'article 13. Avec la première variante entre crochets, la situation du conciliateur visée au paragraphe 2 du projet d'article 14 correspondrait à celle du "tiers" visée au paragraphe 1 du projet d'article 13. On pourrait faire valoir que le "tiers" visé dans le projet d'article 13 n'englobe pas le conciliateur en raison des dispositions spécifiques contenues dans le projet d'article 14. Toutefois, même dans ce cas, il faudrait sans doute harmoniser la politique générale sous-tendant les projets d'articles 13 et 14 de façon à garantir que certaines informations concernant la conciliation restent confidentielles. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il est souhaitable d'interdire au conciliateur d'apporter, dans toute procédure arbitrale ou judiciaire éventuelle, des éléments de preuve concernant les diverses informations énumérées dans les alinéas *a* à *d* du paragraphe 1 du projet d'article 13. La deuxième variante entre crochets correspond au libellé que le Groupe de travail a examiné à sa trente-quatrième session. Si ce libellé était retenu, il serait en contradiction avec le paragraphe 1 du projet d'article 13, en particulier si le mot "tiers" figurant dans ce dernier doit être interprété comme désignant également le conciliateur et pas seulement des tierces personnes comme les experts et les témoins (voir ci-dessus par. 30). Le Groupe de travail devra peut-être par conséquent revoir le paragraphe 1 du projet d'article 13 sur ce point.

3. [Le paragraphe 1 s'applique] [Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent][40] également à un autre litige né du même contrat [ou de tout autre contrat connexe][41].

Remarques

40. Selon ce que le Groupe de travail décidera concernant les libellés figurant entre crochets au paragraphe 2, il sera peut-être inutile de mentionner au paragraphe 3 les éléments de preuve apportés par le conciliateur concernant "un autre litige".

41. Des trois variantes examinées par le Groupe de travail (voir A/CN.9/487, par. 142), c'est la plus générale qui a été la mieux accueillie. Toutefois, on a fait observer que le mot "related" utilisé dans la version anglaise et certains mots pouvant être employés pour rendre cette notion dans d'autres langues avaient un sens complexe et avaient posé des problèmes d'interprétation (voir A/CN.9/487, par. 143, par. 144).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/460, par. 14 et 15
A/CN.9/468, par. 31 à 37
A/CN.9/485, par. 147 à 153
A/CN.9/487, par. 142 à 145
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 29 à 33
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 33 à 35

Article 15. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

1. Les parties ne peuvent entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige faisant l'objet de la procédure de conciliation, et une juridiction étatique ou un tribunal arbitral donne effet à cette obligation. L'une ou l'autre des parties peut néanmoins entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, lorsque, à son avis, celle-ci est nécessaire pour sauvegarder ses droits. L'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être réputée en soi mettre fin à la procédure de conciliation[42].

Remarque

42. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, le paragraphe 1 a reçu un certain appui quant au fond. On a fait observer qu'il serait toujours utile même si le projet d'article 11, qui traitait de l'effet de la conciliation sur la prescription, devait être maintenu, car le demandeur pouvait souhaiter entamer une procédure arbitrale ou judiciaire dans un but autre que celui de suspendre le délai de prescription (voir A/CN.9/487, par. 147). Le Groupe de travail souhaitera sans doute examiner plus avant les incidences de la deuxième phrase du paragraphe 1. Telle qu'elle est actuellement libellée, elle laisse à chacune des parties beaucoup de latitude pour déterminer si l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire est "nécessaire pour sauvegarder ses droits". Par exemple, toute demande de mesures provisoires ou conservatoires pourrait aisément être qualifiée de "nécessaire pour sauvegarder [les] droits" du demandeur. Il semble donc qu'il y ait de grandes chances pour que la deuxième phrase soit utilisée afin de contourner l'interdiction énoncée dans la première phrase du paragraphe 1.

2. [Dans la mesure où les parties se sont expressément engagées à n'entamer [pendant un certain délai ou jusqu'à la survenance d'un fait] aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par la juridiction étatique ou le tribunal arbitral [jusqu'à ce que les conditions de l'accord aient été remplies][43].

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article n'empêchent pas une partie de s'adresser à une autorité de nomination afin de lui demander de nommer un arbitre.]

Remarque

43. Le paragraphe 2 a également reçu un certain appui quant au fond, y compris les mots placés entre crochets. On a estimé que les conventions de conciliation devaient s'imposer aux parties, en particulier lorsque celles-ci s'étaient expressément engagées à renoncer à une procédure arbitrale ou judiciaire tant qu'elles n'auraient pas tenté de régler leur litige par voie de conciliation. On a souligné que le paragraphe 1, qui autorisait les parties à entamer une procédure arbitrale ou judiciaire dans certaines circonstances, et le paragraphe 2, qui excluait qu'une procédure arbitrale ou judiciaire soit entamée avant que les parties n'aient honoré leur engagement de recourir à la conciliation, visaient des objectifs qui pourraient être contradictoires et que le jeu de ces deux dispositions devait être coordonné et clarifié (voir A/CN.9/487, par. 148 et 149). Sous réserve de tout remaniement de la deuxième phrase du paragraphe 1, le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il serait suffisant pour clarifier la question d'ajouter au paragraphe 2 les mots "sous réserve du paragraphe 1 du présent article" ou si la deuxième phrase du paragraphe 1 devrait être reproduite au paragraphe 2. À défaut, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de préciser dans le guide pour l'incorporation des dispositions législatives types la raison pour laquelle une exception telle que celle prévue dans la deuxième phrase du paragraphe 1 ne doit pas être reprise au paragraphe 2. Par exemple, on pourrait expliquer que le paragraphe 1 s'applique une fois que la procédure de conciliation a été entamée et que l'exception prévue dans la deuxième phrase pourrait devenir nécessaire si la procédure de conciliation se prolonge. Le paragraphe 2 en revanche vise une période qui devrait être de courte durée, débutant après la survenance du litige. En règle générale, si les parties convenaient de ne pas entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, ce serait pour faciliter les négociations ou la conciliation, et l'on ne voit pas bien quelle raison serait assez impérieuse pour justifier qu'il soit dérogé à l'accord exprès et mûrement réfléchi des parties.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 45 à 49
A/CN.9/485, par. 154 à 158
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 49 à 52
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 36 et 37

Article 16. Arbitre faisant office de conciliateur

[Il n'est pas incompatible avec la mission d'un arbitre que celui-ci pose la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en conviennent, participe aux efforts en vue de parvenir à un règlement concerté.][44]

Remarque

44. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, on a émis l'avis que le projet d'article 16 devrait être supprimé car il porte sur des questions qui peuvent se poser pendant la procédure arbitrale et non pas pendant la procédure de conciliation. Si une telle disposition était jugée nécessaire, elle serait donc mieux à sa place dans un texte traitant de l'arbitrage. En outre, on a rappelé que lors du débat consacré au paragraphe 4 du projet d'article premier, le Groupe de travail avait envisagé la possibilité d'exclure du champ d'application du projet de dispositions législatives types les situations dans lesquelles un arbitre mènerait des opérations de

conciliation dans l'exercice de ses prérogatives ou de son pouvoir d'appréciation (voir A/CN.9/487, par. 103 et ci-dessus, par. 7). Si cela devait être le cas, le projet d'article 16 pourrait être supprimé. En revanche, si le champ d'application du projet de dispositions législatives types devait englober les situations dans lesquelles un arbitre menait des opérations de conciliation pendant l'instance arbitrale, ses dispositions demeureraient utiles. On a suggéré que dans un tel cas l'idée qui y était exprimée soit transférée au projet d'article premier. Le secrétariat a été prié d'établir sur la base des opinions exprimées lors du débat un projet qui pourrait comporter plusieurs variantes (voir A/CN.9/487, par. 152). Si la conciliation menée par un arbitre devait être traitée dans les dispositions législatives types, il faudrait sans doute le préciser dans le projet d'article premier en y insérant une disposition telle que: "Les présentes dispositions législatives types s'appliquent également lorsqu'un arbitre, dès lors qu'il agit avec l'accord des parties, fait office de conciliateur".

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 41 à 44
A/CN.9/485, par. 159
A/CN.9/487, par. 151 et 152
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 44 à 48
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 104
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 38

Article 17. Force exécutoire de la transaction[45]

Variante A

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction est signé par elles et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est contraignant et exécutoire [l'État adoptant insère ici des dispositions précises relatives à la force exécutoire de telles transactions][46].

Remarques

45. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a noté que les solutions législatives concernant la force exécutoire d'accords de transaction conclus à l'issue d'une procédure de conciliation différaient fortement. La législation de certains États ne comportait pas de dispositions particulières relatives à la force exécutoire de ces transactions, si bien que celles-ci étaient soumises au même régime d'exécution que tout contrat entre les parties, conception qui avait été confirmée dans certaines législations sur la conciliation. On a aussi noté que plusieurs législations comportaient des dispositions prévoyant qu'un accord de transaction écrit devait être traité comme une sentence rendue par un tribunal arbitral et produire les mêmes effets qu'une sentence arbitrale définitive, à condition que le résultat de la conciliation ait été consigné par écrit et signé par le conciliateur ou les conciliateurs et par les parties ou leurs représentants. Selon une autre conception retenue dans une législation nationale, l'accord de transaction était réputé constituer un titre exécutoire, et les droits, créances et obligations qui y étaient consignés, qui avaient un caractère certain et explicite et qui étaient susceptibles d'exécution, étaient exécutoires selon les mêmes modalités que les décisions judiciaires. On a toutefois fait observer que cette approche s'insérait dans le cadre de procédures de conciliation organisées par des institutions agréées et menées par des conciliateurs choisis sur une liste tenue par un organe officiel. Dans d'autres législations encore, les accords de transaction étaient traités comme des sentences arbitrales mais "pouvaient, sur autorisation de la juridiction étatique", être exécutés comme un jugement, ce qui semblait laisser une marge d'appréciation à la juridiction étatique pour faire exécuter la transaction. On a émis l'avis que le projet de dispositions législatives types pourrait faire une place au cas dans lequel les parties ont désigné un tribunal arbitral expressément pour qu'il rende une sentence fondée sur la transaction à laquelle elles étaient parvenues. Une telle sentence, envisagée à l'article 30 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, serait exécutoire au même titre que toute autre sentence arbitrale. Selon ce point de vue, d'autres transactions devaient être considérées comme des contrats et exécutées en tant que tels. Les dispositions législatives types devaient se borner à poser comme principe que les accords de transaction devaient être exécutés, sans chercher à spécifier des modalités uniformes, le soin de régler cette question devant être laissé au législateur de chaque État adoptant. Selon d'autres points de vue, cependant, il serait utile, pour rendre la conciliation plus attrayante, de donner force exécutoire aux transactions issues de la conciliation. Il serait donc souhaitable d'élaborer une disposition législative type à l'intention des États qui souhaiteraient adopter une disposition à ce sujet. À l'issue du débat, le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du projet d'article 16, éventuellement assortie de variantes rendant compte des différents avis qui avaient été exprimés et des solutions tirées de certaines législations qui avaient été discutées (voir A/CN.9/487, par. 154 à 159).

46. La variante A est le texte que le Groupe de travail a examiné à sa trente-quatrième session. Elle correspond à la conception selon laquelle les dispositions législatives types devraient se borner à poser le principe du caractère exécutoire de l'accord de transaction, sans chercher à spécifier des modalités d'exécution unifiées, cette question devant être laissée au législateur de chacun des États adoptants. Des exemples de solutions tirées des législations nationales pourraient être donnés dans le guide pour l'incorporation des dispositions législatives types.

Variante B

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige, l'accord auquel elles sont parvenues est contraignant et exécutoire au même titre qu'un contrat[47].

Variante C

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige, elles peuvent désigner un tribunal arbitral, y compris en nommant le conciliateur ou un membre du groupe de conciliateurs, auquel elles demandent de prendre acte de leur transaction sous la forme d'une sentence arbitrale rendue par accord des parties[48].

Variante D

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction est signé par elles et par le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est contraignant et a force exécutoire au même titre qu'une sentence arbitrale[49].

Remarques

47. La variante B reflète l'opinion largement répandue selon laquelle, s'agissant de la détermination de la force exécutoire, l'accord de transaction doit être considéré comme un contrat. Cette variante n'exige pas que l'accord de transaction soit signé par les parties et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, afin de ne pas contredire le droit des contrats existant en imposant des formalités particulières pour la formation de ce contrat.

48. La variante C est fondée sur l'article 30 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Elle offre un cadre procédural de base concernant les modalités d'expression de l'accord de transaction sous la forme d'une sentence arbitrale.

49. La variante D part du principe que, s'agissant de la détermination de sa force exécutoire, l'accord de transaction doit être considéré comme une sentence arbitrale. Elle ne donne aucune indication de procédure concernant la production d'une telle sentence. Le membre de phrase "a force exécutoire au même titre qu'une sentence arbitrale" devrait être explicité dans le guide pour l'incorporation des dispositions législatives types, grâce, par exemple, à un renvoi aux dispositions plus détaillées des articles 30, 35 et 36 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/W460, par.16 à 18
A/CN.9/468, par. 38 à 40
A/CN.9/485, par. 159
A/CN.9/487, par. 153 à 159
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 34 à 42
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 105 à 112
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 39

C. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de [la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale], document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-cinquième session

(A/CN.9/WG.II/WP.116) [Original: anglais]

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était saisie d'une note du secrétariat intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage[1].

2. La Commission avait confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle avait appelé "Groupe de travail sur l'arbitrage" et avait décidé que les points prioritaires que devrait traiter ce dernier seraient la conciliation[2], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[3], la force exécutoire des mesures provisoires et conservatoires[4] et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine[5].

3. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle avait pris note du rapport avec satisfaction et avait réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les sujets susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Il avait été déclaré à plusieurs reprises que, d'une manière générale, en décidant de la priorité à accorder aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions pour lesquelles les décisions judiciaires avaient laissé subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés au sein de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter étaient, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109, *k*); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal d'arbitrage pour ce qui était de ces demandes (par. 107, *g*); la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix (par. 108, *c*); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York (par. 109, *i*); et le pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts (par. 107, *j*). Il avait été noté avec satisfaction qu'en ce qui concernait les arbitrages "en ligne" (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance ont lieu au moyen de communications électroniques) (par. 113) le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (par. 107, *m*), on avait estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance[6].

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

[2] Ibid., par. 340 à 343.

[3] Ibid., par. 344 à 350.

[4] Ibid., par. 371 à 373.

[5] Ibid., par. 374 et 375.

[6] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396.

4. À sa trente-quatrième session, tenue à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001, la Commission a pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle a félicité celui-ci pour les progrès accomplis jusqu'à présent en ce qui concernait les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les questions ayant trait aux mesures provisoires et conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. S'agissant de la conciliation, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné les articles 1 à 16 du projet de dispositions législatives types (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1). De l'avis général, on pouvait escompter que les travaux relatifs à ce projet seraient achevés par le Groupe de travail à sa session suivante. La Commission a prié ce dernier de poursuivre l'examen de ces dispositions à titre prioritaire de sorte que l'instrument lui soit présenté sous forme de projet de loi type pour examen et adoption à sa trente-cinquième session en 2002[7].

6. À l'issue de sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir, pour examen à sa session suivante, une version révisée de ces articles, en tenant compte des avis exprimés lors de ses débats (voir A/CN.9/487, par. 20). La présente note contient une première version du projet de guide y relatif.

[7]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 315.

ANNEXE

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE [LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA CONCILIATION COMMERCIALE INTERNATIONALE]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Objectif du présent Guide	1-3	96
II.	Introduction à la Loi type	4-22	96
	A. La notion de conciliation et l'objectif de la Loi type	4-8	96
	B. La Loi type, moyen d'harmonisation des lois	9-10	96
	C. Considérations générales et historique	11-14	97
	D. Champ d'application	15-16	97
	E. Structure de la Loi type	17-20	97
	F. Assistance du secrétariat de la CNUDCI	21-22	97
III.	Observations article par article	23-71	98
	Article premier. Champ d'application	23-32	98
	Article 2. Conciliation	33-35	99
	Article 3. Conciliation internationale	36	99
	Article 4. Dérogation conventionnelle	37	100
	Article 5. Début de la procédure de conciliation	38-40	100
	Article 6. Nombre de conciliateurs	41	100
	Article 7. Nomination des conciliateurs	42-43	100
	Article 8. Conduite de la conciliation	44-46	101
	Article 9. Communications entre le conciliateur et les parties	47-48	101
	Article 10. Communication d'informations	49-51	101
	Article 11. Fin de la procédure de conciliation	52	102
	Article 12. Prescription	—	102
	Article 13. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure	53-61	102
	Article 14. Rôle du conciliateur dans une autre procédure	62-63	103
	Article 15. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	64-65	103
	Article 16. Arbitre faisant office de conciliateur	—	104
	Article 17. Force exécutoire de la transaction	66-71	104

I. OBJECTIF DU PRÉSENT GUIDE

1. Lorsqu'elle a élaboré et adopté les dispositions législatives types relatives à la conciliation commerciale internationale, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était consciente du fait que, pour les États qui modernisent leur législation, ces dispositions seraient un outil plus efficace si elles étaient accompagnées d'informations de base et d'explications. La Commission a aussi tenu compte du fait que les dispositions types seraient probablement utilisées par des pays peu familiarisés avec la conciliation comme mode de règlement des litiges. Destinées principalement aux gouvernements et aux parlements préparant les révisions législatives nécessaires, les informations données dans le présent Guide pour l'incorporation devraient aussi être utiles à d'autres utilisateurs, notamment les juges, les praticiens et les universitaires.

2. Le présent Guide a été établi en grande partie sur la base des travaux préparatoires de la Loi type. Il explique pourquoi les dispositions de la Loi type ont été considérées comme constituant des éléments essentiels d'un mécanisme législatif de nature à atteindre les objectifs de celle-ci. Durant l'élaboration des dispositions types, la Commission a présumé que le texte de la Loi type serait accompagné d'explications. Par exemple, un certain nombre de points ne sont pas réglés dans la Loi type mais sont traités dans le Guide, qui est conçu pour apporter des orientations supplémentaires aux États qui incorporent la Loi type dans leur droit interne. Il pourrait aussi aider les États à déterminer les dispositions qu'il conviendrait, le cas échéant, de modifier pour tenir compte de conditions qui leur sont propres.

3. Le Guide pour l'incorporation [de la Loi type] a été établi par le secrétariat à la demande de la CNUDCI. Il prend en compte les délibérations et les décisions de la Commission à la session à laquelle la Loi type a été adoptée, ainsi que les délibérations du Groupe de travail sur l'arbitrage qui a mené les travaux préparatoires.

II. INTRODUCTION À LA LOI TYPE

A. La notion de conciliation et l'objectif de la Loi type

4. Le terme "conciliation" est employé dans la Loi type au sens large de procédure par laquelle une personne ou un groupe de personnes aide, de manière indépendante et impartiale, des parties en litige à régler ce dernier à l'amiable. Il y a de grandes différences entre les procédés de règlement des litiges que sont la négociation, la conciliation et l'arbitrage. Lorsqu'un litige survient, les parties cherchent en général à le résoudre par voie de négociation sans faire intervenir qui que ce soit de l'extérieur. Dans l'arbitrage, les parties confient la procédure de règlement du litige et la solution de ce dernier à un tribunal arbitral dont la décision s'impose à elles. La conciliation se situe au milieu du continuum de règlement des litiges. Elle diffère de la négociation entre les parties en ce qu'il est fait appel à un tiers indépendant et impartial pour régler le différend. Elle diffère de l'arbitrage dans la mesure ou dans la conciliation les parties gardent totalement le contrôle de la procédure et du résultat.

5. La procédure de conciliation telle que définie ci-dessus est envisagée et traitée dans un certain nombre de règlements d'institutions arbitrales et d'institutions se spécialisant dans l'administration de diverses formes de règlement extrajudiciaire des litiges, ainsi que dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI que la Commission a adopté en 1980. Le Règlement est largement utilisé et a servi de modèle pour celui de nombreuses institutions.

6. Les conciliations dans lesquelles les parties en litige conviennent de recevoir une aide pour parvenir à un règlement peuvent différer légèrement dans la forme selon ce qui est jugé le mieux à même de favoriser un tel règlement. Les dispositions régissant ces procédures, qui sont exposées dans la Loi type, ont été conçues de façon qu'il puisse être tenu compte de ces différences et qu'il soit laissé aux parties et aux conciliateurs la latitude de mener la procédure de conciliation comme ceux-ci le jugent approprié.

7. Dans la pratique, les procédures dans lesquelles les parties reçoivent l'aide d'un tiers pour régler un différend sont désignées par des termes tels que la conciliation, la médiation ou des termes analogues. On a aussi recours à la notion de "règlement extrajudiciaire des litiges" pour renvoyer collectivement aux diverses techniques et adaptations des procédures de règlement des litiges par des méthodes conciliatoires plutôt que par une méthode contraignante telle que l'arbitrage. Dans la Loi type, le terme "conciliation" est employé comme synonyme de toutes ces procédures. Dans la mesure où ces méthodes de "règlement extrajudiciaire des litiges" présentent les caractéristiques susmentionnées, elles sont aussi visées par la Loi type.

8. La conciliation est de plus en plus employée pour le règlement des litiges dans diverses parties du monde, y compris dans des régions où elle n'était pas courante il y a dix ou vingt ans. Cette tendance est manifeste, par exemple, dans la création d'un certain nombre d'organismes publics ou privés offrant aux parties intéressées des services visant à favoriser un règlement amiable des litiges. Étant donné par ailleurs le désir croissant, dans diverses régions du monde, de promouvoir la conciliation comme mode de règlement des litiges et la mise en œuvre des législations qui ont été adoptées par certains pays concernant la conciliation, on débat aujourd'hui de la nécessité de solutions juridiques internationalement harmonisées visant à faciliter la conciliation.

B. La Loi type, moyen d'harmonisation des lois

9. Une loi type est un texte législatif qu'il est recommandé aux États d'incorporer dans leur droit national. Contrairement à une convention internationale, une loi type ne contraint pas l'État qui l'adopte à en aviser l'Organisation des Nations Unies ou les autres États qui peuvent l'avoir également adoptée. Les États sont néanmoins fortement encouragés à informer le secrétariat de la CNUDCI de l'adoption de toute loi fondée sur la nouvelle Loi type (ou sur toute autre loi type issue des travaux de la CNUDCI).

10. Lorsqu'il l'incorpore dans son système juridique, un État peut modifier le texte de la Loi type ou supprimer certaines des dispositions. Dans le cas d'une convention, les possibilités de modification du texte uniforme par les États parties (appelées généralement "réserves") sont beaucoup plus restreintes; les conventions en matière de droit commercial, en particulier, interdisent habituellement toute réserve ou n'autorisent qu'un tout petit nombre de réserves bien précises. La souplesse inhérente à une loi type est particulièrement souhaitable lorsqu'il y a lieu de penser que l'État désirera apporter diverses modifications au texte uniforme avant de l'incorporer dans son droit national. Certaines modifications sont attendues, notamment lorsque le texte uniforme est étroitement lié au système procédural et judiciaire national. Du fait de cette souplesse, cependant, une loi type offrira, selon toute probabilité, un degré et une assurance d'harmonisation moindres qu'une convention. En raison de la souplesse inhérente à cet instrument, il est probable que les États seront plus nombreux à incorporer une loi type dans leur droit interne qu'à adhérer à une convention. Dans l'intérêt de l'harmonisation et de la sécurité juridique, les États sont invités à s'efforcer d'apporter aussi peu de changements que possible au texte de la nouvelle Loi type lorsqu'ils l'incorporeront dans leur système juridique; s'ils apportent néanmoins des changements, ceux-ci devraient respecter les principes de base de la Loi type. Rester le plus près

possible du texte uniforme présente le gros avantage de rendre le droit national aussi transparent et familier que possible aux yeux des parties, conseillers et conciliateurs étrangers qui participent à la conciliation dans l'État adoptant.

C. Considérations générales et historique

11. Les échanges et le commerce internationaux se sont rapidement développés depuis que les grandes sociétés ou nations ne sont plus les seules à effectuer des opérations internationales. Avec la croissance exponentielle du commerce électronique, qui fréquemment franchit les frontières nationales, il est devenu impérieux de disposer de systèmes de règlement des litiges efficaces. La CNUDCI a élaboré la Loi type afin d'aider les États à mettre au point des procédures de règlement des litiges qui réduisent le coût d'un tel règlement, favorisent le maintien d'un climat de coopération entre partenaires commerciaux, empêchent la survenance de nouveaux litiges et apportent la sécurité dans les échanges internationaux. En adoptant la Loi type et en faisant connaître ses objectifs aux parties qui participent au commerce international, on encouragera celles-ci à chercher à régler leurs litiges en recourant à des modes de règlement non juridictionnels, ce qui contribuera à plus de stabilité sur les marchés.

12. Certaines questions, telles que la recevabilité de certains éléments de preuve dans des procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures ou le rôle des conciliateurs dans des procédures ultérieures, peuvent trouver une réponse dans des règlements comme le Règlement de conciliation de la CNUDCI. Il arrive toutefois fréquemment que les parties ne se soient pas mises d'accord sur un règlement de conciliation. La conciliation pourrait donc bénéficier de l'établissement de dispositions législatives non contraignantes auxquelles pourraient avoir recours les parties qui désirent adopter ce mode de règlement mais ne sont pas convenues d'un ensemble de règles régissant le processus et la procédure de conciliation.

13. De surcroît, pour de nombreux pays où il peut y avoir des doutes quant à l'effet des conventions concernant la recevabilité de certains types d'éléments de preuve ou dans lesquels celles-ci ne répondent pas à toutes les préoccupations des parties, une législation uniforme apporterait des éclaircissements utiles. C'est la législation qui permet le mieux d'atteindre le degré de prévisibilité et de sécurité nécessaire pour favoriser la conciliation.

14. Les objectifs de la Loi type, qui sont notamment d'encourager le recours à la conciliation et de faire en sorte que celle-ci se déroule dans des conditions plus prévisibles et plus sûres, sont essentiels pour abaisser les coûts et renforcer l'efficacité des échanges internationaux. L'opinion qui a prévalu à la Commission a été qu'il vaudrait la peine d'explorer la possibilité d'établir des règles législatives uniformes à l'appui d'un recours accru à la conciliation.

[*Note du secrétariat: historique de la Loi type à compléter*]

Référence à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 11 à 17
A/54/17, par. 342

D. Champ d'application

15. Lorsqu'elle a élaboré la Loi type et traité le sujet dont elle était saisie, la Commission avait à l'esprit une conception large de la conciliation que pourrait aussi recouvrir des expressions telles que la "médiation", le "règlement extrajudiciaire des litiges" et l'"évaluation neutre". Son intention est que la Loi type soit applicable à un très large éventail de litiges commerciaux. La Commission est convenue que l'expression "conciliation commerciale internationale" devait figurer dans l'intitulé de la Loi type. Le terme "conciliation" est défini à l'article 2 et les termes "commercial" et "international" sont définis respectivement dans une note de bas de page concernant l'article premier et à l'article 3. Bien que le champ d'application de la Loi type soit limité aux litiges commerciaux et internationaux, les États pourraient envisager d'étendre celui de leur législation fondée sur la Loi type aux litiges commerciaux internes et à certains litiges non commerciaux.

16. La Loi type devrait être considérée comme un corps de règles équilibré et autonome qui pourrait être édicté dans une loi distincte ou être incorporé dans une loi concernant le règlement des litiges.

E. Structure de la Loi type

17. La Loi type comporte des définitions, des procédures et des directives concernant des questions connexes qui tiennent compte de l'importance du contrôle exercé par les parties sur la procédure et son résultat.

18. Les articles premier à 3 situent le sujet et définissent la conciliation en général et la conciliation internationale en particulier. Ce sont là le type de dispositions qui seraient généralement insérées dans une loi portant sur l'éventail de questions que la Loi type est censée couvrir.

19. Les articles 4 à 9 portent sur les aspects ayant trait à la procédure. Ces règles de procédure s'appliqueront en particulier dans les situations où les parties n'ont pas opté pour un règlement appelé à régir la procédure en cas de litige, et elles ont donc un caractère supplétif. Elles sont aussi destinées à aider les parties qui sont convenues d'une procédure de règlement de leurs éventuels litiges et revêtent alors un caractère complémentaire.

20. Le reste de la Loi type traite de questions qui peuvent se poser après la conciliation afin d'éviter les incertitudes qui résulteraient de l'absence de dispositions législatives les concernant.

F. Assistance du secrétariat de la CNUDCI

21. Dans le cadre de ses activités de formation et d'assistance, le secrétariat de la CNUDCI pourra fournir une assistance technique aux gouvernements élaborant une législation fondée sur la Loi type, comme il le fait déjà pour aider les gouvernements qui envisagent d'adopter une législation fondée sur d'autres lois types de la CNUDCI ou qui souhaitent adhérer à l'une des conventions de droit commercial international élaborées par la CNUDCI.

22. Le secrétariat, dont l'adresse est indiquée ci-dessous, est tout disposé à donner davantage de renseignements concernant la Loi type, ainsi que le Guide et d'autres lois types et conventions issues des travaux de la CNUDCI. Il accueillera avec satisfaction toutes observations relatives à la Loi type et au Guide, ainsi que tout renseignement concernant l'adoption d'une législation fondée sur la Loi type.

Secrétariat de la CNUDCI
Organisation des Nations Unies
Centre international de Vienne
B.P. 500
A-1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (43-1) 26060- 4060 ou 4061
Télécopieur: (43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org
Page d'accueil sur Internet: www.uncitral.org

III. OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE

Article premier. Champ d'application

1. Les présentes dispositions législatives types s'appliquent à la conciliation commerciale* internationale, telle que définie aux articles 2 et 3,

a) Si le lieu de la conciliation, tel que convenu par les parties ou, faute d'une telle convention, tel que déterminé avec l'aide du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, est situé dans le présent État; ou

b) Si le lieu de la conciliation n'a pas été convenu ou autrement déterminé comme prévu à l'alinéa *a*, il est réputé être situé dans le présent État si l'un quelconque des lieux ci-après s'y trouve: le lieu où est situé l'organisme qui a administré la procédure de conciliation; le lieu de résidence du conciliateur ou l'établissement des deux parties lorsque celles-ci ont leur établissement dans le même pays.

2. Les présentes dispositions législatives types s'appliquent également à une conciliation commerciale qui n'est pas internationale au sens de l'article 3, si les parties sont convenues [expressément] que les dispositions législatives types sont applicables à la conciliation.

3. Les articles... s'appliquent également si le lieu de la conciliation n'est pas situé dans le présent État.

4. Les présentes dispositions législatives types s'appliquent, qu'une conciliation ait lieu à l'initiative d'une partie après la survenance d'un litige, en application d'une convention passée par les parties avant la survenance du litige, ou suite à une instruction ou une [demande] [invitation] d'une juridiction étatique ou d'une entité publique compétente.

5. Les présentes dispositions législatives types ne s'appliquent pas:

a) Aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant l'instance, mène une procédure de conciliation; et

b) [...].

*Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les opérations suivantes: opération commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; opérations bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voies aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

23. L'article premier, dont la lecture doit être complétée par celle de la définition de la "conciliation" figurant à l'article 2 et du terme "international" figurant à l'article 3 a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. Lors de l'élaboration de celle-ci, l'avis général au sein du Groupe de travail était que les règles uniformes ne devaient s'appliquer que dans le domaine commercial. Le terme "commercial" est défini dans la note se rapportant au paragraphe 1 de l'article premier. Cette note a pour objet de donner une définition non limitative et large et de surmonter les difficultés techniques qui pourraient se poser dans le droit national pour déterminer quelles opérations doivent être qualifiées de commerciales. Il n'est pas donné de définition stricte du terme "commercial", l'intention étant que celui-ci soit interprété au sens large de façon à englober les questions découlant de toutes les relations de nature commerciale, qu'elles soient ou non contractuelles. La note comprend une liste indicative des relations devant être considérées comme commerciales, soulignant ainsi l'ampleur de l'interprétation suggérée et indiquant que le critère ne doit pas être fondé sur ce qui peut être considéré comme "commercial" en droit national. Cette liste pourra être particulièrement utile pour les pays où il n'existe pas un droit commercial autonome. Il se peut que, dans certains pays, les notes de bas de page ne soient pas acceptées dans les textes législatifs. Les autorités nationales qui se fonderont sur la Loi type pourront donc envisager la possibilité d'inclure le texte de la note dans le corps même de la loi.

24. La Loi type s'appliquerait si le lieu de la conciliation se trouve dans l'État adoptant. Le Groupe de travail, lors de l'élaboration de la Loi type, a émis l'avis que le critère territorial devrait être le premier critère à prendre en considération pour déterminer l'applicabilité de la Loi type. L'alinéa *a* dispose que la Loi type s'applique (à supposer que d'autres conditions, en particulier le caractère international et commercial de la conciliation, soient satisfaites) si le lieu de la conciliation est situé dans l'État adoptant. Il convient de noter que si le paragraphe 2 de l'article premier autorise les parties à convenir d'étendre l'application de la Loi type à une conciliation non internationale, il ne prévoit pas une telle extension si la conciliation n'est pas "commerciale" au sens de la note se rapportant à l'article premier.

25. Afin d'éviter l'incertitude concernant les circonstances dans lesquelles la Loi type serait applicable, l'alinéa *a* commence par donner aux parties la faculté de convenir du lieu de la conciliation. Faute d'une telle convention, il appartient au conciliateur ou au groupe de conciliateurs d'aider les parties à déterminer ce lieu. Pour éviter les litiges et dans l'intérêt de la sécurité juridique, les parties devraient être encouragées à fixer le lieu de la conciliation dans leur convention.

26. L'alinéa *b* vise les cas dans lesquels le lieu de la conciliation n'a pas été convenu ou déterminé ou dans lesquels il n'est, pour d'autres raisons, pas possible de l'établir. Dans ces cas, la Loi type s'appliquera si l'un quelconque des éléments ci-après est situé dans l'État adoptant: l'organisme qui a administré la procédure de conciliation, le lieu de résidence du conciliateur ou l'établissement des parties lorsque celles-ci ont leur établissement dans le même pays.

27. Le paragraphe 2 autorise les parties à convenir d'appliquer la Loi type (c'est-à-dire à opter pour la Loi type) même si la conciliation n'est pas internationale au sens de celle-ci.

28. Rien dans la Loi type ne devrait empêcher un État d'en étendre la portée de façon à englober dans le champ d'application de sa loi la conciliation pour des litiges extérieurs au domaine commercial [ou de façon à donner aux parties la faculté de convenir qu'elle s'appliquera à une conciliation non commerciale].

29. En principe, la Loi type s'applique uniquement à la conciliation internationale telle que définie à l'article 3. Les États peuvent, toutefois, dans les textes qu'ils adoptent pour l'incorporer dans leur droit interne, en étendre l'applicabilité à la conciliation interne.

30. Le paragraphe 3 énumère les dispositions qui devraient produire des effets dans l'État adoptant même si la procédure de conciliation a eu lieu dans un autre pays et ne serait donc généralement pas couverte par la loi de l'État adoptant. [Ces dispositions sont...]

31. Le paragraphe 4, tout en reconnaissant que la conciliation est une procédure volontaire reposant sur l'accord des parties, tient aussi compte du fait que certains pays ont pris des mesures

pour la promouvoir, par exemple en exigeant que les parties aient recours dans certaines situations à ce mode de règlement ou en autorisant les juges à suggérer ou exiger qu'elles tentent la conciliation avant l'ouverture d'une action en justice. Afin d'ôter tout doute quant à l'applicabilité de la Loi type dans ces situations, le paragraphe 4 dispose que celle-ci s'applique qu'une conciliation ait lieu à l'initiative d'une partie, en application d'une clause conventionnelle, ou à la demande d'une juridiction étatique. Même si l'État adoptant n'exige pas des parties qu'elles recourent à la conciliation, cette disposition devrait néanmoins être incluse car il est possible que des parties situées dans l'État adoptant entament une procédure de conciliation à la demande d'une juridiction étatique étrangère, auquel cas la Loi type devrait également s'appliquer.

32. Le paragraphe 5 permet aux États adoptants d'exclure certaines situations du domaine d'application de la Loi type. L'alinéa *a* exclut expressément les cas dans lesquels le juge ou l'arbitre, pendant l'instance, mène lui-même une conciliation, soit à la demande des parties en litige, soit dans l'exercice de ses prérogatives ou de son pouvoir d'appréciation. Cette exclusion a été jugée nécessaire pour éviter un conflit avec le droit procédural existant. Il se peut qu'il faille aussi exclure les conciliations relatives aux négociations collectives entre employeurs et salariés, car un certain nombre de pays pourraient avoir institué dans ce domaine des régimes de conciliation subordonnés à des considérations d'ordre public qui pourraient différer de celles qui sous-tendent la Loi type. On pourrait aussi envisager d'exclure la conciliation menée par un administrateur judiciaire. Ces mécanismes de conciliation judiciaire étant régis par le règlement de la juridiction concernée, il faudrait aussi sans doute les exclure du champ d'application de la Loi type.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/485, par. 111 à 116
A/CN.9/487, par. 88 à 99
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 87 et 88 et 90
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 1 à 6

Article 2. Conciliation

Aux fins des présentes dispositions législatives, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne ou à un groupe de personnes de les aider [de manière indépendante et impartiale] [et sans avoir l'autorité de leur imposer une décision contraignante] dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un contrat ou d'une autre relation juridique ou y étant lié.

33. L'article 2 énonce les éléments de la définition de la conciliation: l'accord des parties; l'existence d'un litige; l'intention des parties de parvenir à un règlement amiable; et la participation d'une tierce personne impartiale et indépendante qui aide les parties dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable. L'intention est de distinguer la conciliation de l'arbitrage débouchant sur une sentence obligatoire, d'une part, et de simples négociations entre les parties ou leurs représentants, d'autre part.

34. [Le membre de phrase "de manière indépendante et impartiale" n'est pas censé imposer une condition juridique dont dépendrait l'applicabilité de la loi. Même si en ce sens il n'est pas nécessaire pour définir la conciliation, il a été inclus pour souligner la nature de celle-ci. Le membre de phrase "et sans avoir l'autorité de leur imposer une décision contraignante" vise à distinguer la conciliation d'une procédure telle que l'arbitrage.]

35. Le membre de phrase "qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent" vise à indiquer que la Loi type s'applique quel que soit le nom donné à la procédure. L'intention de la Commission est que le mot "conciliation" soit pris au sens large et recouvre toute procédure volontaire contrôlée par les parties et menée avec l'aide d'une tierce personne neutre. Il est possible d'utiliser dans la pratique des formes ou des techniques procédurales différentes pour régler un litige, et différentes expressions peuvent être utilisées pour les désigner. L'intention de la Commission, lorsqu'elle a élaboré la Loi type, était que celle-ci recouvre toutes les formes et techniques qui entrent dans le champ de l'article 2.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/460, par. 8 à 10
A/CN.9/485, par. 108 et 109
A/CN.9/487, par. 100 à 104
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 11
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 83 à 85
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 7 et 8
A/CN.9/WG.II/WP.115, par. 8 à 11

Article 3. Conciliation internationale

1. Une conciliation est internationale si:

a) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:

i) Le lieu de la conciliation; ou

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit;

2. Aux fins du présent article:

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

36. En principe, la Loi type s'applique uniquement à la conciliation internationale. L'article 3 pose un critère pour distinguer les conciliations internationales des conciliations internes. La Commission, lors de l'adoption de la Loi type, est convenue que celle-ci aurait plus de chance d'être acceptée si l'on ne cherchait pas à empiéter sur la conciliation nationale. Cependant, la Loi type ne contient aucune disposition qui, en principe, ne pourrait convenir à ce dernier type de conciliation. Les parties sont d'ailleurs autorisées, aux termes du paragraphe 2 de l'article premier, à opter pour la Loi type. Il convient de noter que dans certaines juridictions, en particulier dans les États fédéraux, il peut être très difficile de distinguer les échanges internationaux des échanges internes. La Loi type ne devrait pas être interprétée comme encourageant les États adoptants à limiter son champ d'application à la conciliation internationale.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/485, par. 117 à 120
A/CN.9/487, par. 105 à 109
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 89
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 9 et 10

Article 4. Dérogation conventionnelle

À moins que les présentes dispositions législatives types n'en disposent autrement, les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque d'entre elles.

37. Afin de souligner l'importance du rôle conféré par la Loi type au principe de l'autonomie des parties, on a fait de cette disposition un article distinct. Une telle façon de procéder vise aussi à rapprocher la rédaction de la Loi type de celle d'autres instruments de la CNUDCI (par exemple l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques). On pourrait se rapprocher encore plus de ces précédents en adoptant un libellé tel que le suivant: "Il est possible de déroger aux dispositions de la présente Loi ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention soit invalide ou sans effet en vertu de la loi applicable". Exprimer le principe de l'autonomie des parties dans un article distinct devrait en outre réduire le besoin de répéter ce principe dans le contexte d'un certain nombre de dispositions de la Loi type.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/485, par. 112
A/CN.9/487, par. 99
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 87
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 6

Article 5. Début de la procédure de conciliation

1. La procédure de conciliation portant sur un litige particulier débute le jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure.

2. Si une partie ayant invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu de réponse dans les [quatorze] jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou après l'expiration de tout autre délai spécifié dans cette invitation, elle peut choisir de considérer le défaut de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation.

38. La Commission, lorsqu'elle a adopté la Loi type, a estimé qu'il fallait harmoniser le paragraphe 1 de l'article 5 avec le paragraphe 4 de l'article premier afin de tenir compte du fait que la conciliation pourrait avoir lieu suite à une instruction ou à une demande d'un organe de règlement des litiges, tel qu'une juridiction étatique ou arbitrale. De par son caractère général, l'expression "jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure" semble recouvrir les différentes méthodes par lesquelles des parties peuvent décider d'un commun accord d'engager une procédure de conciliation, par exemple l'acceptation par une partie de l'invitation à la conciliation faite par l'autre partie ou l'acceptation par les deux parties d'une instruction ou d'une proposition de conciliation émanant d'une juridiction étatique.

39. En se bornant à mentionner dans la disposition le jour où les parties "conviennent d'engager une… procédure [de conciliation]", la Loi type fait dépendre la détermination du moment exact où la convention est conclue de lois étrangères au droit de la conciliation. Étant donné le recours accru aux moyens de communication modernes, le délai pour répondre à une invitation de conciliation a été ramené à quatorze jours au lieu des trente jours prévus dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI.

40. L'article 5 n'aborde pas la situation dans laquelle une invitation de conciliation est retirée après avoir été faite. Aucune disposition consacrée spécifiquement à la question (telle qu'une disposition précisant que la partie ayant pris l'initiative de la conciliation a la faculté de retirer son invitation tant que celle-ci n'a pas été acceptée) n'a été ajoutée au texte afin d'éviter d'empiéter sur le droit relatif à la formation des contrats en introduisant de nouvelles règles concernant les conditions dans lesquelles une offre ou une acceptation de conciliation pourrait être retirée. Bien qu'il ait été proposé au cours des travaux préparatoires d'inclure une disposition consacrée spécifiquement au retrait d'une invitation de conciliation, une telle disposition serait probablement superflue puisque l'alinéa *d* de l'article 11 donne aux deux parties la possibilité de mettre à tout moment fin à la procédure de conciliation.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/485, par. 127 à 132
A/CN.9/487, par. 110 à 115
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 95 et 96
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 11 et 12

Article 6. Nombre de conciliateurs

Il y a un conciliateur, à moins que les parties ne conviennent qu'il y aura un groupe de conciliateurs.

41. La pratique montre que dans le cas de la conciliation, les parties souhaitent généralement que leur litige soit confié à un conciliateur unique. C'est la raison pour laquelle la règle par défaut retenue à l'article 6 est un conciliateur, alors que pour l'arbitrage la règle par défaut est trois arbitres.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/487, par. 116 et 117
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 13

Article 7. Nomination des conciliateurs

1. Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique.

2. Dans une procédure de conciliation avec deux conciliateurs, chaque partie en désigne un.

3. Dans une procédure de conciliation avec trois conciliateurs ou plus, chacune des parties en désigne un et elles s'efforcent de choisir les autres d'un commun accord.

4. Les parties peuvent demander l'assistance d'un organisme ou d'une personne qualifié(e) pour la désignation des conciliateurs. En particulier,

a) Une partie peut demander à un tel organisme ou une telle personne de recommander des personnes ayant les qualités requises pour servir de conciliateur; ou

b) Les parties peuvent convenir qu'un tel organisme ou une telle personne désignera directement un ou plusieurs conciliateurs.

5. En recommandant des conciliateurs ou en les désignant, l'organisme ou la personne en question ont égard aux considérations propres à garantir la nomination d'une personne indépendante et impartiale et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de désigner une personne de nationalité différente de celle des parties.

42. L'intention est d'encourager les parties à se mettre d'accord sur le choix d'un conciliateur. Il a été proposé, lors des travaux préparatoires, que la désignation de chacun des conciliateurs soit subordonnée à l'agrément des deux parties afin d'éliminer tout soupçon de partialité. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, la solution consistant à autoriser chacune des parties à désigner un conciliateur était la plus pratique. Cette formule permettait d'engager rapidement la procédure de conciliation et pouvait en fait favoriser un règlement dans la mesure où les deux conciliateurs désignés par les parties, agissant en toute indépendance et de façon impartiale, seraient mieux à même de clarifier les positions des parties et, partant, d'améliorer les chances d'un règlement. Lorsqu'il faut désigner trois conciliateurs ou plus, le conciliateur autre que ceux désignés par les deux parties devrait en principe être désigné d'un commun accord par les parties. Cela favoriserait une plus grande confiance dans la procédure de conciliation.

43. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur un conciliateur, il doit être fait appel à un organisme ou à une tierce personne. Les alinéas *a* et *b* prévoient que cet organisme ou cette personne peuvent simplement recommander des conciliateurs ou, avec l'agrément des parties, désigner ceux-ci directement. Le paragraphe 5 énonce des directives à l'intention de la tierce personne ou de l'organisme. Celles-ci cherchent à favoriser l'indépendance et l'impartialité du conciliateur.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/487, par. 118 et 119
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 14

Article 8. Conduite de la conciliation

1. Les parties sont libres de convenir, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base, de la manière dont la conciliation doit être conduite.

2. En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des [vues] [attentes] [intentions] [désirs] que les parties peuvent exprimer, et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.

3. Le conciliateur est guidé par les principes [d'objectivité, d'équité et de justice] [d'objectivité, d'impartialité et d'indépendance] et s'efforce d'accorder aux parties un traitement équitable.

4. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.

44. Le paragraphe 1 de cet article souligne que les parties sont libres de convenir de la manière dont la conciliation doit être conduite. Il s'inspire de l'article 19 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

45. Le paragraphe 2 indique le rôle du conciliateur qui, tout en respectant la volonté des parties, peut mener la procédure comme il le juge approprié.

46. Le paragraphe 4 précise qu'un conciliateur peut, à tout stade de la procédure, faire des propositions en vue du règlement du litige. Pour décider s'il doit faire de telles propositions, dans quelle mesure et à quel stade, le conciliateur se fondera sur de nombreux facteurs, dont les désirs des parties et les techniques qu'il juge les mieux à même d'aboutir à un règlement.

Référence à un document de la CNUDCI

A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 91 et 92

Article 9. Communications entre le conciliateur et les parties

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément.

47. Il est tellement habituel dans la pratique que le conciliateur rencontre séparément les parties qu'il est présumé qu'un conciliateur est libre d'avoir recours à cette technique, sauf si les parties sont expressément convenues du contraire. Cette disposition a pour objet de dissiper tout doute à ce sujet.

48. Le conciliateur doit accorder aux parties l'égalité de traitement, ce qui ne signifie toutefois pas qu'il doit consacrer le même temps aux réunions séparées avec chacune d'elles. Il peut expliquer aux parties à l'avance que si le même temps ne leur est effectivement pas consacré — ou si elles s'imaginent qu'il en est ainsi — la seule conclusion à en tirer est qu'il prend le temps voulu pour explorer toutes les questions, tous les intérêts et toutes les possibilités de règlement.

Référence à un document de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 54 et 55

Article 10. Communication d'informations

Lorsque le conciliateur ou le groupe de conciliateurs reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler le contenu à l'autre partie. Toutefois, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs ne doit pas dévoiler une information reçue d'une partie lorsque celle-ci la lui fournit sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle.

49. L'article 10 pose comme principe que toute information donnée par une partie à un conciliateur peut être communiquée à l'autre partie. Une telle communication favorise la confiance des deux parties dans la conciliation. Ce principe n'est toutefois pas absolu puisque le conciliateur a simplement la faculté — et non pas l'obligation — de communiquer cette information à l'autre partie. D'autre part, le conciliateur est tenu de ne pas communiquer une information reçue d'une partie lorsque celle-ci la lui a donnée sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle. Cette solution se justifie car, contrairement à ce qui se passe dans l'arbitrage où l'obligation de communication est absolue, la décision du conciliateur ne s'impose pas aux parties.

50. L'intention est de favoriser un échange franc et ouvert d'informations entre les parties tout en préservant les droits de celles-ci au maintien de la confidentialité. Le rôle du conciliateur est d'amener les parties à échanger en toute franchise des informations concernant le litige.

51. Le terme "informations" est ici à prendre au sens large. Il est censé englober toutes les informations pertinentes communiquées par une partie au conciliateur. Au sens qui doit lui être donné dans cet article, il englobe les communications qui ont eu lieu avant l'ouverture effective de la conciliation.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 54 et 55
A/CN.9/487, par. 130 à 134
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 58 à 60

Article 11. Fin de la procédure de conciliation

La procédure de conciliation prend fin:

a) Par la conclusion de l'accord de transaction par les parties, à la date de l'accord;

b) Par une déclaration écrite du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;

c) Par une déclaration écrite adressée au conciliateur par les parties en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

d) Par une déclaration écrite adressée par une partie à l'autre partie et, si un conciliateur a été désigné, à ce dernier, en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration.

52. Cette disposition énumère diverses circonstances dans lesquelles il ne sert plus à rien de continuer la procédure, et la conciliation prend donc fin. À l'alinéa *a*, le terme "conclusion" est employé de préférence au terme "signature" de façon qu'il ressorte mieux que les communications électroniques peuvent être utilisées pour l'accord de transaction.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/487, par. 136
Voir l'article 15 du Règlement de conciliation de la CNUDCI

Article 12. Prescription

1. Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir.

2. Lorsque la procédure de conciliation a pris fin sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où la conciliation s'est achevée sans règlement.

Article 13. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure

1. [Sauf convention contraire des parties,] une partie qui a participé à la procédure de conciliation ou un tiers ne peut invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la procédure de conciliation:

a) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation à l'égard d'une solution éventuelle du litige;

b) Les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;

c) Les propositions présentées par le conciliateur;

d) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur.

2. Le paragraphe 1 du présent article s'applique [quelle que soit la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés] [que les informations ou les éléments de preuve qui s'y trouvent visés soient sous forme orale ou écrite].

3. La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par le tribunal arbitral ou par la juridiction étatique [que la procédure arbitrale ou judiciaire se rapporte ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire].

4. Lorsque des éléments de preuve ont été présentés en contravention des dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral ou la juridiction étatique traite ces éléments comme irrecevables.

5. Les éléments de preuve qui sont recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire ne deviennent pas irrecevables du seul fait qu'ils ont été utilisés dans une conciliation.

53. Il est courant dans une procédure de conciliation que les parties fassent des suggestions ou expriment des opinions au sujet de propositions de transaction, admettent certains faits, ou se déclarent prêtes à transiger. Si, malgré ces efforts, la conciliation n'aboutit pas et une partie engage une procédure arbitrale ou judiciaire, ces opinions, suggestions, admissions de faits ou déclarations faisant état d'une volonté de transiger pourraient être utilisées contre la partie dont elles émanent. La possibilité de voir ainsi des informations se retourner contre elles risque de décourager les parties de chercher activement à parvenir à un accord de transaction pendant la procédure de conciliation, ce qui réduirait l'utilité de celle-ci.

54. L'article 13 vise donc à encourager des discussions franches et honnêtes au cours de la conciliation en interdisant l'utilisation des informations énumérées au paragraphe 1 dans toute procédure ultérieure. Les mots "ou un tiers" ont pour objet de bien préciser que les personnes autres que les parties (par exemple les témoins ou les experts) qui ont participé à la procédure de conciliation sont aussi liées par la règle énoncée au paragraphe 1.

55. Cette disposition est nécessaire en particulier si les parties ne se sont pas mises d'accord pour appliquer l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI qui dispose que les parties ne doivent pas "invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire...:

a) Les vues exprimées ou les suggestions faites par l'autre partie à l'égard d'une solution éventuelle du litige;

b) Les faits admis par l'autre partie au cours de la procédure de conciliation;

c) Les propositions présentées par le conciliateur;

d) Le fait que l'autre partie a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur."

Toutefois, même si les parties se sont mises d'accord sur une règle de ce type, la disposition législative est utile car, au moins dans certains systèmes juridiques, il est possible que la juridiction étatique ne donne pas pleinement effet aux conventions concernant la recevabilité de moyens de preuve dans une procédure judiciaire.

56. La confidentialité des informations révélées par les parties pendant la conciliation peut être menacée dans différents contextes et devrait être préservée. Cet article vise donc à éliminer toute incertitude sur le point de savoir si les parties peuvent convenir de ne pas utiliser comme moyen de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire certains faits survenus pendant la conciliation.

57. La Loi type vise à empêcher l'utilisation de certaines informations dans une procédure arbitrale ou judiciaire ultérieure, que les parties se soient ou non mises d'accord sur une règle telle que celle énoncée à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Lorsque les parties ne se sont pas mises d'accord sur

une telle règle, la Loi type ferait qu'en concluant une convention de conciliation les parties s'engageraient implicitement à ne pas invoquer dans une procédure arbitrale ou judiciaire ultérieure des moyens de preuve du type de ceux spécifiés dans les dispositions types. Ces moyens de preuve seraient alors irrecevables et le tribunal arbitral ou la juridiction étatique ne pourrait en ordonner la communication.

58. L'interdiction posée à l'article 13 est censée s'appliquer aux informations spécifiées, que celles-ci figurent ou non dans un document.

59. Afin de promouvoir la franchise entre les parties à une procédure de conciliation, il faut que celles-ci sachent, lorsqu'elles s'engagent dans une telle procédure, la portée de la règle et qu'elles aient l'assurance qu'elle sera appliquée. Il peut néanmoins y avoir des situations dans lesquelles des moyens de preuve qui seraient irrecevables en vertu de l'article 13 devraient néanmoins être reçus en raison de considérations d'ordre public impérieuses. Par exemple: lorsqu'un participant a menacé de recourir à la violence ou à des pratiques illicites qui entraîneraient une perte ou un dommage; lorsqu'un participant cherche à utiliser la conciliation pour planifier ou commettre une infraction; lorsqu'il faut pour établir ou réfuter une allégation de faute professionnelle des preuves reposant sur le comportement adopté pendant la conciliation; lorsqu'il faut, dans une procédure, pour déterminer la validité ou la force exécutoire de la convention des parties rapporter la preuve qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu dol ou contrainte; ou lorsque des déclarations faites dans le courant de la conciliation trahissent une menace importante pour la santé ou la sécurité publique. Au paragraphe 3, l'exception est exprimée de manière générale.

60. Le paragraphe 3 dispose qu'un tribunal arbitral ou une juridiction étatique ne peut ordonner la divulgation des informations visées au paragraphe 1 sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire. Cette disposition a été jugée nécessaire pour clarifier et renforcer le paragraphe 1.

61. Dans certains systèmes juridiques, une partie ne peut être contrainte de produire, dans une procédure judiciaire, un document "protégé" — par exemple une communication écrite entre un client et son avocat. Toutefois, si une partie a invoqué le document protégé dans une procédure, celui-ci peut-être considéré comme ayant perdu sa qualité de document protégé. Or, des documents protégés peuvent être présentés dans une procédure de conciliation en vue de faciliter la transaction. Afin de ne pas décourager l'utilisation de documents protégés dans le cadre de la conciliation, l'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'élaborer une disposition uniforme spécifiant que l'utilisation d'un document protégé dans une procédure de conciliation ne vaut pas renoncement à la protection.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 22 à 29
A/CN.9/485, par. 139 à 146
A/CN.9/487, par. 139 à 141
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 18 à 28
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 98 à 100
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 25 à 32

Article 14. Rôle du conciliateur dans une autre procédure

1. Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut remplir les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation.

2. Les éléments de preuve apportés par le conciliateur concernant les questions visées au paragraphe 1 de l'article 13 ou la conduite de l'une ou l'autre partie pendant la procédure de conciliation ne sont pas recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire [que cette procédure se rapporte ou non au litige faisant ou ayant fait l'objet de la procédure de conciliation] [relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation].

3. [Le paragraphe 1 s'applique] [Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent] également à un autre litige né du même contrat [ou de tout autre contrat connexe].

62. L'article 14 renforce l'effet de l'article 13 en limitant la possibilité pour le conciliateur de devenir arbitre et en réduisant la possibilité pour le conciliateur d'apporter des éléments de preuve dans une procédure ultérieure.

63. Il est possible que, dans certains cas, les parties considèrent comme un avantage que l'arbitre connaisse déjà le dossier, en particulier si elles estiment que cette connaissance lui permettrait de mener la procédure d'arbitrage avec plus d'efficacité. Dans de tels cas, il se peut qu'en fait les parties préfèrent que ce soit le conciliateur, et non pas quelqu'un d'autre, qui soit désigné comme arbitre dans une procédure arbitrale ultérieure. Cette disposition ne s'oppose pas à la désignation de l'ex-conciliateur, à condition que les parties conviennent de déroger à la règle — par exemple en désignant conjointement le conciliateur pour servir d'arbitre.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 31 à 37
A/CN.9/485, par. 148 à 153
A/CN.9/487, par. 143 à 145
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 29 à 33
A/CN.9/WG.II/WP.110, note 30

Article 15. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

1. Les parties ne peuvent entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige faisant l'objet de la procédure de conciliation, et une juridiction étatique ou un tribunal arbitral donne effet à cette obligation. L'une ou l'autre des parties peut néanmoins entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, lorsque, à son avis, celle-ci est nécessaire pour sauvegarder ses droits. L'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être réputée en soi mettre fin à la procédure de conciliation.

2. [Dans la mesure où les parties se sont expressément engagées à n'entamer [pendant un certain délai ou jusqu'à la survenance d'un fait] aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par la juridiction étatique ou le tribunal arbitral [jusqu'à ce que les conditions de l'accord aient été remplies].]

3. [Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article n'empêchent pas une partie de s'adresser à une autorité de désignation afin de lui demander de désigner un arbitre.]

64. Le paragraphe 1 de l'article 15 traite de la question de savoir si et dans quelle mesure une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire au cours de la procédure de conciliation. L'idée derrière cette disposition est de ne permettre aux parties d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire que dans les cas où, de l'avis de la partie qui en prend l'initiative, elle est "nécessaire pour sauvegarder ses droits". Parmi ces cas, on peut citer

la nécessité d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires ou d'éviter l'expiration du délai de prescription.

65. Le paragraphe 2 traite de l'effet d'une convention des parties prévoyant le recours à la conciliation. Cette disposition a pour conséquence que la juridiction étatique ou le tribunal arbitral sera tenu de refuser la procédure judiciaire ou arbitrale dès lors qu'elle irait à l'encontre de la convention des parties. Le paragraphe 2 ne prévoit pas l'exception énoncée au paragraphe 1, à savoir qu'une partie peut engager une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver ses droits. [Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si une telle exception doit aussi être prévue au paragraphe 2 de l'article 15.]

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 45 à 49
A/CN.9/485, par. 155 à 158

Article 16. Arbitre faisant office de conciliateur

[Il n'est pas incompatible avec la mission d'un arbitre que celui-ci pose la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en conviennent, participe aux efforts en vue de parvenir à un règlement concerté.]

Références à des documents de la CNUDCI

A/49/17
A/CN.9/468, par. 41 à 44
A/CN.9/487, par. 152
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 29 à 33
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 104

Article 17. Force exécutoire de la transaction

Variante A

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction est signé par elles et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est obligatoire et exécutoire [*l'État adoptant insère ici des dispositions précises relatives à la force exécutoire de tels accords*].

Variante B

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige, l'accord auquel elles sont parvenues est obligatoire et exécutoire au même titre qu'un contrat.

Variante C

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige, elles peuvent désigner un tribunal arbitral, y compris en nommant le conciliateur ou un membre du groupe de conciliateurs, auquel elles demandent de prendre acte de leur transaction sous la forme d'une sentence arbitrale rendue par accord des parties.

Variante D

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction est signé par elles et par le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est obligatoire et a force exécutoire au même titre qu'une sentence arbitrale.

66. Les solutions législatives concernant la force exécutoire d'accords de transaction conclus à l'issue d'une procédure de conciliation diffèrent fortement. Selon de nombreux praticiens, la conciliation serait plus attrayante si les transactions qui en sont issues étaient, aux fins de l'exécution, traitées comme, ou quasiment comme, des sentences arbitrales. Les arguments avancés en faveur d'une procédure accélérée d'exécution sont généralement que de telles procédures favoriseraient le recours à la conciliation et permettraient d'éviter, pour obtenir l'exécution, une action en justice qui risquerait de n'aboutir qu'au bout de plusieurs mois ou de plusieurs années.

67. La variante A correspond à la conception selon laquelle les dispositions législatives types devraient se borner à poser le principe du caractère exécutoire de l'accord de transaction, sans chercher à spécifier des modalités d'exécution unifiées. Dans cette variante, les modalités d'exécution sont une question qui devrait être laissée au législateur de chacun des États adoptants.

68. La législation de certains États ne comporte pas de dispositions particulières relatives à la force exécutoire de ces transactions, si bien que celles-ci seraient soumises au même régime d'exécution que tout contrat entre les parties, conception qui a été confirmée dans certaines législations sur la conciliation et qui a été retenue dans la variante B. Cette variante n'exige pas que l'accord de transaction soit signé par les parties et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs afin de ne pas empiéter sur le droit des contrats existants en imposant des formalités particulières pour la formation de ce contrat.

69. Dans certaines législations nationales, les parties qui sont parvenues à une transaction pour régler leur litige sont habilitées à désigner un arbitre qui sera expressément chargé de rendre une sentence fondée sur cette transaction. C'est cette conception qui a été retenue dans la variante C qui repose sur l'article 30 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et offre un cadre procédural de base concernant les modalités d'expression de l'accord de transaction sous la forme d'une sentence arbitrale.

70. La variante D part du principe que, s'agissant de la détermination de sa force exécutoire, l'accord de transaction doit être considéré comme une sentence arbitrale. En soumettant les transactions issues de la conciliation au même régime d'exécution que les sentences arbitrales, on simplifierait et accélérerait l'exécution de ces accords. En règle générale, cela signifierait que la juridiction étatique ferait exécuter les accords de transaction sans revenir sur des questions de fait ou de droit (à l'exception des questions d'ordre public). Cette variante ne donne toutefois aucune indication de procédure concernant la production d'une telle sentence. Pour la signification du membre de phrase "a force exécutoire au même titre qu'une sentence arbitrale", voir les dispositions plus détaillées des articles 30, 35 et 36 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

71. Dans certains systèmes juridiques, un accord de transaction pouvait être exécuté selon une procédure sommaire pourvu qu'il ait été signé par les parties et leurs conseils et qu'il comporte une déclaration indiquant que les parties pourraient demander une procédure d'exécution sommaire. Les accords de transaction pouvaient aussi être soumis à une procédure accélérée d'exécution si, par exemple, ils avaient été légalisés ou authentifiés par un juge ou cosignés par les conseils des parties [Selon la décision que prendra le Groupe de travail concernant l'article 17, ces exemples pourront être inclus dans le Guide, à l'intention des États qui souhaitent insérer de telles mesures dans leur législation afin de faciliter l'exécution de telles transactions].

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 38 à 40
A/CN.9/487, par. 154 à 159
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 34 à 42
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 105 à 112

D. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002)

(A/CN.9/508) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-13	105
II.	Délibérations et décisions	14-17	107
III.	Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage	18-50	107
	A. Disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage	18-39	107
	B. Instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères	40-50	111
IV.	Mesures provisoires ou conservatoires	51-94	113

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était saisie d'une note du secrétariat intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore davantage le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et à l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage[1].

2. La Commission avait confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle avait appelé "Groupe de travail sur l'arbitrage" et avait décidé que les points prioritaires que devrait traiter ce dernier seraient la conciliation[2], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[3], la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires[4] et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine[5].

3. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle avait pris note du rapport avec satisfaction et avait réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les sujets susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Il avait été déclaré à plusieurs reprises que, d'une manière générale, en décidant de la priorité à accorder aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions sur lesquelles les décisions judiciaires avaient laissé subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés au sein de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier comme tels, étaient la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109, *k*); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal arbitral pour ce qui est de ces demandes (par. 107, *g*); la liberté des parties d'être représentées dans une procédure arbitrale par des personnes de leur choix (par. 108, *c*); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York (par. 109, *i*); et le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts (par. 107, *j*). Il avait été noté avec satisfaction qu'en ce qui concerne les arbitrages "en ligne" (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité de l'instance, ont lieu au moyen de communications électroniques) (par. 113) le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (par. 107, *m*), on avait estimé que la question ne devrait

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337

[2] Ibid., par. 340 à 343.

[3] Ibid., par. 344 à 350.

[4] Ibid., par. 371 à 373.

[5] Ibid., par. 374 et 375.

pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance[6].

4. À sa trente-quatrième session, tenue à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001, la Commission avait pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle avait félicité celui-ci des progrès accomplis jusqu'alors en ce qui concerne les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. S'agissant de la conciliation, la Commission avait noté que le Groupe de travail avait examiné les articles premier à 16 du projet de dispositions législatives types (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1). De l'avis général, on pouvait escompter que le Groupe de travail achèverait les travaux relatifs à ces dispositions à sa session suivante. La Commission avait prié le Groupe de travail de poursuivre l'examen de ces dispositions à titre prioritaire, de sorte que l'instrument lui soit présenté sous la forme d'un projet de loi type pour examen et adoption à sa trente-cinquième session en 2002[7]. À sa trente-cinquième session (Vienne, 19-30 novembre 2001), le Groupe de travail avait adopté la version finale du projet de dispositions sous la forme d'un projet de loi type sur la conciliation commerciale internationale. Le rapport de cette session était publié sous la cote A/CN.9/506. Le Groupe de travail avait noté que le projet de loi type, ainsi que le projet de guide pour l'incorporation et l'utilisation seraient transmis aux États membres et aux observateurs, afin que ceux-ci puissent formuler leurs remarques, et présentés pour examen et adoption à la Commission à la trente-cinquième session de cette dernière.

6. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, la Commission avait noté que le Groupe de travail avait examiné le projet de disposition législative type modifiant le paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 13 et 14) et un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (voir A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 16). Faisant écho à un avis déjà exprimé à la trente-quatrième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/487, par. 30), on s'était demandé si une simple référence à des conditions d'arbitrage ou à un règlement d'arbitrage type disponible sous forme écrite remplissait la condition de la forme écrite. Il avait été déclaré qu'une référence de ce genre ne devait pas être considérée comme remplissant la condition de l'écrit, du fait que le texte auquel il était fait référence n'était pas la convention d'arbitrage elle-même mais un ensemble de règles de procédure à suivre pour l'exercice de cet arbitrage (c'est-à-dire un texte qui le plus souvent existerait avant la convention et résulterait de l'action de personnes qui n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage elle-même). Il avait été souligné que, dans la plupart des cas concrets, c'était à la convention par laquelle les parties s'engageaient à recourir à l'arbitrage qu'il fallait imposer une forme susceptible de faciliter la preuve ultérieure de l'intention des parties. En réponse à cette préoccupation, on avait fait valoir que, si le Groupe de travail ne devait pas perdre de vue l'importance de la certitude quant à l'intention des parties de recourir à l'arbitrage, il importait aussi d'œuvrer à faciliter une interprétation plus souple de la prescription stricte de la forme écrite contenue dans la Convention de New York, afin de ne pas décevoir l'attente des parties qui avaient opté pour l'arbitrage, point de vue qui reflétait le sentiment général. À cet égard, la Commission avait pris note de la possibilité pour le Groupe de travail d'examiner plus avant la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de New York.

7. En ce qui concerne les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires, la Commission avait noté que le Groupe de travail avait examiné un projet de texte visant à modifier l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, ainsi que le texte du paragraphe 1, *a*, i, d'un projet de nouvel article à ajouter à la Loi type, établi par le secrétariat (voir A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 18). Le Groupe de travail avait été prié de poursuivre ses travaux sur la base du projet de dispositions révisé devant être établi par le secrétariat.

8. Le Groupe de travail sur l'arbitrage était composé de tous les États membres de la Commission. Ont participé à la session les États membres suivants: Allemagne, Autriche, Brésil, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Ouganda, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède et Thaïlande.

9. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Argentine, Australie, Bangladesh, Bélarus, Croatie, Chypre, Égypte, Finlande, Iraq, Irlande, Malte, Nigéria, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Suisse, Turquie et Venezuela.

10. Ont également assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes: Cour centraméricaine de justice, Chartered Institute of Arbitrators, Conférence de La Haye de droit international privé, Comité consultatif international du coton, Comité consultatif de l'Accord de libre-échange nord-américain sur les litiges commerciaux privés (Comité de l'ALENA sur l'Article 2022), Cour permanente d'arbitrage, American Bar Association, Comité maritime international, Fédération bancaire latino-américaine, Centre mondial pour la recherche sur la résolution des conflits, Commission interaméricaine d'arbitrage commercial, Chambre de commerce internationale, Institut de droit international, Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration, London Court of International Arbitration, Queen Mary (University of London) School of International Arbitration,

[6]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396.

[7]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 309 à 315.

Union internationale des avocats et Centre États-Unis-Mexique de règlement des conflits.

11. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique)

Rapporteur: M. Koichi MIKI (Japon)

12. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.117);

b) Note du secrétariat sur l'élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite de la convention d'arbitrage (A/CN.9/WG.II/WP.118); et

c) Note du secrétariat sur l'élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.119).

13. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration de textes harmonisés sur la forme écrite des conventions d'arbitrage et sur les mesures provisoires ou conservatoires.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

II. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

14. Le Groupe de travail a examiné le point 3 de l'ordre du jour en se fondant sur les documents établis par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.118 et A/CN.9/WG.II/WP.119). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres III et IV ci-dessous. Le secrétariat a été prié d'établir, en se fondant sur les débats au sein du Groupe de travail, un projet de dispositions révisé pour la poursuite des travaux à un stade ultérieur.

15. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, le Groupe de travail a examiné le projet de disposition législative type modifiant le paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (voir A/CN.9/WG.II/WP.118, par. 9). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de cette disposition, en tenant compte des discussions menées au sein du Groupe de travail, pour examen à une session ultérieure. Le Groupe de travail a également examiné un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (voir A/CN.9/WG.II/WP.118, par. 25 et 26). Il a reconnu qu'il ne pouvait, à ce stade, parvenir à un consensus sur la question de savoir s'il convenait d'élaborer un protocole modifiant cette convention ou un instrument interprétatif, et que ces deux possibilités devaient rester ouvertes et être réexaminées par lui ou par la Commission ultérieurement. Le Groupe de travail est convenu qu'en attendant il serait utile de fournir des indications sur l'interprétation et l'application de la règle de la forme écrite énoncée dans la Convention de New York afin d'assurer une plus grande uniformité. Le guide pour l'incorporation dans le droit interne du projet de nouvel article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, que le secrétariat a été prié d'élaborer pour examen ultérieur par le Groupe de travail, pourrait être particulièrement utile à cette fin. Il pourrait en effet servir de "passerelle" entre les nouvelles dispositions et la Convention de New York, en attendant que le Groupe de travail ait pris une décision définitive sur la meilleure façon de traiter la question de l'application du paragraphe 2 de l'article II de la Convention.

16. Pour ce qui est des questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires, le Groupe de travail a examiné un projet de texte modifiant l'article 17 de la Loi type (voir A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 74). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée des dispositions, en tenant compte des débats menés au sein du Groupe de travail, pour examen à une session ultérieure. Faute de temps, le projet révisé d'un nouvel article établi par le secrétariat, pour insertion dans la Loi type, sur la question de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral (voir A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 83) n'a pu être examiné par le Groupe de travail.

17. Il a été noté que, sous réserve d'une décision que la Commission devrait prendre à sa session suivante, le Groupe de travail devrait tenir sa trente-septième session du 7 au 11 octobre 2002 à Vienne.

III. PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE

A. Disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

18. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

"2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La "forme écrite" comprend toute forme qui atteste [de façon tangible] l'existence de la convention ou est [de toute autre manière] accessible en tant que message de données pour être consultée ultérieurement.

"[3. Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens ana-

logues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées, la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.]

"4. Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite si la clause compromissoire ou les conditions d'arbitrage ou tout règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence dans la convention d'arbitrage sont sous forme écrite, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite.

"5. En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

"6. La référence dans un contrat à un texte contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

"[7. Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions, constituent la convention d'arbitrage.]"

Paragraphe 1

19. On a fait observer que le paragraphe 1, qui reprenait tel quel le texte du paragraphe 1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la "Loi type sur l'arbitrage") visait, dans sa deuxième phrase, deux types de convention d'arbitrage: la convention prenant la forme d'une clause compromissoire insérée dans un contrat et celle prenant la forme d'une convention séparée. On a estimé que la disposition elle-même ne prêtait pas à controverse. Il a néanmoins été suggéré que le Groupe de travail revoie et, si nécessaire, révise la rédaction actuelle de la deuxième phrase afin de l'aligner sur le fond du paragraphe 4. On a dit, en particulier, que le paragraphe 4 établissait implicitement une distinction entre la convention d'arbitrage, d'une part, et les conditions d'arbitrage ou le règlement qui régirait l'arbitrage, d'autre part. Le paragraphe 4 semblait ainsi viser des situations qui ne cadraient pas exactement avec l'un ou l'autre des types de convention d'arbitrage mentionnés au paragraphe 1.

20. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 1 sur le fond et, ayant pris note des observations qui avaient été faites à son sujet, a décidé de revenir sur la question après l'examen du paragraphe 4.

Paragraphe 2

21. Le Groupe de travail a examiné diverses observations et propositions, portant sur le fond et sur la forme, concernant le paragraphe 2. Les observations faites sur le fond concernaient essentiellement le rapport entre les notions d'"attestation de l'existence" (dans la version anglaise "*record*") et de "message de données" ainsi que l'interaction entre les paragraphes 2, 3 et 4. Les observations portant sur la forme concernaient essentiellement le remaniement de la disposition de façon qu'il ressorte sans la moindre ambiguïté que les conventions d'arbitrage pouvaient être valablement conclues autrement que sous la forme de documents sur papier, par exemple au moyen de communications électroniques.

22. Le Groupe de travail a noté que, lorsque la notion d'"attestation de l'existence" ("*record*") avait été retenue au paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, on ne se préoccupait pas spécialement de faciliter le recours aux moyens électroniques de communication. Le texte du projet de paragraphe 2 avait donc été élaboré sur la base de dispositions de deux textes plus récents de la CNUDCI: le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, qui disposait qu'"[u]n engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement [dans la version anglaise "*record*"] complet du texte dudit engagement [...]", et le paragraphe 1 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui disposait que, "[l]orsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement".

23. Le Groupe de travail a ensuite longuement examiné la distinction conceptuelle entre les notions de "*record*" ("attestation de l'existence" ou "enregistrement") et de "message de données" et l'opportunité de les combiner dans une seule et même disposition. Il est convenu que la notion d'"attestation de l'existence", utilisée au paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, devait être retenue sans qu'on la restreigne en ajoutant les mots "de façon tangible". Certains intervenants étaient d'avis que le terme "*record*" tout seul (qu'il faudrait alors traduire en français par "enregistrement" pouvait suffire, puisqu'il était suffisamment large pour englober les "messages de données", en particulier s'il était associé à la définition d'une forme "de toute autre manière accessible pour être consultée ultérieurement". Pour d'autres intervenants, en revanche, le terme "*record*" risquait de susciter des problèmes de traduction dans les diverses langues officielles et de créer des difficultés dans les systèmes juridiques dans lesquels des notions telles que celles de "*record*" ("enregistrement") ou de "*business record*" ("enregistrement commercial") n'étaient pas courantes en droit commercial. L'opinion qui a prévalu a été qu'il importait de combiner la notion traditionnelle de "*record*" ou "enregistrement" et la notion plus nouvelle de "message de données" afin qu'il ressorte clairement que les enregistrements autres que les documents sur papier traditionnels pouvaient aussi servir à attester l'existence d'une convention d'arbitrage.

24. Le membre de phrase "accessible pour être consultée ultérieurement" a été jugé superflu par certains intervenants. L'opinion qui l'a emporté a toutefois été qu'il était essentiel dans le contexte du paragraphe 2, puisqu'il énonçait les conditions dans lesquelles tout message, y compris un message de données, pouvait satisfaire l'exigence de la forme écrite posée dans la Loi type.

25. Étant convenu qu'il fallait mentionner, au paragraphe 2, à la fois la notion de "*record*" et de "message de données", le Groupe de travail est passé à l'examen de diverses propositions de libellé. L'une d'entre elles était la suivante: "Les termes "écrit" ou "forme écrite" englobent toute forme enregistrée par tout moyen [, de façon à pouvoir être consultée ultérieurement]. Le Groupe de travail est finalement convenu qu'il fallait retenir pour la deuxième phrase du paragraphe 2 une formulation du type: "Le terme "forme écrite" désigne toute forme — y compris sans restriction un message de données — qui fournit un enregistrement de la convention ou est autrement accessible pour être consultable ultérieurement".

Paragraphe 3

26. Le Groupe de travail a estimé qu'une définition du terme "message de données" était nécessaire puisque celui-ci apparaissait au paragraphe 2 et a décidé de retenir la disposition énoncée au paragraphe 3 en supprimant les crochets.

Paragraphes 4 et 6

27. De l'avis général, l'un des principaux objectifs d'une révision de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage devait être de reconnaître la validité formelle des conventions d'arbitrage qui prenaient naissance dans certaines situations de fait dans lesquelles, selon certains tribunaux ou commentateurs, la condition de forme énoncée dans le texte actuel du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type n'était pas satisfaite. Parmi ces situations, le Groupe de travail a axé son attention sur les suivantes:

a) Un contrat de sauvetage ou d'assistance maritime conclu oralement par radio, avec une référence à une formule de contrat type préexistante contenant une clause compromissoire, telle que la formule "Open Form" de Lloyd's;

b) Un contrat dont la conclusion résulte de l'accomplissement d'un acte ou d'un comportement (par exemple une vente de marchandises conformément à l'article 18 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises), avec une référence à une formule type contenant une clause compromissoire, telle que les formules établies par la Grain and Feed Trade Association;

c) Un contrat conclu oralement mais confirmé ensuite par écrit ou autrement lié à un document écrit contenant une clause compromissoire, comme les conditions générales de vente ou d'achat établies unilatéralement par une partie et communiquées à l'autre partie; et

d) Un contrat purement oral.

Sur le plan des principes, il a été convenu par une large majorité que dans les cas visés aux alinéas *a* à *c*, la référence à un document contractuel écrit contenant une clause compromissoire, ou un autre lien avec un tel document, devrait suffire à établir la validité formelle de la convention d'arbitrage. Il a également été convenu qu'une convention d'arbitrage purement orale ne devrait pas être considérée comme valable au regard de la Loi type. À cet égard, un certain nombre de délégations ont fait observer que la simple référence dans un contrat oral à un règlement d'arbitrage ne devrait pas être considérée comme suffisante pour satisfaire l'exigence de la forme écrite, puisqu'une série de règles de procédure ne saurait à elle seule équivaloir à un document contractuel contenant une clause compromissoire. Néanmoins, pour certaines délégations, une telle référence dans un contrat oral à un règlement d'arbitrage devait être considérée comme suffisant à constater l'existence et le contenu de la convention d'arbitrage, en particulier lorsque le règlement d'arbitrage comportait une clause compromissoire type.

28. On s'est demandé si le principe susmentionné ressortait suffisamment du paragraphe 4. On a fait observer que la formulation "l'exigence de l'écrit [...] est satisfaite si la clause compromissoire [...] [est] sous forme écrite" était tautologique. On a en outre déclaré que la référence aux "conditions d'arbitrage" n'était pas claire et qu'il risquait d'y avoir un défaut de concordance entre le paragraphe 4 et le paragraphe 1. S'agissant du membre de phrase "tout règlement d'arbitrage [auquel] il est fait référence dans la convention d'arbitrage", on a objecté qu'il ne prenait pas suffisamment en compte le fait qu'il fallait que la convention d'arbitrage soit suffisamment manifeste pour réduire au minimum le risque de voir une partie entraînée dans une procédure d'arbitrage contre son gré. On s'est aussi demandé si le paragraphe 4 pouvait raisonnablement être considéré comme compatible avec les dispositions de la Convention de New York.

29. Afin de répondre aux préoccupations exposées ci-dessus, on a proposé pour le paragraphe 4 une nouvelle formulation du type: "Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite si: *a*) la convention d'arbitrage par elle-même est sous forme écrite; ou *b*) les parties ont conclu un contrat valable qui contient notamment, directement ou par référence, une clause écrite prévoyant l'arbitrage". On a aussi proposé de reformuler le paragraphe 4 comme suit: "Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite si la clause compromissoire est sous forme écrite, même si le contrat a été conclu verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite".

30. Néanmoins, selon un avis largement partagé, c'était au paragraphe 6 et non pas au paragraphe 4 qu'il convenait d'insérer une disposition venant appuyer la position de principe mentionnée ci-dessus. On a, toutefois, émis une mise en garde contre la tentation de réviser le texte du paragraphe 6, qui figurait déjà à l'article 7 de la Loi type et qui était généralement interprété comme visant la situation dans laquelle le contrat sous-jacent ne mentionnait pas l'arbitrage mais incorporait par référence un autre document, tel qu'une formule type, qui contenait une clause compromissoire. On a déclaré que la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, sur laquelle était fondé le paragraphe 6, n'était actuellement pas interprétée comme affaiblissant la prescription de la forme écrite de la convention d'arbitrage.

31. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait supprimer le paragraphe 4 et retenir pour le paragraphe 6 une formulation du type: "Afin d'éviter tout

doute, la référence dans un contrat ou dans une convention d'arbitrage séparée à un écrit contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat ou de la convention d'arbitrage séparée, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite." Il a également été convenu que le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la disposition législative type devrait comporter des explications détaillées concernant la signification et l'interprétation recommandée du texte révisé du paragraphe 6.

Paragraphe 5

32. On a émis l'avis que le paragraphe 5 devrait, pour plusieurs raisons, être supprimé. En premier lieu, la référence à un "échange de conclusions en demande et en réponse" était vague et risquait d'être trompeuse étant donné que, par exemple, il était souvent fait référence à l'existence d'une convention d'arbitrage à un stade précoce de la procédure arbitrale, notamment dans une notification d'arbitrage au sens de l'article 3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En deuxième lieu, on a fait observer que la question traitée dans ce paragraphe l'était déjà à l'article 4 et au paragraphe 2 de l'article 16 de la Loi type sur l'arbitrage, de sorte qu'une nouvelle disposition n'était pas nécessaire. En dernier lieu, on a émis l'avis que la portée du paragraphe était trop étroite puisque celui-ci visait uniquement le cas dans lequel une partie alléguait expressément l'existence d'une convention d'arbitrage et laissait de côté les situations, pourtant fréquentes, dans lesquelles la partie se contentait de soumettre ses conclusions au tribunal arbitral sans expressément alléguer l'existence d'une convention d'arbitrage.

33. À l'appui de la suppression du paragraphe 5, on a également fait valoir qu'il traitait essentiellement de la renonciation par une partie au droit de contester la compétence du tribunal arbitral et non pas de la formation de la convention d'arbitrage elle-même. De ce fait, ce paragraphe n'avait pas sa place dans le projet d'article 7. En tout état de cause, s'il devait être maintenu, on a suggéré au moins de le modifier en adoptant une formulation du type: "Les parties sont réputées avoir conclu une convention d'arbitrage valable s'il n'est pas excipé en temps opportun de l'incompétence du tribunal arbitral".

34. L'opinion qui l'a emporté a toutefois été qu'il fallait conserver le paragraphe 5. On a fait valoir que l'article 4 de la Loi type sur l'arbitrage visait une situation différente de celle envisagée dans le projet de paragraphe, lequel, a-t-on dit, viendrait utilement compléter la Loi type. L'article 4 de la Loi type ne traitait pas de l'existence de la convention d'arbitrage mais uniquement de la renonciation d'une partie au droit d'exciper du non-respect présumé de dispositions de la Loi auxquelles les parties pouvaient déroger ou de toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage — renonciation qui était réputée être intervenue si la partie en question avait poursuivi l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il était prévu un délai à cet effet, dans ledit délai. Le projet de paragraphe 5 était nécessaire puisqu'en raison de l'étroitesse de sa portée l'article 4 de la Loi type ne pouvait être interprété comme permettant de voir dans un échange de conclusions en demande et en réponse une présomption positive de l'existence d'une convention d'arbitrage, en l'absence de preuve tangible.

35. On a aussi fait observer qu'il y avait un précédent: l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ("la Convention de Washington") qui, dans la pratique, avait été interprété comme impliquant que, dans certaines circonstances, la notification d'arbitrage soumise par un investisseur étranger au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements permettait de se passer d'une convention d'arbitrage spéciale.

Paragraphe 7

36. On a rappelé que le paragraphe 7 avait été placé entre crochets en attendant que le Groupe de travail ait examiné plus avant le point de savoir si la question qui y était traitée devrait faire l'objet d'une disposition à insérer à l'article 7 ou dans une version révisée de l'article 35. On a aussi rappelé que le paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type était calqué sur l'article IV de la Convention de New York. Tout écart par rapport au texte actuel de l'article 35 impliquerait donc qu'il faudrait soit œuvrer à obtenir un amendement de la Convention de New York, soit trouver les moyens de parvenir à une interprétation uniforme et en même temps novatrice de l'article IV de cette convention.

37. On a émis l'avis qu'il serait préférable que la question qui faisait l'objet du paragraphe 7 soit traitée dans une version révisée de l'article 35 de la Loi type et de l'article IV de la Convention de New York. On a déclaré que, s'agissant de cette question, le principe était que la partie qui demandait l'exécution d'une sentence devait supporter la charge de la preuve concernant l'existence et le contenu de la convention d'arbitrage. Ce principe resterait inchangé même si on renonçait à exiger que la convention d'arbitrage soit soumise sous la forme d'un document original écrit. Il a donc été suggéré de supprimer au paragraphe 2 de l'article 35 toute référence à la convention d'arbitrage. L'article IV de la Convention de New York devrait être modifié en conséquence.

38. On s'est prononcé en faveur du principe susmentionné. On a en outre fait observer que la modification suggérée de l'article 35 présenterait l'avantage d'éviter la nécessité pour la partie qui demandait l'exécution de produire les "conditions d'arbitrage" ou tout autre document qui risquait d'inciter les juridictions étatiques à remettre en question l'existence de la convention d'arbitrage en l'absence de contestation des conclusions du tribunal arbitral, ce qui pourrait retarder inutilement l'exécution.

39. On a néanmoins objecté, à l'encontre de la modification proposée de l'article 35, que celle-ci rendrait inévitable une révision de l'article IV de la Convention de New York, ce qui préjugerait du résultat du débat prévu concernant l'opportunité d'entreprendre des travaux en vue de l'élaboration d'un protocole à la Convention de New York

(voir ci-après les paragraphes 42 à 50). Comme solution de rechange, on a proposé de supprimer le paragraphe 7 et d'ajouter à la fin du paragraphe 6 une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Dans un tel cas, l'écrit contenant la clause compromissoire constitue la convention d'arbitrage aux fins de l'article 35". Les tenants de cette proposition ont déclaré qu'un telle phrase était compatible avec la Convention de New York. Après un débat, le Groupe de travail a adopté la proposition.

B. Instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

40. On a rappelé qu'à sa trente-quatrième session le Groupe de travail avait étudié un avant-projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York et prié le secrétariat d'établir et de lui soumettre à une session ultérieure un projet révisé de cet instrument tenant compte des avis exprimés lors de ses débats (A/CN.9/487, par. 18).

41. À la présente session, le Groupe de travail s'est fondé pour l'examen de la question sur le texte du projet de déclaration qu'il avait adopté à sa trente-quatrième session (voir A/CN.9/487, par. 63). Ce texte était le suivant:

"Déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958

"*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*

"1. Rappelant la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

"2. Consciente du fait que la Commission couvre les principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que les pays développés et les pays en développement,

"3. Rappelant les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

"4. Consciente de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

"5. Convaincue que l'adoption généralisée de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été une contribution notable au progrès de la légalité, en particulier dans le domaine du commerce international,

"6. Rappelant que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, notamment, que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé...",

"7. Préoccupée par les différences d'interprétation du paragraphe 2 de l'article II de la Convention, qui sont dues en partie à des différences de formulation dans les cinq textes de la Convention qui font également foi,

"8. Soucieuse d'encourager une interprétation uniforme de la Convention compte tenu de l'évolution des nouvelles technologies de la communication et du commerce électronique,

"9. Convaincue que l'interprétation uniforme du terme "convention écrite" est nécessaire pour renforcer la sécurité des opérations commerciales internationales,

"10. Considérant qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de son caractère international et de la nécessité de promouvoir son application uniforme,

"11. Tenant compte des instruments juridiques internationaux adoptés ultérieurement, comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique,

"12. [Recommande] [Déclare] que la définition du terme "convention écrite" figurant au paragraphe 2 de l'article II de la Convention [soit] [devrait être] interprétée comme englobant [libellé inspiré du texte révisé de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international][a]".

42. Étant donné les progrès réalisés à la présente session concernant le projet de version révisée de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, le Groupe de travail a décidé qu'il serait utile de réexaminer les diverses options disponibles pour parer aux difficultés auxquelles avait donné lieu dans la pratique l'application du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York avant de passer à l'examen du projet de texte révisé de l'instrument interprétatif. Sur ce point, il y avait essentiellement deux thèses, qui sont récapitulées ci-après.

43. Pour certains membres, il était tout à fait clair qu'un instrument interprétatif ne saurait suffire pour remédier aux

[a] Conformément à une demande faite par le Groupe de travail à sa trente-quatrième session, le secrétariat a établi le texte du projet de paragraphe 12 et l'a présenté au Groupe de travail pour examen dans le document A/CN.9/WG.II/WP.118, par. 27.

difficultés d'ordre pratique et au défaut d'harmonisation actuel dans l'application du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York et que le Groupe de travail devait s'attacher à élaborer un protocole modifiant la Convention de New York. On a fait valoir qu'un instrument interprétatif du type de celui qui était envisagé n'aurait pas force obligatoire en droit international et qu'il était donc peu probable qu'il soit suivi par ceux qui étaient chargés d'interpréter la Convention de New York. On a fait observer que le fait qu'un instrument interprétatif du type de l'instrument proposé n'aurait pas force obligatoire autorisait à douter qu'il déboucherait dans la pratique sur une interprétation uniforme de la Convention de New York.

44. On a également déclaré que le défaut d'harmonisation qui risquait de résulter de l'existence, du moins pendant un certain temps, de deux groupes d'États parties à la Convention de New York, à savoir ceux qui n'auraient adhéré qu'à la Convention sous sa forme initiale et ceux qui auraient également adhéré au protocole portant modification de la Convention, n'était pas un argument convaincant à l'encontre de l'élaboration d'un tel protocole. En fait, a-t-on souligné, le défaut d'harmonisation existait déjà dans l'application du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York et un instrument interprétatif dénué de force obligatoire ne permettrait pas d'y remédier. Un protocole modifiant l'article II, et éventuellement l'article IV de la Convention de New York, était nécessaire à l'uniformisation de l'interprétation et de l'application de la Convention.

45. Un autre argument, fondé sur la distinction entre la modification d'un texte existant et l'explicitation de l'interprétation qu'il convenait de donner à ce texte, a été avancé. Il n'était pas opportun de recourir à un instrument interprétatif pour déclarer que le paragraphe 2 de l'article II de la Convention devait être interprété comme ayant la même signification que la version révisée de l'article 7 de la Loi type sur laquelle travaillait actuellement le Groupe de travail. On a fait valoir que le projet de disposition législative qu'examinait le Groupe de travail différait considérablement du paragraphe 2 de l'article II en ce que, par exemple, en vertu de la disposition législative type, une convention passée oralement qui renvoyait à des conditions d'arbitrage établies par écrit serait considérée comme valable, alors qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York, tel qu'il était interprété dans de nombreux systèmes juridiques, cela ne serait pas le cas. À cet égard, certains intervenants ont déclaré qu'on ne pouvait compter, pour assurer l'uniformité de l'application de l'exigence de la forme écrite posée au paragraphe 2 de l'article II de la Convention, sur la disposition énoncée à l'article VII de la Convention de New York, qui autorisait, dans la pratique, l'application, dans un État partie à la Convention, à l'appui d'une convention d'arbitrage ou d'une sentence arbitrale, de dispositions plus favorables de sa propre législation ou de traités qu'il avait conclus.

46. La thèse opposée, qui a également recueilli un fort appui, était qu'un amendement formel de la Convention de New York ou l'élaboration d'un protocole à cette convention risquait d'exacerber le défaut d'harmonisation actuel au niveau de l'interprétation, car l'adoption d'un tel protocole ou d'un tel amendement par de nombreux États n'interviendrait qu'au bout d'un nombre d'années considérable, et il y aurait, entre-temps, encore plus d'incertitude. Pour un certain nombre de délégations, cette approche était donc tout à fait irréaliste. Vu son succès manifeste, qu'attestait le nombre sans précédent de ratifications, la Convention de New York pouvait, à juste titre, être considérée comme le fondement de l'arbitrage commercial international, ce qui en soi exigeait qu'on fasse preuve de la plus grande prudence si l'on envisageait de modifier en quoi que ce soit le texte de la Convention. On a fait valoir qu'étant donné le caractère souverain des conférences diplomatiques la prudence serait encore plus de mise si une telle conférence devait être appelée à examiner des propositions d'amendement qui ne seraient pas limitées au cadre étroit des amendements actuellement examinés par le Groupe de travail. Il fallait mettre soigneusement en balance les résultats positifs au niveau du renforcement de la sécurité juridique que l'on pouvait attendre dans le cadre relativement étroit du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York et le risque incalculable d'une réouverture du débat sur l'ensemble de la Convention.

47. On a aussi avancé que l'élaboration d'un protocole portant modification de la Convention de New York risquait en outre de remettre en cause l'interprétation extensive du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York qui était déjà donnée dans certains pays. En engageant des travaux en vue d'une modification de la Convention de New York, on risquait de donner à penser que le texte ne pouvait immédiatement être compris comme autorisant l'interprétation qui cadrait avec le projet de version révisée de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage qu'élaborait actuellement le Groupe de travail. En revanche, l'apport d'éclaircissements par le biais d'un instrument interprétatif était, a-t-on dit, une bonne façon de reconnaître que le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York se prêtait à diverses interprétations; la Commission, dont l'avis aurait sans doute du poids dans de nombreux pays, pourrait recommander une interprétation extensive.

48. On a en outre souligné que les difficultés inhérentes à une modification de la Convention de New York ou à l'élaboration d'un protocole avaient fait l'objet de longs débats à des sessions antérieures du Groupe de travail et que, en raison de ces difficultés, celui-ci avait décidé de se concentrer sur l'élaboration d'un instrument interprétatif.

49. Le Groupe de travail a longuement examiné les divers arguments qui avaient été présentés à l'appui des deux thèses. Il a reconnu qu'il ne pouvait, au stade actuel, parvenir à un consensus sur le point de savoir s'il convenait d'élaborer un protocole portant modification de la Convention de New York ou un instrument interprétatif et qu'il fallait ménager au Groupe de travail ou à la Commission la possibilité de réexaminer les deux options et de trancher à un stade ultérieur. Dans l'intervalle, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile d'offrir des directives concernant l'interprétation et l'application de l'exigence de la forme écrite posée dans des dispositions de la Convention de New York en vue de parvenir à plus d'uniformité. Le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la version révisée de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, que le secrétariat avait été prié d'élaborer et de soumettre ultérieurement à l'examen du Groupe de

travail, pourrait utilement contribuer à atteindre ce résultat en établissant une "passerelle" entre les nouvelles dispositions et la Convention de New York, en attendant que le Groupe de travail ait pris une décision finale concernant la meilleure manière de traiter la question de l'application du paragraphe 2 de l'article II de la Convention.

50. Bien qu'aucun membre ne se soit opposé à cette façon de procéder, on a fait valoir que le simple fait de chercher à régler la question dans un guide pour l'incorporation dans le droit interne de la nouvelle version de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage semblait préjuger la question de l'éventuelle élaboration d'un protocole portant modification de la Convention de New York. Soulever des questions ayant trait à la Convention de New York dans un guide pour l'incorporation dans le droit interne, c'est-à-dire dans un texte secondaire, ayant une valeur juridique douteuse, concernant une nouvelle disposition de la Loi type, qui n'avait elle-même pas force obligatoire, serait contre-productif. On a déclaré qu'il serait préférable de laisser complètement de côté les questions soulevées par l'interprétation de l'exigence de la forme écrite posée par des dispositions de la Convention de New York. Le Groupe de travail a pris note de ces observations.

IV. MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

51. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur le projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, qui comportait une définition des mesures provisoires ou conservatoires ainsi que des dispositions supplémentaires sur les mesures ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire. Le texte qu'a examiné le Groupe de travail était le suivant:

"1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire [en ce qui concerne l'objet du litige].

"2. La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire devrait prouver:

"*a*) Qu'il y a un besoin urgent de prendre la mesure demandée;

"*b*) Qu'elle subira un préjudice grave si la mesure provisoire ou conservatoire n'est pas ordonnée; et

"*c*) Que la partie demandant la mesure a des chances d'obtenir gain de cause sur le fond du litige auquel ladite mesure se rapporte.

"3. Le tribunal arbitral peut exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée au titre de cette mesure.

"4. Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire [, qu'elle prenne la forme d'une sentence arbitrale ou une autre forme,] ordonnée par le tribunal arbitral en attendant que soit rendue la sentence qui tranchera définitivement le litige. Aux fins du présent article, l'expression "mesure provisoire ou conservatoire" désigne:

"Variante 1

"*a*) Une mesure destinée à préserver le statu quo en attendant que les questions litigieuses soient tranchées;

"*b*) Une mesure destinée à bloquer à un stade préliminaire des biens qui pourront ensuite servir à exécuter une sentence; ou

"*c*) Une mesure de restriction du comportement d'un défendeur destinée à empêcher un dommage actuel ou imminent.

"Variante 2

"*a*) Une mesure visant à éviter ou à réduire au minimum le préjudice, la perte ou le dommage; ou

"*b*) Une mesure visant à faciliter l'exécution ultérieure d'une sentence.

"5. Le tribunal arbitral peut, lorsque cela est nécessaire pour assurer l'efficacité d'une mesure provisoire ou conservatoire, accorder une mesure [pendant une période ne dépassant pas [...] jours] [sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée] [avant que celle-ci ait eu la possibilité de réagir] uniquement lorsque:

"*a*) Cela est nécessaire pour assurer l'efficacité de la mesure;

"*b*) La partie demandant la mesure verse à ce titre une provision appropriée;

"*c*) La partie demandant la mesure peut en démontrer l'urgente nécessité; et

"*d*) [Les considérations d'équité en faveur de cette mesure l'emporteraient].

"[6. La partie contre laquelle est ordonnée la mesure visée au paragraphe 5 est avisée de la mesure et il lui est donné la possibilité d'être entendue le plus rapidement possible.]

"7. Une mesure accordée en vertu du paragraphe 5 peut être prolongée ou modifiée après que la partie contre laquelle elle a été ordonnée a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité de réagir.

"[8. Une mesure provisoire ou conservatoire peut être modifiée ou annulée [à la demande d'une partie] si les circonstances mentionnées au paragraphe 2 ont changé après le prononcé de cette mesure.]

"[9. La partie qui a demandé le prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire doit, à compter de la présentation de cette demande, informer le tribunal rapidement de tout changement important dans les circonstances mentionnées au paragraphe 2.]"

Paragraphe 1

52. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à supprimer le membre de phrase entre crochets. Ce

membre de phrase se prêtait, a-t-on dit, à une interprétation restrictive, par exemple, s'il était compris comme signifiant que le tribunal arbitral pouvait uniquement ordonner des mesures provisoires ou conservatoires qui étaient directement liées aux avoirs litigieux. En réponse à cette proposition, on a fait valoir qu'un membre de phrase analogue figurait à l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et que le membre de phrase entre crochets devait donc être conservé dans le projet d'article 17 par souci de cohérence. On a fait observer que, dans le contexte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ce membre de phrase était censé faire l'objet d'une interprétation extensive et que, dans la pratique, il n'avait pas fait obstacle à l'exercice par les tribunaux arbitraux de leur pouvoir d'ordonner les mesures provisoires ou conservatoires voulues dans les cas d'espèces. Il fallait donc conserver le membre de phrase figurant entre crochets au paragraphe 1.

53. Néanmoins, l'opinion qui a prévalu a été que le membre de phrase entre crochets devait être supprimé car il risquait de restreindre indûment le pouvoir du tribunal arbitral de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires (par exemple, il pourrait être considéré comme n'englobant pas les mesures visant à geler des avoirs qui, à strictement parler, ne faisaient pas l'objet du litige).

54. Le Groupe de travail a, toutefois, souligné que la suppression de ce membre de phrase ne devait pas être interprétée comme indiquant que le libellé actuel de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage et le libellé de l'article 26 du Règlement d'arbitrage excluaient les mesures qui n'étaient pas directement liées aux biens litigieux.

Paragraphe 2

55. La structure et la teneur du paragraphe 2 ont, de l'avis général, été jugées satisfaisantes. Diverses observations et suggestions ont été faites en vue d'en améliorer le libellé. S'agissant du membre de phrase liminaire, on s'est demandé s'il devait être libellé en termes d'obligations s'imposant à la partie qui demandait la mesure provisoire ou conservatoire. Comme solution de rechange possible, on a proposé de formuler la disposition en termes de critères à appliquer par le tribunal arbitral lorsqu'il était appelé à prendre une décision sur une demande de mesure provisoire ou conservatoire. On a proposé, par ailleurs, de formuler la disposition de façon plus neutre, en disant, par exemple, qu'une mesure provisoire ou conservatoire ne pourrait être accordée que si certaines conditions étaient satisfaites. Le Groupe de travail est convenu qu'il lui faudrait sans doute réexaminer ces diverses solutions à une session ultérieure. De l'avis général, il fallait retenir une formulation plus impérative en remplaçant "devrait" par "doit". Quant au mot "prouver", on a fait observer que la disposition ne devait pas empiéter sur les diverses règles de preuve qui pouvaient être appliquées dans des systèmes juridiques différents ou au sein d'un même système juridique. On a aussi émis l'avis qu'avoir à "rapporter la preuve" risquait d'être trop lourd pour la partie qui demandait une mesure provisoire ou conservatoire. Afin d'éviter une référence à la notion de "preuve", on a proposé de remplacer le mot "prouver" par des mots tels que "établir", "démontrer" ou "montrer".

56. En ce qui concerne l'alinéa *b*, un avis largement partagé était que la disposition devait permettre de peser "le pour et le contre", c'est-à-dire de mettre en balance l'étendue du préjudice qui serait subi par la partie qui demandait la mesure provisoire ou conservatoire si elle n'était pas accordée et l'étendue du préjudice que la mesure causerait à la partie qui s'y opposait si elle était accordée. On a en outre estimé que l'approche quantitative que supposait l'expression "préjudice grave" risquait de créer des incertitudes quant à l'étendue du préjudice permettant de considérer que celui-ci était suffisamment "grave" pour justifier certaines mesures provisoires ou conservatoires. On a suggéré d'adopter une approche plus qualitative en utilisant l'expression "préjudice irréparable".

57. S'agissant de l'alinéa *c*, on a suggéré de remplacer les mots "a des chances" par les mots "a de fortes chances". À la fin du débat, on a soulevé la question de savoir si des mesures provisoires ou conservatoires devaient pouvoir être prononcées dans les cas où les exigences posées aux alinéas *a*, *b* et *c* entraient en conflit. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait revenir, à une session ultérieure, sur la question de savoir si les dispositions de ces trois alinéas devaient ou non être cumulatives.

58. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le secrétariat devrait prendre en compte le texte ci-après, ainsi que d'autres variantes possibles, lorsqu'il élaborerait une version révisée du paragraphe 2 aux fins de la poursuite du débat à une session ultérieure:

"2. Variante A

"La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire doit [montrer] [démontrer] [prouver] [établir] que:

"Variante B

"Le tribunal arbitral ne prononce une mesure provisoire ou conservatoire que s'il estime que:

"Variante C

"Une mesure provisoire ou conservatoire ne peut être ordonnée que si:

"*a*) *Variante X*
"Il y a [besoin] [un besoin urgent] de prendre la mesure demandée;

"*Variante Y*
"La mesure provisoire ou conservatoire demandée est nécessaire dans les circonstances particulières de l'espèce;

"*b*) La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire [subira] [risque de subir] un dommage irréparable si celle-ci n'est pas ordonnée et ce dommage dépasse largement celui que [subirait] [risque] éventuellement [de subir] la partie qui s'oppose à la mesure provisoire ou conservatoire si celle-ci était ordonnée; [et] [ou]

"*c*) Il y a de fortes chances que la partie demandant la mesure obtienne gain de cause sur le fond du [litige] [de l'affaire principale]."

Paragraphe 3

"Le tribunal arbitral peut exiger"

59. On a émis l'avis que le versement d'une provision, ou la fourniture d'une autre forme de garantie, devrait être obligatoire de façon à assurer une protection suffisante à la partie contre laquelle des mesures provisoires ou conservatoires pourraient être prononcées et à réduire le risque de demandes abusives.

60. L'opinion qui l'a emporté a toutefois été que, même s'il était la norme lorsque des mesures provisoires ou conservatoires étaient prononcées, le versement d'une provision ne devait pas être rendu obligatoire. On a souligné à cet égard que, dans certains systèmes juridiques, la question de savoir si une provision devait ou non être versée ne serait pas tranchée par le tribunal arbitral mais par l'autorité compétente en matière d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire. On a aussi déclaré que, dans la pratique, il pouvait se présenter des situations dans lesquelles la partie qui demandait la mesure provisoire ou conservatoire pourrait difficilement verser une provision appropriée, par exemple si ses disponibilités avaient été amoindries par l'autre partie. Sur le plan des principes, on a estimé qu'il serait préférable de laisser au tribunal arbitral toute latitude sur cette question.

61. On a proposé d'ajouter, par souci de clarté, à la fin du paragraphe un libellé du type "si celle-ci risque de causer un préjudice à la partie contre laquelle elle est demandée". Cette proposition n'a cependant pas été suffisamment soutenue, le Groupe de travail ayant estimé que le versement d'une provision n'avait pas uniquement pour objet d'assurer une protection contre le dommage qui pourrait résulter de la mesure provisoire ou conservatoire.

"Toute partie"

62. On a demandé quelle signification avaient exactement les mots "toute partie" dans le projet de paragraphe. Pour certains intervenants, cette formulation était trop vague et ils ont suggéré de la remplacer par une formulation plus précise telle que "la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire". Le Groupe de travail n'était, toutefois, pas favorable au remplacement de ces deux mots, estimant qu'ils offraient la souplesse suffisante pour englober, par exemple, la fourniture d'autres garanties par la partie contre laquelle la mesure était demandée afin d'éviter que celle-ci ne soit prononcée.

63. Sous réserve de modifications visant à assurer la cohérence entre les diverses versions linguistiques, le Groupe de travail a donc adopté le projet de paragraphe sur le fond. Il a été suggéré que le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la disposition législative type rende compte des débats récapitulés ci-dessus.

Paragraphe 4

64. On a suggéré, dans la mesure où le paragraphe 4 définissait la portée des mesures provisoires ou conservatoires, de le placer immédiatement après le paragraphe 1. Le Groupe de travail a adopté cette suggestion.

"[, qu'elle prenne la forme d'une sentence arbitrale ou une autre forme,]"

65. S'agissant du fond du projet de paragraphe, le Groupe de travail a commencé par l'examen d'une proposition tendant à supprimer tout le membre de phrase figurant entre crochets dans le chapeau. À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que ce membre de phrase n'était pas nécessaire puisque l'éventail possible des mesures qu'il visait était déjà couvert par les mots "toute mesure temporaire". Le Groupe de travail ne s'est néanmoins pas rallié à cette proposition, estimant que le membre de phrase en question avait son utilité dans la mesure où il précisait que, selon les circonstances et les pays, les mesures provisoires ou conservatoires pouvaient être prononcées sous diverses formes. Il est ensuite passé à l'examen des propositions de modification de ce membre de phrase.

66. L'une de ces propositions était de remplacer le terme "sentence arbitrale" par les mots "sentence partielle ou provisoire". À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que le terme "sentence arbitrale" était souvent compris comme renvoyant à la sentence définitive mettant fin à la procédure d'arbitrage, alors qu'une décision ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire, même si elle prenait la forme d'une sentence, était en fait une décision interlocutoire. La proposition a recueilli un certain appui, bien que la plupart des intervenants aient objecté que les mots "sentence partielle" renvoyaient généralement à une sentence définitive qui réglait uniquement une partie du litige; ces mots ne convenaient donc pas dans le cas d'une mesure provisoire ou conservatoire. Des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si les mots "sentence interlocutoire" conviendraient dans le cas de tous les types de mesures provisoires ou conservatoires pouvant être prononcées sous la forme d'une sentence. Après un débat, la préférence du Groupe de travail est allée à la suppression pure et simple du mot "arbitrale", sans autre qualification de la nature de la sentence.

67. On a également proposé de supprimer les mots "ou une autre forme" après les mots "sentence arbitrale". Cette suppression se justifiait, a-t-on dit, dans l'intérêt du respect d'une procédure régulière et du bon déroulement de la procédure d'arbitrage. Telle qu'elle était actuellement libellée, la disposition envisageait le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires sous une forme autre que celle d'une sentence formelle, ce qui pouvait être source de problèmes puisque, dans certains systèmes juridiques, seules les sentences formelles, par opposition à une quelconque ordonnance ou décision de procédure du tribunal arbitral, étaient soumises à l'examen de la juridiction étatique dans le cadre des procédures d'annulation ou d'exécution. Si la disposition autorisait le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires autrement que dans une sentence formelle, la partie contre laquelle la mesure était demandée risquait de se voir privée de droits dont elle aurait autrement pu se prévaloir en vertu de la loi applicable, par exemple celui de contester la validité ou la force exécutoire de la sentence arbitrale. C'était, a-t-on dit, la raison pour laquelle certains des pays qui avaient incorporé la Loi type sur l'arbitrage dans leur droit interne avaient expressément prévu que les mesures provisoires ou conservatoires devaient être prononcées dans une sentence formelle.

68. La majorité des membres du Groupe de travail n'était, toutefois, pas favorable à la suppression des mots "ou une autre forme". On a dit qu'il n'était pas opportun que le projet de paragraphe soit trop directif en ce qui concerne la forme que devait prendre la mesure provisoire ou conservatoire. Le fait qu'il n'exigeait pas que de telles mesures soient prononcées dans une sentence formelle ne pouvait, a-t-on dit, être considéré comme compromettant les voies de recours ou autres moyens légaux à la disposition de la partie contre laquelle la mesure était ordonnée. On a fait observer, à cet égard, que la réponse à la question de savoir si la décision d'un tribunal arbitral d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire constituait une "sentence" aux fins des règles de l'État du for en matière d'annulation ou d'exécution ne dépendait ni du nom ni de la forme donné à cette décision. Cette question était réglée par la loi nationale applicable. Le projet de disposition législative type ne devait pas, a-t-on dit, empiéter sur le pouvoir de la juridiction étatique compétente de qualifier une telle décision de sentence, quelle que soit la forme ou quel que soit le nom qui lui avait été donné par le tribunal arbitral. À cet égard, on a déclaré que la question de savoir si une mesure provisoire ou conservatoire, qu'elle soit ou non qualifiée de "sentence", était susceptible d'annulation sur le fondement de l'article 34 de la Loi type sur l'arbitrage devrait sans doute être examinée plus avant dans le cadre des débats qui auraient lieu ultérieurement sur l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires.

"en attendant que soit rendue la sentence"

69. Les mesures provisoires ou conservatoires pouvant être demandées ou prononcées à différents stades de la procédure d'arbitrage, il a été suggéré de remplacer les mots "en attendant que soit rendue la sentence" par une formule telle que "à tout moment avant le prononcé de la sentence". Le Groupe de travail a accepté cette suggestion.

Variantes 1 et 2

70. On a déclaré que, puisque les listes de mesures que donnaient les deux variantes pouvaient uniquement avoir un caractère indicatif et non pas exhaustif, il serait préférable qu'elles figurent dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne et non pas dans le corps même de la disposition. Le Groupe de travail a été invité, à cet égard, à examiner le point de savoir si les variantes 1 et 2 s'excluaient mutuellement ou si elles pouvaient utilement être fusionnées de façon à n'avoir qu'une seule liste.

71. Le Groupe de travail a néanmoins estimé qu'il serait utile de dresser dans le projet de paragraphe une liste, même non exhaustive, des types de mesures qui pourraient être ordonnées par un tribunal arbitral, au lieu de se contenter d'inclure une telle indication dans la partie pertinente du guide pour l'incorporation dans le droit interne. Il est convenu que la partie liminaire du paragraphe 4 devrait faire ressortir très clairement que la liste de mesures provisoires ou conservatoires donnée dans les divers alinéas n'était pas exhaustive.

72. À cet égard, bien que certains membres se soient prononcés pour la formulation plus générale de la variante 2, la préférence d'une grande majorité des membres du Groupe de travail est allée à l'approche plus descriptive suivie dans la variante 1.

Alinéa a

73. Même si, de l'avis général, cet alinéa était satisfaisant sur le fond, on a estimé qu'une mesure provisoire ou conservatoire pouvait avoir pour objet non seulement de maintenir mais aussi de rétablir le statu quo. Il a été convenu que le libellé de l'alinéa *a* devrait être remanié en conséquence.

Alinéa b

74. Une large majorité a estimé qu'il fallait remanier l'alinéa *b* en adoptant une formule du type "une mesure prévoyant un moyen préliminaire d'assurer ou de faciliter l'exécution de la sentence".

Alinéa c

75. De l'avis général, la portée de la disposition devait être élargie de façon qu'elle couvre également les cas dans lesquels la mesure provisoire ou conservatoire avait pour objet non pas d'interdire mais de prescrire un comportement. Dans le même ordre d'idées, on a estimé que la disposition ne devait pas viser uniquement les mesures ordonnées à l'encontre du défendeur mais aussi celles qui visaient d'autres parties. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait adopter pour l'alinéa *c* une formulation du type: "une mesure destinée à interdire ou à ordonner un comportement à toute partie afin d'empêcher un dommage actuel ou imminent".

Nouvel alinéa d *proposé*

76. Afin de faciliter le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires destinées à empêcher la destruction d'éléments de preuve, il a été suggéré d'inclure dans la liste indicative figurant au paragraphe 4 "une mesure destinée à fournir un moyen préliminaire de sauvegarder les éléments de preuve". Le Groupe de travail a accepté cette suggestion.

Paragraphe 5

77. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si, sur le plan des principes, il serait souhaitable de prévoir dans la version révisée de la Loi type sur l'arbitrage la possibilité pour un tribunal arbitral d'ordonner non contradictoirement des mesures provisoires ou conservatoires. Selon une opinion — comme cela était le cas dans les lois sur l'arbitrage en vigueur dans un certain nombre de pays —, la possibilité d'ordonner non contradictoirement une mesure provisoire ou conservatoire devait être réservée exclusivement aux juridictions étatiques. On a déclaré que le principe, énoncé à l'article 18 de la Loi type, selon lequel les parties devaient être traitées sur un pied d'égalité devant le tribunal arbitral et chacune d'elles devait avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, ne devait souffrir aucune exception. En ménageant la possibilité pour le tribunal arbitral de prononcer des mesures non contradictoirement, on ouvrait, a-t-on dit, la porte à

des pratiques dilatoires et inéquitables qui devaient être évitées. On a également souligné que des mesures provisoires ou contradictoires prononcées non contradictoirement pouvaient avoir un effet préjudiciable pour des tiers. Nombreux ont cependant été ceux qui ont fait valoir que le principe selon lequel les parties devaient être traitées sur un pied d'égalité et avoir toute possibilité de faire valoir leurs droits s'appliquait aussi dans le cas de la justice étatique et n'étaient, dans bien des pays, pas considérés comme une raison suffisante pour refuser la possibilité d'ordonner non contradictoirement des mesures dans des circonstances exceptionnelles. L'opinion qui l'a emporté a été que l'introduction dans la Loi type d'une disposition traitant de telles mesures viendrait utilement compléter le texte actuel et répondrait aux besoins de l'arbitrage.

78. Diverses suggestions ont été faites en vue de limiter la possibilité de demandes abusives de mesures provisoires ou conservatoires hors procédure contradictoire. L'une d'entre elles, inspirée des règles appliquées par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, était de subordonner le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner non contradictoirement des mesures provisoires ou conservatoires à un accord préalablement conclu à cet effet par les parties. On a répliqué que, dans le contexte plus général de l'arbitrage commercial, il n'était guère réaliste de penser que les parties conviendraient d'une telle règle de procédure, que ce soit avant ou après la survenance du litige. On a aussi proposé de prévoir que seules les mesures provisoires ou conservatoires destinées à maintenir le statu quo en attendant que la question en litige ait été tranchée puissent être ordonnées non contradictoirement par le tribunal arbitral. À l'encontre de cette proposition, on a fait valoir qu'elle ne couvrirait pas la situation dans laquelle la mesure provisoire ou conservatoire était destinée à rétablir une situation modifiée par le comportement agressif d'une partie. Selon une autre proposition, les mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement ne devaient être acceptables que dans le cas où il était impossible d'aviser l'autre partie. Selon une autre proposition encore, qui a recueilli l'appui d'un certain nombre de délégations, le texte révisé de l'article 17 de la Loi type devait faire à toute partie qui demandait que soit prononcée, hors procédure contradictoire, une mesure provisoire ou conservatoire l'obligation d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances — y compris celles qui militaient à l'encontre de sa position — que celui-ci était susceptible de juger pertinentes et importantes pour décider si les conditions posées au paragraphe 5 étaient satisfaites. Cette obligation a été qualifiée de "divulgation intégrale et honnête", et l'on a indiqué que c'était là une notion déjà connue dans certains systèmes juridiques. Les délégations représentant d'autres systèmes juridiques ont toutefois émis des doutes sur le point de savoir si l'obligation proposée serait entièrement couverte par la notion plus largement reconnue de "bonne foi". On s'est aussi demandé si une telle obligation était acceptable dans la mesure où elle exigeait qu'une partie agisse à l'encontre de ses propres intérêts. Des questions ont également été soulevées concernant la teneur exacte de l'obligation et les conséquences qui pourraient découler d'un manquement à cette dernière par la partie ayant demandé la mesure provisoire ou conservatoire. On a répondu qu'il faudrait sans doute étudier plus avant la question de ces conséquences, qui pourraient inclure l'annulation de la mesure ou le versement de dommages et intérêts si celle-ci avait été obtenue de façon irrégulière.

79. En vue également de limiter les effets négatifs éventuels de mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement, on a aussi proposé de restreindre ou d'exclure la possibilité d'obtenir l'*exequatur* de la justice étatique. On a déclaré qu'il vaudrait la peine d'explorer la possibilité de subordonner, dans le cas d'une mesure provisoire ou conservatoire initialement prononcée non contradictoirement, l'*exequatur* à la confirmation ultérieure de la mesure par le tribunal arbitral une fois que celui-ci aurait entendu les arguments des deux parties. On s'est aussi prononcé en faveur d'une disposition faisant du caractère non contradictoire d'une mesure provisoire ou conservatoire un motif possible de refus de l'*exequatur*. On a toutefois objecté qu'on pouvait douter que des mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement par un tribunal arbitral présentent encore un quelconque intérêt pour les praticiens si le texte révisé de la Loi type les rendaient non exécutoires. À cet égard, on a souligné que dans certains pays où la justice étatique aurait du mal à réagir rapidement face à une demande de mesure provisoire ou conservatoire devant être prononcée non contradictoirement il serait capital d'établir le caractère exécutoire d'une telle mesure si elle était prononcée par un tribunal arbitral. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à une conclusion concernant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement. Il a été convenu qu'il faudrait revenir sur la question dans le contexte du débat général concernant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires.

Membre de phrase liminaire du projet de paragraphe 5

80. Passant au libellé du paragraphe 5, le Groupe de travail a examiné la définition des mesures provisoires ou conservatoires hors procédure contradictoire visées dans le membre de phrase liminaire de ce paragraphe. On a proposé d'insérer au début du membre de phrase les mots "Dans des circonstances exceptionnelles". Même si, de l'avis général, le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires hors procédure contradictoire ne devait être envisagé que dans des circonstances exceptionnellement urgentes, on a émis des doutes sur le point de savoir si l'insertion de ces mots serait suffisante pour fournir un critère objectif. Du point de vue de la forme, on a fait observer que les mots "lorsque cela est nécessaire pour assurer l'efficacité d'une mesure provisoire ou conservatoire" faisaient double emploi avec la disposition énoncée à l'alinéa *a* et devaient donc être supprimés.

81. S'agissant des mots entre crochets "pendant une période ne dépassant pas [...] jours", on a émis l'avis que la question de la durée de la mesure devrait être laissée à la discrétion du tribunal arbitral. Selon un autre point de vue, il serait préférable de traiter la question de la durée au paragraphe 6, dans le contexte d'une limitation du délai ménagé pour aviser le défendeur de la mesure provisoire ou conservatoire. L'opinion qui l'a emporté a, toutefois, été que la durée de toute mesure provisoire ou conservatoire prononcée non contradictoirement devait être limitée et que les mots en question devaient être maintenus. On a

émis l'avis que la limitation de la durée d'une mesure provisoire ou conservatoire accordée en application du paragraphe 5 ne devait pas porter atteinte au pouvoir qui était reconnu au tribunal arbitral, au paragraphe 2, d'accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire une fois que la partie contre laquelle elle était prononcée en avait été avisée et une fois que la possibilité lui avait été donnée de faire valoir ses moyens.

82. En ce qui concerne les variantes figurant entre crochets "sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée" et "avant que celle-ci ait eu la possibilité de réagir", une certaine préférence a été exprimée en faveur de la formulation plus descriptive "avant que la partie contre laquelle elle est ordonnée ait eu la possibilité de réagir". On a suggéré de combiner les deux formules de façon à prendre en compte la situation dans laquelle le demandeur ne pouvait aviser le défendeur, par exemple lorsque celui-ci ne pouvait être localisé à temps, par opposition à la situation dans laquelle le demandeur choisissait de ne pas aviser le défendeur afin de ne pas compromettre l'efficacité de la mesure, par exemple s'il pouvait s'attendre à ce que le défendeur transfère les avoirs dans un autre pays.

83. S'agissant des conditions qui devaient être remplies pour qu'une mesure provisoire ou conservatoire puisse être prononcée non contradictoirement, l'opinion générale a été que les mesures visées au paragraphe 5 devaient remplir au moins toutes les conditions prévues au paragraphe 2 pour l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire.

Alinéa a

84. De l'avis général, l'alinéa *a* était acceptable sur le fond. On a toutefois fait observer que l'idée de la nécessité d'"assurer l'efficacité" de la mesure n'était pas suffisamment précise. On a suggéré de dire à la place "cela est nécessaire pour garantir que l'exécution de la mesure ne sera pas entravée".

Alinéa b

85. Le versement par la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire d'une provision appropriée a été jugé essentiel par un certain nombre de délégations pour éviter les requêtes abusives. On s'est toutefois demandé s'il fallait faire de l'existence d'une telle provision une condition obligatoire pour permettre le prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire hors procédure contradictoire ou si la question devait être laissée à la discrétion du tribunal arbitral.

Alinéa c

86. On a déclaré que, même si l'urgente nécessité de la mesure devait être le facteur déterminant pour envisager le prononcé de celle-ci hors procédure contradictoire, l'alinéa *c* du paragraphe 5 risquait de faire double emploi avec l'alinéa *a* du paragraphe 2. Si l'urgence devait être retenue comme critère général au paragraphe 2, elle ne devait plus être mentionnée au paragraphe 5, sauf si on la qualifiait afin de fournir un critère distinct pour les mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement.

Alinéa d

87. Compte tenu de ses débats antérieurs concernant le paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu que l'alinéa *d* était superflu et devait être supprimé.

88. Afin de prendre en compte certaines des opinions et préoccupations exposées ci-dessus, diverses propositions ont été faites en vue de simplifier le texte du paragraphe 5. L'une des formulations proposées était la suivante: "Dès réception d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire, le tribunal arbitral est habilité à prendre toute mesure qu'il juge nécessaire afin d'assurer l'efficacité de la mesure provisoire ou conservatoire au cas où elle serait accordée". On a également proposé le texte ci-après: "Le tribunal arbitral peut, lorsque les conditions posées au paragraphe 2 sont satisfaites et que cela est nécessaire pour assurer l'efficacité d'une mesure provisoire ou conservatoire, accorder la mesure avant que la partie contre laquelle elle est prononcée ait eu la possibilité de réagir". Il a aussi été proposé de remanier le paragraphe 5 et le reste de l'article 17 comme suit:

"Paragraphe 5

"[Dans des circonstances exceptionnelles,] le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire pendant une période ne dépassant pas [... jours], sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée ou avant que celle-ci ait eu la possibilité de réagir, lorsque:

"*a*) les conditions posées au paragraphe 2 sont satisfaites; et

"*b*) il estime [, et l'indique dans une conclusion écrite,] qu'il est nécessaire de procéder ainsi pour assurer l'efficacité de la mesure.

"Nouveau paragraphe 6

"La partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en application du paragraphe 5 est tenue d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances, y compris celles qui militent à l'encontre de sa position, que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes pour déterminer si les conditions posées dans ce paragraphe sont satisfaites.

"Au début de l'actuel paragraphe 6, qui devra être renuméroté, ajouter le texte suivant:

"À moins que le tribunal arbitral détermine, conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 5, qu'il est nécessaire, afin d'en assurer l'efficacité, d'ordonner la mesure sans en aviser la partie contre laquelle elle est dirigée, cette partie…

"Texte remanié de l'actuel paragraphe 7, qui devra être renuméroté:

"La limitation de la durée d'une mesure provisoire ou conservatoire accordée conformément au paragraphe 5 ne porte pas atteinte au pouvoir, reconnu au tribunal arbitral au paragraphe 2, d'accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire une fois que la partie contre laquelle

elle est dirigée en a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité de réagir.

"L'actuel paragraphe 3 devrait être déplacé et inséré ici s'il y a consensus pour laisser le versement d'une provision à la discrétion du tribunal arbitral dans tous les cas, que la mesure soit ou non prononcée hors procédure contradictoire.

"Texte remanié de l'actuel paragraphe 8, qui devra être renuméroté:

"Le tribunal arbitral peut modifier ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire à tout moment sur la base d'informations supplémentaires ou d'un changement de circonstances.

"Texte remanié de l'actuel paragraphe 9, qui devra être renuméroté:

"Remplacer le mot "tribunal" par les mots "tribunal arbitral".

"Remplacer les mots "mentionnées au paragraphe 2" par les mots "sur la base desquelles la mesure provisoire ou conservatoire a été demandée ou le tribunal arbitral l'a accordée".

"Proposition concernant l'*exequatur*:

"La juridiction étatique devant laquelle la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence ou décision ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire rendue en application du paragraphe 5 de l'article 17 est demandée [ne doit pas] [n'a pas à] refuser la reconnaissance ou l'exécution pour les motifs exposés au paragraphe 1, *a*, ii, de l'article 36 si elle détermine qu'il est nécessaire pour assurer l'efficacité de la mesure de ne pas en aviser la partie contre laquelle elle est dirigée."

89. Les trois propositions ont recueilli un certain appui. Le débat a porté essentiellement sur la proposition de remaniement du paragraphe 5 et sur le nouveau paragraphe 6 suggéré dans le cadre de la dernière proposition. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pu examiner le reste de cette proposition.

90. En ce qui concerne les mots entre crochets ", et l'indique dans une conclusion écrite", on s'est demandé si l'intention était simplement de préciser que la décision du tribunal arbitral devait être motivée (auquel cas, le membre de phrase était probablement superflu), ou si elle était d'imposer au tribunal arbitral l'obligation d'indiquer par écrit les raisons pour lesquelles il jugeait nécessaire de prononcer la mesure hors procédure contradictoire (auquel cas, l'obligation pourrait être considérée comme excessivement lourde). On a répondu qu'il était essentiel de faire en sorte que le tribunal arbitral explique par écrit les raisons pour lesquelles il jugeait nécessaire de prononcer la mesure hors procédure contradictoire.

91. On a déclaré qu'il fallait limiter la durée de toute mesure provisoire ou contradictoire ordonnée non contradictoirement. Étant donné qu'il serait difficile de parvenir à un consensus sur une durée précise, on a suggéré d'inclure un membre de phrase du type "pendant une durée limitée" devant être déterminée par le tribunal arbitral. Une telle formule serait sans doute suffisante. On a émis l'avis que, dans le cas des mesures provisoires ou conservatoires prononcées non contradictoirement, le versement d'une provision appropriée par la partie ayant demandé la mesure devait être obligatoire, d'autant plus qu'on pouvait se demander si une demande de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé au défendeur par ladite mesure constituerait une nouvelle demande ou s'inscrirait dans le cadre de l'arbitrage. On a dit qu'il faudrait répondre à cette question dans le contexte de la révision de la Loi type.

92. On a suggéré d'inverser l'ordre des nouveaux alinéas *a* et *b*.

93. En ce qui concerne le nouveau paragraphe 6 proposé, on a suggéré de supprimer les mots "y compris celles militant à l'encontre de sa position". On a par ailleurs suggéré de retenir une formulation du type "toutes les circonstances dont la partie qui demande la mesure provisoire ou conservatoire avait ou aurait dû avoir connaissance". On a fait valoir que ce libellé permettrait d'éviter les ambiguïtés et les incertitudes qu'on pourrait voir dans la formule "circonstances [...] que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes pour déterminer si les conditions posées dans ce paragraphe sont satisfaites".

94. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à une conclusion sur la question traitée au paragraphe 5. Il a prié le secrétariat d'établir un projet de texte révisé, éventuellement assorti de variantes, qui tienne compte des diverses opinions, préoccupations et propositions exprimées à la présente session.

E. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite de la convention d'arbitrage, document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-sixième session

(A/CN.9/WG.II/WP.118) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-7	120
II.	Dispositions législatives types sur la forme écrite de la convention d'arbitrage	8-24	121
	A. Version révisée de la disposition législative type	9	122
	B. Remarques sur le texte révisé de la disposition législative type	10-24	122
III.	Instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York	25-33	125
	A. Texte révisé de l'instrument interprétatif	25-26	125
	B. Remarques sur le texte révisé de l'instrument interprétatif	27-33	126

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était saisie d'une note du secrétariat intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage[1].

2. La Commission avait confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle avait appelé "Groupe de travail sur l'arbitrage" et avait décidé que les points prioritaires que devrait traiter ce dernier seraient la conciliation[2], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[3], la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires[4] et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine[5].

3. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle avait pris note du rapport avec satisfaction et avait réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les sujets susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Il avait été déclaré à plusieurs reprises que, d'une manière générale, en décidant de la priorité à accorder aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions pour lesquelles les décisions judiciaires avaient laissé subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés au sein de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter étaient, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109 *k*); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal d'arbitrage pour ce qui était de ces demandes (par. 107, *g*); la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix (par. 108, *c*); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York (par. 109, *i*); et le pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts (par. 107, *j*). Il avait été noté avec satisfaction qu'en ce qui concernait les arbitrages "en ligne" (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance ont lieu au moyen de communications électroniques) (par. 113) le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (par. 107, *m*), on avait estimé

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

[2] Ibid., par. 340 à 343.

[3] Ibid., par. 344 à 350.

[4] Ibid., par. 371 à 373.

[5] Ibid., par. 374 et 375.

que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance[6].

4. À sa trente-quatrième session, tenue à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001, la Commission a pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle a félicité celui-ci pour les progrès accomplis jusqu'à présent en ce qui concernait les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné le projet de disposition législative type modifiant le paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 13 et 14) et un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (voir A/CN.9/WG.II/ WP.113, par. 16). Conformément à un avis exprimé à la trente-quatrième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/487, par. 30), on s'est demandé si une simple référence à des conditions d'arbitrage ou à un règlement d'arbitrage type disponible sous forme écrite remplissait la condition de la forme écrite. Il a été déclaré qu'une référence de ce genre ne devrait pas être considérée comme remplissant la condition de l'écrit du fait que le texte auquel il était fait référence n'était pas la convention d'arbitrage elle-même mais un ensemble de règles de procédure à suivre pour l'exercice de cet arbitrage (c'est-à-dire un texte qui le plus souvent existerait avant la convention et résulterait de l'action de personnes qui n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage elle-même). Il a été souligné que, dans la plupart des cas concrets, c'était pour la convention par laquelle les parties s'engageaient à recourir à l'arbitrage qu'il fallait imposer une forme susceptible de faciliter la preuve ultérieure de l'intention des parties. En réponse à cette préoccupation, on a fait valoir que, si le Groupe de travail ne devait pas perdre de vue l'importance de la certitude quant à l'intention des parties de compromettre, il était important aussi d'œuvrer en vue de faciliter une interprétation plus souple de la prescription stricte de la forme écrite contenue dans la Convention de New York afin de ne pas décevoir l'attente des parties qui avaient opté pour l'arbitrage, point de vue qui reflétait le sentiment général. À cet égard, la Commission a pris note de la possibilité pour le Groupe de travail d'examiner plus avant la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de New York[7].

6. La présente note a été établie sur la base des débats qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail concernant la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage (A/CN.9/487, par. 22 à 63). La première partie traite de la question d'éventuelles adjonctions à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. La deuxième partie traite de l'interprétation de la Convention de New York.

7. Ces deux sujets ont déjà été traités dans les documents ci-après:

a) Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/54/17, par. 344 à 350);

b) Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-troisième session (A/55/17, par. 389 à 399);

c) Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-quatrième session (A/56/17, par. 309 à 313);

d) Note du secrétariat sur les travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international (A/CN.9/460, par. 20 à 31);

e) Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468, par. 88 à 106);

f) Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-troisième session (A/CN.9/485, par. 21 à 77);

g) Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-quatrième session (A/CN.9/487, par. 22 à 63);

h) Document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-deuxième session (A/CN.9/ WG.II/WP.108/ Add.1, par. 1 à 40);

i) Document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-troisième session (A/CN.9/WG.II/ WP.110, par. 10 à 51);

j) Document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-quatrième session (A/CN.9/ WG.II/WP.113).

Ces documents sont également accessibles sur le site Web de la CNUDCI "www.uncitral.org" sous les rubriques "Groupes de travail" et "Groupe de travail sur l'arbitrage international et la conciliation".

II. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES SUR LA FORME ÉCRITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

8. À sa trente-quatrième session (juin-juillet 2001), le Groupe de travail a examiné un projet de disposition législative type modifiant l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 11 à 14). Les débats du Groupe de travail sur la question sont récapitulés aux paragraphes 22 à 41 du document A/CN.9/487. Après avoir examiné le projet de disposition, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'en élaborer une version révisée en se fondant sur les débats qui avaient eu lieu en son sein et de la lui soumettre pour examen à une session ultérieure (voir A/CN.9/487, par. 18).

[6]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396.

[7]Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 313.

A. Version révisée de la disposition législative type

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être fonder ses délibérations sur le texte révisé ci-après:

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La "forme écrite" comprend toute forme qui atteste [de façon tangible] l'existence de la convention ou est [de toute autre manière] accessible en tant que message de données pour être consultable ultérieurement.

[3. Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.]

4. Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite si la clause compromissoire ou les conditions d'arbitrage ou tout règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence dans la convention d'arbitrage sont sous forme écrite, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite.

5. En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

6. La référence dans un contrat à un texte contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

[7. Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions, constituent la convention d'arbitrage.]

B. Remarques sur le texte révisé de la disposition législative type

Paragraphe 1

10. Le paragraphe 1 reproduit tel quel le paragraphe 1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Paragraphe 2

Interprétations existantes de la notion de "forme écrite"

11. Lors de ses délibérations à sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait expliquer dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne du projet de disposition législative type que le paragraphe 2 ne visait pas à aller à l'encontre des interprétations existantes de la notion de "forme écrite", en particulier de toute interprétation large qui pourrait facilement en être donnée, notamment par référence à la jurisprudence, en vertu soit de la Loi type, soit de la Convention de New York. Des précisions quant à la préservation des interprétations existantes de la notion de "forme écrite" pourraient revêtir une importance particulière pour les pays qui n'adopteraient pas la version révisée de l'article 7 de la Loi type, ou pendant la période de transition précédant l'incorporation de cette disposition révisée dans le droit interne (voir A/CN.9/487, par. 25 et 26).

"atteste l'existence de la convention ou est de toute autre manière accessible"

12. Le texte du paragraphe 2 qui a été soumis au Groupe de travail à sa session précédente a été élaboré sur la base de deux textes récents de la CNUDCI dont la combinaison en une seule disposition devrait sans doute être réexaminée par le Groupe de travail du point de vue du fond et de la forme. D'une part, le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by dispose qu'"un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement...". D'autre part, le paragraphe 1 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose: "Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement". Cette disposition est indissociable de la définition du terme "message de données" figurant à l'alinéa *a* de l'article 2 de cet instrument, qui est rédigée comme suit: "Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie". Le terme "enregistrement" n'apparaît pas dans le texte de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, mais il est clair que les enregistrements électroniques sont englobés dans la notion largement définie de "message de données". La seule raison de combiner dans le projet de disposition la notion traditionnelle d'"enregistrement" (dans la version anglaise "*record*", dans la version française "attestation de l'existence") et la notion plus nouvelle de "message de données" est donc apparemment de faire ressortir clairement que le document papier traditionnel figure parmi les formes acceptables d'enregistrement (attestation de l'existence) d'une convention d'arbitrage. Cette question ne se posait pas dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique mais devra peut-être être traitée dans

le cadre de la révision de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Toutefois, en l'absence d'explications supplémentaires, la notion de "*record*" risque de poser des problèmes de traduction dans les différentes langues officielles et de créer des difficultés dans les systèmes juridiques dans lesquels des notions telles que celles de "*record*" ou de "*business record*" ne sont pas courantes en droit commercial. Il serait peut-être nécessaire d'apporter de plus amples éclaircissements dans le texte, par exemple en indiquant que la disposition vise les enregistrements "tangibles" (les formes qui attestent "de façon tangible" l'existence de la convention).

13. Dans la mesure où la notion de "*record*" serait utilisée dans le texte pour renvoyer à un document papier attestant l'existence de la convention d'arbitrage, la distinction qui serait alors établie entre le "*record*" d'une part et le "message de données" d'autre part amènerait probablement à supprimer les mots "de toute autre manière". Il pourrait être nécessaire d'expliquer dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne pourquoi, contrairement au paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, le projet de disposition ne parle pas d'"enregistrement complet du texte" de la convention.

Paragraphe 3

"Message de données"

14. Dans la mesure où il est fait référence à la notion de "message de données" dans la disposition type, le texte de cette dernière devrait reproduire la définition figurant à l'alinéa *a* de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. C'est là la raison d'être du paragraphe 3.

Paragraphe 4

15. Le paragraphe 4 s'explique par le fait que le Groupe de travail est convenu à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions que la disposition législative type devrait reconnaître l'existence de diverses pratiques contractuelles permettant de compromettre verbalement par référence aux clauses écrites d'un accord par lequel les parties décident de recourir à l'arbitrage et que, dans de tels cas, les parties peuvent légitimement considérer qu'il y a convention d'arbitrage ayant force obligatoire (voir A/CN.9/485, par. 40 et A/CN.9/487, par. 29).

16. Le texte du paragraphe 4 reflète la conclusion à laquelle était parvenu le Groupe de travail à sa trente-quatrième session (voir A/CN.9/487, par. 29 à 32). Du fait d'une telle disposition, si une partie affirme qu'une convention d'arbitrage a été conclue verbalement par référence à une série préexistante de règles concernant l'arbitrage (qui seraient disponibles sous forme écrite) ou aux procédures énoncées dans la loi applicable à l'arbitrage, l'autre partie pourrait se trouver entraînée dans une procédure arbitrale même en l'absence de toute preuve quant à l'existence et au contenu de la convention d'arbitrage invoquée. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant les conséquences d'une telle règle.

17. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi prendre en considération les préoccupations que le Directeur de la Division des questions juridiques générales du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat a exprimées dans une lettre datée du 23 mai 2001, adressée au secrétariat de la CNUDCI. Ces préoccupations sont exprimées pour le compte de l'Organisation des Nations Unies en tant que partie potentielle à une procédure d'arbitrage. On trouvera ci-après des extraits de cette lettre.

> "5. Jouissant de l'immunité de juridiction, l'Organisation des Nations Unies ne peut être poursuivie devant les juridictions étatiques. Néanmoins, aux termes de l'article VIII, section 29, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (la "Convention générale"), l'Organisation "devra prévoir des modes de règlement appropriés pour [notamment] les différends en matière de contrats ou autres différends de droit privé dans lesquels l'Organisation serait partie". [...] En application de cette disposition, l'Organisation a pour pratique d'insérer dans ses conventions commerciales (contrats et baux par exemple) une clause compromissoire pour le cas où surgiraient des litiges qui ne pourraient être réglés par voie de négociations directes ou par d'autres moyens amiables (voir A/C.5/49/65). S'agissant des différends de droit privé ne découlant pas d'une convention commerciale, sauf dans des situations particulières pour lesquelles d'autres moyens de règlement sont prévus, l'Organisation a pour pratique de les soumettre à l'arbitrage lorsqu'ils ne peuvent être résolus par ces moyens ou d'autres moyens amiables (voir A/C.5/49/65). Dans de tels cas, elle conclut des conventions d'arbitrage séparées. Tant les clauses compromissoires insérées dans les contrats que les conventions d'arbitrage séparées précisent que la procédure d'arbitrage sera régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Dans les deux cas également, l'Organisation convient d'être liée par la sentence du tribunal arbitral, qui tranchera le différend en dernier ressort.
>
> "6. En substance, en vertu du projet de texte révisé du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI, la règle selon laquelle la convention d'arbitrage doit se présenter "sous forme écrite", posée par le paragraphe 2 actuel, serait satisfaite alors même que le contrat contenant la clause compromissoire ou la convention d'arbitrage séparée auraient été conclus autrement que par écrit, par exemple verbalement ou du fait du "comportement" d'une partie, si la clause compromissoire, les conditions d'arbitrage ou le règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence revêtent la forme écrite. Qui plus est, la "forme écrite" engloberait des formes "non traditionnelles" telles que les messages électroniques ou messages de données.
>
> "7. L'ONU ne peut être soumise à un tel arbitrage, dont les résultats s'imposent à elle, que dans la mesure où elle y a expressément consenti. Ainsi qu'il a été précédemment indiqué, elle convient de se soumettre à l'arbitrage dans des clauses compromissoires figurant dans des contrats écrits signés par elle, ou dans des conventions d'arbitrage écrites également signées par elle. Dans les deux cas, l'exigence d'un document écrit signé par

l'ONU garantit que celle-ci a consenti à se soumettre à l'arbitrage. De plus, dans les conventions d'arbitrage qu'elle conclut séparément, l'ONU inclut généralement diverses dispositions destinées à protéger ses intérêts légitimes, lesquelles dispositions, selon les circonstances de l'espèce, définissent et circonscrivent clairement les questions devant faire l'objet de l'arbitrage, spécifient que les arbitres doivent appliquer les principes du droit commercial international acceptés au plan international et non pas la loi d'un système juridique national particulier, précisent la mesure dans laquelle les arbitres peuvent ordonner la production de pièces et préservent les privilèges et immunités de l'ONU.

"8. En vertu du texte qu'examine le Groupe de travail l'exigence de la "forme écrite" de la convention d'arbitrage serait satisfaite si un contrat ou une convention passés verbalement renvoyaient, par exemple, à des conditions d'arbitrage écrites. Cette exigence serait satisfaite même en présence de conditions d'arbitrage écrites qui ne seraient que partielles, c'est-à-dire qui traiteraient certains des points évoqués ci-dessus, sur lesquels l'ONU tient à poser ses conditions, mais passeraient d'autres sous silence.

"9. L'exigence de la forme écrite serait également satisfaite par une simple référence, dans un contrat ou une convention passés verbalement, à un règlement d'arbitrage écrit. Néanmoins, une référence à un tel règlement, par exemple le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, laisserait de côté d'autres points, tels que ceux mentionnés plus haut, à propos desquels l'ONU insère généralement des dispositions dans ses conventions d'arbitrage.

"10. En outre, je tiens à souligner qu'une disposition de cette nature permettrait à un demandeur de convoquer un tribunal arbitral qui, en vertu de sa "compétence-compétence", serait habilité à se prononcer sur sa propre compétence. Avec la disposition envisagée, le défendeur devrait participer à des audiences aux fins d'un processus complexe d'établissement des preuves nécessaire pour que le tribunal arbitral puisse conclure à l'existence ou à la non-existence d'un contrat ou d'une convention d'arbitrage qui pourraient se déduire de son "comportement" ou qui auraient été passés "verbalement" et, s'il répond par l'affirmative, se prononcer sur l'existence et le contenu d'une clause compromissoire, de conditions d'arbitrage ou d'un règlement d'arbitrage "sous forme écrite". Même si, ainsi qu'il a été précédemment indiqué, les contrats conclus par l'ONU doivent se présenter sous forme écrite, nous craignons qu'un tribunal arbitral ainsi convoqué ne cherche à établir que l'ONU avait passé une convention d'arbitrage verbalement ou "du fait de son comportement". Dans un tel cas, [...] il pourrait conclure que l'ONU doit se soumettre à une procédure d'arbitrage devant se dérouler selon des conditions qui laissent en suspens des points que celle-ci aurait réglés dans une convention d'arbitrage, et qui donc ne protègent pas pleinement ses intérêts. L'ONU ne verrait pas d'un bon œil que le soin de régler de tels points soit laissé au tribunal arbitral lui-même. C'est précisément la raison pour laquelle elle les règle dans les conventions d'arbitrage qu'elle conclut."

Même s'il n'est pas nécessaire d'aborder dans le projet de disposition le contexte particulier des affaires dans lesquelles l'ONU est susceptible d'être partie à une procédure d'arbitrage, il faudra sans doute chercher à répondre aux préoccupations de principe exprimées dans la lettre citée ci-dessus dans le contexte plus général de l'arbitrage commercial international.

Paragraphe 5

18. Le paragraphe 5 reproduit tel quel le libellé actuel du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Le Groupe de travail l'a adopté sans modification à sa trente-quatrième session (voir A/CN.9/487, par. 36).

Paragraphe 6

19. Le Groupe de travail a adopté sur le fond le paragraphe 6 à ses trente-quatrième (voir A/CN.9/487, par. 37) et trente-troisième (voir A/CN.9/485, par. 42) sessions. Le texte a été légèrement remanié de façon à renvoyer à tout "texte contenant une clause compromissoire" et à ne pas restreindre la portée du paragraphe aux cas dans lesquels il est fait référence à une "clause compromissoire" ne figurant pas dans le contrat.

Paragraphe 7

20. Le Groupe de travail a décidé de placer le paragraphe 7 entre crochets en attendant d'avoir examiné plus avant le point de savoir si la question qui y est traitée devrait faire l'objet d'une disposition à insérer à l'article 7 ou dans une version révisée de l'article 35. Le secrétariat a été prié d'étudier les incidences d'une éventuelle révision de cet article afin que le Groupe de travail puisse poursuivre l'examen de la question (voir A/CN.9/487, par. 40).

21. Il convient de noter que le paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type est calqué sur l'article IV de la Convention de New York. Tout écart par rapport au texte actuel de l'article 35 impliquerait donc qu'il faudrait, soit œuvrer à obtenir un amendement de la Convention de New York, soit trouver les moyens de parvenir à une interprétation uniforme et en même temps novatrice de l'article IV de cette convention.

22. Qui plus est, la question soulevée par les conditions de forme qui pourraient être imposées au niveau de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence nous ramène à la principale question que soulève le texte proposé pour le paragraphe 4. Si ce paragraphe a simplement pour objet de faciliter l'utilisation des moyens modernes de communication dans le contexte de l'arbitrage commercial international et de remédier aux inconvénients d'une règle imposant que la convention d'arbitrage se présente sous la forme d'un document original, il est probablement possible de traiter sous tous ses aspects la question de la forme dans une version révisée de l'article 7 de la Loi type. Pour résoudre le problème de l'"original de la convention d'arbitrage" dans le cadre de l'article 35, il faudrait sans doute poser dans le texte révisé de l'article 7 des règles supplémentaires qui indiqueraient comment l'équi-

valent fonctionnel d'un document "original" pourrait être fourni dans un environnement électronique. On pourrait utilement s'inspirer des articles 7 et 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pour la rédaction de ces règles supplémentaires.

23. En revanche, si le paragraphe 4 a pour objet d'établir que la preuve de l'existence et du contenu de la convention d'arbitrage pourrait être remplacée par une simple référence aux conditions de la procédure arbitrale telles qu'énoncées dans un règlement d'arbitrage ou dans une loi sur l'arbitrage, sans qu'aucune autre preuve écrite de l'existence ou du contenu de la convention ait à être produite, il est peu probable qu'une modification aussi fondamentale puisse être introduite sans que l'article 35 de la Loi type ait à être complètement repensé.

Exemples de circonstances dans lesquelles l'exigence de la forme écrite est satisfaite

24. La version précédente du projet de texte soumis à l'examen du Groupe de travail comportait un paragraphe supplémentaire rédigé comme suit: "7. Parmi les exemples de circonstances dans lesquelles est satisfaite l'exigence d'une convention d'arbitrage sous forme écrite en application du présent article figurent notamment, mais non exclusivement, les suivants: [Le secrétariat établira un texte fondé sur les débats du Groupe de travail]". À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a décidé que de tels exemples avaient un rôle utile à jouer et devaient être conservés à des fins pédagogiques. Toutefois, ils ne devaient pas figurer dans le texte de l'article 7, mais on pourrait envisager de les insérer dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne ou dans tout autre texte explicatif devant accompagner les dispositions législatives types. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant la question des exemples pratiques qu'il faudrait donner dans le guide.

III. INSTRUMENT INTERPRÉTATIF CONCERNANT LE PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE II DE LA CONVENTION DE NEW YORK

A. Texte révisé de l'instrument interprétatif

25. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a étudié un avant-projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York et a prié le secrétariat d'établir un projet révisé de cet instrument, tenant compte des avis exprimés lors de ses débats, pour examen à une session ultérieure (voir A/CN.9/487, par. 18).

26. Le texte du projet de déclaration adopté par le Groupe de travail, tel qu'il figure dans le rapport sur les travaux de sa trente-quatrième session (A/CN.9/487, par. 63), est le suivant:

"Déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958

"*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*

"1. *Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

"2. *Consciente* du fait que la Commission couvre les principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que les pays développés et les pays en développement,

"3. *Rappelant* les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

"4. *Consciente* de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

"5. *Convaincue* que l'adoption généralisée de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été une contribution notable au progrès de la légalité, en particulier dans le domaine du commerce international,

"6. *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, notamment, que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé...",

"7. *Préoccupée* par les différences d'interprétation du paragraphe 2 de l'article II de la Convention, qui sont dues en partie à des différences de formulation dans les cinq textes de la Convention qui font également foi,

"8. *Soucieuse* d'encourager une interprétation uniforme de la Convention compte tenu de l'évolution des nouvelles technologies de la communication et du commerce électronique,

"9. *Convaincue* que l'interprétation uniforme du terme "convention écrite" est nécessaire pour renforcer la sécurité des opérations commerciales internationales,

"10. *Considérant* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de son caractère international et de la nécessité de promouvoir son application uniforme,

"11. *Tenant compte* des instruments juridiques internationaux adoptés ultérieurement, comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique,

"12. [*À établir par le secrétariat*]."

B. Remarques sur le texte révisé de l'instrument interprétatif

Dispositif

27. Dans l'hypothèse où le Groupe de travail poursuivrait l'élaboration de l'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York, il faudrait ajouter à la fin de cet instrument un dispositif reprenant la même approche que celle adoptée dans la version révisée de l'article 7 de la Loi type. Ce dispositif pourrait être rédigé comme suit:

"12. [*Recommande*] [*Déclare*] que la définition du terme "convention écrite" figurant au paragraphe 2 de l'article II de la Convention [soit] [devrait être] interprétée comme englobant [libellé inspiré du texte révisé de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international]."

Préservation des interprétations existantes de l'article II de la Convention de New York

28. Lors de la trente-quatrième session du Groupe de travail, plusieurs délégations ont estimé qu'il fallait éviter de donner à penser que la déclaration visait à imposer une interprétation nouvelle de la Convention de New York (voir A/CN.9/487, par. 61). Elles faisaient ainsi écho à une opinion exprimée durant l'examen du texte révisé de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, selon laquelle l'emploi des mots "Afin d'éviter tout doute" était essentiel pour bien montrer que la règle de fond énoncée dans le projet de disposition législative type n'avait pas pour but de modifier une quelconque interprétation large qui pourrait être facilement donnée, notamment dans la jurisprudence, à la notion d'"écrit" évoqué dans la Loi type ou dans la Convention de New York (voir A/CN.9/487, par. 25). Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il faudrait traiter ce point (qui dans le contexte d'une révision de la Loi type pourrait être traité dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne) dans un nouvel alinéa qui serait éventuellement inséré dans le préambule du projet de déclaration.

29. Toutefois, selon la teneur de la version révisée de l'article 7 de la Loi type, en particulier du paragraphe 4, il faudra peut-être aussi examiner si la technique consistant à encourager, dans une déclaration, une interprétation du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York allant dans le sens de l'article 7 de la Loi type est un bon moyen de promouvoir une interprétation uniforme de la Convention. Lors de la trente-quatrième session du Groupe de travail, il a été dit que, dans la mesure où la déclaration visait à favoriser une interprétation du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York conforme au projet révisé d'article 7 de la Loi type, elle serait perçue dans un certain nombre de pays comme proposant une interprétation novatrice ou révolutionnaire de la condition de forme prévue au paragraphe 2 de l'article II de la Convention (voir A/CN.9/487, par. 61). De nombreux pays pourraient considérer une telle interprétation "révolutionnaire" comme un changement indésirable.

30. Il a été généralement convenu au sein du Groupe de travail que la déclaration n'aurait pas force obligatoire pour les gouvernements, ni pour les juges ou arbitres nationaux à qui elle était destinée. Il a été reconnu que le texte reflétait simplement une opinion mûrement réfléchie que la Commission soumettait aux personnes chargées d'interpréter le paragraphe 2 de l'article II, notamment les juges et les arbitres (voir A/CN.9/487, par. 61). Toutefois, le Groupe de travail souhaitera peut-être revenir sur cette question et se demander si une déclaration controversée à propos d'un instrument aussi réussi et aussi consensuel que la Convention de New York serait de nature à favoriser une interprétation uniforme de cette dernière. Le Groupe de travail pourrait souhaiter étudier des possibilités autres que l'instrument interprétatif tel qu'actuellement rédigé.

Possibilités autres que le projet d'instrument interprétatif

31. Une autre solution envisageable serait que le Groupe de travail réfléchisse davantage à la possibilité de promouvoir une interprétation large des conditions de forme énoncées dans la Convention de New York grâce au principe du droit le plus favorable posé à l'article VII de la Convention. Comme cela est indiqué aux paragraphes 20 à 22 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1:

"20. S'il envisage la possibilité de modifier la Loi type comme un moyen d'interpréter le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (sans modifier cette dernière), le Groupe de travail voudra peut-être considérer également que les législations nationales peuvent s'appliquer conformément au principe du droit le plus favorable énoncé à l'article VII de la Convention. Aux termes du paragraphe 1 de cet article,

> ""1. Les dispositions de la présente Convention ne [...] privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée."

"21. Selon cet article, on peut considérer que, si le droit du pays où la sentence doit être exécutée (ou le droit applicable à la convention d'arbitrage) contient une condition de forme moins stricte que la Convention, la partie intéressée peut se prévaloir du droit de ce pays. Cette interprétation serait conforme à l'objectif de la Convention, qui est de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères et qui peut être atteint en supprimant dans les législations nationales les conditions de reconnaissance et d'exécution qui sont plus strictes que celles de la Convention, tout en laissant intactes les dispositions qui accordent des droits spéciaux ou plus favorables à une partie cherchant à se prévaloir d'une sentence.

"22. Il convient de noter, toutefois, que l'application de conditions de forme moins restrictives par le biais du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention serait plus ou moins acceptable selon que l'on considère le paragraphe 2 de son article II comme établissant une condition de forme maximale (laissant ainsi les États libres d'adopter une condition moins stricte) ou que l'on interprète la Convention comme énonçant une condition de forme unifiée à laquelle doivent satisfaire les conventions d'arbitrage. Il convient aussi de noter que, selon certains, le paragraphe 1 de l'article VII ne peut être invoqué pour reconnaître des dispositions nationales plus favorables sur la forme que si le mécanisme d'exécution de la Convention de New York est remplacé par le droit national sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères (qu'il trouve sa source dans une loi écrite ou dans la jurisprudence). Ce n'est que lorsqu'un tel régime d'exécution national est en place qu'il peut, par le biais du paragraphe 1 de l'article VII, remplacer celui de la Convention. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la validité et les conséquences de ces considérations. Il voudra peut-être aussi déterminer si les considérations qui ont trait à l'article VII devraient être prises en compte dans la rédaction d'éventuels amendements à la Loi type de manière à établir un régime qui fonctionnera en harmonie avec la Convention de New York."

32. Une deuxième possibilité, qui mérite peut-être une étude plus approfondie, serait d'élaborer un protocole additionnel à la Convention de New York. À cet égard, on rappellera que le paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/ Add.1 indiquait ce qui suit:

"17. Un des moyens possibles de résoudre les difficultés susmentionnées serait d'actualiser les dispositions de la Convention de New York relatives à la forme de la convention d'arbitrage. Lorsque la Commission a examiné cette question, diverses opinions ont été exprimées quant à la manière de procéder (A/54/17, par. 344 et 347). Selon un avis, les questions relatives à la forme de la convention d'arbitrage devraient être traitées dans le cadre d'un protocole additionnel à la Convention de New York. On a expliqué que le remaniement du paragraphe 2 de l'article II ou la promotion d'une interprétation uniforme de cet article n'étaient possibles que par l'élaboration de dispositions ayant la force nécessaire, soit des dispositions conventionnelles de même nature que celles de la Convention de New York. Si certains intervenants se sont rangés à cet avis, d'autres ont craint qu'une tentative de révision de la Convention de New York ne compromette les excellents résultats obtenus en plus de quarante années de reconnaissance et d'exécution internationales des sentences arbitrales étrangères grâce à l'acceptation de la Convention dans le monde entier. En réponse à cette crainte, on a toutefois fait remarquer que c'était précisément le succès de la Convention de New York et son statut de norme mondiale qui devraient permettre à la CNUDCI d'entreprendre un remaniement limité si cela était nécessaire pour adapter le texte à l'évolution des réalités commerciales et pour faire en sorte que la Convention conserve, ou reprenne, la place centrale qui est la sienne dans le domaine de l'arbitrage commercial international."

33. En ce qui concerne cette deuxième possibilité, le Groupe de travail pourrait examiner s'il souhaite recommander l'élaboration d'un protocole qui aurait uniquement pour objet de réviser l'article II et probablement aussi l'article IV de la Convention de New York.

F. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires, document de travail présenté au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-sixième session

(A/CN.9/WG.II/WP.119) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-13	128
	A. Mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral	6-7	129
	B. Mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique	8-13	129
II.	Informations générales concernant les mesures provisoires ou conservatoires en droit interne	14-48	130
	A. Observations générales	14-15	130
	B. Typologie des mesures provisoires ou conservatoires	16-18	130
	C. Pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage	19-33	131
	D. Auteur de la demande de mesures provisoires ou conservatoires	34-36	133
	E. Types de mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées	37-41	133

		Paragraphes	*Page*
	F. Conditions devant être satisfaites pour que soient prononcées des mesures provisoires ou conservatoires	42-43	134
	G. Mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage étranger	44-48	135
III.	Travaux des organisations internationales sur les mesures provisoires ou conservatoires	49-71	136
	A. Principes de l'Association de droit international	50-67	136
	B. Élaboration d'un projet de principes fondamentaux et de règles relatifs à la procédure civile transnationale par l'American Law Institute et l'Institut international pour l'unification du droit privé	68-70	138
	C. Conférence de La Haye de droit international privé: projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale	71	140
IV.	Dispositions possibles	72-84	141
	A. Mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral	74	141
	B. Mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique	75-81	142
	C. Rapports entre juridictions étatiques et tribunaux arbitraux	82	143
	D. Exécution des mesures provisoires ou conservatoires	83-84	143

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était saisie d'une note du secrétariat intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer davantage le droit de l'arbitrage commercial international, elle a jugé dans l'ensemble que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI de 1985 sur l'arbitrage commercial international et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que d'étudier, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage[1].

2. La Commission a confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle a appelé Groupe de travail sur l'arbitrage, et a décidé que ce dernier devrait examiner en priorité la conciliation[2], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[3], la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires[4] et la possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine[5].

3. A sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle a pris note du rapport avec satisfaction et réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les questions identifiées pour les travaux futurs. Il a été déclaré à plusieurs reprises que, dans l'ensemble, en décidant des priorités des futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions où des décisions judiciaires avaient laissé une situation juridique incertaine ou laissant à désirer. Les sujets mentionnés par la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier comme tels, étaient la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109, *k*); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal arbitral pour ce qui est de ces demandes (par. 107, *g*); la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix (par. 108, *c*); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York de 1958 (par. 109, *i*); et le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts (par. 107, *j*). Il a été noté avec satisfaction qu'en ce qui concerne les arbitrages "en ligne" (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance ont lieu au moyen de communications électroniques) (par. 113) le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

[2] Ibid., par. 340 à 343.

[3] Ibid., par. 344 à 350.

[4] Ibid., par. 371 à 373.

[5] Ibid., par. 374 et 375.

d'origine (par. 107, *m*), on a estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que le droit jurisprudentiel qui en était à l'origine ne devrait pas être considéré comme une tendance[6].

4. À sa trente-quatrième session, tenue à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001, la Commission a pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle l'a félicité des progrès accomplis jusqu'à présent en ce qui concerne les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. En ce qui concerne les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné un projet de texte visant à modifier l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et le texte du paragraphe 1, *a*, i, d'un projet de nouvel article établi par le secrétariat à ajouter à cette Loi type (voir A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 18). Le Groupe de travail a été prié de poursuivre ses travaux sur la base du projet de dispositions révisé devant être établi par le secrétariat.

A. Mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral

6. À sa trente-quatrième session (21 mai-1er juin 2001), le Groupe de travail a examiné un projet d'article qui habilitait expressément les tribunaux arbitraux à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et contenait une définition de ces mesures (voir A/CN.9/487, par. 64). Le secrétariat a été prié d'élaborer, pour examen par le Groupe de travail à une session ultérieure, des textes avec variantes établissant les cas dans lesquels un tribunal arbitral pourrait ou devrait ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ainsi que les conditions à remplir. Ces textes devraient servir d'illustration et il ne faudrait pas chercher à les rendre exhaustifs afin d'éviter qu'ils puissent être interprétés de façon limitative. On a déclaré que le projet de texte devrait énumérer des catégories générales, suivant en cela le modèle offert par d'autres instruments internationaux comme les conventions concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 1968 et Lugano, 1988). On a aussi déclaré que les dispositions législatives types devraient comporter une disposition exigeant de la partie sollicitant la mesure provisoire ou conservatoire qu'elle fournisse une provision suffisante pour l'exécution de la mesure.

7. Afin d'aider le secrétariat dans ses travaux sur les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des tribunaux arbitraux, un bref questionnaire a été élaboré et adressé aux arbitres et aux conseils dans les procédures d'arbitrage de façon à obtenir des informations sur les mesures de ce type qui avaient été ordonnées dans de telles procédures.

B. Mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique

8. À sa trente-deuxième session (20-31 mars 2000), le Groupe de travail a examiné, dans le cadre du débat sur les mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par un tribunal arbitral, une proposition concernant l'élaboration de règles uniformes pour les cas dans lesquels une partie à une convention d'arbitrage se tournait vers une juridiction étatique pour lui demander d'ordonner de telles mesures (voir A/CN.9/468, par. 85 à 87). Il a été noté qu'il était particulièrement important pour les parties de pouvoir solliciter l'assistance d'une juridiction étatique avant que le tribunal arbitral ait été constitué, mais que, même après la constitution du tribunal arbitral, une partie pouvait avoir de bonnes raisons de solliciter l'assistance d'une juridiction étatique. Il a été ajouté que de telles demandes pouvaient être présentées aux juridictions de l'État du lieu de l'arbitrage ou de tout autre État.

9. Il a été noté que, dans un certain nombre d'États, il n'existait pas de dispositions traitant du pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en faveur de parties à une convention d'arbitrage; de ce fait, dans certains États, les juridictions étatiques n'étaient pas disposées à ordonner de telles mesures, alors que, dans d'autres, on ne pouvait déterminer avec certitude si, et dans quelles circonstances, une telle assistance des juridictions étatiques était possible. Il a été noté que, si le Groupe de travail décidait d'élaborer des dispositions uniformes sur cette question, les principes de l'Association de droit international sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international ainsi que les travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de ces principes seraient utiles lors de l'examen de la teneur des règles uniformes envisagées.

10. Le Groupe de travail a pris note de la proposition et décidé de l'examiner lors d'une session ultérieure.

11. À sa trente-troisième session (20 novembre-1er décembre 2000), le Groupe de travail a examiné un document préparatoire élaboré sur le sujet par le secrétariat (voir A/CN.9/WG.II/WP.111, par. 2 à 29) et s'est déclaré favorable à la poursuite des travaux en vue de renforcer l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Tout en notant que le sujet concernait la procédure judiciaire, c'est-à-dire un domaine dans lequel l'harmonisation était traditionnellement difficile à obtenir, on a déclaré que la sécurité juridique dans ce domaine était souhaitable pour assurer le bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international. On a indiqué que les travaux sur le sujet devraient être fondés sur un large éventail d'informations concernant la pratique et que le secrétariat devrait prendre contact avec les États et les institutions d'arbitrage en vue d'obtenir de telles informations. Celui-ci a été prié d'élaborer des études et propositions préliminaires sur la base des informations qu'il aurait reçues.

[6]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396.

12. Le secrétariat a établi un bref questionnaire qu'il a adressé aux États pour obtenir des informations sur la mesure dans laquelle les juridictions étatiques avaient le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage et, éventuellement, des exemples de telles mesures.

13. La première partie du présent document de travail récapitule les informations obtenues au sujet des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des juridictions étatiques ou des tribunaux arbitraux. La deuxième partie récapitule les travaux menés par d'autres organisations internationales concernant les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des juridictions étatiques. La troisième partie comporte des propositions sur la façon dont certaines des questions soulevées pourraient être traitées sur la base des débats qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail et d'une version révisée du projet de texte que celui-ci a examiné à sa trente-quatrième session, en 2001.

II. INFORMATIONS GÉNÉRALES CONCERNANT LES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES EN DROIT INTERNE

A. Observations générales

14. Les mesures provisoires ou conservatoires jouent, dans de nombreux systèmes juridiques, un rôle essentiel en facilitant le processus traditionnel de règlement des litiges ainsi que l'arbitrage. Il est fréquent que les juridictions étatiques et les tribunaux arbitraux reçoivent d'une partie à une procédure d'arbitrage une demande de mesures provisoires ou conservatoires. Lorsqu'elles sont prononcées par une juridiction étatique, de telles mesures peuvent être ordonnées à l'une des parties au litige ou aux deux parties ou encore à des tiers. Lorsqu'elles sont prononcées par un tribunal arbitral, elles ne peuvent généralement pas être ordonnées à des tiers. Il s'agit habituellement de mesures temporaires qui ne portent que sur la période précédant l'entrée en vigueur de la sentence arbitrale. Selon les cas, les circonstances justifiant le maintien de la mesure n'existent plus au moment où la sentence est rendue ou que la mesure est intégrée à la sentence. Connues sous des noms divers (mesures provisoires, décisions provisoires, sentences provisoires, mesures conservatoires et mesures ou injonctions avant dire droit), ces mesures poursuivent deux objectifs principaux: en premier lieu, elles visent à sauvegarder la position des parties en attendant le règlement du litige, ce qu'on appelle souvent la "préservation du statu quo"; en deuxième lieu, elles visent à garantir qu'il sera possible d'exécuter la sentence arbitrale ou le jugement en sauvegardant, dans le ressort dans lequel l'exécution sera demandée, des avoirs ou des biens qui pourront être utilisés à cet effet. Rien ne permet de penser que dans le contexte de l'arbitrage commercial international, les objectifs diffèrent de ceux poursuivis dans celui du contentieux national.

15. Pour déterminer comment traiter certaines des questions liées au prononcé par des juridictions étatiques de mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage, le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte du fait qu'il importe de faire en sorte que les parties qui choisissent de résoudre leur litige en ayant recours à l'arbitrage n'aient à renoncer à aucune des mesures de protection qu'elles auraient pu obtenir si elles avaient saisi la justice étatique. Une telle approche contribuerait à plus de cohérence et d'uniformité.

B. Typologie des mesures provisoires ou conservatoires

16. Les mesures provisoires ou conservatoires peuvent être classées dans différentes catégories. Bien que la distinction entre ces différentes catégories ne soit pas toujours très nette et que certaines mesures puissent relever de plus d'une catégorie, en dresser la typologie peut aider à comprendre pourquoi certains droits internes restreignent le pouvoir d'ordonner certains types de mesures, telles que les saisies. Cela ne veut pas dire que les dispositions uniformes que la CNUDCI s'apprête à élaborer doivent reprendre cette typologie ou encourager de telles restrictions. En gros, les mesures provisoires ou conservatoires se répartissent entre deux grandes catégories: celles qui visent à éviter un préjudice, une perte ou un dommage et celles qui visent à faciliter ultérieurement l'exécution de la sentence.

1. Mesures visant à éviter ou à réduire au minimum le préjudice, la perte ou le dommage

17. Ces mesures visent à éviter ou à réduire au minimum les pertes ou les dommages, par exemple en préservant un certain état de choses jusqu'à ce qu'ait été rendue la sentence mettant fin au litige et à éviter un préjudice, par exemple en préservant la confidentialité. À cette fin, il peut être ordonné:

a) Que les biens faisant l'objet du litige restent en la possession d'une partie mais soient frappés d'indisponibilité, ou soient confiés à la garde d'un tiers (ce qu'on appelle dans certains systèmes juridiques la saisie conservatoire);

b) Que le défendeur remette les biens au demandeur à condition que celui-ci verse une provision d'une valeur équivalente à celle des biens, provision qui pourra revenir au défendeur si la demande du demandeur s'avère mal fondée;

c) Qu'il soit procédé à une inspection en un stade précoce s'il apparaît que la situation peut changer avant que le tribunal arbitral n'examine la question qui s'y rapporte. Par exemple, si un litige tourne autour des conditions de mouillage de navires dans un port et que des travaux sont annoncés dans le port, le tribunal arbitral pourra ordonner une inspection avant les travaux;

d) Qu'une partie communique à l'autre partie certaines informations, comme un code d'accès informatique, de façon, par exemple, que certains travaux puissent être poursuivis ou achevés;

e) Que des biens périssables soient vendus et que le produit de la vente soit confié à un tiers;

f) Qu'un administrateur soit nommé pour gérer les biens faisant l'objet du litige, s'il s'agit d'avoirs rémunérateurs, les frais devant être supportés comme le tribunal arbitral l'aura décidé;

g) Que l'exécution du contrat faisant l'objet du litige soit poursuivie;

h) Que les mesures voulues soient prises pour sauvegarder un droit, par exemple le paiement des redevances nécessaires pour renouveler une marque de fabrique ou un versement destiné à prolonger la licence d'exploitation d'un logiciel;

i) Que certaines informations ne soient pas divulguées et que des mesures soient prises pour en assurer la confidentialité.

2. Mesures destinées à faciliter l'exécution de la sentence

18. Afin de faciliter l'exécution ultérieure de la sentence, peuvent être prononcés:

a) Le gel d'avoirs en attendant le règlement du litige, l'interdiction de sortir d'un territoire des avoirs ou la chose faisant l'objet du litige, ou l'interdiction de disposer d'avoirs sur le territoire où l'exécution de la sentence sera poursuivie;

b) Des mesures concernant des biens appartenant à une partie à la procédure d'arbitrage qui se trouvent sous le contrôle d'un tiers (en vue, par exemple, d'empêcher qu'une banque ne débloque des fonds déposés auprès d'elle par une partie);

c) La fourniture d'une garantie correspondant au montant du litige, par exemple sous la forme d'une somme d'argent à verser sur un compte donné, de la remise d'un bien donné, ou d'une garantie offerte par un tiers comme une banque ou une caution;

d) La fourniture d'une garantie correspondant au coût de l'arbitrage, par exemple sous la forme d'une somme d'argent à déposer auprès du tribunal arbitral ou du versement d'une caution, généralement pour couvrir les frais exposés par le défendeur dans le cas où le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause.

C. Pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage

19. Les règles de procédure varieront nécessairement d'un État à l'autre, mais il est probable qu'il faudra, lorsqu'une partie souhaite demander des mesures provisoires ou conservatoires à une juridiction étatique, procéder en plusieurs étapes afin de déterminer les conditions et la mesure dans laquelle une telle juridiction sera habilitée à ordonner de telles mesures dans le cas d'un arbitrage commercial international. En premier lieu, il se peut que le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires soit partagé entre le tribunal arbitral et les juridictions étatiques nationales. En deuxième lieu, se pose la question des frontières entre les compétences respectives du tribunal arbitral et de la juridiction étatique lorsqu'il s'agit de prononcer une mesure provisoire ou conservatoire donnée. La question de l'exécution de ces mesures est également importante (elle est actuellement examinée par le Groupe de travail; voir A/CN.9/487, par. 76 à 87).

20. Les approches diffèrent suivant les systèmes juridiques sur la question des mesures provisoires ou conservatoires sollicitées à l'appui d'un arbitrage ainsi que sur celle de l'instance habilitée à prononcer de telles mesures. On peut, en gros, distinguer trois grandes catégories: les systèmes dans lesquels ce pouvoir est réservé à la juridiction étatique; ceux dans lesquels il est réservé au tribunal arbitral une fois que celui-ci a été constitué ou que la procédure arbitrale a débuté; et ceux dans lesquels ce pouvoir appartient à la fois à la juridiction étatique et au tribunal arbitral. Il y a aussi des systèmes dans lesquels ce pouvoir n'est pas expressément reconnu par la loi de la juridiction étatique et où un certain flou règne sur le point de savoir si des mesures provisoires ou conservatoires pourront être ordonnées par celle-ci à l'appui d'un arbitrage. Dans certains de ces pays, les juridictions étatiques ont néanmoins interprété l'absence d'interdiction comme les autorisant à prononcer de telles mesures. Dans certains États fédéraux ou non unitaires, le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires peut être partagé entre des juridictions se situant à différents niveaux, certaines mesures relevant de la compétence de l'État, de la province ou du canton et les lois de chaque circonscription territoriale pouvant différer sur certains points.

1. Pouvoir exclusif des juridictions étatiques

21. Le fait que les juridictions étatiques peuvent prononcer des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui de la procédure d'arbitrage est un principe général admis dans de nombreux systèmes juridiques. Ce pouvoir est souvent énoncé expressément dans les lois régissant la procédure arbitrale ou la procédure civile et ces juridictions peuvent être habilitées à ordonner des mesures avant et pendant l'arbitrage. Certaines de ces lois prévoient que seule la justice étatique a le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires, que ce soit avant ou après l'ouverture de la procédure arbitrale ou encore la constitution du tribunal arbitral[7]. Quelques-unes d'entre elles interdissent expressément au tribunal arbitral d'ordonner ce type de mesures et vont même jusqu'à priver d'effet toute convention conclue par les parties en vue de conférer à celui-ci un tel pouvoir.

2. Pouvoir exclusif du tribunal arbitral

22. D'autres lois prévoient que seul le tribunal arbitral a le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage et que les juridictions étatiques ne sont pas habilitées à le faire. Le défaut de pouvoir du juge étatique peut découler de dispositions qui excluent sa compétence lorsqu'il existe une convention d'arbitrage. Le pouvoir du tribunal arbitral procède de l'interprétation de la convention d'arbitrage considérée comme un accord visant à obtenir le règlement définitif et contraignant d'un litige par un tiers impartial, cet accord ne pouvant coexis-

[7]Les mots "constitution du tribunal arbitral" peuvent s'interpréter de plusieurs manières: la constitution peut coïncider avec le moment où les arbitres sont choisis par les parties, avec la date de désignation du tribunal, ou encore avec la date à laquelle le tribunal se réunit pour la première fois, avec ou sans les parties ou leurs représentants.

ter avec le droit pour l'une ou l'autre partie de modifier l'objet du litige de sorte qu'elle empêcherait le tribunal arbitral de rendre une sentence définitive et effective[8]. Certaines juridictions étatiques considèrent qu'une convention d'arbitrage valable constitue une décision des parties d'exclure totalement leur compétence, y compris en matière de mesures provisoires ou conservatoires[9]. Certaines lois qui réservent le pouvoir de prononcer ce type de mesures au tribunal arbitral autorisent néanmoins la justice étatique à aider ce dernier dans l'intérêt des parties à l'arbitrage. Celle-ci peut notamment assurer l'efficacité de la procédure d'arbitrage future en ordonnant des mesures d'urgence pour mettre l'affaire en état ou sauvegarder la possibilité d'exécuter la sentence.

23. Le défaut de compétence de la justice étatique peut également résulter du fait que la législation ne traite pas spécifiquement la question des mesures provisoires ou conservatoires pendant la période précédant l'ouverture de la procédure d'arbitrage ou la constitution du tribunal arbitral. Or il est possible que les arbitres ne soient pas à même de prononcer de telles mesures, soit parce que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, soit parce qu'ils ne sont pas autorisés à ordonner la mesure particulière sollicitée.

24. Étant donné qu'ils découlent de la convention conclue par les parties, les pouvoirs d'un tribunal arbitral doivent être déterminés tout d'abord en fonction des conditions d'arbitrage sur lesquelles les parties se sont entendues. Celles-ci peuvent avoir opté soit pour un arbitrage institutionnel, soit pour un arbitrage ad hoc en se référant à un ensemble de règles établi tel que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Dans les deux cas, les pouvoirs du tribunal arbitral seront déterminés par cet ensemble de règles. Il faudra peut-être aussi examiner le droit matériel régissant la procédure lorsque celui-ci prime sur la convention des parties ou la complète.

3. Pouvoirs concurrents

25. Selon une troisième approche, la juridiction arbitrale et la juridiction étatique ont toutes deux le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires, les parties décidant laquelle des deux saisir pour demander ces mesures, bien que la deuxième soit généralement la seule habilitée à ordonner de telles mesures avant la constitution du tribunal arbitral. Dans certaines lois prévoyant des pouvoirs concurrents, l'éventail de mesures pouvant être obtenues auprès de la juridiction étatique est parfois plus large avant qu'après la constitution du tribunal arbitral. Des mesures conservatoires, par exemple, peuvent être demandées avant et après la constitution de ce tribunal, alors que certaines mesures ayant un caractère à la fois conservatoire et exécutoire ne peuvent être prononcées qu'avant.

26. En matière d'arbitrage institutionnel, un certain nombre de règlements reconnaissent aux arbitres le droit d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et répartissent les pouvoirs entre le tribunal arbitral et la juridiction étatique, généralement en disposant qu'une demande adressée à une autorité judiciaire après remise du dossier au tribunal arbitral ou constitution de ce dernier n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage ou n'est pas considérée comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention[10]. Plusieurs de ces règlements font obligation à la partie demandant la mesure d'informer rapidement le tribunal arbitral du dépôt de sa demande auprès de la juridiction étatique.

4. Pouvoirs consécutifs

27. Une autre approche encore consiste à répartir les pouvoirs entre la juridiction étatique et le tribunal arbitral en prenant comme ligne de partage la constitution de ce dernier ou l'ouverture de la procédure d'arbitrage. Dans les lois reflétant cette approche, le juge étatique est habilité à prononcer des mesures provisoires ou conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral mais non après, étant entendu que c'est au tribunal arbitral, une fois constitué, qu'il appartient de prononcer ces mesures si nécessaire.

5. Pouvoir incertain des juridictions étatiques

28. Dans certains systèmes juridiques, le pouvoir des juridictions étatiques de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage n'est pas certain car il n'est expressément énoncé ni dans la législation relative à l'arbitrage ni dans les lois ou règles de procédure civile. Il faut dans ce cas interpréter les lois régissant la procédure civile, certaines juridictions étatiques déduisant qu'elles ont ce pouvoir de l'absence d'interdiction d'ordonner de telles mesures.

6. Limitation des pouvoirs

a) *Juridictions étatiques*

29. Dans un certain nombre de pays, les juridictions étatiques ont tenté de circonscrire leur pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Une jurisprudence définissant les cas dans lesquels la justice étatique peut légitimement intervenir pour aider le tribunal arbitral dans son travail sans pour autant usurper son autorité se constitue peu à peu. Cette jurisprudence, toutefois, varie d'un pays à l'autre, si bien qu'il est difficile de prévoir dans quelle mesure une juridiction étatique nationale sera disposée à intervenir. Comme cela est indiqué ci-

[8] *E-Systems Inc. v. Islamic Republic of Iran* 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 51, 57 (1983).

[9] Là où la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international a été adoptée, toutefois, il est clair que la demande par une partie à une juridiction étatique de mesures provisoires ou conservatoires n'est pas incompatible avec l'existence d'une convention d'arbitrage valable (art. 9).

[10] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, article 26; Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, article 23, par. 2; Règlement d'arbitrage commercial de l'American Arbitration Association, article 36; Règlement de la London Court of International Arbitration, article 25.

dessus, les juridictions étatiques font souvent une distinction entre le stade qui précède et celui qui suit la constitution du tribunal arbitral ou l'ouverture de la procédure d'arbitrage[11].

30. Le pouvoir du juge étatique peut également être limité à des cas particuliers spécifiés, par exemple lorsqu'il s'agit de sauvegarder les droits d'un tiers; qu'une requête unilatérale est présentée; ou que les pouvoirs du juge seront plus efficaces que ceux d'un arbitre.

31. Une autre limitation, qui semble faire l'objet d'un consensus, concerne les cas où la mesure demandée touche au fond du litige. Certaines législations disposent, et les juridictions étatiques de certains pays considèrent, que le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ne s'étend pas à un examen du fond ou à une décision préliminaire sur le fond. Lorsque la partie demandant la mesure cherche en réalité à obtenir une décision sur le fond, les juridictions étatiques rejetteront sa demande. Selon certaines informations, même lorsqu'ils disposent d'un large pouvoir, les arbitres hésitent à s'en servir afin de ne pas donner l'impression qu'ils statuent sur le fond ou en faveur d'une partie. Les juridictions étatiques semblent elles aussi hésiter à utiliser leurs pouvoirs coercitifs afin de ne pas avoir à prendre une décision qui pourrait se révéler prématurée, car intervenue avant que tous les éléments de fait et de droit aient été présentés au tribunal arbitral. Elles éviteront généralement de préjuger du fond de l'affaire en prononçant, par exemple, une mesure qui suppose en fait une interprétation du contrat. Certaines juridictions, en refusant d'exercer leurs pouvoirs en matière de mesures provisoires ou conservatoires, tiennent avant tout compte du fait qu'en optant pour l'arbitrage les parties voulaient bénéficier d'une procédure confidentielle et neutre.

b) *Tribunaux arbitraux*

32. Un certain nombre de limitations s'appliquent au pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. La première est d'ordre temporel: ce pouvoir peut être exercé à compter de la constitution du tribunal ou de la remise du dossier à ce dernier ou encore à partir de toute autre date définie dans la loi ou dans le règlement d'arbitrage applicable. Il peut naître un certain temps après la survenance du litige, alors que la mesure provisoire ou conservatoire aurait été nécessaire plus tôt.

33. Une deuxième limitation tient au fait qu'un tribunal ne peut lui-même faire exécuter une mesure qu'il a ordonnée, l'*exequatur* arbitral devant être demandé aux juridictions étatiques. Une troisième limitation est que l'arbitre ou le tribunal arbitral n'a pas le pouvoir de lier une personne qui n'est pas partie à la procédure d'arbitrage et ne peut donc pas prononcer une mesure à l'encontre d'un tiers.

[11]Une loi nationale dispose que le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires est limité à la période postérieure au prononcé de la sentence et au dépôt de celle-ci auprès de la juridiction étatique, l'objectif étant de garantir que la sentence pourra être exécutée

D. Auteur de la demande de mesures provisoires ou conservatoires

34. Lorsque la juridiction étatique jouit d'un pouvoir exclusif, la question de savoir qui peut lui demander d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage est réglée de deux manières distinctes. Certaines lois exigent que la demande émane du tribunal arbitral ou de l'arbitre (et interdisent expressément à une partie à la procédure de saisir la juridiction). En règle générale cependant, c'est une partie à l'arbitrage qui présentera la demande. C'est aussi elle qui déposerait une demande devant un tribunal arbitral.

35. De nombreuses lois prévoient la possibilité de demander unilatéralement des mesures provisoires ou conservatoires, à condition que le requérant constitue une garantie pour le versement de dommages-intérêts au cas où il s'avérerait par la suite que les mesures n'auraient pas dû être ordonnées. Pour obtenir des mesures sur cette base, le requérant est très souvent tenu de montrer qu'il satisfait au critère d'urgence requis, à savoir qu'il subirait un préjudice irréparable s'il était obligé de demander les mesures en se conformant aux procédures habituelles qui exigent un préavis de plusieurs jours. Dans des cas exceptionnels, certaines lois autorisent qu'il soit dérogé à l'obligation de constituer une garantie. Lorsque la mesure est demandée avant la constitution du tribunal arbitral, certaines lois exigent que la procédure arbitrale débute dans un délai déterminé, qui peut varier entre plusieurs jours et plusieurs mois.

36. Un certain nombre de lois autorisent la partie dont la demande a été rejetée à faire appel avec ou sans l'autorisation de la juridiction étatique. D'autres lois ne reconnaissent tout simplement pas le droit de recours.

E. Types de mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées

1. Juridictions étatiques

37. Les mesures provisoires ou conservatoires sont qualifiées de diverses manières et suivant différentes typologies selon les systèmes juridiques. Si l'expression "mesures provisoires ou conservatoires" est souvent employée, la distinction entre les unes et les autres n'est pas toujours claire et il n'existe pas de classification universellement acceptée sur ce point. La distinction peut, néanmoins, être importante car certaines lois autorisent les juridictions étatiques à ordonner un type de mesure mais pas l'autre ou en font le critère qui sert à déterminer les mesures qui peuvent être ordonnées avant ou après la constitution du tribunal arbitral (voir, par exemple, par. 25 ci-dessus). En outre, les pays adoptent des approches différentes en ce qui concerne la portée et l'éventail des mesures susceptibles d'être ordonnées par une juridiction étatique à l'appui d'un arbitrage et peuvent faire une distinction entre les mesures qu'il est possible d'ordonner à l'appui d'un arbitrage national ou d'un arbitrage étranger (voir, par exemple, par. 45 ci-dessous).

38. Les types de mesures pouvant être ordonnées par les juridictions étatiques varient. Les ordonnances demandant

à une autorité de saisir les biens d'une personne ou d'en prendre le contrôle ainsi que les ordonnances obligeant une partie à accomplir ou à ne pas accomplir un acte donné sont apparemment le type de mesures le plus fréquemment prononcées. Dans certains cas, toutefois, la notion générale de mesures provisoires ou conservatoires est censée désigner toute mesure procédurale ou toute mesure pouvant être ordonnée en rapport avec l'administration de la procédure arbitrale.

39. Certaines lois sur l'arbitrage énumèrent les types de mesures disponibles, tandis que d'autres emploient une formule générale pour les désigner, en parlant par exemple de mesures "conservatoires ou préventives, permettant concrètement de sauvegarder le droit menacé". Dans certains cas où la loi sur l'arbitrage ne contient pas d'énumération, les mesures provisoires ou conservatoires dans le cadre de la procédure arbitrale sont soumises au même régime que dans toute autre procédure contradictoire contrôlée par une juridiction étatique, tel qu'il est défini dans les lois régissant la procédure civile et dans le règlement de procédure de la juridiction concernée.

40. Malgré les différences terminologiques, les types de mesures pouvant généralement être ordonnés par les juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage sont les suivants:

a) Mesures destinées à sauvegarder les biens litigieux ou certains droits non pécuniaires, visant généralement les parties au litige (appelées "attachement" dans certains systèmes juridiques);

b) Mesures destinées à empêcher une partie de soustraire des avoirs ou des sommes d'argent détenus par elle ou confiés à un tiers (appelées "injonctions" dans certains systèmes juridiques);

c) Préservation, garde ou vente de biens périssables;

d) Ordre donné à une partie de conserver des biens en sa possession (mesure appelée "séquestre" dans certains systèmes juridiques;

e) Inspection des biens;

f) Nomination d'un séquestre chargé de conserver des biens qui ne devraient être en la possession d'aucune des parties jusqu'au règlement du litige;

g) Ordre donné à une partie de constituer une garantie pour couvrir, au cas où elle serait déboutée, les frais de l'autre partie.

2. Tribunaux arbitraux

41. Conformément à l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, de nombreuses législations nationales limitent les types de mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par un tribunal arbitral en exigeant que toute mesure de ce genre soit prise "en ce qui concerne l'objet du différend". À cet égard, on rappellera que l'article 17 de la Loi type s'inspire de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, aux termes duquel le tribunal arbitral prend, à la demande de l'une ou l'autre partie, toutes mesures provisoires "qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant par exemple leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables". La référence dans ces textes à "l'objet du litige" et l'exemple donné dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI concernant la vente de denrées périssables ne sont généralement pas interprétés comme limitant le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner tout type de mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge appropriées. Toutefois, les références à "l'objet du litige" et à "la conservation des marchandises litigieuses" laissent supposer, à un commentateur au moins, que les mesures envisagées visent à préserver ou à vendre des marchandises plutôt qu'à empêcher le transfert d'avoirs vers un autre État. À titre de comparaison, le libellé employé dans le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, qui autorise un tribunal arbitral à "ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il considère appropriée" semble conférer au tribunal un pouvoir d'appréciation plus large. De même, le règlement d'arbitrage commercial de l'American Arbitration Association a probablement une portée plus large puisqu'il autorise l'arbitre à "prendre toutes mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires" sans mentionner l'objet du litige. La révision de l'article 17 de la Loi type sera peut-être l'occasion d'éclaircir tout malentendu, soit par un remaniement de la disposition, soit par la fourniture d'explications appropriées dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne.

F. Conditions devant être satisfaites pour que soient prononcées des mesures provisoires ou conservatoires

42. De nombreuses lois énoncent plusieurs conditions qui doivent être satisfaites pour que les juridictions étatiques puissent prononcer des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage, les plus courantes étant les suivantes:

a) Que la partie demandant la mesure constitue une garantie adéquate pour les dommages-intérêts susceptibles d'être exigés en réparation du préjudice causé par la mesure ordonnée;

b) Qu'il y ait un besoin urgent de prendre la mesure demandée;

c) Que la partie demandant la mesure démontre qu'elle subirait un préjudice grave si celle-ci n'était pas ordonnée, ce préjudice étant généralement qualifié d'"irréparable" ou de "sérieux"[12]; et

d) Dans la plupart des systèmes juridiques, que la partie demandant la mesure ait des chances d'obtenir gain de cause sur le fond du litige auquel se rapporte ladite mesure.

43. Les conditions qui doivent être satisfaites pour que le tribunal arbitral puisse prononcer des mesures provisoires ou conservatoires dépendent de la loi applicable et du règle-

[12]Par "dommage irréparable", on entend généralement un dommage qui serait tel qu'il ne pourrait être compensé de façon adéquate par le versement de dommages-intérêts.

ment régissant la procédure arbitrale. Elles sont généralement énoncées dans la loi applicable, bien qu'il n'y ait aucune uniformité dans ce domaine et que les lois et règlements ne donnent aucune précision sur elles, alors même que les mesures provisoires ou conservatoires peuvent être lourdes de conséquences. Nombre de règlements internationaux confèrent au tribunal arbitral un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si une mesure demandée est appropriée[13] ou nécessaire[14]. Les conditions généralement énoncées sont les suivantes: que le problème devant être réglé par la mesure provisoire ou conservatoire présente un caractère d'urgence; qu'il existe un risque concernant l'objet du litige; qu'un dommage irréparable ou un préjudice sérieux ou véritable serait causé si la mesure demandée n'était pas accordée; qu'il n'y ait pas d'autres voies de droit disponibles; et qu'une garantie soit constituée[15].

G. Mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage étranger

44. Dans un litige international où la mesure provisoire ou conservatoire est demandée dans un pays autre que celui où se trouve le siège de l'arbitrage, se pose la question de la compétence: les juridictions étatiques nationales ont-elles compétence pour octroyer une telle mesure à l'appui d'un arbitrage étranger et sur quel fondement? En règle générale, une mesure visant des biens particuliers, ou un tiers détenant ces biens, a plus de chances d'avoir une portée territoriale limitée que lorsque l'injonction vise la partie elle-même. Dans ce dernier cas, la mesure sera applicable indépendamment du lieu où sont situés les biens.

45. Les pays ont adopté des règles différentes pour les mesures prononcées à l'appui d'un arbitrage étranger. Dans certains, les lois autorisent la saisine d'une juridiction étatique non seulement dans les cas où l'arbitrage a lieu dans le pays où est située cette juridiction mais également dans les cas où il a lieu à l'étranger. Elles mentionnent généralement la nécessité de pouvoir faire exécuter la mesure dans le ressort de la juridiction qui l'ordonne et exigent, par exemple, la présence d'avoirs (d'un résident ou d'un non-résident)[16] dans ce dernier ou parfois la présence du défendeur[17]. Ainsi, dans certains pays, la loi exige que la juridiction étatique ait compétence à l'égard du défendeur pour qu'elle puisse ordonner ou faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire.

46. D'autres conditions requises par certaines lois nationales pour l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage étranger sont: que la sentence arbitrale étrangère soit exécutoire dans le ressort de la juridiction étatique appelée à prononcer la mesure[18]; que l'existence de la convention d'arbitrage ait été pleinement révélée[19]; que la demande de mesures provisoires ou conservatoires ait été présentée par le tribunal arbitral; ou que les exigences de la législation du pays où la mesure est demandée soient satisfaites[20]. D'autres lois encore prévoient que les mesures provisoires ou conservatoires devant être exécutées dans un pays étranger peuvent être ordonnées uniquement si elles ont des chances d'y être appliquées.

47. Toutefois, dans beaucoup de pays, la loi ne prévoit pas la possibilité pour les juridictions étatiques locales d'octroyer ce type d'assistance. Dans certaines législations, une demande de mesures provisoires ou conservatoires ne peut être accueillie par une juridiction étatique que lorsque celle-ci a déjà été saisie pour une décision sur le fond, ce qui est évidemment impossible lorsqu'il existe une convention d'arbitrage. Dans d'autres lois, la juridiction étatique peut ordonner des mesures provisoires ou conservatoires lorsque l'arbitrage a lieu dans son ressort mais non à l'étranger[21].

48. Dans d'autres pays encore, la situation n'est pas claire soit parce que la législation applicable ne traite pas

[13]Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, article 23, par. 1; Règlement de la London Court of International Arbitration, article 25, par. 1, *a*.

[14]Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, article 26, par. 1; Règlement de l'American Arbitration Association, article 23, par. 1.

[15]Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dispose que "le tribunal arbitral peut exiger un cautionnement au titre des frais occasionnés par ces mesures" (art. 26, par. 2); aux termes du Règlement de la London Court of International Arbitration, le tribunal arbitral peut ordonner à une partie de constituer "une garantie pour couvrir les frais de procédure et autres frais" "aux conditions que le tribunal arbitral juge appropriées". Certaines législations nationales qui habilitent expressément les tribunaux arbitraux à prononcer des mesures provisoires ou conservatoires les habilitent aussi expressément à exiger une garantie appropriée, soit sous la forme du versement d'un montant déterminé (au Guatemala, 10 % du montant demandé), soit sous celle du dépôt d'un cautionnement ou d'une autre sûreté.

[16]Dans certaines législations, certaines mesures ne peuvent être accordées que si les avoirs pour lesquels elles sont sollicitées appartiennent à des débiteurs non résidents.

[17]Dans un pays, la législation prévoit que les pouvoirs conférés à la juridiction étatique concernant les mesures provisoires ou conservatoires peuvent être exercés même si le siège de l'arbitrage se situe hors du pays ou si aucun siège n'a été désigné ou déterminé. La juridiction étatique peut néanmoins refuser d'octroyer une mesure provisoire ou conservatoire si elle juge que cela est inapproprié du fait que le siège de l'arbitrage se situe hors du pays. Cette loi étant récente, il est encore difficile de savoir si les juridictions étatiques exerceront cette liberté, mais il semble probable que si les juridictions du lieu où l'arbitrage a son siège sont elles-mêmes compétentes pour ordonner des mesures, les premières pourront estimer que les secondes constituent l'instance naturelle pour l'octroi de telles mesures et refuseront de les ordonner elles-mêmes.

[18]Autriche, s387 (2) Exekutionsordnung.

[19]Canada, *Ruhrkohle Handel Inter GmbH et al and Fednav Ltd. et al*, jugement non publié de la Cour fédérale du Canada, Section de première instance T-212-91, selon lequel une suspension de l'exécution d'un jugement peut être maintenue dans un arbitrage étranger à condition que la convention d'arbitrage soit divulguée et que la procédure soit ultérieurement suspendue.

[20]Les juridictions étatiques allemandes ne font pas de différence entre les procédures arbitrales étrangères et nationales si elles ont, en vertu du Code de procédure pénale, compétence pour accorder des mesures provisoires ou conservatoires. De même en Grèce, si les exigences du Code de procédure civile en matière de mesures provisoires ou conservatoires sont satisfaites, une juridiction étatique grecque accordera de telles mesures pour appuyer un arbitrage étranger.

[21]En Inde, les juridictions étatiques ont interprété la loi sur l'arbitrage et la conciliation de 1996 comme signifiant qu'une juridiction étatique indienne peut ordonner des mesures provisoires ou conservatoires uniquement pour appuyer un arbitrage local. En Chine, il semblerait qu'il ne soit pas possible de demander une mesure provisoire ou conservatoire si le siège de l'arbitrage n'est pas situé dans ce pays.

la question, soit parce qu'on ne connaît pas d'affaires dans lesquelles de telles demandes ont été présentées[22].

III. TRAVAUX DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES SUR LES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

49. Les questions concernant la disponibilité, l'effectivité et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires au niveau international ont fait l'objet de travaux menés par un certain nombre d'organisations internationales, dont certaines élaborent actuellement des textes qui contiennent des dispositions sur ce type de mesures.

A. Principes de l'Association de droit international

50. À sa soixante-septième Conférence, tenue en 1996, l'Association de droit international a adopté les Principes sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international[23], élaborés par un groupe d'experts sous son égide. Les Principes sont reproduits in extenso au paragraphe 108 du document A/CN.9/WG.II/WP.108.

51. Les Principes de l'Association de droit international ont pour but d'établir des règles d'application générale permettant aux réformateurs du droit, aux niveaux tant national qu'international, d'aider les juridictions étatiques à exercer une compétence indépendante pour l'octroi de mesures provisoires et conservatoires visant à garantir les biens qui serviront à l'exécution d'un jugement définitif[24]. Ils prennent comme point de départ "une situation type ayant trait à des mesures de blocage des biens du défendeur sous la forme de fonds déposés sur un compte bancaire[25]. L'Association de droit international a recommandé que ces principes soient éventuellement utilisés par la CNUDCI et par la Conférence de La Haye de droit international privé ainsi que pour les réformes législatives nationales[26]. Il convient de noter toutefois que les auteurs de ces principes avaient à l'esprit le contentieux international privé et non les mesures provisoires ou conservatoires octroyées par une juridiction étatique à l'appui d'un arbitrage international. Néanmoins, un certain nombre des questions traitées dans les Principes peuvent être utiles pour toute étude des mesures provisoires ou conservatoires prononcées par les juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage. Les Principes sont résumés ci-après.

Champ d'application (Principes 1 et 2)

52. Les Principes attribuent aux mesures provisoires et conservatoires dans les contentieux civil et commercial deux objectifs distincts: *a*) préserver le statu quo en attendant que le fond du litige soit tranché; ou *b*) sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution du jugement. Cette distinction est couramment faite dans les systèmes juridiques nationaux et traduit le besoin de disposer de différents types de mesures (voir A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 63 et par. 16 à 18 ci-dessus). Les Principes sont axés sur des mesures de la catégorie *b* ci-dessus simplement parce qu'elles sont couramment disponibles et se prêtent donc à une analyse comparative.

Disponibilité des mesures provisoires et conservatoires (Principe 3)

53. Si on les transpose dans le contexte de l'arbitrage, les Principes sembleraient impliquer qu'il est souhaitable que les mesures puissent être demandées tant par les étrangers que par les nationaux et à la fois pour les arbitrages ayant lieu dans le pays où est située la juridiction étatique ordonnant la mesure et pour ceux ayant lieu dans un pays étranger. Comme il a été noté ci-dessus, les pratiques varient en ce qui concerne la disponibilité des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage étranger.

Nature discrétionnaire de l'octroi de mesures provisoires (Principe 4)

54. L'octroi de mesures provisoires ou conservatoires est généralement discrétionnaire plutôt qu'obligatoire et s'appuie sur certaines considérations spécifiées, par exemple l'examen du bien fondé de l'action engagée par le demandeur et les conséquences pour chaque partie de l'octroi ou du refus d'une mesure.

55. La jurisprudence dans un certain nombre de pays montre que les juridictions étatiques ne sont pas disposées à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que cela impliquerait un examen préliminaire du fond. Pour accorder des mesures, la juridiction étatique se base généralement et dans une large mesure sur l'urgence et le préjudice que pourrait subir le demandeur en cas de refus. S'il est clair que le demandeur n'essaie pas simplement de faire échouer la procédure arbitrale, il semble qu'il y ait de plus grandes chances que la mesure soit octroyée et la juridiction étatique contournera le problème de l'examen du fond.

---

[22]Aux États-Unis, les textes législatifs fédéraux ou la loi fédérale sur l'arbitrage ne contiennent aucune disposition autorisant les juridictions étatiques à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires lorsque les parties sont convenues de recourir à l'arbitrage. Toutefois les juridictions étatiques américaines tiennent souvent leur pouvoir d'ordonner ces mesures de la législation des États. Voir *David L. Threlkeld & Co. c/ Metallgesellschaft Ltd*, 923 F.2d 245, 253 n° 2 (2d Cir.1991) *Borden Inc. c/ Meiji Milk Products Co. Ltd.*, 919 F.2d 822 (2d Cir.1990).

[23]Association de droit international, rapport de la soixante-septième conférence tenue à Helsinki, 12-17 août 1996; Comité sur la procédure civile et commerciale internationale, deuxième rapport intérimaire sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international, publié par l'Association de droit international, Londres 1996.

[24]Le principe de l'indépendance de la compétence pour l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires est conforme à l'article 24 de la Convention de Bruxelles de 1968 (et de la Convention de Lugano) concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

[25]Rapport de l'Association de droit international, p. 186.

[26]Rapport de l'Association de droit international, p. 201.

Dissimulation de biens (Principe 5)

56. Les principes reconnaissent que le défendeur ne devrait pas pouvoir dissimuler ses biens en les incorporant, par exemple, dans une société ou dans un trust, tout en demeurant, *de facto* ou à titre bénéficiaire, le véritable propriétaire. Tout en énonçant le principe général, le Comité de l'Association de droit international a noté que le problème était complexe et exigeait davantage de recherches et une étude plus approfondie.

Garantie d'une procédure régulière et protection du défendeur (Principes 6 à 8)

57. Bien que le défendeur ne puisse pas toujours être informé à l'avance de la demande de mesures provisoires ou conservatoires, en particulier lorsque l'élément de surprise est important, il a en règle générale le droit d'être informé promptement une fois la mesure ordonnée. Il est souligné dans les Principes qu'il doit avoir la possibilité d'être entendu dans un délai raisonnable et de contester la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée.

58. Toujours pour protéger le défendeur, il peut être nécessaire d'habiliter la juridiction étatique à exiger du demandeur des garanties ou à poser d'autres conditions (telles que l'engagement d'indemniser le défendeur si la mesure se révèle injustifiée) pour pouvoir réparer un préjudice causé au défendeur ou à des tiers du fait de l'octroi d'une mesure qui serait, par exemple, injustifiée ou trop large. Si un engagement d'indemnisation peut se révéler insuffisant et si la juridiction étatique envisage d'exiger des garanties, il peut être également nécessaire d'apprécier si le demandeur est effectivement capable de faire face à une action en dommages-intérêts. Le type de mesure demandée détermine souvent les conditions auxquelles son octroi est subordonné[27].

Accès aux informations concernant les biens du défendeur (Principe 9)

59. Dans certains pays, la possibilité de demander des mesures pour accéder à des informations concernant les biens du défendeur est limitée et la loi peut, par exemple, ne donner au demandeur aucun droit de recevoir d'un tiers des renseignements sur les avoirs que détient le défendeur dans une banque. D'autres systèmes juridiques ont des dispositions plus libérales concernant les divulgations par des tiers. Comme il est noté dans les Principes, d'importants intérêts concurrents sous-tendent ces deux positions; par exemple la nécessité d'assurer la divulgation en particulier dans les affaires de fraude pour permettre à un demandeur de retrouver des avoirs et de les récupérer, contre l'importance du maintien du secret bancaire et le droit à la confidentialité quant à la situation financière des personnes privées.

Compétence (Principes 10 à 12, 16 et 17)

60. Une des conditions à l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire à l'appui d'une procédure étrangère peut être que les juridictions étatiques du for dans lequel la mesure est demandée aient compétence sur le fond du différend. Dans plusieurs pays, par exemple, certaines mesures provisoires ou conservatoires peuvent être ordonnées uniquement dans le cas où l'action au fond est, ou serait, engagée devant une juridiction étatique ou un tribunal arbitral du pays. Dans d'autres pays, la disposition concernant l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'une procédure judiciaire étrangère est limitée à un groupe de pays parties à une convention (telle que la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale), alors que dans d'autres encore, elle s'appliquera aux procédures étrangères où que ce soit, sans que la loi n'établisse de base sur laquelle la juridiction étatique du pays dans lequel la mesure est demandée puisse s'appuyer pour déterminer sa compétence sur le fond. Dans ces derniers, les juridictions étatiques ont indiqué que les mesures provisoires ou conservatoires ne devraient pas être octroyées uniquement à titre exceptionnel[28], étant entendu qu'elles ne devraient pas l'être non plus de manière routinière ou sans un examen préalable très approfondi. Il peut s'agir, par exemple, de déterminer si la mesure pourrait gêner ou entraver l'administration de l'affaire par la juridiction étatique saisie du fond, ou entraîner un risque de conflit, de chevauchement ou d'incohérence des décisions dans d'autres juridictions étatiques; ou de déterminer si la juridiction principale saisie avait refusé d'octroyer la mesure.

61. Il est proposé dans les Principes de faire découler la compétence de la seule présence de biens, sous réserve des conditions suivantes: la présence de biens (ou, en fait, l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire concernant ces biens) ne doit pas être utilisée pour établir une compétence plus générale sur le fond, condition qui traduit la position commune d'un certain nombre de pays; le demandeur doit avoir l'obligation d'introduire une action au fond dans un délai raisonnable soit dans l'état du for ou à l'étranger, et il doit exister une possibilité raisonnable de reconnaissance d'un jugement étranger dans l'état du for ayant accordé la mesure provisoire ou conservatoire.

62. Lorsque la juridiction étatique exerce légitimement sa compétence au fond, la législation de nombreux pays prévoit un large éventail de décisions à l'encontre du défendeur en personne, notamment l'octroi de mesures provisoires et conservatoires visant à geler ses biens, quel que soit l'endroit où ils se trouvent et que le défendeur soit ou non physiquement présent dans le pays.

[27]En Suède, la section 6 du chapitre 15 du Code de procédure prévoit une garantie comme condition déterminante de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire. Cette garantie peut prendre la forme d'une lettre, d'une garantie personnelle ou d'un gage. Les garanties bancaires sont également acceptées. Si le demandeur ne peut offrir une telle garantie, il peut en être exonéré uniquement en donnant des motifs exceptionnels à l'appui de sa demande (Code d'exécution, chapitre 2, section 25).

[28]Affaire *Crédit suisse Fides Trust c/ Cuoghi* [1998] Queen's Bench Division 818, Royaume-Uni.

63. Toutefois, lorsque la juridiction étatique n'exerce pas sa compétence au fond, mais uniquement pour octroyer des mesures provisoires et conservatoires, il convient de faire preuve de prudence. Il peut être nécessaire de limiter sa compétence aux biens situés dans son ressort, en particulier pour protéger les tiers contre les conflits de compétence qui pourraient sinon surgir. Sous réserve du droit international, les règles nationales (y compris les règles de conflit de lois) déterminent le lieu de situation des biens.

Durée de validité de la mesure provisoire ou conservatoire (Principe 13)

64. La mesure provisoire ou conservatoire devrait avoir une validité temporelle spécifiée, principe qui est lié au droit du défendeur d'être entendu. Cela peut aussi être important lorsque la mesure demandée peut prêter à controverse, comme une mesure *ex parte*, ou lorsqu'elle peut devenir particulièrement onéreuse pour le défendeur si elle est prolongée. Dans le cas des mesures *ex parte*, l'obligation faite au demandeur de saisir de nouveau la juridiction étatique pour faire renouveler la mesure permet au défendeur d'être entendu à ce moment-là. La juridiction étatique peut alors envisager un renouvellement à la lumière des faits nouveaux intervenus dans le tribunal arbitral où l'affaire est examinée au fond.

Devoir d'information (Principe 15)

65. Il faudrait faire obligation à la personne demandant des mesures provisoires ou conservatoires d'informer promptement le tribunal arbitral des décisions rendues suite à sa demande. Il importe également d'exiger qu'elle informe la juridiction étatique saisie de l'état d'avancement de la procédure arbitrale sur le fond et des procédures d'octroi de mesures provisoires ou conservatoires dans d'autres pays. Le devoir d'informer est examiné dans le cadre de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires au paragraphe 64 du document A/CN.9/WG.II/WP.110.

Reconnaissance à l'étranger et coopération judiciaire internationale (Principes 18 à 20)

66. Le fait d'encourager une coopération pour l'adoption de décisions locales complémentaires, sans chercher à imposer une obligation de reconnaître les décisions rendues dans d'autres États, peut donner des résultats tangibles, tant pour la reconnaissance que pour l'aide judiciaire. À la demande d'une partie, une juridiction étatique peut tenir compte des décisions rendues dans d'autres États. En outre, il peut être bon que les juridictions étatiques coopèrent lorsque cela est nécessaire pour assurer l'efficacité des mesures ordonnées par d'autres juridictions et voir quelles sont les mesures locales appropriées.

67. Le fait qu'une décision soit provisoire et non définitive et sans appel ne devrait pas être en soi un obstacle à la coopération, voire à la reconnaissance ou à l'exécution. L'exécution des mesures provisoires ou conservatoires est examinée aux paragraphes 52 à 80 du document A/CN.9/WG.II/ WP.110, aux paragraphes 17 et 18 du document A/CN.9/WG.II/WP.113 et aux paragraphes 64 et 87 du document A/CN.9/487.

B. Élaboration d'un projet de principes fondamentaux et de règles relatifs à la procédure civile transnationale par l'American Law Institute et l'Institut international pour l'unification du droit privé

68. Ce projet commun vise à élaborer des règles de procédure que les pays pourraient adopter pour le règlement des litiges relatifs à des opérations internationales. Le projet de principes est destiné à servir de guide interprétatif du projet de règles et pourrait être adopté en tant que tel. Il pourrait être également adopté pour l'interprétation des codes de procédure nationaux en vigueur. Le projet de règles, quant à lui, peut être considéré comme une illustration des principes. La nouvelle version du projet de principes fondamentaux établie en novembre 2001 contient les principes ci-après relatifs aux mesures provisoires ou conservatoires:

"3.3 Cette compétence s'étend à la possibilité d'ordonner la saisie conservatoire de biens situés dans l'État du for, mais seulement si aucune autre juridiction étrangère n'apparaît raisonnablement compétente.

"3.4 Des mesures provisoires peuvent être prononcées à l'encontre de biens situés dans l'État du for, même si les tribunaux d'un autre État sont compétents pour connaître du litige.

"4.3 Aucune caution ou garantie des frais de procédure, ou du risque d'encourir une mesure provisoire ne peut être exigée d'une personne uniquement en raison de son domicile à l'extérieur de l'État du for. En aucun cas, une caution ou garantie des frais de procédure ne doit restreindre l'accès à la justice.

"26.1 Les parties doivent pouvoir avoir accès à des procédures permettant une exécution rapide et efficace des mesures provisoires, des condamnations pécuniaires, y compris aux frais, ou des ordonnances d'injonction prononcées dans un procès conduit conformément aux présents Principes.

"27.1 Les jugements définitifs et les mesures provisoires prononcés lors d'un procès conduit conformément aux présents Principes sont reconnus et exécutés de façon effective dans l'État du for et dans les autres États, selon les mêmes modalités que les autres jugements et mesures provisoires du for.

"28.1 Les tribunaux d'un État qui a reconnu ces Principes doivent prêter leur assistance aux tribunaux de tout État étranger devant lesquels se déroule un procès conformément aux présents Principes. Ceci comprend l'octroi de mesures provisoires et conservatoires, ainsi que la coopération à l'identification, à la préservation ou à la production de tous éléments de preuve pertinents."

69. La version du projet de règles élaborée en novembre 2001 contient les dispositions ci-après (assorties de commentaires) sur les mesures provisoires ou conservatoires:

"17.1 Conformément à la loi du for et sous réserve des conventions internationales applicables, le tribunal peut prononcer une injonction de faire ou de ne pas faire contre toute personne relevant de sa compétence, lorsque cela est nécessaire pour préserver le statu quo ou empêcher un préjudice irréparable en attendant que le litige soit tranché. La portée de cette mesure est régie par le principe de proportionnalité.

"17.1.1 Un tribunal ne peut prononcer une telle injonction, avant que la partie adverse ait la possibilité de répondre, que si la preuve d'un besoin urgent est rapportée et si les considérations d'équité en faveur d'une telle mesure l'emportent. La partie ou les personnes contre lesquelles est prononcée l'injonction auront la possibilité, le plus rapidement possible, de répondre concernant le caractère approprié de l'injonction.

"17.1.2 Le tribunal peut, après avoir entendu les intéressés, prononcer, annuler, renouveler ou modifier une injonction.

"17.1.3 Le requérant est tenu d'indemniser intégralement la personne contre laquelle l'injonction est prononcée, s'il s'avère que cette dernière a été octroyée indûment.

"17.1.4 Le tribunal peut exiger que le requérant dépose une caution ou s'engage à indemniser la personne contre laquelle une injonction est prononcée.

"7.2. Une injonction peut interdire à une personne relevant de la compétence du tribunal de transférer des biens ou des avoirs, quel que soit l'endroit où ils se trouvent, en attendant la conclusion de la procédure judiciaire et exiger qu'une partie révèle rapidement où se trouvent ses avoirs, y compris les avoirs qui lui ont été confiés, et les personnes dont il importe de connaître l'identité ou les coordonnées.

"17.3 Lorsque les biens ou les avoirs sont situés à l'étranger, la reconnaissance et l'exécution d'une injonction prononcée conformément au précédent paragraphe sont régies par la loi du pays où ils se trouvent et par une injonction que prononcera le tribunal compétent de ce pays.

"34.2 Une ordonnance par laquelle une juridiction du premier degré accepte ou refuse de prononcer une injonction demandée en vertu de la Règle 17 est susceptible d'un recours immédiat. L'injonction continue de produire ses effets durant la procédure de recours, à moins que la juridiction d'appel n'en décide autrement."

70. Les règles sont assorties des commentaires suivants:

"C-17.1 Le terme "injonction" désigne une ordonnance exigeant ou interdisant l'accomplissement d'un acte particulier, par exemple, la préservation de biens en l'état. La Règle 17.1 autorise le tribunal à prononcer une injonction de faire — qui prescrit l'accomplissement d'un acte — ou de ne pas faire — qui interdit l'accomplissement d'un acte particulier. La disponibilité d'autres mesures provisoires ou conservatoires, telles que la saisie conservatoire ou le séquestre, devrait être déterminée par la loi du for, y compris les principes de droit international applicables.

"C-17.2 La Règle 17.1.1 autorise le tribunal à prononcer une injonction sans en aviser la personne visée par cette dernière, lorsqu'un besoin urgent le justifie. Le critère de "besoin urgent", auquel doit satisfaire une injonction prononcée sur requête, est une notion pratique, de même que le critère de prépondérance des considérations d'équité. Ce dernier correspond au concept de *common law* appelé "*balance of equities*". Les considérations d'équité sont notamment le bien-fondé de la requête, la nécessité urgente d'une mesure provisoire et les problèmes pouvant découler dans la pratique de l'octroi de cette mesure. Une telle injonction est généralement appelée injonction sur requête. Dans la procédure de *common law*, elle est habituellement appelée "*temporary restraining order*".

"Lorsqu'il examine une requête en injonction, le tribunal doit déterminer si le requérant a démontré, d'une manière raisonnable et précise, qu'une telle injonction est nécessaire pour prévenir une détérioration irréparable de la situation devant être examinée dans le cadre de la procédure judiciaire et qu'il serait imprudent d'attendre que la partie adverse ait la possibilité d'être entendue avant de prononcer cette injonction. Il incombe à la partie requérante de justifier la nécessité d'une telle injonction. Toutefois, il faudrait donner le plus rapidement possible à la partie adverse ou à la personne visée par l'injonction la possibilité d'être entendue.

"C-17.3 Les règles de procédure ou d'éthique exigent généralement qu'une partie présentant une requête en injonction révèle au tribunal tous les aspects de la situation, y compris ceux qui sont favorables à l'adversaire. La non-révélation de ces aspects est un motif d'annulation d'une injonction et peut entraîner une obligation de réparation pour la partie requérante.

"C-17.4 Comme l'indique la Règle 17.1.2, si le tribunal a refusé de prononcer une injonction demandée unilatéralement, il peut néanmoins prononcer une injonction après audience. Si le tribunal a déjà prononcé une injonction sur requête, il peut renouveler ou modifier cette injonction à la lumière des faits exposés à l'audience. Il incombe au demandeur de montrer que l'injonction est justifiée.

"C-17.5 La Règle 17.1.4 autorise le tribunal à exiger le versement d'une caution ou une autre indemnisation à titre de protection contre tout trouble et préjudice pouvant découler d'une injonction. Les détails de cette indemnisation devraient être déterminés conformément au droit général du for.

"C-17.6 La Règle 17.2 autorise le tribunal à interdire le transfert de biens situés en dehors de l'État du for et à

exiger que la partie déclare ses avoirs. Dans la législation du Royaume-Uni, on parle d'injonction Mareva. La Convention de Bruxelles fait obligation aux signataires de reconnaître cette injonction du fait qu'une injonction constitue une décision de justice. La Règle autorise également le prononcé d'une injonction prescrivant la révélation de l'identité et des coordonnées de personnes afin de faciliter l'exécution d'un jugement éventuel.

C-17.7 La Règle 34.2 prévoit qu'une ordonnance accordant ou refusant une injonction préliminaire est susceptible d'un recours suivant la procédure du for. Le recours devant un tribunal arbitral d'appel est régi de différentes manières selon le système juridique, si bien que la Règle n'énonce qu'un principe général prévoyant la possibilité d'un recours immédiat. Il importe tout particulièrement de garantir la possibilité d'un recours lorsque l'injonction a été prononcée en l'absence de la partie adverse. Toutefois, il faudrait également reconnaître qu'un tel recours peut entraîner une perte de temps ou donner lieu à des abus de procédure.

C-17.8 La Règle 17.3 traite d'une injonction préliminaire visant des biens ou des avoirs situés dans un autre pays. Dans une procédure judiciaire internationale, il faut parfois que les biens ou avoirs puissent être "bloqués" ou "déclarés" dans un pays autre que celui où se trouve le tribunal ayant compétence pour connaître de l'affaire. Un autre problème a trait à l'exécution d'une telle injonction. La reconnaissance de cette dernière dépend des règles et des principes du droit du pays où se trouvent les biens ou avoirs.

C-34.3 La Règle 34.2 prévoit que les ordonnances octroyant ou refusant une injonction peuvent faire l'objet, en attendant que le litige soit tranché, d'un appel interlocutoire (voir Règle 17). L'injonction continue de produire ses effets durant la procédure de recours, à moins que la juridiction d'appel n'en décide autrement. Cette juridiction peut décider de mettre fin à l'injonction si les circonstances l'exigent."

C. Conférence de La Haye de droit international privé: projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale

71. Le texte provisoire préparé par le Bureau permanent et les rapporteurs, compte tenu des discussions de la Commission II de la première partie de la Conférence diplomatique (6-20 juin 2001), contient un certain nombre de dispositions relatives aux mesures provisoires et conservatoires, mais il n'a pas encore été décidé si ces mesures devraient entrer dans le champ d'application de la convention[29].

Article 13. Compétence pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires

"[Option A

*"*1. Un tribunal saisi[30] de l'action au fond, et compétent pour en connaître en vertu des articles [...], est compétent pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires[31].

*"*2. Un tribunal d'un État contractant [peut] [est compétent pour][32], même lorsqu'il n'est pas compétent pour connaître du fond d'un litige, ordonner une mesure provisoire et conservatoire limitée aux biens situés dans cet État ou dont l'exécution est limitée au territoire de cet État, si cette mesure est destinée à la protection temporaire des droits qui font l'objet de l'action au fond déjà pendante ou à former par le requérant dans un État contractant dont les tribunaux sont compétents pour en connaître en vertu des articles [...][33].

*"*3. Aucune disposition de la Convention n'empêche un tribunal d'un État contractant d'ordonner une mesure provisoire et conservatoire destinée à la protection temporaire d'une action au fond déjà pendante ou à former par le requérant dans un autre État[34].

*"*4. Les termes "mesure provisoire et conservatoire" visés au paragraphe 3[35] comprennent:

"a) Une mesure destinée à préserver le statu quo en attendant que le fond du litige soit tranché; ou

"b) Une mesure destinée à bloquer à un stade préliminaire des biens qui pourront ensuite servir à exécuter le jugement définitif; ou

[29]L'article 1.2, ***k***, dispose que sont exclus du domaine de la Convention:

k) *Option A*
[les mesures provisoires et conservatoires autres que des ordonnances de paiement provisoire;]
Option B
[les mesures provisoires et conservatoires [autres que celles prévues aux articles 13 et 23A];]

[30]Il a été suggéré qu'il est suffisant pour un tribunal d'être saisi après qu'une mesure provisoire et conservatoire a été ordonnée. Cette possibilité requiert l'ajout des mots "ou sur le point d'être saisi" ou d'autres termes similaires.

[31]La description "provisoire et conservatoire" est cumulative, c'est-à-dire, que les mesures doivent remplir ces deux critères.

[32]Un libellé clair a également été proposé, selon lequel les États contractants sont obligés de prévoir cette compétence, tout en soulignant que cela ne porterait pas atteinte au pouvoir discrétionnaire des tribunaux de ces États d'ordonner ou refuser de telles mesures.

[33]Il a été noté que certains États, en particulier les États du Commonwealth autres que le Royaume-Uni, ne prévoient pas de compétence pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires à moins que le tribunal ne soit saisi d'une action au fond. Cela pourrait jouer au détriment des demandeurs étrangers qui tentent de "geler" des avoirs dans cette juridiction à l'appui d'une procédure pendante ailleurs. La disposition a pour but de prévoir pour ces États la compétence d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires fondées sur la situation des biens au for et limitées au territoire de ce for. Cette disposition n'a pas recueilli de consensus.

[34]Cette disposition a pour but d'écarter toute restriction imposée aux tribunaux des États contractants par la liste des compétences interdites (qui se trouve à présent à l'article 18). La disposition permettrait également d'exercer la compétence pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires en vertu du droit national, sans les restrictions imposées par la liste des compétences interdites. Il est proposé de supprimer la référence à l'article 13 faite dans l'article 17 afin de permettre l'exercice de cette compétence en vertu du droit national. Certaines délégations sont d'avis que ce paragraphe est la seule disposition relative aux mesures provisoires et conservatoires devant figurer dans la Convention.

[35]Il a été proposé que cette définition s'applique également aux paragraphes 1 et 2.

"c) Une mesure de restriction du comportement d'un défendeur destinée à empêcher un dommage actuel ou imminent.]

"[Option B[36]

"Un tribunal saisi ou sur le point d'être saisi d'un litige et qui est compétent pour en connaître au fond en vertu des articles [3 à 15] peut ordonner des mesures provisoires et conservatoires destinées à préserver l'objet du litige.]

"[Article 23A. Reconnaissance et exécution de mesures provisoires et conservatoires[37]

"[Option A

"1. Une décision qui ordonne une mesure provisoire et conservatoire et qui a été prise par le tribunal saisi[38] de l'action au fond est reconnue et exécutée dans les États contractants conformément aux articles [25, 27 à 34].

"2. Les termes "mesure provisoire et conservatoire" visés au paragraphe 3 comprennent:

"a) Une mesure destinée à préserver le statu quo en attendant que le fond du litige soit tranché; ou

"b) Une mesure destinée à bloquer des biens à un stade préliminaire, biens qui pourront ensuite servir à exécuter le jugement définitif; ou

"c) Une mesure de restriction du comportement d'un défendeur destinée à empêcher un dommage actuel ou imminent.]

"[Option B

"Les décisions octroyant des mesures provisoires et conservatoires rendues en conformité avec l'article 13[39] sont reconnues et exécutées dans les autres États contractants selon les articles [25, 27 à 34].]

[36]Cette proposition est liée à la deuxième option de l'article 1.2, *k*, qui contient en elle-même l'option soit d'exclure entièrement les mesures provisoires et conservatoires du champ d'application de la Convention, soit de prévoir une compétence limitée pour ordonner de telles mesures. L'option B prévoit une compétence limitée, si tel était le souhait.

[37]Les deux options, dont la substance diffère peu, prévoient la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires prononcées par un tribunal saisi (ou sur le point d'être saisi) du fond du litige. Les délégations favorisant l'exclusion de ces mesures du champ d'application de la Convention se sont naturellement opposées à cette proposition. En revanche, plusieurs délégations favorisant l'inclusion d'une disposition relative à ces mesures dans la partie de la Convention traitant de la compétence ou de la procédure se sont opposées à l'idée de prévoir une disposition permettant la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires. Notons aussi qu'il y a peut-être lieu de traiter la mesure dans laquelle des remèdes similaires existent dans l'État du tribunal requis et des procédures protégeant les intérêts des parties tiers ou du défendeur (par exemple la promesse de payer des dommages).

[38]On a émis l'avis qu'il serait suffisant qu'un tribunal soit saisi après qu'une mesure provisoire et conservatoire a été ordonnée, pourvu que ce tribunal ait été saisi au moment où la reconnaissance et l'exécution de la mesure sont demandées à l'étranger.

[39]Cette option renvoie à l'option B proposée à l'article 13 ci-dessus. La décision doit être rendue par un tribunal saisi ou sur le point d'être saisi d'une action et ayant compétence suivant la liste blanche pour décider du fond du litige.

IV. DISPOSITIONS POSSIBLES

72. Au vu des éléments examinés ci-dessus, se pose à propos des mesures provisoires ou conservatoires prononcées tant par des juridictions étatiques que par des tribunaux arbitraux à l'appui d'arbitrage un certain nombre de questions sur lesquelles le Groupe de travail souhaitera peut-être se pencher.

73. Il s'agit notamment de savoir: s'il existe un pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et, dans l'affirmative, quelle est son étendue; quels sont les rapports entre la juridiction étatique et le tribunal arbitral une fois ce dernier constitué et quels sont leurs pouvoirs respectifs en matière de mesures provisoires ou conservatoires (y compris avant la constitution du tribunal arbitral); quelles sont les conditions préalables à remplir pour prononcer de telles mesures ainsi que les conditions auxquelles peuvent être soumises les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées; quelles sont la nature et la portée des mesures susceptibles d'être prononcées; et s'il est possible ou non d'exécuter ces mesures à l'étranger. En ce qui concerne les mesures ordonnées par les juridictions étatiques, il faudra également examiner si le pouvoir d'ordonner de telles mesures s'applique à la fois à l'arbitrage interne et à l'arbitrage étranger.

A. Mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral

74. À sa trente-quatrième session, en 2001, le Groupe de travail a examiné la question des mesures provisoires ou conservatoires prononcées par un tribunal arbitral en se fondant sur un projet de dispositions élaboré par le secrétariat (voir A/CN.9/487, par. 65 à 75). Le projet révisé de dispositions présenté ci-après a été élaboré compte tenu des observations formulées au sein du Groupe de travail à propos de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Projet d'article 17

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire [en ce qui concerne l'objet du litige].

2. La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire devrait prouver:

a) Qu'il y a un besoin urgent de prendre la mesure demandée;

b) Qu'elle subira un préjudice grave si la mesure provisoire ou conservatoire n'est pas ordonnée; et

c) Que la partie demandant la mesure a des chances d'obtenir gain de cause sur le fond du litige auquel ladite mesure se rapporte.

3. Le tribunal arbitral peut exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée au titre de cette mesure.

4. Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire [, qu'elle prenne la forme d'une sentence arbitrale ou une autre forme,] ordonnée par le tribunal arbitral en attendant que soit rendue la sentence qui tranchera définitivement le litige. Aux fins du présent article, l'expression "mesure provisoire ou conservatoire" désigne[40]:

Variante 1

a) Une mesure destinée à préserver le statu quo en attendant que les questions litigieuses soient tranchées;

b) Une mesure destinée à bloquer à un stade préliminaire des biens qui pourront ensuite servir à exécuter une sentence; ou

c) Une mesure de restriction du comportement d'un défendeur destinée à empêcher un dommage actuel ou imminent[41].

Variante 2

a) Une mesure visant à éviter ou à réduire au minimum le préjudice, la perte ou le dommage; ou

b) Une mesure visant à faciliter l'exécution ultérieure d'une sentence.

5. Le tribunal arbitral peut, lorsque cela est nécessaire pour assurer l'efficacité d'une mesure provisoire ou conservatoire, accorder une mesure [pendant une période ne dépassant pas [...] jours] [sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée] [avant que celle-ci ait eu la possibilité de réagir] uniquement lorsque:

a) Cela est nécessaire pour assurer l'efficacité de la mesure;

b) La partie demandant la mesure verse à ce titre une provision appropriée;

c) La partie demandant la mesure peut en démontrer l'urgente nécessité; et

d) [Les considérations d'équité en faveur de cette mesure l'emporteraient[42]].

[6. La partie contre laquelle est ordonnée la mesure visée au paragraphe 5 est avisée de la mesure et il lui est donné la possibilité d'être entendue le plus rapidement possible.]

7. Une mesure accordée en vertu du paragraphe 5 peut être prolongée ou modifiée après que la partie contre laquelle elle a été ordonnée a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité de réagir.

[8. Une mesure provisoire ou conservatoire peut être modifiée ou annulée [à la demande d'une partie] si les circonstances mentionnées au paragraphe 2 ont changé après le prononcé de cette mesure.]

[9. La partie qui a demandé le prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire doit, à compter de la présentation de cette demande, informer le tribunal rapidement de tout changement important dans les circonstances mentionnées au paragraphe 2.]

B. Mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique

75. Comme on l'a noté plus haut, il règne un certain flou quant au pouvoir des juridictions étatiques de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires lorsqu'il existe entre les parties une convention d'arbitrage valable. Bien qu'elle dispose, en son article 9, que la demande par une partie à un tribunal [étatique] de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal [étatique] ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage, la Loi type ne résout pas sur le mode affirmatif la question de savoir si la juridiction étatique est habilitée à prononcer de telles mesures. Dans certains pays, l'adoption de l'article 9 ne suffira donc pas nécessairement pour établir que la juridiction étatique a expressément le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage.

76. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient d'élaborer une disposition clarifiant la question du pouvoir de la juridiction étatique sur ce point. Si l'élaboration d'une telle disposition devait être envisagée, il souhaitera peut-être aussi se pencher sur trois questions connexes dont il a déjà été question à sa trente-quatrième session (New York, 21 mai-1er juin 2001) (voir A/CN.9/487, par. 64 à 68), dans le contexte des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral, à savoir:

a) L'étendue de ce pouvoir et le point de savoir s'il convient de le limiter en introduisant une formule telle que "en ce qui concerne l'objet du différend" (comme à l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI) ainsi que le point de savoir si de telles mesures peuvent être ordonnées non contradictoirement;

b) Les conditions à remplir pour que des mesures provisoires ou conservatoires puissent être ordonnées et le point de savoir si ces conditions devraient être incluses dans la disposition, par exemple s'il faudrait exiger le versement d'une provision appropriée (voir l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI), ou que soit rapportée la preuve de l'urgence de la mesure sollicitée, ou encore qu'il soit établi que l'absence d'une telle mesure se traduirait par un dommage substantiel (des exemples courants de ces conditions sont donnés au paragraphe 42 ci-dessus);

c) Les types de mesures que le tribunal étatique pourrait ordonner à l'appui d'un arbitrage et le point de savoir s'ils devraient être expressément énumérés dans la disposition de façon à guider les juridictions étatiques et à assu-

[40]Cette disposition pourrait être accompagnée d'une explication donnant plus de détails sur les mesures qui pourraient figurer dans ces grandes catégories, comme indiqué aux paragraphes 17 et 18 ou d'une formule plus générale, comme indiqué au paragraphe 40 ci-dessus.

[41]Article 23A, option A, Conférence de La Haye de droit international privé: projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, texte provisoire, juin 2001.

[42]American Law Institute/ Institut international pour l'unification du droit privé — règles relatives à la procédure civile transnationale, avril 2001, règle 17.1.1.

rer une certaine cohérence et une certaine clarté, ou s'il faudrait se borner à mentionner les grandes catégories de mesures. Ces références pourraient être incluses dans la disposition à titre purement indicatif (sans prétendre à l'exhaustivité) ou la question pourrait être développée dans un guide explicatif accompagnant les dispositions.

77. Compte tenu des débats qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail concernant les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral et étant donné que les questions qui se posent au sujet des mesures ordonnées par une juridiction étatique présentent des similitudes, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si des dispositions allant dans le sens de celles présentées plus haut au sujet des mesures ordonnées par un tribunal arbitral pourraient être retenues pour les mesures ordonnées par une juridiction étatique, étant entendu que les références au tribunal arbitral seraient remplacées par des références à cette dernière et que les modifications suggérées ci-dessous pourraient être apportées.

78. La référence à une éventuelle convention contraire des parties figurant au paragraphe 1 du projet d'article 17 pourrait être supprimée car elle ne conviendrait pas en cas de demande de mesures provisoires ou conservatoires adressée à une juridiction étatique. La disposition s'appliquerait à la fois aux demandes de mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'une procédure d'arbitrage interne et aux demandes à l'appui d'une procédure d'arbitrage étrangère.

79. Les législations nationales comportent déjà des dispositions concernant les types de mesures pouvant être sollicitées et les conditions dans lesquelles elles peuvent être prononcées (du moins lorsque le litige est porté devant la justice étatique). Compte tenu des débats mentionnés ci-dessus concernant les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient d'élaborer une série de dispositions harmonisées sur les types de mesures qui pourraient être prononcées par les juridictions étatiques à l'appui d'une procédure d'arbitrage et sur les conditions auxquelles elles seraient subordonnées, ou s'il serait préférable d'appliquer les dispositions déjà prévues, dans le cadre d'un litige porté devant la justice étatique, aux mesures provisoires ou conservatoires demandées à l'appui d'un arbitrage. Une disposition harmonisée établissant les types de mesures pouvant être prononcées pourrait mentionner des catégories générales, comme au paragraphe 4 du projet d'article 17 présenté plus haut. L'autre solution, qui consiste à s'aligner sur ce qui est prévu pour les litiges portés devant la justice étatique, est illustrée par la disposition ci-après:

> 4. La juridiction étatique dispose pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires aux fins d'une procédure d'arbitrage ou en relation avec une telle procédure du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une procédure se déroulant devant elle ou en relation avec celle-ci[43].

[43]Voir article 47, Commercial Arbitration Act, Queensland, Australia.

80. À sa dernière session, le Groupe de travail a examiné la possibilité pour un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires non contradictoirement et a noté avec une certaine préoccupation que la situation ne serait pas la même, au niveau de l'exécution, selon que les mesures prononcées sur une telle base l'auraient été par une juridiction étatique ou par un tribunal arbitral (voir A/CN.9/487, par. 70). Comme indiqué au paragraphe 35 ci-dessus, dans de nombreux pays, les juridictions étatiques sont autorisées à prononcer de façon non contradictoire des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui de l'arbitrage sous certaines conditions, notamment qu'une provision soit versée pour réparer un éventuel préjudice et que la preuve de l'urgence des mesures sollicitées soit rapportée.

81. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient de traiter, dans des dispositions uniformes, la question du pouvoir des juridictions étatiques de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires de façon non contradictoire et, dans l'affirmative, si les conditions dont il a été question dans l'hypothèse de mesures prononcées non contradictoirement par un tribunal arbitral devraient servir de modèle. En adoptant une disposition telle que celle figurant au paragraphe 79 ci-dessus, on s'alignerait sur ce point sur la situation qui prévaut lorsque les parties ont porté leur litige devant la justice étatique. Afin de promouvoir l'adoption d'une position plus uniforme, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager une disposition allant dans le sens des paragraphes 5 et 6 du projet d'article 17 présenté plus haut.

C. Rapports entre juridictions étatiques et tribunaux arbitraux

82. Comme mentionné plus haut, il existe diverses approches en ce qui concerne le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires et la façon dont celui-ci est réparti entre la juridiction étatique et le tribunal arbitral. Pour garantir que les parties qui sont convenues de recourir à l'arbitrage pourront effectivement obtenir des mesures provisoires ou conservatoires, il est souhaitable de leur donner accès à la fois au tribunal arbitral et à la juridiction étatique. Comme indiqué plus haut au paragraphe 75, l'article 9 de la Loi type, en disposant qu'une demande de mesures provisoires ou conservatoires adressée à une juridiction étatique n'est pas incompatible avec une convention d'arbitrage et n'y déroge pas, ne permet d'atteindre cet objectif que partiellement. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si la question doit être examinée plus avant.

D. Exécution des mesures provisoires ou conservatoires

83. À sa trente-quatrième session en 2001, le Groupe de travail s'est fondé, pour l'examen de la question de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires prononcées par un tribunal arbitral en vertu du projet d'article 17, sur des projets de disposition établis par le secrétariat (voir

A/CN.9/487, par. 76 à 87). Faute de temps, il n'a néanmoins pas achevé l'examen de la disposition concernant l'exécution. La version révisée présentée ci-après a été établie compte tenu des observations qui ont été faites concernant les parties que le Groupe de travail avait pu examiner.

Exécution de mesures provisoires ou conservatoires

1. Sur demande d'une partie intéressée, formée avec l'approbation du tribunal arbitral, la juridiction étatique compétente refuse de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17, quel que soit le pays dans lequel celle-ci a été ordonnée, si[1]

a) La partie contre laquelle la mesure est invoquée fournit la preuve que:

i) *[Variante 1]* la convention d'arbitrage visée à l'article 7 n'est pas valable; *[Variante 2]* la convention d'arbitrage visée à l'article 7 semble ne pas être valable, auquel cas la juridiction étatique pourra renvoyer la question de la [compétence du tribunal arbitral] [validité de la convention d'arbitrage] au tribunal arbitral qui tranchera conformément à l'article 16 de la présente Loi];

ii) La partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est invoquée n'a pas été dûment avisée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale [, auquel cas la juridiction étatique pourra suspendre la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]; ou

iii) la partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est invoquée n'a pas pu faire valoir ses arguments relativement à la mesure provisoire ou conservatoire [, auquel cas la juridiction étatique pourra suspendre la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]; ou

iv) la mesure provisoire ou conservatoire a été annulée, suspendue ou modifiée par le tribunal arbitral.

b) La juridiction étatique constate que:

i) la mesure sollicitée est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles de procédure, à moins qu'elle décide de la reformuler autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter; ou

ii) La reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire serait contraire à l'ordre public du présent État.

2. Sur demande d'une partie intéressée, formée avec l'approbation du tribunal arbitral, la juridiction étatique compétente peut, selon son appréciation, refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17, quel que soit le pays dans lequel celle-ci a été ordonnée, si la partie contre laquelle la mesure est invoquée fournit la preuve qu'une juridiction étatique a été saisie d'une demande de mesure identique ou similaire dans le présent État, que cette juridiction ait ou non pris une décision au sujet de la demande.

3. La partie qui cherche à faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire informe rapidement la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure.

4. En reformulant la mesure provisoire ou conservatoire en vertu du paragraphe 1, *b*, i, la juridiction étatique n'en modifie pas la teneur.

5. Le paragraphe 1, *a*, iii, ne s'applique pas *[Variante 1]* à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été avisée, à condition que la mesure ordonnée ait été assortie d'un délai de validité ne dépassant pas [trente] jours et que son exécution soit demandée avant l'expiration de ce délai. *[Variante 2]* à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été avisée, à condition que le tribunal arbitral la confirme après avoir entendu les arguments de l'autre partie à son sujet. *[Variante 3]* si le tribunal arbitral décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que, compte tenu des circonstances visées au paragraphe 2 de l'article 17, la mesure provisoire ou conservatoire ne peut être efficace que si l'ordonnance d'*exequatur* est rendue par la juridiction étatique sans que la partie contre laquelle la mesure est invoquée en soit avisée.

[1] Les conditions énoncées dans cet article visent à limiter le nombre de circonstances dans lesquelles la juridiction étatique sera tenue de refuser l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires. L'harmonisation que les dispositions types cherchent à réaliser ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre de circonstances plus réduit.

84. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner la question de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires prononcées par une juridiction étatique à l'appui d'un arbitrage, d'autant plus que la question se pose uniquement pour l'exécution de mesures prononcées par une juridiction étatique étrangère. Il n'y a actuellement pas de régime international multilatéral applicable à l'exécution des décisions judiciaires. Toutefois, comme on l'a indiqué plus haut, la Conférence de La Haye de droit international privé travaille actuellement sur une convention dont le champ d'application pourrait être étendu aux mesures provisoires. En l'absence d'un tel régime (et vu la difficulté de parvenir à un accord sur un régime multilatéral qui engloberait les mesures provisoires), le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner d'autres approches, comme un régime de coordination et de coopération entre juridictions étatiques, inspiré de l'article 26 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et des principes 18 à 20 de l'Association de droit international. Comme indiqué au paragraphe 66 ci-dessus, faute de l'obli-

gation de reconnaître les décisions rendues dans d'autres États ou de coopérer avec les juridictions étatiques et les tribunaux arbitraux d'autres États, on pourrait aboutir à des résultats tangibles, tant au niveau de la reconnaissance qu'à celui de l'entraide judiciaire, en encourageant la coopération pour que soient rendues localement des décisions complémentaires, en particulier dans les cas où l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire est demandée dans plusieurs pays, comme dans celui du gel d'avoirs. On pourrait envisager à cet égard le partage d'informations entre juridictions étatiques, la coordination de l'effet donné aux mesures provisoires ou conservatoires étrangères dans plusieurs pays et la coordination et la coopération sur la question des recours internes appropriés.

G. Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale

(A/CN.9/513 et Add. 1 et 2) [Original: anglais/espagnol/français/russe] A/CN.9/513

TABLE DES MATIÈRES

Page

I. Introduction 145

II. Compilation des commentaires 146
A. États 146
Bélarus 146
Équateur 147
France 147
Hongrie 147
Turquie 148
B. Organisation intergouvernementale 148
Cour permanente d'arbitrage 148

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était saisie d'une note du secrétariat intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore davantage le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et à l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage[1].

2. La Commission avait confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle avait appelé "Groupe de travail sur l'arbitrage", et avait décidé que les points prioritaires que devrait traiter ce dernier seraient la conciliation[2], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[3], la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires[4] et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine[5].

3. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle avait pris note du rapport avec satisfaction et avait réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les sujets susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Il avait été déclaré à plusieurs reprises que, d'une manière générale, en décidant de la priorité à accorder aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions pour lesquelles les décisions judiciaires avaient laissé subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés au sein

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément nº 17* (A/54/17), par. 337.

[2] Ibid., par. 340 à 343.

[3] Ibid., par. 344 à 350.

[4] Ibid., par. 371 à 373.

[5] Ibid., par. 374 et 375.

de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter étaient, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109, *k*); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal arbitral pour ce qui est de ces demandes (par. 107, *g*); la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix (par. 108, *c*); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York (par. 109, *i*); et le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts (par. 107, *j*). Il avait été noté avec satisfaction qu'en ce qui concerne les arbitrages "en ligne" (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance ont lieu au moyen de communications électroniques) (par. 113) le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (par. 107, *m*), on avait estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance[6].

4. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission avait pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle avait félicité celui-ci des progrès accomplis jusqu'à présent en ce qui concerne les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les questions ayant trait aux mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. S'agissant de la conciliation, la Commission avait noté que le Groupe de travail avait examiné les articles premier à 16 du projet de dispositions législatives types (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1). De l'avis général, on pouvait escompter que les travaux relatifs à ces dispositions seraient achevés par le Groupe de travail à sa session suivante. La Commission avait prié le Groupe de travail de poursuivre l'examen de ces dispositions à titre prioritaire, de sorte que l'instrument lui soit présenté sous la forme d'un projet de loi type pour examen et adoption à sa trente-cinquième session en 2002[7].

6. À sa trente-cinquième session, qui a eu lieu à Vienne en novembre 2001, le Groupe de travail a examiné un projet de dispositions législatives types relatives à la conciliation en se fondant sur les documents établis par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.115 et A/CN.9/WG.II/WP.116). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail concernant cette question sont consignées dans le document A/CN.9/506. Ayant terminé l'examen sur le fond du projet de dispositions législatives types relatives à la conciliation commerciale internationale, le Groupe de travail a prié le secrétariat de constituer un groupe de rédaction chargé de revoir l'ensemble du texte en vue d'assurer l'harmonisation des divers projets d'article dans les différentes versions linguistiques. La version finale du projet de dispositions qu'a approuvée le Groupe de travail figure en annexe au document A/CN.9/506, sous la forme d'un projet de loi type sur la conciliation commerciale internationale. Le secrétariat a été prié de réviser le texte du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la loi type, à la lumière des délibérations du Groupe de travail. On a noté que le projet de loi type de même que le projet de guide pour l'incorporation et l'utilisation seraient distribués aux États membres et aux observateurs afin qu'ils puissent formuler leurs commentaires et présentés à la Commission pour examen et adoption à sa trente-cinquième session, qui doit se tenir à New York du 17 au 28 juin 2002 (A/CN.9/506, par. 13).

7. En prévision de la trente-cinquième session de la Commission, le texte du projet de loi type approuvé par le Groupe de travail a été distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées afin qu'ils formulent leurs commentaires. Les commentaires qui, au 12 avril 2002, avaient été reçus de cinq gouvernements et d'une organisation non gouvernementale sont reproduits ci-après.

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

Bélarus

[*Original: russe*]

1. À l'alinéa *b* du paragraphe 4 de l'article premier, après les mots "Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle" ajouter "(le lieu où elle est habituellement située)". L'alinéa *b* du paragraphe 4 serait alors libellé comme suit:

> "*b*) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle (le lieu où elle est habituellement située) en tient lieu."

2. Ajouter l'article suivant au projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale:

> "La conciliation est réputée avoir abouti si le demandeur est parvenu à un accord avec le défendeur (a renoncé à sa demande), le défendeur est parvenu à un accord avec le demandeur (a accepté la demande) ou si les parties sont parvenues à un accord sur la base de concessions réciproques. Des concessions réciproques sur l'objet du litige sont possibles si elles ne sont pas contraires aux normes impératives du droit et à la nature du rapport juridique litigieux. Des concessions réciproques sont également autorisées concernant la répartition des frais engendrés par l'affaire ainsi que les délais et les modalités d'exécution par les parties des obligations que celles-ci ont assumées."

[6] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396.

[7] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 315.

Équateur

[*Original: espagnol*]

1. L'article X, intitulé "Suspension du délai de prescription", qui figure dans le document A/CN.9/506 dans la note de bas de page 3 correspondant à l'article 4 du projet de loi type et qui est censé être facultatif, devrait être inséré dans le corps même de la Loi type. En l'absence d'une disposition allant dans le sens de la disposition facultative susmentionnée, il y aurait, pour les États qui choisiraient de ne pas adopter cette disposition, interruption du délai de prescription, qui, à la fin d'une tentative de conciliation n'ayant pas abouti, devrait recommencer à courir à compter du premier jour, ce qui n'arriverait pas si la suspension était spécifiée.

2. À l'article 8, il serait préférable de supprimer les mots "ou l'un des membres du groupe", car ils ouvrent la possibilité pour l'un des conciliateurs (lorsqu'il y en a plus d'un) de rencontrer seul les parties, ensemble ou séparément, ou de communiquer ainsi avec elles. En autorisant une telle pratique, la Loi type ne contribuerait pas à la transparence nécessaire pour attester l'impartialité du conciliateur, même si celui-ci a été désigné par l'une des parties.

L'Équateur estime donc que la version initiale de l'article 8, celle que le Groupe de travail avait examinée à sa trente-cinquième session, devrait être maintenue.

France

[*Original: français*]

Article premier. Champ d'application et définitions

Paragraphe 3

1. La France est satisfaite du critère retenu pour le champ d'application de la Loi type: en faisant appel à l'internationalité intrinsèque, indépendamment de tout critère spatial, il présente tous les avantages de la simplicité.

Paragraphe 8

2. La France comprend que le projet, à la disposition des parties qui souhaitent se concilier, ne s'applique pas à la conciliation à l'initiative du juge étatique; il n'est donc pas nécessairement inutile d'y faire expressément figurer une telle exclusion.

Article 3. Dérogation conventionnelle

3. Cet article, qui précise celles des dispositions de ce texte — à valeur supplétive — qui ne peuvent être écartées, devrait également citer l'article 15, "Force exécutoire de l'accord issu de la conciliation". Il conviendra donc que le texte adopté comporte cet ajout.

Article 4. Début de la procédure de conciliation

4. L'existence de l'article X, optionnel, a le mérite de souligner la difficulté de la question de la prescription.

Article 14. Recours à la procédure arbitrale ou judiciaire

Paragraphe 1

5. Dans le souci de donner effet à la conciliation lorsqu'il y a une clause expresse de conciliation, la France propose que ce paragraphe soit libellé comme suit:

> "Lorsque les parties sont convenues de recourir à la conciliation, il est donné effet à cet engagement par le tribunal arbitral ou la juridiction étatique jusqu'à ce que *la preuve soit rapportée que la procédure a été engagée sans succès.*"

Article 15. Force exécutoire de l'accord issu de la conciliation

6. En l'état, cette disposition convient à la France. En revanche, s'il était envisagé de greffer une procédure arbitrale à partir de l'accord issu de la conciliation, elle s'y opposerait. Convertir un accord de conciliation en sentence arbitrale est en effet difficilement acceptable: cela reviendrait à donner à un acte entre deux personnes privées la même qualité qu'à un acte juridictionnel. De deux choses l'une, ou l'on transforme l'accord de conciliation en une "vraie" sentence arbitrale, mais dans ce cas on parle de force exécutoire d'une sentence en "bonne et due forme", avec comme conséquence un alourdissement extrême de la procédure et un surcoût pour les parties (ce qui est bien sûr contraire à l'esprit de la conciliation), ou il s'agit d'une sorte d'homologation arbitrale quasi automatique de l'accord de conciliation, mais dans ce cas, on laisse la porte ouverte à une certaine dérive, puisque le contrat (l'accord de conciliation) ne pourra être contrôlé par le juge étatique du pays où l'accord n'est invoqué que dans des cas très limités (*cf.* pour la France, l'article 1502 du Nouveau Code de procédure civile).

7. Pour répondre à cette préoccupation, la France propose le libellé suivant:

> "L'autorité de la chose jugée et/ou la force exécutoire de cet accord sont éventuellement reconnues ou accordées par la loi ou l'autorité compétente du pays dans lequel cet accord est invoqué."

Hongrie

[*Original: anglais*]

Article premier

Paragraphe 6

1. Les parties sont libres de convenir d'exclure l'applicabilité de la Loi type. La Hongrie estime qu'il faut que la procédure de conciliation soit régie par un minimum de dispositions législatives ayant force obligatoire, qui permettent d'assurer l'égalité entre les parties. Une législation permissive ne favoriserait pas cette condition. Si le paragraphe 6 devait demeurer inchangé, il faudrait faire en sorte que les parties soient autorisées à exclure l'applicabilité soit de l'ensemble de la Loi soit uniquement de certaines de ses dispositions. La dernière solution serait préférable.

Article 14

Paragraphe 1

2. Compte tenu de la législation hongroise actuelle concernant la procédure judiciaire, il est difficile de donner effet aux dispositions de ce paragraphe. Celles-ci ne pourraient être appliquées que si les parties l'acceptent de leur plein gré.

Article 15

3. Compte tenu de la Loi hongroise LIII de 1994, les dispositions de l'article 15 de la Loi type ne peuvent être appliquées en Hongrie. Conformément à l'article 10 du chapitre II de cette loi, la règle est que l'exécution judiciaire est ordonnée dans un document exécutoire. Les documents exécutoires sont: i) un certificat d'exécution délivré par une juridiction étatique; ii) un document ordonnant l'exécution délivré par une juridiction étatique; iii) une ordonnance de faire ou de ne pas faire ou une ordonnance de virement émanant d'une juridiction étatique, ou encore une injonction directe de la Cour d'appel ou de la Cour suprême. La loi restreint le nombre de documents exécutoires. Donner au procès-verbal de conciliation directement force exécutoire n'est pas conseillé, car cela pourrait produire les mêmes effets que si l'on donnait directement force exécutoire à un contrat.

4. Une solution pourrait être que la procédure de conciliation-médiation se déroule sous les auspices d'une cour permanente d'arbitrage. Le règlement de procédure de la Cour d'arbitrage hongroise (attachée à la Chambre de commerce et d'industrie hongroise) comporte les dispositions suivantes: "Sur requête conjointe des parties, le Président de la Cour d'arbitrage désigne comme arbitre unique le conciliateur-médiateur. L'arbitre unique rend une sentence qui contient l'accord conclu et signé par les parties". (Article 52, paragraphe 2, du Règlement de procédure de la Cour d'arbitrage attachée à la Chambre de commerce et d'industrie hongroise, entré en vigueur le 1er septembre 2001).

5. Il convient en outre de souligner que le procès-verbal de conciliation pourrait également être converti en une sentence arbitrale en dehors du cadre d'une procédure menée sous les auspices de la Cour permanente d'arbitrage. Après être parvenues à un accord à l'issue de la procédure de conciliation, les parties pourraient recourir à un arbitrage ad hoc et désigner le conciliateur comme arbitre unique. Dans ce cas, les parties pourraient transformer le procès-verbal de conciliation en une sentence arbitrale qui pourrait être exécutée sans aucune difficulté.

Turquie

[*Original: anglais*]

1. L'article 5 du projet, intitulé "Nombre de conciliateurs", ne comporte aucune disposition concernant la participation du groupe de conciliateurs à l'élaboration de l'accord entre les parties de façon à assurer le déroulement harmonieux de la procédure de conciliation. Il y a là une faille au niveau du domaine d'application de la loi.

2. La Turquie estime que l'obligation de confidentialité imposée à l'article 10 concernant les informations relatives à la procédure de conciliation devrait être élargie de façon à couvrir, outre les images et les noms et les secrets commerciaux ou autres informations ne devant pas être divulguées par les parties, la teneur du procès-verbal de conciliation.

3. S'agissant du paragraphe 3 de l'article 11, qui porte sur la divulgation des informations et pièces communiquées au cours de la procédure de conciliation, la Turquie suggère d'y insérer un membre de phrase indiquant que ces informations et pièces peuvent être divulguées non seulement dans la mesure exigée par la loi ou aux fins de l'application ou de l'exécution de l'accord constaté par le procès-verbal de conciliation, mais également avec "l'accord des parties".

4. Afin d'éviter l'utilisation des informations et pièces que le conciliateur a reçues des parties dans le cadre de sa mission, l'article 13 du projet dispose que le conciliateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre dans une procédure d'arbitrage postérieure à la procédure de conciliation. La Turquie propose d'ajouter, dans cette disposition, une procédure judiciaire postérieure à la procédure de conciliation et de préciser que le conciliateur, auquel l'article 11 fait interdiction de divulguer les informations qu'il a reçues, outre qu'il ne peut assumer les fonctions d'arbitre, ne peut représenter aucune des parties ou lui servir d'avocat.

5. La Turquie estime qu'il faudrait ajouter au projet un article concernant les frais engendrés par la procédure de conciliation.

6. Le projet ne comporte aucune disposition indiquant ce qu'il adviendrait de la procédure de conciliation en cas de décès ou de démission du conciliateur et il n'indique pas non plus les modalités de désignation d'un nouveau conciliateur.

B. Organisation intergouvernementale

Cour permanente d'arbitrage

[*Original: anglais*]

1. Le présent commentaire traite dans sa première partie de l'article 4 du projet final présenté par le Groupe de travail sur l'arbitrage (A/CN.9/506, annexe). La deuxième partie comporte en outre des observations concernant l'article premier qui sont liées aux observations concernant l'article 4 faites dans la première partie.

Article 4

2. L'article 4 est libellé comme suit:

"*Article 4. Début de la procédure de conciliation*

"1. Sauf convention contraire des parties, la *procédure de conciliation* portant sur un litige particulier déjà né *débute* le jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure.

"2. *Si la partie qui a invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation* dans les trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, *elle peut choisir de considérer cette absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation.*"

3. Le paragraphe 2 de l'article 4 ne devrait pas s'appliquer lorsque, comme c'est normalement le cas, la procédure de conciliation est ouverte conformément à une convention antérieure des parties par laquelle celles-ci s'engagent à recourir à la conciliation en cas de litige (par exemple une clause de conciliation insérée dans un contrat commercial). L'invitation à la conciliation ne devrait avoir à être acceptée que lorsque les parties ne sont pas déjà convenues de régler un éventuel litige par voie de conciliation. Dans un tel cas, l'assentiment de l'autre partie est bien sûr nécessaire. Mais contrairement à la conciliation ouverte sur la base d'une convention de conciliation antérieure, ce cas de figure est rare. Inviter une partie à la conciliation, une fois que le litige est né, risque d'être considéré par l'autre partie comme un signe de faiblesse.

4. Ce problème ne se pose pas lorsque les parties ont antérieurement conclu une convention de conciliation. Dans un tel cas, les parties ne devraient pas avoir besoin de donner leur assentiment pour qu'une procédure de conciliation soit ouverte lorsque naît un litige. Ménager la possibilité de refuser la procédure de conciliation serait priver la convention de conciliation initiale de toute signification. La convention initiale devrait faire obligation aux parties de désigner un conciliateur ou un groupe de conciliateurs et de se réunir au moins une fois avec le conciliateur ou le groupe de conciliateurs.

5. Les règlements de conciliation modernes font produire de tels effets à la convention de conciliation. Par exemple, le Règlement de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle dispose en son article 18:

"La procédure de médiation prend fin

"...

"iii) par une déclaration écrite d'une partie, faite à tout moment entre sa participation à la première réunion entre les parties et le médiateur...".

De même, la Procédure de médiation du Center for Public Resources de New York pour la résolution des différends précise à l'alinéa *b* de l'article 3 qu'une partie peut se retirer uniquement "après avoir assisté à la première réunion".

Il est aussi indiqué à la page 20 du Guide des modes alternatifs de règlement des conflits de la Chambre de commerce internationale, qui accompagne le nouveau Règlement (2001), concernant l'article 2.A:

"Lorsqu'il existe un accord pour recourir au Règlement:

"... les parties... ne peuvent se retirer de la procédure avant qu'ait eu lieu la première discussion avec le Tiers".

6. Non seulement l'article 4 mais aussi les articles 12 et 6 du projet final du Groupe de travail devront être modifiés si les exemples mentionnés au paragraphe 5 ci-dessus sont suivis.

Article 12

7. L'article 12 traite de la "fin de la procédure de conciliation". Aux termes de cet article, "la procédure de conciliation prend fin" pour les motifs énumérés aux alinéas *a* à *d*. Le motif énoncé à l'alinéa *d* est le retrait de la procédure de conciliation par une partie "par une déclaration écrite d'une partie".

8. La possibilité d'un retrait unilatéral devrait être maintenue, mais le retrait devrait pouvoir se faire uniquement "par une déclaration écrite d'une partie adressée à l'autre partie et au conciliateur ou au groupe de conciliateurs *après la première réunion avec ceux-ci*".

Article 6

9. L'article 6 traite de la "nomination des conciliateurs". Il ne garantit pas qu'un conciliateur sera nommé en toutes circonstances. Le paragraphe 4 prévoit uniquement l'assistance "d'un organisme ou d'une personne approprié(e) lorsque les parties cherchent à nommer une personne ayant les qualités requises. Toutefois, cet organisme ou cette personne devraient également servir d'autorité de nomination lorsque les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord pour désigner le conciliateur.

10. Pour les cas dans lesquels les parties ne parviennent pas à nommer un conciliateur, l'article 6 devrait prévoir la même solution de rechange que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI: la nomination par un organisme ou une personne agissant en tant qu'autorité de nomination. Les parties pourraient choisir d'un commun accord l'autorité de nomination; si elles ne parvenaient pas à se mettre d'accord, l'autorité de nomination serait désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage.

2. Observations concernant l'article premier liées aux observations faites dans la première partie ci-dessus

Article premier

Paragraphe 8

1. L'article premier, intitulé "Champ d'application et définitions", *exclut au paragraphe 8* l'application de la Loi type dans les "cas dans lesquels un juge *ou un arbitre*... tente de faciliter un règlement".

2. Cette disposition reconnaît qu'un arbitre peut assumer les fonctions de conciliateur afin de faciliter la recherche d'un règlement. Néanmoins, l'arbitre a été nommé pour *trancher* le litige. Avoir servi de conciliateur le mettra dans une position délicate si la tentative de règlement échoue. Par exemple, *quid* de la confidentialité des informations reçues des parties durant cette tentative? *Quid* de la confidentialité de ce qui aura pu être reconnu par les parties au cours de la conciliation si la procédure arbitrale reprend parce qu'aucun règlement n'a pu être obtenu? Il y a aussi

un risque de récusation de l'arbitre si, pendant l'intermède de la conciliation, l'une des parties a eu le sentiment que celui-ci ne s'était pas montré impartial. Les mots "ou un arbitre" devraient donc être supprimés au paragraphe 8 de l'article premier.

3. La Loi type interdit au conciliateur d'assumer les fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties (article 13). Il faudrait de même faire interdiction à un arbitre d'assumer temporairement les fonctions de conciliateur, sauf convention contraire des parties. La Cour permanente d'arbitrage propose d'ajouter un article à cet effet.

4. Dans la pratique de l'arbitrage, il arrive effectivement que les parties demandent aux arbitres, qui connaissent déjà bien leur affaire, de les aider à chercher à se concilier. Les arbitres ne devraient pas accepter une telle invitation. À la place, ils pourraient suspendre la procédure d'arbitrage pendant une courte période et recommander aux parties d'engager une procédure de conciliation sur la base d'un bon règlement de conciliation, avec l'assistance d'un tiers qualifié spécialisé dans la conciliation.

5. Vu l'autorité du tribunal arbitral, les parties seraient sans doute disposées à accepter cette recommandation. Si la tentative de conciliation devait aboutir, le tribunal arbitral pourrait, à la demande des parties, incorporer l'accord issu de la conciliation dans une sentence rendue d'accord partie. Voir en outre *Quo Vadis Arbitration?* (1999), 372 à 374.

Article premier

Paragraphe 7

6. Le paragraphe 7 de l'article premier prévoit que la Loi type s'applique dans plusieurs cas "sans préjudice des dispositions du paragraphe 8". La Loi type s'applique avant tout à une convention de conciliation conclue par les parties "avant ou après la survenance d'un litige". Il a été question de la convention de conciliation dans la première partie ci-dessus. Selon le paragraphe 7, la Loi type s'applique également *en cas "d'obligation légale" de recourir à la conciliation*.

7. Cette disposition fait que la Loi type, une fois incorporée dans le droit interne, sera applicable à une obligation de conciliation établie par un autre droit interne. La version actuelle du projet, qui exige que les parties conviennent à nouveau d'engager une procédure de conciliation une fois un litige survenu, ne devrait pas s'appliquer dans les cas où il y a une obligation légale de conciliation.

8. La Loi type s'applique également *en cas de demande ou d'invitation d'une juridiction étatique, d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente*.

La juridiction étatique

9. Lorsqu'une procédure de conciliation a été ordonnée par une juridiction étatique, une partie ne devrait pas pouvoir aller à l'encontre de cette demande en refusant la procédure.

Le tribunal arbitral

10. Il en va de même lorsque le tribunal arbitral a demandé aux parties de négocier en vue de régler leur litige ou les y a invitées.

Une entité publique compétente

11. Une partie ne devrait pas non plus pouvoir aller à l'encontre de la demande d'une telle entité en refusant la procédure de conciliation.

12. Dans tous ces cas, la procédure de conciliation serait engagée sans que les parties aient conclu au préalable une convention de conciliation. En outre, dans tous ces cas, un conciliateur ou des conciliateurs devraient être désignés et une première réunion avec le conciliateur ou les conciliateurs devrait avoir lieu avant qu'une partie puisse se retirer de la procédure de conciliation.

13. Dans le cadre de la Loi type, le même régime de conciliation devrait s'appliquer aux situations décrites dans la première et la deuxième partie.

Conclusion

14. Le projet de loi type sur la conciliation commerciale internationale, tel que soumis à l'approbation de la Commission, devrait être modifié comme suggéré dans la première partie. Le même régime s'appliquerait alors à la conciliation faisant suite à une convention de conciliation préalable et à la conciliation ayant lieu dans les cas mentionnés dans la deuxième partie.

A/CN.9/513/Add.1

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type sur la conciliation commerciale internationale

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Page

I. Introduction 151

II. Compilation des commentaires 151
A. États 151
Philippines 151

I. INTRODUCTION

1. En vue de la trente-cinquième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), le texte du projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale a été distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées afin que ceux-ci puissent formuler leurs commentaires. Il a été approuvé par le Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-cinquième session et annexé au rapport sur les travaux de cette session (A/CN.9/506). Des commentaires supplémentaires reçus d'un gouvernement le 30 avril 2002 sont reproduits ci-après.

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

Philippines

[*Original: anglais*]

Article premier. Champ d'application et définitions

"1. La présente Loi s'applique à la conciliation *commerciale* internationale."

1. La définition du terme "commercial" devrait être insérée dans le corps même du projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (le "projet de loi"). L'inclusion de cette définition est en effet nécessaire pour délimiter le champ d'application du projet de loi proposé ainsi que pour déterminer si une opération est vraiment commerciale ou non.

"2. Aux fins de la présente Loi, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne, ou à un groupe de personnes, de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport. Le conciliateur ou le groupe de conciliateurs n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige."

2. S'il est certes bon que le conciliateur ou le groupe de conciliateurs n'aient pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige, il est souhaitable que ceux-ci soient au moins expressément autorisés à faire des propositions non contraignantes en vue de résoudre le litige, sous réserve de l'accord des parties. Cela accélérerait le règlement du litige.

"3. Une conciliation est internationale si:

"*a*) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

"*b*) L'État dans lequel les parties ont leur établissement est différent:

"i) Soit de l'État dans lequel une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale doit être exécutée;

"ii) Soit de l'État avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit."

3. Il conviendrait de développer, en les précisant, les expressions "partie substantielle des obligations" et "lien le plus étroit". Il peut arriver qu'un seul contrat prévoie une série d'opérations qui en font toutes partie intégrante et dont la réalisation constitue une partie substantielle de l'exécution de l'obligation.

"8. La présente Loi ne s'applique pas:

"*a*) Aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant l'instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement; ni

"*b*) [...]."

4. Il faudrait préciser si la disposition s'applique aux cas dans lesquels, alors que la procédure de conciliation a déjà commencé, une partie au litige intente une procédure judiciaire pour préserver ses droits. En outre, on ne sait pas si la juridiction étatique pourra ne tenir aucun compte des conclusions sur lesquelles a débouché la procédure de conciliation et apprécier seule les faits afin de trancher le litige.

Article 6. Nomination des conciliateurs

"6. Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité de conciliateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure de conciliation, le conciliateur signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait."

5. La dernière phrase de la disposition précitée pourrait donner lieu à des abus et devrait être modifiée de sorte que le conciliateur nommé soit toujours tenu d'informer personnellement les parties des circonstances pouvant compromettre son impartialité ou son indépendance en qualité de conciliateur, même lorsque ces circonstances sont déjà connues des parties. L'article 6 devrait en outre comporter des dispositions sur les qualifications, le remplacement et les incapacités du conciliateur.

Article 8. Communication entre le conciliateur et les parties

"Sauf convention contraire des parties, le conciliateur, le groupe de conciliateurs ou l'un des membres du groupe peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément."

6. Il convient de noter que le paragraphe 2 de l'article 9 du Règlement de conciliation de la CNUDCI dispose:

"À moins que les parties ne soient convenues du lieu où doivent se tenir les rencontres avec le conciliateur, ce lieu est déterminé par le conciliateur, après consultation des parties, compte tenu des circonstances de la procédure de conciliation."

Article 11. Recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure

"1. Sauf convention contraire des parties, une partie qui a participé à la procédure de conciliation ou un tiers, y compris un conciliateur, ne peut, dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue, invoquer ou présenter l'un des éléments de preuve mentionnés ci-après ni témoigner à leur sujet:

"*a*) Une invitation à la conciliation adressée par une partie ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de conciliation;

"*b*) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation concernant une solution éventuelle du litige;

"*c*) Les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;

"*d*) Les propositions faites par le conciliateur;

"*e*) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le conciliateur;

"*f*) Un document établi aux seules fins de la procédure de conciliation."

7. Il est proposé d'indiquer dans le projet de loi que le procès-verbal de conciliation signé peut être présenté comme élément de preuve concernant la procédure de conciliation elle-même. Il est à noter que l'accord qu'il constate constitue un contrat qui lie les parties au litige réglé.

Article 15. Force exécutoire du procès-verbal de conciliation

"Si les parties parviennent à un accord réglant leur litige et le signent, cet accord est contraignant, et le procès-verbal qui le constate vaut titre exécutoire... [*l'État adoptant insère une description du mode d'exécution des procès-verbaux de conciliation ou renvoie aux dispositions qui régissent une telle exécution*]."

8. Il est proposé de remplacer le mot "contraignant" par les mots "définitif et contraignant" pour bien indiquer la force du procès-verbal de conciliation et insister ainsi sur le fait qu'on ne peut y passer outre ni le modifier arbitrairement.

A/CN.9/513/Add.2

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type sur la conciliation commerciale internationale

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Page

I. Introduction 153

II. Compilation des commentaires 153
A. États 153
Maroc 153

I. INTRODUCTION

1. En vue de la trente-cinquième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), le texte du projet de loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale a été distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées afin que ceux-ci puissent formuler leurs commentaires. Il a été approuvé par le Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-cinquième session et annexé au rapport sur les travaux de cette session (A/CN.9/506). Des commentaires supplémentaires reçus d'un gouvernement après la date limite du 15 mars 2002 sont reproduits ci-après.

II. COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

Maroc

[*Original: français*]

1. Le projet constitue une plate forme juridique en mesure d'aider les pays à introduire des modifications dans leur adaptation avec l'évolution actuelle.

2. Il convient de signaler à ce sujet que les dispositions de ce projet donnent aux États, qui désirent intégrer cette loi dans leur droit interne, la possibilité de l'adapter et de la modifier en fonction de leurs propres spécificités.

3. Certains points soulèvent les interrogations suivantes:

a) Pour bien déterminer la force exécutoire de la procédure de conciliation, on peut se demander si la conciliation est obligatoire ou facultative?

b) La justice interne peut-elle adopter les documents, les déclarations et les exposés, présentés lors de la procédure de conciliation?

4. Il convient de reformuler le titre de l'article 1 de la manière suivante "Définitions et champ d'application".

5. Intégrer les définitions des trois expressions "conciliation", "commercial" et "international" dans l'article 1.

6. La question de la force exécutoire de l'accord, conclu entre les parties lors de la conciliation, soulève la question des procédures de son exécution.

7. Les autorités marocaines compétentes estiment que ce projet va dans le sens de la recherche d'un cadre législatif convenable pour la résolution des litiges commerciaux, caractérisé par son ouverture sur les procédures extra-judiciaires, rapides, simples et plus adaptées avec la nature de ces conflits.

H. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale

(A/CN.9/514) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Objet du Guide	1-4	154
II.	Introduction à la Loi type	5-25	154
	A. La notion de conciliation et l'objet de la Loi type	5-10	154
	B. La Loi type en tant qu'instrument d'harmonisation des législations	11-12	155
	C. Considérations générales et historique	13-17	155
	D. Champ d'application	18-19	156
	E. Structure de la Loi type	20-23	156
	F. Assistance du secrétariat de la CNUDCI	24-25	156
III.	Observations article par article	26-81	157
	Article premier. Champ d'application	26-35	157
	Article 2. Interprétation	36-37	159
	Article 3. Dérogation conventionnelle	38	159
	Article 4. Début de la procédure de conciliation	39-44	160
	Article 5. Nombre de conciliateurs	45	161
	Article 6. Nomination des conciliateurs	46-48	161
	Article 7. Conduite de la conciliation	49-53	162
	Article 8. Communications entre le conciliateur et les parties	54-55	163
	Article 9. Divulgation d'informations entre les parties	56-57	163
	Article 10. Obligation de confidentialité	58-60	163

		Paragraphes	*Page*
Article 11.	Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure	61-68	164
Article 12.	Fin de la procédure de conciliation	69	166
Article 13.	Conciliateur assurant les fonctions d'arbitre	70-74	166
Article 14.	Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	75-76	167
Article 15.	Force exécutoire de l'accord issu de la conciliation	77-81	167

I. OBJET DU GUIDE

1. Lorsqu'elle a élaboré et adopté les dispositions législatives types relatives à la conciliation commerciale internationale, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était consciente du fait que, pour les États qui modernisent leur législation, ces dispositions seraient un outil plus efficace si elles étaient accompagnées d'informations sur les travaux préparatoires et d'explications. La Commission était aussi consciente du fait que les dispositions types seraient probablement utilisées dans certains cas par des États peu familiarisés avec la conciliation comme mode de règlement des litiges. Destinées principalement aux services gouvernementaux et aux législateurs qui préparent les amendements à apporter à la législation, les informations données dans le présent Guide devraient également être utiles à d'autres utilisateurs, notamment les parties à des opérations commerciales, les praticiens, les universitaires et les juges.

2. Le présent Guide a été établi, en grande partie, sur la base des travaux préparatoires de la Loi type. Il explique pourquoi les dispositions qui ont été retenues constituent des éléments essentiels d'un mécanisme législatif de nature à atteindre les objectifs de la Loi type. Lorsqu'elle a élaboré les dispositions types, la Commission est partie du principe que le texte de la Loi type serait accompagné d'explications. Par exemple, un certain nombre de points ne sont pas réglés dans la Loi type mais sont traités dans le Guide, qui est conçu pour apporter des orientations supplémentaires aux États qui souhaitent incorporer celle-ci dans leur droit interne. Il pourrait aussi aider les États à déterminer les dispositions qu'il conviendrait, le cas échéant, de modifier pour tenir compte de conditions qui leur sont propres.

3. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne a été établi par le secrétariat à la demande de la CNUDCI. Il prend en compte les délibérations et les décisions de la Commission à la session à laquelle la Loi type a été adoptée, ainsi que les délibérations du Groupe de travail sur l'arbitrage, qui a réalisé les travaux préparatoires.

4. [La Commission a adopté le Guide le [insérer la date]]. [La Commission a approuvé le Guide le [insérer la date] en vue de sa publication sous la responsabilité du secrétariat.]

II. INTRODUCTION À LA LOI TYPE

A. La notion de conciliation et l'objet de la Loi type

5. Le terme "conciliation" est employé dans la Loi type au sens large de procédure par laquelle une personne ou un groupe de personnes aide des parties à régler un litige à l'amiable. Il y a d'importantes différences entre les modes de règlement des litiges que sont la négociation, la conciliation et l'arbitrage. Lorsqu'un litige survient, les parties cherchent en général à le régler par voie de négociation sans intervention extérieure. Si la négociation n'aboutit pas, elles disposent d'un éventail de mécanismes de règlement des litiges, dont l'arbitrage et la conciliation.

6. Dans l'arbitrage, les parties confient la procédure de règlement du litige et la solution de ce dernier à un tribunal arbitral dont la décision s'impose à elles. La conciliation diffère de la négociation entre les parties en ce qu'il est fait appel à un ou plusieurs tiers indépendants et impartiaux pour régler le litige. Elle diffère de l'arbitrage en ce que les parties gardent totalement le contrôle de la procédure et de son résultat et en ce qu'il ne s'agit pas d'une procédure juridictionnelle. Dans la conciliation, le conciliateur aide les parties en litige à négocier un règlement de nature à satisfaire leurs besoins et leurs intérêts (voir A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 11). La conciliation est un processus totalement consensuel: les parties déterminent comment régler leur litige avec l'assistance d'un tiers neutre, lequel n'a pas le pouvoir de leur imposer une solution.

7. Dans la pratique, les procédures dans lesquelles les parties reçoivent l'aide d'un tiers pour régler un litige sont désignées par des termes tels que la conciliation, la médiation ou des termes analogues. On a aussi recours à la notion de "règlement non juridictionnel des litiges" pour renvoyer collectivement aux diverses techniques et adaptations des procédures de règlement des litiges par des méthodes conciliatoires plutôt que par une méthode juridictionnelle telle que l'arbitrage. Dans la Loi type, le terme "conciliation" englobe toutes ces procédures. Dans la mesure où elles présentent les caractéristiques susmentionnées, ces méthodes de "règlement non juridictionnel des litiges" sont aussi visées par la Loi type (voir A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 14).

8. La conciliation est de plus en plus employée pour le règlement des litiges dans diverses parties du monde, y compris dans des régions où elle n'était pas courante il y a encore dix ou vingt ans. Elle est aussi de plus en plus encouragée par la justice étatique et de plus en plus utilisée pour régler les litiges administratifs et les litiges au sein des collectivités et dans les milieux commerciaux. Cette tendance est attestée, par exemple, par la création d'un certain nombre d'organismes publics ou privés qui offrent aux parties intéressées des services visant à favoriser le règlement amiable des litiges. Parallèlement, dans diverses régions du monde, on s'emploie activement à promouvoir la conciliation comme mode de règlement des litiges, et la mise en place, dans divers pays, d'une légis-

lation nationale en matière de conciliation a suscité un débat en faveur de l'adoption, au niveau international, de solutions juridiques harmonisées de nature à faciliter la conciliation (voir A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 15).

9. La procédure de conciliation fait l'objet d'un certain nombre de règlements d'institutions arbitrales et d'institutions spécialisées dans l'administration de divers modes non juridictionnels de solution des litiges ainsi que du Règlement de conciliation de la CNUDCI, que la Commission a adopté en 1980. Ce Règlement de conciliation est largement utilisé et a servi de modèle pour l'élaboration du règlement de nombreuses institutions (voir A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 12). On a néanmoins estimé qu'il serait utile, en complément de ces règlements, d'élaborer des règles législatives uniformes visant à promouvoir un recours accru à la conciliation. On a noté que, si certaines questions, telles que la recevabilité de certains éléments de preuve dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure ou le rôle du conciliateur dans une procédure ultérieure, pourraient généralement être résolues par référence à un règlement comme le Règlement de conciliation de la CNUDCI, dans bien des cas les parties ne se seraient pas entendues sur un tel règlement. La conciliation pourrait donc être favorisée par l'établissement de dispositions législatives facultatives, qui s'appliqueraient lorsque les parties souhaitaient se concilier mais ne s'étaient pas entendues sur un règlement de conciliation. En outre, dans les pays où les accords concernant la recevabilité de certains types d'éléments de preuve avaient un effet incertain, une législation uniforme pourrait utilement clarifier les choses. On a de plus souligné qu'en ce qui concerne certaines questions, telles que la facilitation de l'exécution des accords résultant de la conciliation, la prévisibilité et la sécurité juridique requises pour favoriser la conciliation ne pourraient être atteintes que par le biais de dispositions législatives[a].

10. Les procédures de conciliation peuvent différer légèrement dans la forme selon ce qui est jugé être le mieux à même de favoriser un règlement entre les parties. Les dispositions régissant ces procédures, qui sont exposées dans la Loi type, ont été conçues de façon qu'il puisse être tenu compte de ces différences et qu'il soit laissé aux parties et aux conciliateurs la latitude voulue pour mener la procédure de conciliation comme ils le jugent approprié. Pour l'essentiel, les dispositions cherchent à établir un équilibre entre la protection de l'intégrité du processus de conciliation, par exemple en faisant en sorte que les attentes des parties concernant la confidentialité de la procédure soient satisfaites, et le maintien du maximum de souplesse grâce à la préservation de l'autonomie des parties.

B. La Loi type en tant qu'instrument d'harmonisation des législations

11. Une loi type est un texte législatif qu'il est recommandé aux États d'incorporer dans leur droit interne. Contrairement à une convention internationale, une loi type ne contraint pas l'État qui l'adopte à en aviser l'Organisation des Nations Unies ou les autres États qui peuvent l'avoir également adoptée. Les États sont néanmoins fortement encouragés à informer le secrétariat de la CNUDCI de l'adoption de toute loi fondée sur la nouvelle Loi type (ou sur toute autre loi type issue des travaux de la CNUDCI).

12. Lorsqu'il l'incorpore dans son système juridique, un État peut modifier le texte de la Loi type ou supprimer certaines des dispositions. Dans le cas d'une convention, les possibilités de modification du texte uniforme par les États parties (normalement par le biais de "réserves") sont beaucoup plus restreintes; les conventions dans le domaine du droit commercial, en particulier, interdisent habituellement toute réserve ou n'en autorisent qu'un tout petit nombre sur des points spécifiques. La souplesse inhérente à une loi type est particulièrement souhaitable lorsqu'il y a lieu de penser que l'État désirera apporter diverses modifications au texte uniforme avant de l'incorporer dans son droit interne. Certaines modifications sont probables, notamment lorsque le texte uniforme est étroitement lié au système procédural et judiciaire national. Du fait de cette souplesse, cependant, une loi type offrira, selon toute probabilité, un degré et une assurance d'harmonisation moindres qu'une convention. En raison de la souplesse inhérente à cet instrument, il est probable que les États seront plus nombreux à incorporer une loi type dans leur droit interne qu'à adhérer à une convention. Dans l'intérêt de l'harmonisation et de la sécurité juridique, les États sont invités à s'efforcer d'apporter aussi peu de changements que possible au texte de la nouvelle Loi type lorsqu'ils l'incorporeront dans leur système juridique; s'ils apportent néanmoins des changements, ceux-ci devraient respecter les principes de base de la Loi type. Rester le plus près possible du texte uniforme présente le gros avantage de rendre le droit interne aussi transparent et familier que possible aux yeux des parties, conseillers et conciliateurs étrangers qui participent à la conciliation dans l'État adoptant.

C. Considérations générales et historique

13. Les échanges commerciaux internationaux se sont rapidement développés depuis qu'un nombre croissant d'entreprises, y compris de petites et moyennes entreprises, effectuent des opérations internationales. Avec le recours croissant au commerce électronique, qui franchit fréquemment les frontières nationales, il est devenu impérieux de disposer de systèmes de règlement des litiges efficaces. La CNUDCI a élaboré la Loi type afin d'aider les États à mettre au point des procédures de règlement des litiges qui soient moins coûteuses, favorisent le maintien d'un climat de coopération entre partenaires commerciaux, préviennent la survenance de nouveaux litiges et renforcent la sécurité juridique dans les échanges internationaux. En adoptant la Loi type et en faisant connaître ses objectifs aux parties qui participent au commerce international, on encouragera celles-ci à chercher à régler leurs litiges en recourant à des modes de règlement non juridictionnels, ce qui contribuera à plus de stabilité sur les marchés.

14. Les objectifs de la Loi type, qui sont notamment d'encourager le recours à la conciliation et de faire en sorte que celle-ci se déroule dans des conditions plus prévisibles et plus certaines, sont essentiels pour abaisser les coûts et renforcer l'efficacité des échanges internationaux.

[a] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 342.

15. La Loi type a été élaborée compte tenu de l'utilisation croissante de la conciliation comme mode de règlement des litiges commerciaux. Elle a également été conçue afin de fournir des règles uniformes appelées à régir la procédure de conciliation. Dans de nombreux pays, les règles régissant la conciliation sont éparpillées dans divers textes législatifs ou réglementaires, dans lesquels des approches divergentes sont adoptées sur des questions telles que la confidentialité et le privilège relatif à la preuve et les dérogations en la matière. L'uniformité des règles sur ces question contribue à une plus grande intégrité de la procédure de conciliation et à l'élimination des incertitudes. Les avantages de l'uniformité sont d'autant plus grands lorsque la conciliation se déroule sur l'Internet, cas dans lequel la loi applicable n'est pas nécessairement évidente.

16. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie d'une note du secrétariat intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore davantage le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et à l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage. La Commission avait confié la tâche à son Groupe de travail sur l'arbitrage et avait décidé que l'un des points dont celui-ci devrait traiter en priorité serait la conciliation. L'élaboration de la Loi type s'est échelonnée sur trois sessions du Groupe de travail: les trente-troisième, trente-quatrième et trente-cinquième sessions (A/CN.9/485, A/CN.9/487 et A/CN.9/506, respectivement).

17. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a achevé l'examen des dispositions et a examiné le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne. Le secrétariat a été prié de réviser le texte du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type en se fondant sur les délibérations du Groupe de travail. On a noté que le projet de loi type et le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation seraient distribués aux États membres et aux observateurs afin que ceux-ci puissent faire part de leurs commentaires, et seraient présentés à la Commission pour examen et adoption à sa trente-cinquième session, qui devait se tenir à New York du 17 au 28 juin 2002 (voir A/CN.9/506, par. 13). [*Note du secrétariat: cette session consacrée à l'historique de la Loi type sera complétée après l'examen final et l'adoption du projet par la Commission.*]

D. Champ d'application

18. Lorsqu'elle a élaboré la Loi type et traité le sujet dont elle était saisie, la Commission avait à l'esprit une conception large de la conciliation que pourraient aussi recouvrir les termes "médiation", "règlement non juridictionnel des litiges", "évaluation neutre" et des termes analogues. Son intention est que la Loi type soit applicable à un très large éventail de litiges commerciaux. La Commission est convenue que l'expression "conciliation commerciale internationale" devait figurer dans l'intitulé de la Loi type. Le terme "conciliation" est défini au paragraphe 2 de l'article premier et les termes "commerciale" et "internationale" sont définis respectivement dans une note de bas de page concernant l'article premier et au paragraphe 3 de cet article. Bien que le champ d'application de la Loi type soit limité aux litiges à la fois commerciaux et internationaux, les États pourraient envisager d'étendre celui de leur législation fondée sur la Loi type aux litiges commerciaux internes et à certains litiges non commerciaux (voir la note de bas de page 1 concernant l'article premier).

19. La Loi type devrait être considérée comme un ensemble de dispositions équilibré et autonome et pourrait être incorporée dans le droit interne dans une loi distincte ou dans le cadre d'une loi concernant le règlement des litiges.

E. Structure de la Loi type

20. La Loi type comporte des définitions, des procédures, et des directives concernant des questions connexes qui tiennent compte de l'importance du contrôle exercé par les parties sur la procédure et son résultat.

21. L'article premier délimite le champ d'application de la Loi type et définit la conciliation en général et la conciliation internationale en particulier. Des dispositions de ce type seraient généralement insérées dans une loi portant sur l'éventail de questions visées par la Loi type. L'article 2 apporte des orientations pour l'interprétation de la Loi type. L'article 3 dispose expressément que les parties peuvent convenir de modifier l'une quelconque des dispositions de la Loi type, à l'exception de l'article 2 et du paragraphe 3 de l'article 7.

22. Les articles 4 à 12 portent sur les aspects ayant trait à la procédure. Leurs dispositions s'appliqueront en particulier dans les situations où les parties n'ont pas opté pour un règlement de conciliation, et elles ont donc un caractère supplétif. Elles sont aussi destinées à aider les parties qui sont convenues d'une procédure de règlement de leurs éventuels litiges et revêtent alors un caractère complémentaire.

23. Les autres dispositions de la Loi type (articles 12 à 15) traitent de questions qui peuvent se poser après la conciliation afin d'éviter les incertitudes qui résulteraient de l'absence de dispositions législatives les concernant.

F. Assistance du secrétariat de la CNUDCI

24. Dans le cadre de ses activités de formation et d'assistance, le secrétariat de la CNUDCI pourra fournir une assistance technique aux gouvernements élaborant une législation fondée sur la Loi type, comme il le fait déjà pour aider les gouvernements qui envisagent d'adopter une législation fondée sur d'autres lois types de la CNUDCI ou qui souhaitent adhérer à l'une des conventions de droit commercial international élaborées par la CNUDCI.

25. Le secrétariat, dont l'adresse est indiquée ci-dessous, est tout disposé à donner davantage de renseignements concernant la Loi type, ainsi que le Guide et d'autres lois types et conventions issues des travaux de la CNUDCI. Il accueillera avec satisfaction toutes observations relatives à la Loi type et au Guide, ainsi que tout renseignement concernant l'adoption d'une législation fondée sur la Loi type.

Secrétariat de la CNUDCI
Organisation des Nations Unies
Centre international de Vienne
B.P. 500
A-1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (43-1) 26060- 4060 ou 4061
Télécopieur: (43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org
Page d'accueil sur l'Internet: www.uncitral.org/

III. OBSERVATIONS ARTICLE PAR ARTICLE

Article premier. Champ d'application

1. La présente Loi s'applique à la conciliation commerciale[1] internationale[2].

2. Aux fins de la présente Loi, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne, ou à un groupe de personnes, de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport. Le conciliateur ou le groupe de conciliateurs n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige.

3. Une conciliation est internationale si:

a) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

b) L'État dans lequel les parties ont leur établissement est différent:

i) Soit de l'État dans lequel une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale doit être exécutée;

ii) Soit de l'État avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit.

4. Aux fins du présent article:

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

5. La présente Loi s'applique également à une conciliation commerciale lorsque les parties conviennent que la conciliation est internationale ou se mettent d'accord sur l'applicabilité de la présente Loi.

6. Les parties sont libres de convenir d'exclure l'applicabilité de la présente Loi.

7. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 8 du présent article, la présente Loi s'applique quelle que soit la base sur laquelle la conciliation est menée, notamment un accord entre les parties conclu avant ou après la survenance d'un litige, une obligation légale, ou la demande ou l'invitation d'une juridiction étatique, d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente.

8. La présente Loi ne s'applique pas:

a) Aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant l'instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement; ni

b) […].

26. L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type en le restreignant expressément à la conciliation commerciale internationale. Il définit les termes "conciliation" et "internationale" et permet de déterminer l'établissement d'une partie lorsqu'elle en a plusieurs ou n'en a aucun.

27. Lors de l'élaboration de la Loi type, il a généralement été convenu que les règles uniformes ne devaient s'appliquer que dans le domaine commercial (voir A/CN.9/468, par. 21, A/CN.9/485, par. 113 à 116 et A/CN.9/487, par. 89). Le terme "commercial" est défini de façon générale dans la note 2 se rapportant au paragraphe 1 de l'article premier. Cette note a pour objet de donner une définition non limitative et large et de permettre de surmonter les difficultés techniques qui pourraient se poser dans le droit interne pour déterminer quelles opérations doivent être qualifiées de commerciales. Elle s'inspire de la définition énoncée dans la note se rapportant à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Il n'est pas donné de définition stricte du terme "commercial", l'intention étant que celui-ci soit

---

[1]Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les opérations suivantes: toute opération commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de biens ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; opérations bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

[2]Les États qui souhaitent élaborer sur la base de la Loi type une loi qui s'applique à la fois à la conciliation interne et à la conciliation internationale pourront envisager d'apporter au texte les modifications ci-après: […] [*Note du secrétariat: cette note concernant les modifications à apporter au texte de la Loi type par les États qui souhaitent s'en inspirer pour élaborer une loi qui s'applique à la fois à la conciliation interne et à la conciliation internationale sera complétée après l'examen final et l'adoption du projet par la Commission.*]

interprété au sens large de façon à englober les questions découlant de toutes les relations juridiques de nature commerciale, qu'elles soient ou non contractuelles. La note 2 comporte une liste indicative des relations devant être considérées comme commerciales, ce qui souligne le caractère extensif de l'interprétation suggérée et montre que les critères à retenir ne correspondent pas nécessairement à ce qui serait considéré comme "commercial" dans le droit interne. La note pourra être particulièrement utile aux pays où le droit commercial ne constitue pas une branche autonome du droit et pourra favoriser l'harmonisation entre les pays qui ont un droit commercial autonome. Il se peut que, dans certains pays, les notes de bas de page ne soient pas acceptées dans les textes législatifs. Les autorités nationales qui se fonderont sur la Loi type pour élaborer leur propre législation pourront donc envisager la possibilité d'inclure la teneur de la note dans le corps du texte.

28. Dans la version initiale, le lieu de la conciliation était l'un des principaux éléments entraînant l'application de la Loi type. Au cours de la rédaction de la Loi type cependant, la Commission est convenue que cela risquait d'aller à l'encontre de la pratique actuelle. Comme il arrive souvent que les parties ne désignent pas formellement le lieu de la conciliation et comme, sur le plan pratique, celle-ci peut se dérouler dans plusieurs lieux, on a estimé qu'il valait mieux renoncer à l'idée, quelque peu artificielle, de faire du lieu de la conciliation le principal critère entraînant l'application de la Loi type. C'est pourquoi celle-ci n'énonce pas de règle objective pour la détermination du lieu de la conciliation (voir A/CN.9/506, par. 21).

29. Le paragraphe 2 de l'article premier énonce les éléments de la définition de la conciliation: l'existence d'un litige; l'intention des parties de parvenir à un règlement amiable; et la participation d'une ou plusieurs tierces personnes impartiales et indépendantes qui aident les parties dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable. L'intention est de distinguer la conciliation, d'une part, de l'arbitrage débouchant sur une sentence obligatoire et, d'autre part, de simples négociations entre les parties ou leurs représentants. Le membre de phrase "n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige" vise à faire ressortir la principale distinction entre la conciliation et une procédure telle que l'arbitrage (voir A/CN.9/487, par. 101 et A/CN.9/WG.II/WP.115, remarque 8).

30. Le membre de phrase "qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent" vise à indiquer que la Loi type s'applique quel que soit le nom donné au processus. Le caractère général de la définition montre l'absence d'intention d'établir une distinction entre les styles ou les méthodes de médiation. L'intention de la Commission est que le mot "conciliation" soit pris au sens large et recouvre toute procédure volontaire contrôlée par les parties et menée avec l'aide d'une ou plusieurs tierces personnes neutres. Il est possible d'avoir recours dans la pratique à divers styles de procédure ou à diverses techniques pour régler un litige et différentes expressions peuvent être utilisées pour les désigner. L'intention de la Commission, lorsqu'elle a élaboré la Loi type, était que celle-ci recouvre tous les styles et toutes les techniques qui entrent dans le champ de l'article premier.

31. En principe, la Loi type s'applique uniquement à la conciliation internationale, telle qu'elle est définie au paragraphe 3 de l'article premier. Le paragraphe 3 pose un critère pour distinguer les conciliations internationales des conciliations internes. La conciliation est internationale si les parties à la convention de conciliation ont leur établissement dans des États différents au moment de la conclusion de cette convention ou si l'État dans lequel une part substantielle des obligations découlant de la relation commerciale doit être exécutée ou avec lequel l'objet du litige est le plus étroitement lié n'est pas l'État dans lequel les parties ont leur établissement. Le paragraphe 4 permet de déterminer l'établissement d'une partie lorsque celle-ci en a plusieurs ou n'en a aucun. Dans le premier cas, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation. Les critères permettant de conclure qu'un établissement a une relation étroite avec la convention de conciliation peuvent être notamment qu'une part substantielle des obligations découlant de la relation commerciale qui fait l'objet du litige doit être exécutée au lieu où se trouve cet établissement ou que le lieu avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit est celui où l'établissement est situé. Lorsqu'une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

32. La Loi type ne devrait pas être interprétée comme encourageant les États adoptants à limiter son champ d'application à la conciliation internationale. La Commission, lors de son adoption, est convenue qu'elle aurait plus de chances d'être acceptée si l'on ne cherchait pas à empiéter sur la conciliation interne (voir A/CN.9/487, par. 106). Cependant, la Loi type ne contient aucune disposition qui, en principe, ne pourrait convenir à la conciliation interne (voir A/CN.9/506, par. 16 et A/CN.9/WG.II/WP.116, par. 36). Comme l'indique la note 1 se rapportant au paragraphe 1, les États peuvent, s'ils le souhaitent, élaborer sur la base de la Loi type une législation qui s'applique à la fois à la conciliation interne et à la conciliation internationale (voir A/CN.9/506, par. 17). De même, le paragraphe 5 permet aux parties de convenir d'appliquer la Loi type (c'est-à-dire d'opter expressément pour elle) à une conciliation commerciale, même si celle-ci n'est pas internationale au sens de la Loi type. Bien que la Loi type indique expressément qu'elle ne porte que sur la conciliation commerciale, aucune de ses dispositions ne devrait empêcher un État adoptant d'étendre son champ d'application à la conciliation non commerciale. Il convient de noter que, dans certains pays, en particulier les États fédéraux, il peut être très difficile de distinguer les échanges internationaux des échanges internes (voir A/CN.9/506, par. 16).

33. Le paragraphe 6 permet aux parties d'exclure l'application de la Loi type. Il peut être utilisé, par exemple, lorsque les parties à une conciliation par ailleurs interne conviennent, pour des raisons de commodité, d'un lieu de conciliation situé à l'étranger sans avoir l'intention de donner à la conciliation un caractère international.

34. Le paragraphe 7, tout en reconnaissant que la conciliation est une procédure volontaire reposant sur l'accord des parties, tient aussi compte du fait que certains pays ont pris des mesures pour la promouvoir, par exemple en exigeant que les parties aient recours dans certaines situa-

tions à ce mode de règlement ou en autorisant les juges à suggérer ou à exiger qu'elles tentent de se concilier avant l'ouverture ou la poursuite de la procédure contentieuse. Afin d'ôter tout doute quant à l'applicabilité de la Loi type dans ces situations, le paragraphe 7 dispose que celle-ci s'applique que la conciliation ait lieu en vertu d'une convention conclue par les parties ou d'une obligation légale, ou encore à la demande d'une juridiction étatique, d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique. La Loi type ne traite pas de ces obligations ni des sanctions que pourrait entraîner un manquement. La façon de régler ces questions dépend de politiques nationales qui ne se prêtent pas facilement à une harmonisation à l'échelle mondiale. Même si l'État adoptant n'exige pas des parties qu'elles tentent de se concilier, il devrait néanmoins inclure cette disposition dans sa législation car des parties qui en relèvent pourraient être amenées à se soumettre à une procédure de conciliation à la demande d'une juridiction étatique étrangère, auquel cas la Loi type devrait également s'appliquer.

35. Le paragraphe 8 permet aux États adoptants d'exclure certaines situations du champ d'application de la Loi type. L'alinéa *a* exclut expressément les cas dans lesquels un juge ou un arbitre tente lui-même, en cours d'instance, de concilier les parties, soit à leur demande, soit dans l'exercice de ses prérogatives ou de son pouvoir d'appréciation. Cette exclusion a été jugée nécessaire pour éviter un conflit avec le droit procédural existant. Il se peut qu'il faille aussi exclure les conciliations relatives aux négociations collectives entre employeurs et salariés car un certain nombre de pays pourraient avoir institué dans ce domaine des systèmes de conciliation répondant à des considérations de politique générale qui pourraient différer de celles qui sous-tendent la Loi type. On pourrait aussi envisager d'exclure la conciliation mise en œuvre par un juge (voir A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note de bas de page 5 et A/CN.9/WG.II/WP.115, remarque 7). De tels mécanismes de conciliation judiciaire étant régis par le règlement de la juridiction concernée et la Loi type n'étant pas censée entrer dans des questions concernant la compétence des tribunaux des États, il faudrait aussi sans doute exclure ces mécanismes de son champ d'application.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/460, par. 8 à 10
A/CN.9/468, par. 18 et 19
A/CN.9/485, par. 108 et 109, 111 à 120 et 123 et 124
A/CN.9/487, par. 88 à 109
A/CN.9/506, par. 15 à 36
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 11
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 83 à 85 et 87 à 90
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 1 à 7
A/CN.9/WG.II/WP.115, remarques 1 à 13
A/CN.9/WG.II/WP.116, par. 23 à 36

Article 2. Interprétation

1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

36. L'article 2 fournit des orientations pour l'interprétation de la Loi type par les tribunaux et autres autorités nationales ou locales, compte dûment tenu de son origine internationale. Il s'inspire de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, de l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, de l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et de l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir A/CN.9/506/par. 49). L'article 2 devrait avoir pour effet de limiter la mesure dans laquelle un texte uniforme, une fois incorporé dans la législation nationale, serait interprété sur la base des seuls concepts du droit interne. L'objet du paragraphe 1 est d'attirer l'attention des tribunaux et autres autorités nationales sur le fait que les dispositions de la Loi type (ou de l'instrument qui l'incorpore dans le droit interne), bien qu'elles soient incorporées dans la législation nationale et aient donc un caractère national, doivent être interprétées, compte tenu de leur origine internationale, de façon à assurer l'uniformité de l'interprétation de la Loi type dans les différents pays. L'inclusion de décisions de justice interprétant la Loi type dans le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT) y contribuera.

37. Le paragraphe 2 dispose que lorsqu'une question n'est pas réglée par la Loi type, il convient de se fonder sur les principes généraux dont elle s'inspire. En ce qui concerne ces derniers, la liste non exhaustive suivante peut être envisagée:

a) Promouvoir la conciliation comme mode de règlement des litiges, en offrant des solutions juridiques internationales harmonisées de nature à faciliter l'intégrité du processus et à favoriser la participation active et l'autonomie des parties;

b) Promouvoir l'uniformité du droit;

c) Favoriser des discussions franches et ouvertes entre les parties, en assurant la confidentialité de la procédure, en limitant la divulgation, lors d'éventuelles procédures ultérieures, de certaines informations et de certains faits révélés au cours de la conciliation, sous réserve uniquement des divulgations requises par la loi ou aux fins de la mise en œuvre ou de l'exécution;

d) Prendre en compte les évolutions et les adaptations du processus de conciliation dictées par les applications des nouvelles technologies telles que le commerce électronique.

Référence à un document de la CNUDCI

A/CN.9/506, par. 49

Article 3. Dérogation conventionnelle

Les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque des dispositions de la présente Loi, à l'exception des dispositions de l'article 2 et de l'article 7, paragraphe 3.

38. Afin de souligner l'importance du rôle conféré par la Loi type au principe de l'autonomie des parties, on a fait de cette disposition un article distinct. Une telle façon de procéder vise aussi à rapprocher la rédaction de la Loi type de celle d'autres instruments de la CNUDCI (par exemple, l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques). Exprimer le principe de l'autonomie des parties dans un article distinct devrait en outre réduire le besoin de le répéter dans le contexte d'un certain nombre de dispositions de la Loi type (voir A/CN.9/WG.II/WP.115, remarque 14). L'article 3 favorise l'autonomie des parties en laissant celles-ci régler presque toutes les questions qui peuvent l'être par la voie conventionnelle. L'article 2, qui a trait à l'interprétation de la Loi type, et le paragraphe 3 de l'article 7, qui concerne le traitement équitable des parties, portent sur des questions auxquelles le principe de l'autonomie des parties ne peut s'appliquer.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/506, par. 51 et 144
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 87
A/CN.9/WG.II/WP.116, par. 37

Article 4. Début de la procédure de conciliation[3]

1. Sauf convention contraire des parties, la procédure de conciliation portant sur un litige particulier déjà né débute le jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure.

2. Si la partie qui a invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation dans les trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, elle peut choisir de considérer cette absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation.

39. L'article 4 porte sur la question du moment auquel on peut considérer qu'une procédure de conciliation a débuté. La Commission, lorsqu'elle a adopté la Loi type, a estimé qu'il fallait harmoniser le paragraphe 1 de cet article avec le paragraphe 7 de l'article premier afin de tenir compte du fait que la conciliation pourrait avoir lieu sur ordre ou à la demande d'une instance de règlement des litiges telle qu'une juridiction étatique ou un tribunal arbitral. L'article 4 prévoit que la conciliation débute lorsque les parties à un litige conviennent d'engager une telle procédure. En conséquence, même si un contrat contient une clause aux termes de laquelle les parties sont tenues de recourir à la conciliation ou si une juridiction étatique ou un tribunal arbitral ordonne aux parties d'engager une procédure de conciliation, une telle procédure ne débute que lorsque les parties conviennent de l'engager. La Loi type ne comporte aucune disposition concernant une telle obligation de conciliation ou ce qui adviendrait si les parties, ou l'une d'elles, ne s'y conformaient pas.

40. De par son caractère général, le membre de phrase "le jour où les parties au litige conviennent d'engager une telle procédure" recouvre les différentes méthodes par lesquelles des parties peuvent décider d'un commun accord d'engager une procédure de conciliation, par exemple l'acceptation par une partie de l'invitation à la conciliation faite par l'autre partie ou l'acceptation par les deux parties de l'ordre ou de la proposition d'une juridiction étatique, d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente les enjoignant ou les engageant à tenter de se concilier.

41. En mentionnant au paragraphe 1 de l'article 4 le jour où les parties "conviennent d'engager une... procédure [de conciliation]", la Loi type fait dépendre la détermination du moment exact où la convention est conclue de lois étrangères à la Loi type. En définitive, le point de savoir quand les parties parviennent à un accord est une question de preuve (voir A/CN.9/506, par. 97).

42. Le paragraphe 2 prévoit qu'une partie qui a invité une autre partie à la conciliation peut considérer que cette invitation a été rejetée si l'autre partie ne l'accepte pas dans les trente jours de la date d'envoi de l'invitation. Le délai pour répondre à une invitation à la conciliation a été fixé à trente jours, comme prévu dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI, à moins qu'un autre délai n'ait été spécifié dans l'invitation. Cela ménage un maximum de souplesse et respecte le principe de l'autonomie des parties en ce qui concerne la procédure à suivre pour commencer la conciliation.

43. L'article 4 n'aborde pas le cas où une invitation à la conciliation est retirée. Bien qu'il ait été proposé au cours des travaux préparatoires d'inclure une disposition précisant que la partie prenant l'initiative de la conciliation a la faculté de retirer l'invitation à la conciliation tant qu'elle n'a pas été acceptée, il a été décidé qu'une telle disposition serait probablement superflue eu égard à la possibilité offerte aux deux parties de mettre fin à la procédure de conciliation à tout moment en vertu de l'alinéa *d* de l'article 12. En outre, l'inclusion d'une disposition concernant le retrait d'une invitation à la conciliation pourrait empiéter indûment sur le droit relatif à la formation des contrats en introduisant de nouvelles règles concernant les conditions dans lesquelles une offre ou une acceptation de conciliation pourrait être retirée (voir A/CN.9/WG.II/WP.115, remarque 17).

44. La note se rapportant au titre de l'article 4 (note 3) contient un texte susceptible d'être utilisé par les États qui souhaitent l'incorporer dans leur législation. Le Groupe de travail a discuté de l'opportunité d'établir une règle uniforme prévoyant que l'engagement d'une procédure de conciliation suspendrait le délai de prescription relatif aux demandes soumises à la conciliation. On s'est élevé avec force contre le maintien de cet article dans le corps de la

[3]La Commission suggère le texte suivant à l'attention des États qui pourraient souhaiter adopter une disposition concernant la suspension du délai de prescription:

Article X. Suspension du délai de prescription

1. Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir.

2. Lorsque la procédure de conciliation a pris fin sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où la conciliation s'est achevée sans règlement.

Loi type, principalement parce que la question du délai de prescription soulevait des problèmes techniques complexes et qu'une telle disposition serait difficile à incorporer dans les régimes procéduraux nationaux qui apportaient à cette question une réponse différente. En outre, on a fait valoir que cette disposition était superflue, étant donné que les parties disposaient d'autres moyens de sauvegarder leurs droits (par exemple elles pouvaient convenir de prolonger le délai de prescription ou engager une procédure arbitrale ou judiciaire afin de le suspendre). On a fait valoir avec tout autant de véhémence en faveur de l'inclusion de ce texte que la préservation des droits des parties au cours de la conciliation accroîtrait l'attrait de ce mode de règlement. Il a été dit qu'une prolongation du délai de prescription par accord mutuel des parties n'était pas possible dans certains systèmes juridiques et qu'il valait mieux prévoir un moyen simple et efficace de protéger les droits des parties que d'acculer celles-ci à engager une procédure arbitrale ou judiciaire. En définitive, il a été convenu d'inclure cette disposition sous la forme d'une note se rapportant à l'article 4 en vue de son utilisation facultative par les États qui souhaiteraient l'incorporer dans leur législation (A/CN.9/506, par. 93 et 94).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/485, par. 127 à 132
A/CN.9/487, par. 110 à 115
A/CN.9/506, par. 53 à 56 et 93 à 100
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 95 et 96
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 11 et 12

Article 5. Nombre de conciliateurs

Il y a un conciliateur, à moins que les parties ne conviennent qu'il y aura un groupe de conciliateurs.

45. La pratique montre que, dans le cas de la conciliation, les parties souhaitent généralement que leur litige soit confié à un conciliateur unique. C'est la raison pour laquelle la règle par défaut retenue à l'article 6 est un conciliateur, alors que pour l'arbitrage la règle par défaut est trois arbitres. Un certain nombre de règlements d'institutions privées concernant l'arbitrage international prévoient par défaut un arbitre unique.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/487, par. 116 et 117
A/CN.9/506, par. 58
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 13

Article 6. Nomination des conciliateurs

1. Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique.

2. Dans une procédure de conciliation avec deux conciliateurs, chaque partie en nomme un.

3. Dans une procédure de conciliation avec trois conciliateurs ou plus, chacune des parties en nomme un, et elles s'efforcent de choisir les autres d'un commun accord.

4. Les parties peuvent demander l'assistance d'un organisme ou d'une personne approprié(e) pour la nomination des conciliateurs. En particulier,

a) Une partie peut demander à un tel organisme ou une telle personne de recommander des personnes ayant les qualités requises pour servir de conciliateur; ou

b) Les parties peuvent convenir qu'un tel organisme ou une telle personne nommera directement un ou plusieurs conciliateurs.

5. En recommandant des conciliateurs ou en les nommant, l'organisme ou la personne en question ont égard aux considérations propres à garantir la nomination d'une personne indépendante et impartiale et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celles des parties.

6. Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité de conciliateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure de conciliation, le conciliateur signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait.

46. L'objet de l'article 6 est d'encourager les parties à se mettre d'accord sur le choix d'un conciliateur. Le fait que les parties s'efforcent d'abord de convenir d'un conciliateur présente l'avantage d'être conforme au caractère consensuel de la procédure de conciliation; en outre, cela accroît leur maîtrise du processus de conciliation, de sorte que ce dernier leur inspire confiance. Il a été proposé, lors des travaux préparatoires, que, lorsqu'il y a plus d'un conciliateur, la nomination de chacun des conciliateurs soit subordonnée à l'agrément des deux parties afin d'éliminer tout soupçon de partialité. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, la solution consistant à autoriser chacune des parties à nommer un conciliateur était la plus pratique. Cette formule permettait d'engager rapidement la procédure de conciliation et pouvait en fait favoriser un règlement dans la mesure où les deux conciliateurs nommés par chacune des parties, agissant en toute indépendance et de façon impartiale, seraient mieux à même de clarifier les positions des parties et, partant, d'améliorer les chances d'un règlement. Lorsqu'il fallait nommer trois conciliateurs ou plus, le ou les conciliateurs autres que les deux conciliateurs nommés par chacune des parties devaient en principe être choisis d'un commun accord par les parties. Cela favoriserait une plus grande confiance dans le processus de conciliation.

47. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur un conciliateur, il doit être fait appel à un organisme ou à une tierce personne. Les alinéas *a* et *b* du paragraphe 4 prévoient que l'organisme ou la personne peut soit simplement recommander des conciliateurs soit, avec l'agrément des parties, nommer ceux-ci directement. Le

paragraphe 5 énonce, à l'intention de la tierce personne ou de l'organisme, des directives qui visent à favoriser l'indépendance et l'impartialité du conciliateur.

48. Le paragraphe 6 fait obligation à une personne pressentie en vue de jouer le rôle de conciliateur de divulguer toute circonstance de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. Il précise que cette obligation existe non seulement à partir du moment où cette personne est pressentie, mais aussi durant toute la conciliation. Il a été suggéré que ce paragraphe aborde les conséquences pouvant résulter d'un manquement à ladite obligation, par exemple en énonçant expressément qu'un manquement à cette obligation n'entraînait pas la nullité de la procédure de conciliation. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, les conséquences d'un manquement à cette obligation devaient être réglées par le droit de l'État adoptant autre que le texte pris sur la base de la Loi type (voir A/CN.9/506, par. 65).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/487, par. 118 et 119
A/CN.9/506, par. 59 à 66
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 14
A/CN.9/WG.II/WP.116, par. 42 et 43

Article 7. Conduite de la conciliation

1. Les parties sont libres de convenir, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base, de la manière dont la conciliation doit être conduite.

2. En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des souhaits que les parties peuvent exprimer et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.

3. Dans tous les cas, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs s'efforce, dans la conduite de la procédure, d'accorder aux parties un traitement équitable et, ce faisant, prend en compte les circonstances de l'affaire.

4. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.

49. Le paragraphe 1 de l'article 7 souligne que les parties sont libres de convenir de la manière dont la conciliation doit être conduite. Il s'inspire de l'article 19 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

50. Le paragraphe 2 indique le rôle du conciliateur qui, tout en respectant la volonté des parties, peut mener la procédure comme il le juge approprié.

51. Il est à noter que, si la Loi type n'énonce pas de dispositions relatives à la conduite que doit tenir un conciliateur, le paragraphe 3 prévoit que le conciliateur ou le groupe de conciliateurs s'efforce de traiter équitablement les parties, compte tenu des circonstances de l'affaire. On a exprimé la crainte que l'inclusion d'une disposition régissant la conduite de la conciliation ait, sans que cela soit le but recherché, pour effet d'inciter les parties à essayer de faire annuler l'accord sur lequel a débouché la conciliation au motif qu'elles n'auraient pas bénéficié d'un traitement équitable. L'opinion qui a prévalu a néanmoins été que les principes directeurs devaient être maintenus dans le corps des dispositions législatives afin d'offrir des orientations concernant la conciliation, à l'intention en particulier des conciliateurs peu expérimentés (voir A/CN.9/506, par. 70). La référence, au paragraphe 3, à la nécessité d'accorder aux parties un traitement équitable est censée s'appliquer à la procédure de conciliation et non pas à l'accord sur lequel celle-ci débouche.

52. Les règlements de conciliation énoncent souvent des principes qui doivent guider le conciliateur dans la conduite de la procédure. C'est le cas par exemple du Règlement de conciliation de la CNUDCI dont l'article 7 dispose:

> "1. Le conciliateur aide les parties, d'une manière indépendante et impartiale, dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable du litige.
>
> "2. Le conciliateur est guidé par les principes d'objectivité, d'équité et de justice et tient compte, entre autres, des droits et des obligations des parties, des usages dans la branche de commerce considérée et des circonstances du litige, y compris les habitudes commerciales qui se sont établies entre les parties.
>
> "3. Le conciliateur peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des désirs que les parties peuvent avoir exprimés, y compris toute demande d'une partie tendant à ce que le conciliateur procède à des auditions, et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.
>
> "4. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige. Ces propositions ne doivent pas nécessairement être formulées par écrit ni être accompagnées d'un exposé des motifs."

Des États ont inclus certains de ces principes directeurs dans leur législation sur la conciliation. Comme il existe différentes approches de la conciliation, les éléments sur lesquels sera axé le processus ne seront pas toujours les mêmes. Pour tenir compte de cette diversité, le texte fait obligation au conciliateur de "prendre en compte les circonstances de l'affaire". Le Groupe de travail est convenu que, si les autres dispositions de l'article 7 pourraient faire l'objet d'une dérogation conventionnelle, il fallait considérer que le paragraphe 3 énonçait une norme minimale. En conséquence, on ne pouvait autoriser les parties à convenir d'une norme différente en ce qui concerne la conduite que doivent tenir les conciliateurs. C'est pourquoi une exception à l'application générale de l'article 3 a été établie en ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 7.

53. Le paragraphe 4 précise qu'un conciliateur peut, à tout stade de la procédure, faire des propositions en vue du règlement du litige. Pour décider s'il doit faire de telles

propositions, dans quelle mesure et à quel stade, le conciliateur se fondera sur de nombreux facteurs, dont les souhaits des parties et les techniques qu'il juge les mieux à même d'aboutir à un règlement.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 56 à 59
A/CN.9/485, par. 125
A/CN.9/487, par. 120 à 127
A/CN.9/506, par. 67 à 74
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 61 et 62
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 91 et 92
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 15 à 18
A/CN.9/WG.II/WP.115, remarques 22 et 23

Article 8. Communications entre le conciliateur et les parties

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur, le groupe de conciliateurs ou l'un des membres du groupe peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément.

54. Il est tellement habituel, dans la pratique, que le conciliateur rencontre séparément les parties qu'il est présumé qu'un conciliateur est libre d'avoir recours à cette technique, sauf si les parties sont expressément convenues du contraire. Certains États ont inclus ce principe dans leur législation nationale sur la conciliation en prévoyant qu'un conciliateur peut communiquer avec les parties ensemble ou séparément. Cette disposition a pour objet de dissiper tout doute à ce sujet.

55. Le conciliateur doit accorder aux parties l'égalité de traitement, ce qui ne signifie toutefois pas qu'il doit consacrer le même temps aux réunions séparées avec chacune d'elles. Il peut expliquer aux parties à l'avance que si le même temps ne leur est pas toujours consacré — ou si elles s'imaginent qu'il en est ainsi —, la seule conclusion à en tirer est qu'il prend le temps voulu pour explorer toutes les questions, tous les intérêts et toutes les possibilités de règlement.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 54 et 55
A/CN.9/487, par. 128 et 129
A/CN.9/506, par. 76
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 56 et 57
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 93
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 19

Article 9. Divulgation d'informations entre les parties

Lorsque le conciliateur, le groupe de conciliateurs ou l'un des membres du groupe reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler la teneur à l'autre partie. Toutefois, lorsqu'une partie donne au conciliateur, au groupe de conciliateurs ou à l'un des membres du groupe une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci n'est pas révélée à l'autre partie.

56. Comme son titre l'indique, l'article 9 porte uniquement sur la divulgation d'informations entre les parties. En ce qui concerne la divulgation d'informations à des tiers, il a été largement reconnu que la Loi type comportait une disposition énonçant une obligation de confidentialité (voir art. 10). L'article 9 énonce le principe selon lequel toute information communiquée par une partie à un conciliateur peut être divulguée à l'autre partie. Il est conforme à l'usage établi dans de nombreux pays, qui trouve son expression dans l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Le but recherché est de favoriser une communication ouverte et franche d'informations entre les parties tout en préservant les droits des parties au maintien de la confidentialité des informations. Le rôle du conciliateur est d'assurer un échange franc d'informations concernant le litige. De telles divulgations favorisent la confiance des deux parties dans la conciliation. Cependant, le principe de la divulgation n'est pas absolu, en ce sens que le conciliateur peut, mais ne doit pas nécessairement, divulguer de telles informations à l'autre partie. En effet, le conciliateur est tenu de ne pas divulguer une information lorsque la partie qui la lui a communiquée l'a fait à la condition expresse qu'elle reste confidentielle. Cela se justifie parce que le conciliateur n'impose pas de décision contraignante aux parties. On a rejeté une suggestion antérieure qui aurait voulu que la partie qui communique une information donne son assentiment avant sa divulgation à l'autre partie. Il a été estimé qu'une telle règle serait trop formelle, incompatible avec l'usage en vigueur dans de nombreux pays et de nature à entraver l'ensemble du processus de conciliation.

57. Le terme "informations" est ici à prendre au sens large. Il est censé englober toutes les informations pertinentes communiquées par une partie au conciliateur. Au sens qui doit lui être donné dans cet article, il englobe non seulement les communications qui ont lieu au cours de la conciliation, mais également celles qui ont eu lieu avant le début de cette dernière.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 54 et 55
A/CN.9/487, par. 130 à 134
A/CN.9/506, par. 77 à 82
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 58 à 60
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 94
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 20 et 21

Article 10. Obligation de confidentialité

Sauf convention contraire des parties, toutes les informations relatives à la procédure de conciliation demeurent confidentielles, sauf lorsque la divulgation est exigée par la loi ou est rendue nécessaire pour l'application ou l'exécution de l'accord issu de la conciliation.

58. Conformément à l'article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, on s'est prononcé en faveur de l'inclusion d'une règle générale de confidentialité s'appliquant au conciliateur et aux parties (voir A/CN.9/506, par. 86). Une disposition relative à la confidentialité est importante, dans la mesure où la conciliation présente d'autant plus d'intérêt que les parties peuvent s'attendre à ce que le

conciliateur ne prenne pas parti et ne divulgue pas leurs déclarations, en particulier dans le cadre d'autres procédures. Cette disposition est rédigée de façon générale et vise "toutes les informations relatives à la procédure de conciliation" de façon à englober non seulement les informations divulguées au cours de la procédure de conciliation mais également le déroulement et le résultat de cette procédure, ainsi que des points relatifs à la conciliation intervenus avant la conclusion de la convention de conciliation, y compris par exemple des discussions concernant l'opportunité d'une conciliation, les clauses d'une convention de conciliation, le choix des conciliateurs, une invitation à la conciliation et l'acceptation ou le rejet d'une telle invitation. Le membre de phrase "toutes les informations relatives à la procédure de conciliation" a été bien accueilli, parce qu'il présentait l'avantage de reprendre la formule de l'article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, laquelle avait fait ses preuves.

59. L'article 10 est expressément soumis au principe de l'autonomie des parties pour répondre aux préoccupations de ceux qui ont fait valoir qu'il pourrait être inapproprié d'imposer aux parties une règle qui ne serait pas soumise à ce principe et qui pourrait être très difficile, voire impossible, à faire respecter. Cela renforce l'objectif principal de la Loi type, qui est de respecter l'autonomie des parties et également d'énoncer une règle claire pour guider celles-ci en l'absence de convention contraire.

60. Cette règle fait également l'objet d'exceptions expresses, à savoir lorsque la divulgation est requise par la loi, notamment en vertu d'une obligation de divulguer des éléments de preuve relatifs à une infraction pénale, ou lorsque la divulgation est requise aux fins de l'application ou de l'exécution de l'accord constaté par le procès-verbal de conciliation. Bien que le Groupe de travail ait initialement envisagé d'inclure une liste d'exceptions précises, on a objecté que l'énumération d'exceptions dans le texte de la Loi type pourrait soulever de difficiles questions d'interprétation, en particulier à propos du caractère exhaustif ou non de la liste. Le Groupe de travail est convenu qu'une liste indicative et non exhaustive d'exceptions possibles à la règle générale de la confidentialité devrait plutôt être présentée dans le guide pour l'incorporation. Des exemples de telles lois peuvent comprendre des lois faisant obligation au conciliateur ou aux parties de révéler des informations au cas où il existe une possibilité raisonnable qu'une personne perde la vie ou subisse d'importants dommages corporels si les informations n'étaient pas divulguées et des lois exigeant la divulgation si celle-ci est dans l'intérêt général, par exemple pour informer la population d'un risque en matière de santé, d'environnement ou de sécurité.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/487, par. 130 à 134
A/CN.9/506, par. 83 à 86

Article 11. Recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure

1. Sauf convention contraire des parties, une partie qui a participé à la procédure de conciliation ou un tiers, y compris un conciliateur, ne peut, dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue, invoquer ou présenter l'un des éléments de preuve mentionnés ci-après ni témoigner à leur sujet:

a) Une invitation à la conciliation adressée par une partie ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de conciliation;

b) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation concernant une solution éventuelle du litige;

c) Les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;

d) Les propositions faites par le conciliateur;

e) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le conciliateur;

f) Un document établi aux seules fins de la procédure de conciliation.

2. Le paragraphe 1 du présent article s'applique quelle que soit la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés.

3. La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une juridiction étatique ou une autre autorité publique compétente et, si de telles informations sont présentées comme éléments de preuve en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, ceux-ci sont irrecevables. Néanmoins, ces informations peuvent être divulguées ou reçues comme éléments de preuve dans la mesure exigée par la loi ou aux fins de l'application ou de l'exécution de l'accord issu de la conciliation.

4. Les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article s'appliquent que la procédure arbitrale ou judiciaire ou la procédure analogue se rapporte ou non au litige qui fait ou a fait l'objet de la procédure de conciliation.

5. Sous réserve des restrictions énoncées au paragraphe 1 du présent article, les éléments de preuve par ailleurs recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire ne deviennent pas irrecevables du simple fait qu'ils ont été utilisés dans une conciliation.

61. Il est courant dans une procédure de conciliation que les parties fassent des suggestions ou expriment des opinions au sujet de propositions en vue d'un éventuel règlement, admettent certains faits, ou se déclarent prêtes à accepter un règlement. Si, malgré ces efforts, la conciliation n'aboutit pas et une partie engage une procédure arbitrale ou judiciaire, ces opinions, suggestions, admissions de faits ou déclarations faisant état d'une volonté d'accepter un règlement pourraient être utilisées contre la partie dont elles émanent. La possibilité de voir ainsi des informations se retourner contre elles risque de dissuader les parties de chercher activement à parvenir à un règlement pendant la procédure de conciliation, ce qui réduirait l'utilité de la conciliation (voir A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 18). L'article 11 vise donc à encourager des discussions

franches et honnêtes au cours de la conciliation en interdisant l'utilisation des informations énumérées au paragraphe 1 dans toute procédure ultérieure. Les mots "ou un tiers" ont pour objet de bien préciser que les personnes autres que les parties (par exemple les témoins ou les experts) qui ont participé à la procédure de conciliation sont aussi liées par la règle énoncée au paragraphe 1.

62. Cette disposition est nécessaire en particulier si les parties ne se sont pas mises d'accord pour appliquer une disposition telle que celle énoncée à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI qui dispose que les parties ne doivent pas "invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire (...):

"*a*) Les vues exprimées ou les suggestions faites par l'autre partie à l'égard d'une solution éventuelle du litige;

"*b*) Les faits admis par l'autre partie au cours de la procédure de conciliation;

"*c*) Les propositions présentées par le conciliateur;

"*d*) Le fait que l'autre partie a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur."

63. Toutefois, même si les parties se sont mises d'accord sur une règle de ce type, la disposition législative est utile car, au moins dans certains systèmes juridiques, il est possible que la juridiction étatique ne donne pas pleinement effet aux conventions concernant la recevabilité d'éléments de preuve dans une procédure engagée devant elle.

64. Eu égard à la règle générale énoncée à l'article 3, il a été estimé que le premier membre de phrase de l'article 11 "Sauf convention contraire des parties" était superflu. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, en le conservant, on montrerait plus clairement que la règle posée au paragraphe 1 concernant la conduite à tenir par les parties était une règle par défaut (voir A/CN.9/506, par. 102).

65. Dans cet article, le but recherché est d'éliminer toute incertitude quant à la question de savoir si les parties peuvent convenir de ne pas utiliser comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire certaines informations qui ont été révélées au cours de la conciliation. La Loi type vise à empêcher l'utilisation de certaines informations dans une procédure arbitrale ou judiciaire ultérieure, que les parties se soient ou non mises d'accord sur une règle telle que celle énoncée à l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Lorsque les parties ne sont pas convenues du contraire, la Loi type prévoit qu'elles ne peuvent invoquer, dans une procédure arbitrale ou judiciaire ultérieure, des éléments de preuve du type de ceux qui sont spécifiés dans la disposition type. De tels éléments de preuve seraient alors irrecevables, et le tribunal arbitral ou la juridiction étatique ne pourrait en ordonner la communication.

66. Le paragraphe 2 prévoit que l'interdiction posée à l'article 11 s'applique aux informations spécifiées, par exemple, que celles-ci figurent ou non dans un document.

67. Le paragraphe 3 prévoit qu'un tribunal arbitral ou une juridiction étatique ne peut ordonner la divulgation des informations visées au paragraphe 1 sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire. Cette disposition a été jugée nécessaire pour clarifier et renforcer le paragraphe 1. Afin de favoriser la franchise entre les parties à une procédure de conciliation, il faut que celles-ci puissent s'engager dans la conciliation en toute connaissance de cause quant à la portée de la règle et à son application. Le paragraphe 3 exprime ce principe en limitant le droit des tribunaux étatiques, des tribunaux arbitraux ou des autorités publiques d'ordonner la divulgation de telles informations et en leur faisant obligation, si de telles informations sont présentées comme éléments de preuve, de considérer ceux-ci comme irrecevables. Toutefois, il peut y avoir des cas où certains faits seraient irrecevables à titre de preuve en vertu de l'article 11 mais où des raisons d'ordre public obligeraient à passer outre à cette règle. Par exemple dans les cas suivants: lorsqu'il est nécessaire de révéler des menaces d'atteintes corporelles ou matérielles formulées par un participant; lorsqu'un participant tente d'utiliser la conciliation pour organiser ou commettre une infraction; lorsque des éléments de preuve sont nécessaires pour établir ou réfuter une allégation de faute professionnelle fondée sur le comportement au cours d'une conciliation; lorsque des éléments de preuve sont nécessaires dans le cadre d'une procédure où sont invoquées la fraude ou la contrainte pour remettre en cause la validité ou la force exécutoire d'un accord intervenu entre les parties; ou lorsque des déclarations faites au cours d'une procédure de conciliation témoignent d'une menace importante contre la santé ou la sécurité publiques. La dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 11 exprime ces exceptions d'une façon générale, dans des termes similaires à ceux utilisés à l'article 10 en ce qui concerne l'exception relative à l'obligation de confidentialité. Le paragraphe 4 élargit le champ d'application des paragraphes 1 à 3 de façon à ce que ces derniers soient applicables non seulement à une procédure ultérieure connexe, mais également à une procédure ultérieure non connexe. Le paragraphe 5 précise que toutes les informations qui, à tous autres égards, seraient recevables comme éléments de preuve dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure ne deviennent pas irrecevables du simple fait qu'elles ont antérieurement été utilisées dans une conciliation (par exemple, dans un litige concernant un contrat de transport de marchandises par mer, un connaissement serait recevable pour prouver le nom du chargeur, même s'il a été utilisé au cours d'une conciliation). Ce sont seulement certaines déclarations faites au cours d'une procédure de conciliation (c'est-à-dire l'expression d'opinions, l'admission de faits, des propositions ou l'indication d'une volonté d'accepter un règlement) qui sont irrecevables, et non un élément de preuve qui est à l'origine d'une déclaration. En conséquence, les éléments de preuve qui sont utilisés dans une procédure de conciliation sont recevables dans une procédure ultérieure comme si la conciliation n'avait pas eu lieu.

68. Dans certains systèmes juridiques, une partie ne peut être contrainte de produire, dans une procédure judiciaire, un document "protégé" — par exemple une communication écrite entre un client et son avocat. Toutefois, si une partie a invoqué le document protégé dans une procédure,

celui-ci peut-être considéré comme ayant perdu sa qualité de document protégé. Des documents protégés peuvent être présentés dans une procédure de conciliation en vue de faciliter un règlement. Afin de ne pas décourager l'utilisation de documents protégés dans la conciliation, l'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'inclure une disposition spécifiant que l'utilisation d'un document protégé dans une procédure de conciliation ne vaut pas renoncement à la protection.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/460, par. 11 à 13
A/CN.9/468, par. 22 à 30
A/CN.9/485, par. 139 à 146
A/CN.9/487, par. 139 à 141
A/CN.9/506, par. 101 à 115
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 18 à 28
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 98 à 100
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 25 à 32

Article 12. Fin de la procédure de conciliation

La procédure de conciliation prend fin:

a) Par la conclusion par les parties d'un accord issu de la conciliation, à la date de l'accord;

b) Par une déclaration écrite du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;

c) Par une déclaration écrite des parties adressée au conciliateur ou au groupe de conciliateurs en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

d) Par une déclaration écrite d'une partie adressée à l'autre partie et, si un conciliateur ou un groupe de conciliateurs a été nommé, au conciliateur ou au groupe de conciliateurs en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration.

69. Cette disposition énumère diverses circonstances dans lesquelles il peut être mis fin à la procédure de conciliation. À l'alinéa *a*, le terme "conclusion" est employé à la place du terme "signature" de façon qu'il ressorte mieux que les parties peuvent utiliser les communications électroniques pour conclure leur accord. Tout État adoptant qui n'a pas adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique devrait envisager d'inclure une disposition analogue à l'article 6 de cet instrument lors de l'incorporation dans son droit interne de la Loi type sur la conciliation commerciale internationale[4] (voir A/CN.9/506, par. 88). La première de ces circonstances, qui est indiquée à l'alinéa *a*, est celle dans laquelle la conciliation aboutit, c'est-à-dire que les parties parviennent à un accord réglant leur litige. La deuxième, qui fait l'objet de l'alinéa *b*, est celle dans laquelle le conciliateur ou le groupe de conciliateurs met fin à la procédure de conciliation, après avoir consulté les parties. L'alinéa *c* prévoit que les deux parties peuvent déclarer la clôture de la procédure de conciliation, et l'alinéa *d* autorise l'une des parties à adresser à l'autre partie et au conciliateur ou au groupe de conciliateurs une déclaration en vue de mettre fin à la procédure. Comme indiqué plus haut dans le contexte de l'article 4, les parties peuvent être tenues d'engager une procédure de conciliation et d'y participer de bonne foi. Une telle délégation peut découler, par exemple, d'une convention des parties conclue avant ou après la survenance du litige, d'une disposition législative ou d'un ordre ou d'une demande émanant d'un tribunal. Les sources de l'obligation diffèrent d'un pays à l'autre et elles ne sont pas traitées dans la Loi type. Celle-ci ne traite pas non plus des conséquences qu'aurait le manquement par une partie à cette obligation (voir plus haut, par. 39).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/487, par. 135 et 136
A/CN.9/506, par. 87 à 91
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 22 et 23
Voir l'article 15 du règlement de conciliation de la CNUDCI

Article 13. Conciliateur assumant les fonctions d'arbitre

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre ni dans un litige qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de conciliation ni dans un autre litige né du même contrat ou de tout contrat y relatif.

70. L'article 13 renforce l'effet de l'article 11 en limitant la possibilité pour le conciliateur d'assumer les fonctions d'arbitre dans un litige qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de conciliation ou dans un autre litige né du même contrat ou de tout contrat y relatif. Cet article a pour objet de renforcer la confiance dans le conciliateur et dans la conciliation comme mode de règlement des litiges. Une partie pourrait avoir des réticences à rechercher activement un règlement dans le cadre de la procédure de conciliation si elle doit prendre en compte la possibilité que le conciliateur, au cas où la procédure de conciliation n'aboutirait pas, soit désigné comme arbitre dans une procédure d'arbitrage ultérieure.

71. Dans certains cas, les parties peuvent considérer le fait que l'arbitre connaît déjà le dossier comme un avantage, en particulier si elles estiment que cette connaissance du dossier lui permettrait de mener la procédure avec plus d'efficacité. Dans de tels cas, elles pourraient en fait préférer que ce soit le conciliateur, plutôt que quelqu'un d'autre, qui soit désigné comme arbitre dans une procédure arbitrale ultérieure. La disposition ne s'oppose pas à la désignation de l'ex-conciliateur, à condition que les parties conviennent de déroger à la règle, par exemple en désignant conjointement le conciliateur pour qu'il assume les fonctions d'arbitre. Il se peut toutefois que, dans certains cas, des considérations d'ordre éthique fassent que le conciliateur devrait refuser d'assumer ces fonctions.

[4] L'article 6 de la Loi type sur le commerce électronique dispose notamment que, "lorsque la loi exige que l'information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement."

72. La disposition s'applique soit à "un litige qui a fait ou qui fait l'objet de la procédure de conciliation", soit à "un autre litige né du même contrat ou de tout contrat y relatif". En vertu du premier membre de phrase, la disposition s'applique à la fois à une conciliation en cours et à une conciliation passée. En vertu du second membre de phrase, l'article s'applique aussi aux litiges nés de contrats distincts mais qui, sur le plan commercial et sur celui des faits, sont étroitement liés à la question soumise à la conciliation. La formulation étant très extensive, il faudrait, pour déterminer si un litige soulève des questions ayant trait au contrat principal, examiner les faits dans chaque cas d'espèce.

73. Une version antérieure du projet de loi type comportait une disposition visant la situation dans laquelle un arbitre assume les fonctions de conciliateur. On a noté qu'une telle disposition porterait sur les fonctions et la compétence de l'arbitre et sur des pratiques de l'arbitrage qui différaient suivant les pays et qui étaient influencées par des traditions juridiques et sociales. Il n'y a pas de pratique établie sur la question du passage des fonctions d'arbitre à celles de conciliateur mais, d'après certaines notes de la profession, l'arbitre devrait bien réfléchir avant de suggérer une procédure de conciliation concernant le litige ou d'y prendre part. Il a été jugé inapproprié de chercher à unifier ces pratiques par le biais d'une législation uniforme. Bien que la disposition ait été supprimée, la Commission est convenue que la Loi type ne visait pas à indiquer si un arbitre pouvait ou non faire office de conciliateur ou participer à une procédure de conciliation concernant le litige et que la question devait être laissée à la discrétion des parties agissant dans le cadre du droit applicable (voir A/CN.9/506, par. 132).

74. Une version antérieure du projet prévoyait également que, sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne pouvait remplir les fonctions de représentant ou de conseil de l'une d'elles. On a fait observer que, dans certains pays, même si les parties convenaient que le conciliateur pouvait remplir les fonctions de représentant ou de conseil d'une d'entre elles, une telle convention irait à l'encontre des directives de déontologie auxquelles les conciliateurs devaient se conformer et pourrait, de surcroît, être perçue comme compromettant l'intégrité de la conciliation comme mode de règlement des litiges. Une proposition tendant à modifier la disposition de façon que la question ne relève pas de l'autonomie des parties a été rejetée au motif qu'elle affaiblissait le principe de l'autonomie des parties et ne tenait pas compte du fait que, si dans certains pays les règles de déontologie exigeaient qu'un conciliateur s'abstienne de remplir les fonctions de représentant ou de conseil, le conciliateur aurait toujours la faculté de refuser de remplir de telles fonctions. Il a donc été convenu de passer sous silence dans la disposition le point de savoir si un conciliateur pourrait remplir les fonctions de représentant ou de conseil d'une des parties (voir A/CN.9/506, par. 117).

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 31 à 37
A/CN.9/485, par. 148 à 153
A/CN.9/487, par. 142 à 145
A/CN.9/506, par. 117 à 123 et 130 à 132
A/CN.9/WG.II/WP.110, note 30
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 29 à 33

Article 14. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire

1. Lorsque les parties sont convenues de recourir à la conciliation et se sont expressément engagées à n'entamer pendant une période donnée ou jusqu'à la survenance d'un fait donné aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal arbitral ou la juridiction étatique jusqu'à ce que les conditions dont il s'accompagne aient été satisfaites.

2. Une partie peut néanmoins entamer une procédure arbitrale ou judiciaire dans la mesure où elle l'estime nécessaire pour la sauvegarde de ses droits. L'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être considérée en soi comme une renonciation à la convention de conciliation ni comme mettant fin à la procédure de conciliation.

75. Lors des travaux préparatoires, il a été convenu que le texte devrait comporter une règle interdisant aux parties d'engager une procédure arbitrale ou judiciaire tant que la conciliation était en cours. Le paragraphe 1 traite de l'effet de la convention de conciliation. Cette disposition a pour conséquence que la juridiction étatique ou le tribunal arbitral sera tenu de refuser la procédure contentieuse ou arbitrale si cela devait aller à l'encontre de la convention des parties.

76. Le paragraphe 2 de l'article 14 traite de la question de savoir si, et dans quelle mesure, une partie peut engager une procédure judiciaire ou arbitrale pendant la procédure de conciliation. L'idée derrière cette disposition est de n'autoriser les parties à engager une procédure arbitrale ou judiciaire que dans les cas où la partie qui souhaite engager une telle procédure estime qu'elle est "nécessaire à la sauvegarde de ses droits", par exemple s'il lui faut obtenir des mesures provisoires ou conservatoires ou éviter l'expiration du délai de prescription. Cette disposition devrait être intégrée aux règles de procédure et de droit matériel existantes de l'État adoptant.

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/468, par. 45 à 49
A/CN.9/485, par. 155 à 158
A/CN.9/487, par. 147 à 150
A/CN.9/506, par. 125 à 129
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 49 à 52
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, notes 36 et 37

Article 15. Force exécutoire de l'accord issu de la conciliation[5]

Si les parties parviennent à un accord réglant leur litige et le signent, cet accord est obligatoire et exécutoire... [*l'État adoptant insère une description du mode d'exécution des accords issus d'une conciliation ou renvoie aux dispositions qui régissent une telle exécution.*]

[5]L'État adoptant, lorsqu'il appliquera la procédure d'exécution des accords issus d'une conciliation, pourra envisager la possibilité d'une procédure obligatoire.

77. Les solutions législatives concernant la force exécutoire des accords résultant d'une procédure de conciliation diffèrent énormément. Selon de nombreux praticiens, la conciliation serait plus attrayante si ces accords étaient, aux fins de l'exécution, assimilés, ou quasiment assimilés, à une sentence arbitrale. Les arguments avancés en faveur de l'introduction d'un mécanisme d'exécution accéléré sont généralement que cela encouragerait le recours à la conciliation et permettrait d'éviter, pour obtenir l'exécution, une action en justice qui risquerait de n'aboutir qu'au bout de plusieurs mois ou de plusieurs années.

78. La législation de certains États ne comporte pas de dispositions particulières relatives à la force exécutoire de ces accords, si bien que ceux-ci seraient soumis au même régime d'exécution que tout contrat entre les parties, conception qui a été confirmée dans certaines législations sur la conciliation.

79. Dans certaines législations nationales, les parties qui ont réglé un litige peuvent désigner un arbitre qui est spécifiquement chargé de rendre une sentence fondée sur l'accord intervenu entre les parties. Par exemple, en Chine, où la conciliation peut être menée par un tribunal arbitral, la législation prévoit que "si la conciliation débouche sur un accord réglant le litige, le tribunal arbitral établit un procès-verbal de conciliation ou rend une sentence arbitrale fondée sur l'accord résultant de la conciliation. Un procès-verbal de conciliation écrit et une sentence arbitrale écrite ont la même valeur et produisent les mêmes effets juridiques." (Loi de la République populaire de Chine sur l'arbitrage, article 51). Dans certains pays, le statut de l'accord intervenu à l'issue d'une conciliation n'est pas le même selon que la conciliation s'est ou non déroulée dans le cadre du système judiciaire et selon qu'une procédure concernant le litige est ou non toujours en cours. Par exemple, dans la législation australienne, les accords résultant d'une conciliation qui s'est déroulée en dehors du système judiciaire ne peuvent être enregistrés auprès d'un tribunal que si une procédure est en cours, alors que si la conciliation s'est déroulée dans le cadre d'un système de conciliation judiciaire, un tribunal peut rendre une ordonnance fondée sur l'accord résultant de la conciliation, laquelle ordonnance a force exécutoire.

80. Dans certains systèmes juridiques, l'accord résultant d'une conciliation peut être exécuté selon une procédure sommaire pourvu qu'il ait été signé par les parties et leurs conseils et qu'il stipule que les parties peuvent demander une procédure d'exécution sommaire. Ces accords peuvent aussi être soumis à une procédure d'exécution accélérée si, par exemple, ils ont été légalisés ou homologués par un juge ou consignés par les conseils des parties. Par exemple, dans la législation des Bermudes, "lorsque les parties à une convention d'arbitrage qui prévoit la nomination d'un conciliateur parviennent à un accord réglant leur différend et signent un procès-verbal qui en constate la teneur..., le procès-verbal est, aux fins de l'exécution, assimilé à une sentence concernant une convention d'arbitrage et peut, avec l'autorisation de la Cour ou d'un de ses juges, être exécuté de la même manière qu'une décision ou une ordonnance qui aurait le même contenu, et lorsque l'autorisation en est donnée, une décision reprenant les termes de l'accord peut être rendue" (Bermudes, Loi de 1986 sur l'arbitrage). De même, en Inde, une fois que les parties ont signé le procès-verbal constatant l'accord intervenu entre elles, celui-ci est définitif et lie les parties et leurs ayants droit et "a le même statut et les mêmes effets qu'une sentence arbitrale" (Inde, Ordonnance de 1996 sur l'arbitrage et la conciliation, articles 73 et 74). Toutefois, dans certaines juridictions, un accord intervenu au cours d'une conciliation n'est exécutoire que si celle-ci s'inscrivait dans le cadre d'un arbitrage. Par exemple, à Hong Kong (Région administrative spéciale de Chine), l'article 2, *c*, de l'Ordonnance sur l'arbitrage dispose: "Lorsque la procédure de conciliation aboutit et que les parties mettent leur accord par écrit (que ce soit avant ou pendant la procédure d'arbitrage), ledit accord peut obtenir l'*exequatur* du tribunal de première instance comme s'il s'agissait d'une sentence arbitrale, à condition que l'accord résultant de la conciliation ait été conclu par les parties à une convention d'arbitrage". Cette disposition est complétée par l'article 10 du titre 73 du Règlement de la Haute Cour qui applique pour l'exécution des accords résultant d'une conciliation la même procédure que pour l'exécution des sentences arbitrales, de sorte qu'une demande d'exécution selon la procédure sommaire peut être présentée à la Cour qui peut rendre une décision reprenant les termes de l'accord.

81. Le texte de l'article est l'expression du plus petit dénominateur commun entre les divers systèmes juridiques. Bien que le Groupe de travail ait reconnu qu'il était ambigu, puisqu'il pourrait, selon la langue et selon le système juridique, être interprété soit comme conférant aux accords résultant d'une conciliation une force exécutoire élevée, soit comme énonçant une évidence, à savoir que pour obtenir l'exécution d'un tel accord il faut suivre les procédures voulues. Les États ont été invités à présenter officiellement des observations sur le projet de texte et le secrétariat a tenu des consultations informelles en vue de déterminer s'il serait possible de l'améliorer. [*Note du secrétariat: les paragraphes 77 à 81 devront sans doute être remaniés à la suite des discussions qui auront lieu à la trente-cinquième session de la Commission.*]

Références à des documents de la CNUDCI

A/CN.9/460, par. 16 à 18
A/CN.9/468, par. 38 à 40
A/CN.9/485, par. 159
A/CN.9/487, par. 153 à 159
A/CN.9/506, par. 38 à 48 et 133 à 139
A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 34 à 42
A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 105 à 112
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 39

II. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

Rapport du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé sur les travaux de sa quatrième session (Vienne, 24-28 septembre 2001)

(A/CN.9/505) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-7	169
II.	Délibérations et décisions	8-9	170
III.	Supplément éventuel au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé	10-180	170
	A. Remarques générales	10-17	170
	B. Examen de questions susceptibles de faire l'objet d'un projet de dispositions législatives types fondées sur les recommandations concernant la législation énoncées dans le Guide législatif	18-174	171
	C. Lien entre les dispositions législatives types et le Guide législatif	175-180	186

I. INTRODUCTION

1. Le présent rapport rend compte des travaux de la quatrième session du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé (auparavant dénommé Groupe de travail des délais et de la prescription dans le domaine de la vente internationale des objets mobiliers corporels).

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quatrième session à Vienne du 24 au 28 septembre 2001. Les États membres dont les noms suivent y ont participé: Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Honduras, Hongrie, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Maroc et Suède.

3. Les observateurs des pays ci-après ont assisté à la session: Arabie saoudite, Bosnie-Herzégovine, Équateur, Indonésie, Liban, Namibie, Nigéria, Pakistan, Philippines, Portugal, République arabe syrienne, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Turquie et Venezuela.

4. Les observateurs des organisations internationales ci-après ont également assisté à la session: Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, Organisation de coopération et de développement économiques et Initiative de coopération pour l'Europe du Sud-Est.

5. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

Président: Tore WIWEN-NILSSON (Suède)
Rapporteur: Judit KÓNIA (Hongrie)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire, annotations s'y rapportant et calendrier des réunions de la quatrième session (A/CN.9/WG.I/WP.27);

b) Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (en vue de l'utilisation éventuelle, comme base de discussion, des recommandations concernant la législation qui y figurent);

c) Note du secrétariat sur les travaux futurs éventuels dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé (A/CN.9/488).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.

4. Supplément éventuel au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

II. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

8. Le Groupe de travail a commencé l'élaboration de dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, conformément à une décision prise par la Commission à sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001)[1].

9. Le secrétariat a été prié d'élaborer, sur la base de ces délibérations et décisions, des dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, en vue de les présenter au Groupe de travail à sa cinquième session (Vienne, 9-13 septembre 2002)[2] pour examen et poursuite des débats.

III. SUPPLÉMENT ÉVENTUEL AU GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

A. Remarques générales

10. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, composé des recommandations concernant la législation (A/CN.9/471/Add.9), telles qu'amendées par la Commission à cette session, et des notes correspondantes (A/CN.9/471/Add.1 à 8) dont le secrétariat a été autorisé à établir le texte final en tenant compte des délibérations de la Commission[3]. Le Guide législatif a depuis été publié dans toutes les langues officielles (il peut être consulté sur le site Internet www.uncitral.org).

11. À la même session, la Commission a aussi examiné une proposition concernant des travaux futurs dans ce domaine. L'avis a été émis que, même si le Guide législatif devait constituer une référence utile pour les législateurs nationaux lors de l'établissement d'un cadre juridique favorable aux investissements privés dans les infrastructures publiques, il serait souhaitable que la Commission formule des orientations plus concrètes sous forme de dispositions législatives types, voire d'une loi type portant sur des questions spécifiques[4].

12. Après examen de cette proposition, la Commission a décidé d'étudier à sa trente-quatrième session l'opportunité et la possibilité d'établir une loi type ou des dispositions législatives types sur certaines questions traitées dans le Guide. Pour l'aider à prendre une décision en toute connaissance de cause, le secrétariat a été prié d'organiser un colloque, en coopération avec d'autres organisations internationales ou institutions financières internationales intéressées, en vue de diffuser des informations sur le Guide[5].

13. Le colloque sur le thème "Projets d'infrastructure à financement privé: cadre juridique et assistance technique" a été organisé avec le coparrainage et l'assistance organisationnelle du mécanisme d'assistance technique pluridonateur Public-Private Infrastructure Advisory Facility, qui a pour vocation d'aider les pays en développement à améliorer la qualité de leurs infrastructures grâce à la participation du secteur privé. Il s'est tenu à Vienne du 2 au 4 juillet 2001.

14. À sa trente-quatrième session, la Commission a pris note avec satisfaction des résultats du colloque tels que résumés dans une note du secrétariat (A/CN.9/488) et a décidé que le compte rendu des travaux du colloque devrait être publié par l'Organisation des Nations Unies. Elle a en outre recommandé que le secrétariat prenne, conjointement avec d'autres organisations, des initiatives pour faire largement connaître le Guide législatif.

15. Un certain nombre de vues ont été exprimées quant à l'opportunité et à la faisabilité d'une poursuite des travaux de la Commission dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé.

16. De l'avis général, il existait une importante demande, en particulier dans les pays en développement et les pays à économie en transition, pour une législation type fournissant des indications plus précises. À cet égard, il a été proposé d'appliquer les recommandations du Guide législatif au moyen d'un ensemble de dispositions types fondamentales traitant de certaines des questions de fond recensées et traitées dans le Guide. Il a été souligné que, si le Guide était un instrument précieux qui aiderait les législateurs nationaux à promulguer ou réviser des textes législatifs dans ce domaine, l'efficacité du processus serait grandement accrue par l'existence de dispositions législatives types. Il a également été noté que la mise en œuvre rapide de ces travaux permettrait de tirer parti des vastes et importantes compétences rassemblées tout au long du processus qui a abouti à l'adoption du Guide et permettrait de les mener à bien facilement et efficacement dans un délai raisonnable. Enfin, il a en outre été observé qu'il n'existait aucune contradiction entre, d'une part, la mise en œuvre de ces travaux et, d'autre part, celle d'initiatives visant à faire connaître et à diffuser le Guide législatif.

[1] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 369.

[2] Sous réserve de l'approbation de la Commission à sa trente-cinquième session.

[3] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 195 à 368.

[4] Ibid., par. 375.

[5] Ibid., par. 379.

17. Après avoir examiné les différents avis, la Commission est convenue qu'il faudrait confier à un groupe de travail le soin de rédiger des dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. Selon elle, pour que de nouveaux travaux puissent être menés à bien dans un délai raisonnable, il était essentiel de sélectionner un domaine précis parmi les nombreuses questions traitées dans le Guide législatif. En conséquence, il a été décidé que la première session de ce groupe de travail serait consacrée à la définition des questions spécifiques sur lesquelles des dispositions législatives types, susceptibles de faire l'objet d'un supplément au Guide législatif, pourraient être formulées[6].

B. Examen de questions susceptibles de faire l'objet d'un projet de dispositions législatives types fondées sur les recommandations concernant la législation énoncées dans le Guide législatif

18. Le Groupe de travail a fait observer que l'objet de ses travaux était de passer en revue les recommandations concernant la législation énoncées dans le Guide législatif afin de formuler des orientations plus concrètes sous forme de dispositions législatives types portant sur des questions spécifiques, en mettant éventuellement l'accent sur le chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire." La première tâche du Groupe de travail consistait donc à recenser les questions pour lesquelles de telles orientations pourraient être utiles.

19. Le Groupe de travail a entendu diverses propositions concernant des questions qui pourraient être utilement abordées dans des dispositions législatives types, notamment le pouvoir d'attribuer des concessions dans le pays hôte; la nature de la concession (à savoir exclusive ou non) et sa durée; les mesures visant à assurer une coordination administrative efficace parmi les divers organismes publics en jeu; les procédures de sélection du concessionnaire; le pouvoir d'apporter au projet un appui ou des garanties des pouvoirs publics; les principales dispositions applicables aux phases de construction et d'exploitation du projet; les dispositions visant à lever les obstacles d'ordre législatif à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé; les dispositions visant à faciliter le financement des projets d'infrastructure; les mécanismes de règlement des différends pendant les diverses phases du projet; la loi régissant l'accord de projet, y compris la question de savoir quelle branche du droit du pays hôte devrait régir l'accord (à savoir droit administratif ou droit général des contrats); et la durée, la prorogation et la résiliation de l'accord de projet, y compris les arrangements en matière d'indemnisation.

20. On a estimé que le Groupe de travail, en envisageant les questions au sujet desquelles des dispositions législatives types devraient être formulées, ne devrait pas chercher à élaborer des dispositions prescrivant la teneur de l'accord de projet. Il devrait plutôt avoir pour objectif principal de formuler des dispositions législatives types permettant l'utilisation d'un financement privé pour la construction d'infrastructures mais n'ayant pas un caractère trop directif pour ce qui est des arrangements contractuels entre les diverses parties concernées.

21. Le Groupe de travail s'est félicité de ces propositions et observations. D'une manière générale, il a été indiqué que la plupart de ces questions étaient déjà traitées dans le Guide législatif. Le Groupe de travail est convenu qu'il devrait pour ses délibérations prendre comme point de départ les recommandations législatives et commencer par examiner celles qui portaient sur la sélection du concessionnaire, pour revenir ensuite aux autres questions traitées dans le Guide.

Chapitre III. Sélection du concessionnaire

Considérations générales

Recommandation 14

22. Le texte de la recommandation était le suivant:

> "La loi devrait prévoir la sélection du concessionnaire au moyen d'une procédure de mise en compétition transparente, efficace et adaptée aux exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé."

23. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile de formuler une disposition législative type énonçant les principes généraux qui devraient présider au processus menant à la sélection du concessionnaire. Il a décidé de revenir ultérieurement, une fois qu'un projet initial aurait été élaboré par le secrétariat, à la question de savoir si une disposition de fond était nécessaire à cet égard ou si cette idée devrait être exprimée dans un alinéa du préambule de la disposition législative type.

24. À titre d'observation générale, il a été indiqué que le chapitre III du Guide législatif contenait un grand nombre de recommandations concernant la législation et de notes détaillées s'y rapportant. À ce propos, on a posé la question de savoir s'il était recommandé que le pays hôte adopte une législation particulière portant sur les procédures de sélection du concessionnaire et, dans l'affirmative, comment ces dispositions se rattacheraient à la législation générale régissant la passation des marchés publics.

25. En réponse à cette question, il a été indiqué que l'objectif des recommandations concernant la législation était d'aider le pays hôte à élaborer des règles s'appliquant spécifiquement à la sélection du concessionnaire. Les recommandations répondaient aux besoins particuliers des projets d'infrastructure à financement privé et s'écartaient, à de nombreux égards, des règles générales régissant la passation des marchés publics, comme celles énoncées dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés"). Les recommandations concernant la législation n'avaient pas pour objet de remplacer ou de reproduire ces règles générales sur la passation des marchés publics et il appartenait à chaque

[6] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 369.

pays hôte de décider quelle était la meilleure façon de leur donner suite. Par exemple, un État pourrait souhaiter adopter une loi ou des règlements particuliers régissant uniquement la sélection du concessionnaire, ou incorporer certains d'entre eux dans une législation générale sur les projets d'infrastructure à financement privé, avec des renvois, le cas échéant, à d'autres lois traitant de questions non abordées dans les recommandations (comme les arrangements administratifs et pratiques applicables à la conduite de la procédure de sélection).

26. À cet égard, on a fait valoir que le Groupe de travail devrait peut-être examiner attentivement la relation entre les dispositions types sur les procédures de sélection et le régime général de passation des marchés dans le pays hôte. Le Groupe de travail devrait avoir présent à l'esprit deux aspects de la question.

27. Le premier était que la recommandation 14 concernant la législation reposait sur l'hypothèse qu'il existait dans le pays hôte un cadre général régissant la passation des marchés publics qui assurait une procédure de mise en compétition transparente et efficace propre à satisfaire aux normes énoncées dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Le Groupe de travail a été invité à examiner en temps utile de quelle manière les dispositions législatives types à élaborer devraient répondre aux besoins des pays qui ne possédaient pas un tel cadre général.

28. Le second aspect sur lequel a été appelée l'attention du Groupe de travail avait trait aux exigences particulières des procédures de sélection pour les projets d'infrastructure à financement privé. On a fait observer que l'expérience acquise à l'échelon international avait fait apparaître certaines limites des formes traditionnelles des procédures de sélection avec mise en compétition, comme l'appel d'offres, lorsqu'elles étaient appliquées à l'attribution de ce type de projets. Les dispositions législatives types que le Groupe de travail doit élaborer devraient préciser la nature particulière des procédures de sélection auxquelles elles s'appliqueraient.

Présélection des soumissionnaires

29. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 15

"Les soumissionnaires devraient faire la preuve qu'ils satisfont aux critères de présélection que l'autorité contractante juge appropriés pour le projet visé, notamment:

"*a*) Posséder les qualifications professionnelles et techniques, les ressources humaines, les équipements et autres moyens matériels nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, à savoir la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance;

"*b*) Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour la conception, la construction et l'exploitation;

"*c*) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'infrastructures publiques."

Recommandation 16

"Les soumissionnaires devraient être autorisés à constituer des consortiums pour soumettre leurs propositions, à condition que chacun des membres d'un consortium présélectionné ne puisse participer, directement ou par l'intermédiaire de filiales, qu'à un seul consortium soumissionnaire."

Recommandation 17

"L'autorité contractante devrait établir une liste restreinte des soumissionnaires présélectionnés qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée."

30. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type fondée sur le contenu de la recommandation 15.

31. Pour ce qui est de la recommandation 16 et de la recommandation 17, elles contenaient, selon un avis, des dispositions ayant trait à l'organisation et, de ce fait, n'avaient pas besoin d'être abordées dans des dispositions législatives types.

32. Selon un autre avis, la présélection était une étape décisive dans la sélection du concessionnaire pour des projets d'infrastructure à financement privé et il fallait donc élaborer des dispositions législatives types s'y rapportant. À titre de remarque générale, il a été souligné que le Groupe de travail devrait s'attacher à rédiger un texte détaillé pouvant être utilisé comme instrument autonome par des législateurs et des fonctionnaires pour l'adoption d'une nouvelle législation ou la modification de la législation en vigueur dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. Il a donc été décidé que toute disposition jugée essentielle pour la réalisation des objectifs desdits projets devrait figurer dans le projet de texte. Le Groupe de travail est cependant convenu aussi que les dispositions législatives types devraient s'abstenir d'aborder des détails inutiles qui risqueraient de compromettre la souplesse du texte.

33. S'agissant de la recommandation 16, l'avis a été exprimé que la question de la soumission de propositions par des consortiums ne pouvait être traitée dans le cadre d'une disposition unique, car il fallait faire des distinctions selon la nature du projet considéré. Il a été précisé que les dispositions législatives types devraient aborder les projets d'infrastructure à financement privé sous un angle général, conformément à l'approche adoptée dans le Guide législatif.

34. Concernant la recommandation 17, la proposition selon laquelle la liste restreinte des soumissionnaires présélectionnés devrait être publiée et notifiée à toutes les parties ayant soumis une demande de présélection a recueilli un large soutien. On a estimé qu'une telle publication améliorerait la transparence de la procédure, sans toutefois empêcher les pays adoptants de traiter cette question dans le cadre d'une loi plutôt que dans celui d'un règlement. Il

a été rappelé que la notification à toutes les parties ayant soumis une demande de présélection était également prévue au paragraphe 6 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés.

Procédure de sollicitation de propositions

Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

Recommandation 18

35. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Une fois la procédure de sélection terminée, l'autorité contractante devrait prier les soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions définitives."

36. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Recommandation 19

37. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après devraient s'appliquer:

"*a*) L'autorité contractante devrait tout d'abord inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions sur la base des spécifications concernant le produit demandé et d'autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles proposées;

"*b*) L'autorité contractante peut réunir les soumissionnaires afin de clarifier certains points de la sollicitation initiale de propositions;

"*c*) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser le cahier des charges et les clauses contractuelles initiaux avant de publier une sollicitation définitive de propositions."

38. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Teneur de la sollicitation définitive de propositions

Recommandation 20

39. Le texte de la recommandation était le suivant:

"La sollicitation définitive de propositions devrait inclure au minimum les renseignements suivants:

"*a*) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions;

"*b*) Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement;

"*c*) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante;

"*d*) Critères d'évaluation des propositions, importance relative à accorder à chacun de ces critères et manière de les appliquer dans l'évaluation des propositions."

40. On a fait observer qu'il était indispensable d'inclure les clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation définitive de propositions, comme le prévoyait l'alinéa *c* de la recommandation 20, et qu'en conséquence une disposition type reflétant le contenu de cette recommandation devrait être élaborée.

Éclaircissements et modifications

Recommandation 21

41. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, modifier la sollicitation définitive de propositions en publiant des additifs dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions."

42. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Critères d'évaluation

Recommandation 22

43. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques devraient permettre de déterminer la mesure dans laquelle la proposition présentée par le soumissionnaire peut satisfaire les besoins de l'autorité contractante et porter notamment sur les éléments suivants:

"*a*) Rationalité technique;

"*b*) Faisabilité opérationnelle;

"*c*) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité;

"*d*) Potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions."

Recommandation 23

44. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales peuvent inclure, selon qu'il convient:

"*a*) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, redevances, prix unitaires et autres charges proposés;

"*b*) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante devra effectuer, le cas échéant;

"*c*) Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;

"*d*) L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, des pouvoirs publics;

"*e*) La rationalité des arrangements financiers proposés;

"*f*) La conformité des propositions aux clauses contractuelles proposées."

45. Le Groupe de travail a examiné le lien entre les critères d'évaluation portant sur les aspects non financiers, énumérés dans la recommandation 22, et les critères se rapportant aux aspects financiers, énumérés dans la recommandation 23.

46. Selon un avis, il faudrait recommander dans les dispositions législatives types de ne pas accorder une importance excessive aux aspects financiers d'une proposition, à savoir au critère du prix, au détriment des aspects non financiers, car cela était jugé inapproprié dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé. Selon un avis similaire, les dispositions législatives types devraient préciser que les critères de prix pouvaient être pris en considération uniquement après évaluation des aspects non financiers des propositions.

47. À cela, il a été répondu que la question de l'importance relative à accorder aux critères financiers par rapport aux aspects non financiers avait été examinée en détail dans les notes se rapportant au Guide législatif. On a en outre fait observer qu'il serait inapproprié d'aborder le problème de la hiérarchie entre les critères d'évaluation dans un cadre législatif. À cet égard, on a également rappelé que le mandat confié au Groupe de travail était de compléter et non de modifier les décisions de principe sur lesquelles reposait le Guide.

48. En écartant le critère du prix, on risquait, selon un avis, de compromettre la transparence générale de la procédure. Il a été suggéré que le projet de dispositions législatives types prévoie des paramètres capables de garantir l'objectivité de cette procédure. À cet égard, on a fait observer que les seuils fixés par l'autorité contractante pour évaluer la conformité des propositions, comme cela était prévu dans la recommandation 24, pouvaient garantir une telle transparence et une telle objectivité. Il a en outre été noté que l'autorité contractante devrait fixer ces seuils afin de garantir la viabilité du projet. Selon une autre suggestion, lesdits seuils devraient être indiqués dans la sollicitation définitive de propositions dont il est question dans la recommandation 20.

49. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait laisser à l'autorité contractante le soin de déterminer l'importance relative à accorder aux critères d'évaluation, à condition toutefois qu'une transparence suffisante soit assurée. Il a néanmoins été convenu que les dispositions législatives types pourraient utilement mentionner la possibilité pour l'autorité contractante de procéder à l'évaluation en deux étapes, comme cela est prévu à l'article 42 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés et comme l'indiquait le paragraphe 81 du chapitre III du Guide législatif.

50. Il a été proposé que la rationalité environnementale, bien qu'étant peut-être sous-entendue dans les critères de "rationalité technique" et de "qualité des services", soit mentionnée expressément parmi les critères pertinents d'évaluation des aspects non financiers. Cette proposition a recueilli un certain appui.

51. En réponse à une question concernant le lien entre l'alinéa *f* de la recommandation 23 et la recommandation 21, permettant à l'autorité contractante de donner des éclaircissements et de modifier la sollicitation définitive de propositions, il a été expliqué que l'alinéa *f* concernait uniquement les clauses contractuelles qui n'avaient pas été déclarées non négociables par l'autorité contractante et pour lesquelles des négociations étaient autorisées. Pour améliorer la transparence, il a été décidé que ce point devrait être explicité dans les dispositions législatives types.

Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions

Recommandation 24

52. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux qui doivent être pris en considération dans les propositions, conformément aux critères énoncés dans la sollicitation de propositions. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils devraient être considérées comme non conformes."

53. Sous réserve de la suggestion faite à propos de l'alinéa *f* de la recommandation 23, le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Recommandation 25

54. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Qu'elle ait ou non recouru à une procédure de présélection, l'autorité contractante peut conserver le droit d'exiger des soumissionnaires qu'ils confirment leurs qualifications conformément aux critères et procédures énoncés dans la sollicitation de propositions ou dans le dossier de présélection, selon qu'il convient. En cas de procédure de présélection, les critères devraient être les mêmes que ceux qui ont été utilisés dans cette procédure."

55. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Négociations finales et attribution du projet

Recommandation 26

56. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter à une négociation finale le soumissionnaire qui a présenté la proposition ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions."

57. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Recommandation 27

58. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un accord de projet, elle devrait informer ce dernier qu'elle y met fin et inviter ensuite les autres soumissionnaires à des négociations en fonction de leur note jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de projet ou rejette toutes les propositions restantes."

59. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation. Dans un souci de transparence, toutefois, il a été proposé que les circonstances dans lesquelles l'autorité contractante pourrait "se rendre compte" que les négociations avec le soumissionnaire susceptible d'obtenir le projet n'aboutiront pas à la conclusion d'un accord soient indiquées explicitement.

Attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition

Recommandation 28

60. Le texte de la recommandation était le suivant:

"La loi devrait énoncer les cas exceptionnels dans lesquels l'autorité contractante peut être autorisée à attribuer une concession sans recourir à une procédure de mise en compétition, par exemple:

"*a*) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité de service, il ne serait pas pratique d'ouvrir une procédure de sélection avec mise en compétition;

"*b*) Lorsque les projets sont de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas un faible montant spécifié;

"*c*) Pour des raisons de défense ou de sécurité nationales;

"*d*) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé (par exemple, en raison de la nécessité d'utiliser une technologie brevetée ou un savoir-faire unique);

"*e*) En cas de propositions spontanées du type mentionné dans les recommandations 34 et 35;

"*f*) Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsque aucune proposition n'a satisfait aux critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions, et lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chance d'aboutir à l'attribution du projet;

"*g*) Dans d'autres cas où l'autorité supérieure du pays hôte autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général."

61. On a noté, à titre d'observation générale, que dans certains pays les concessions n'étaient pas toujours attribuées par le biais de procédures structurées de mise en compétition. Associées à des mesures améliorant la transparence, les procédures moins formelles utilisées dans ces pays ont donné des résultats satisfaisants, comme cela a été dit de façon appropriée dans les notes se rapportant à la recommandation 28[a]. En conséquence, il a été proposé de ne pas faire figurer le mot "exceptionnel" dans une disposition type visant à mettre en œuvre la recommandation 28.

62. Cette proposition a suscité une vive objection, car selon l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail le texte de la recommandation 28 reflétait correctement le principe adopté par la Commission, à savoir que, dans le contexte des projets d'infrastructure à financement privé, l'attribution d'une concession sans procédure structurée de mise en compétition devrait avoir lieu dans des circonstances exceptionnelles.

63. Il a été rappelé au Groupe de travail que, selon la Commission, la liste des circonstances exceptionnelles autorisant l'attribution d'une concession sans procédure structurée de mise en compétition n'était pas exhaustive[7]. Le Groupe de travail a cependant été d'avis que la souplesse recherchée par la Commission apparaissait déjà à l'alinéa *g* de la recommandation et que, pour ce qui est du libellé, les mots "par exemple" ne devraient pas figurer dans une disposition type visant à mettre en œuvre la recommandation 28. Le Groupe de travail est convenu d'envisager d'élargir la portée de l'alinéa *g* en ajoutant une phrase telle que "ou dans d'autres cas de la même nature exceptionnelle, définis par la loi".

[a]Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4), chap. III, par. 88.

[7]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 168.

64. Le Groupe de travail est convenu que les mots "urgente", à l'alinéa *a,* et "impérieuse", à l'alinéa *g*, ne seraient peut-être pas nécessaires dans une disposition type visant à mettre en œuvre la recommandation 28.

Recommandation 29

65. Le texte de la recommandation était le suivant:

"La loi peut imposer la procédure ci-après pour l'attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition:

"*a*) L'autorité contractante devrait publier un avis pour faire connaître son intention d'attribuer une concession pour l'exécution du projet proposé et mener des négociations avec un nombre aussi grand que possible de sociétés jugées capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

"*b*) Les offres devraient être évaluées et notées conformément aux critères d'évaluation fixés par l'autorité contractante;

"*c*) Sauf dans le cas visé à l'alinéa *c* de la recommandation 28, l'autorité contractante devrait faire publier un avis d'attribution de la concession, indiquant les circonstances et les motifs précis de l'attribution de la concession sans procédure de mise en compétition."

66. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

67. Le Groupe de travail est également convenu qu'il serait peut-être utile d'élargir la portée de l'alinéa *c* de manière à aligner l'obligation de publicité qui y est faite sur l'obligation de fournir des renseignements mentionnés au paragraphe 122 du chapitre III du Guide législatif.

Propositions spontanées

68. Le Groupe de travail a estimé en général qu'il serait utile de fournir des orientations spécifiques d'ordre législatif, sous forme de dispositions types, sur la manière dont les autorités contractantes pourraient traiter les propositions spontanées. On a souligné à cet égard que, indépendamment des éventuelles objections de principes que de telles propositions pourraient soulever, il serait préférable d'offrir aux États adoptants un système satisfaisant pour assurer la transparence et l'équité dans le traitement des propositions spontanées, au lieu de les ignorer purement et simplement.

69. À titre de remarque générale, on a fait observer qu'il serait peut-être utile que le Groupe de travail définisse plus clairement la notion de proposition spontanée. On a également suggéré qu'il précise, éventuellement dans des notes qui pourraient accompagner les dispositions législatives types, que des procédures administratives appropriées devraient être élaborées par l'autorité contractante pour assurer l'efficacité et la transparence dans le traitement des propositions spontanées.

Recommandation 30

70. Le texte de la recommandation était le suivant:

"À titre d'exception aux procédures de sélection décrites dans les recommandations 14 à 27, l'autorité contractante peut être autorisée à examiner des propositions spontanées conformément à une procédure spécifique prévue par la loi à cette fin, à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé une procédure de sélection."

71. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

Recommandation 31

72. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante devrait faire savoir à son auteur, dans un délai raisonnablement court, si le projet présente ou non un intérêt général potentiel. Dans l'affirmative, elle devrait l'inviter à soumettre une proposition officielle suffisamment détaillée pour qu'il soit possible d'évaluer de façon satisfaisante le concept ou la technologie et déterminer si la proposition répond aux conditions imposées par la loi et est susceptible d'être appliquée avec succès à l'échelle prévue dans le projet proposé."

73. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Recommandation 32

74. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'auteur de la proposition devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant toute la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée."

75. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Procédure de traitement des propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

Recommandation 33

76. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait entamer une procédure de sélection avec mise en compétition conformément aux recommandations 14 à 27 ci-dessus s'il

s'avère que l'exécution du projet est possible sans recours à un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, ou si le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent. L'auteur de la proposition spontanée devrait être invité à participer à cette procédure et pourra bénéficier d'un avantage du fait de sa proposition."

77. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation. Il a cependant été souligné que le Groupe de travail devrait peut-être préciser à un stade ultérieur la notion d'"avantage" figurant dans la recommandation.

Procédure de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

Recommandation 34

78. Le texte de la recommandation était le suivant:

"S'il apparaît qu'il ne serait pas possible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, l'autorité contractante devra rechercher des éléments de comparaison. À cette fin, elle devrait publier une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné raisonnable."

79. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Recommandation 35

80. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition spontanée si aucune autre proposition n'a été reçue, sous réserve d'une approbation d'une autorité supérieure. Si d'autres propositions sont soumises, l'autorité contractante devrait inviter tous leurs auteurs à participer à des négociations conformément aux dispositions *a* à *c* de la recommandation 29."

81. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Confidentialité

Recommandation 36

82. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Les négociations entre l'autorité contractante et les soumissionnaires devraient être confidentielles et une partie aux négociations ne devrait relever à aucune autre des informations techniques, des informations relatives au prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie."

83. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Avis d'attribution du projet

Recommandation 37

84. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait faire publier un avis d'attribution du projet. Cet avis devrait désigner le concessionnaire et comporter un résumé des principales clauses de l'accord de projet."

85. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

Recommandation 38

86. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait dûment conserver les principales informations liées aux procédures de sélection et d'attribution. La loi devrait énoncer les conditions d'accès du public à ces informations."

87. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Procédures de recours

Recommandation 39

88. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Les soumissionnaires qui déclarent avoir subi, ou qui peuvent subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peuvent introduire un recours contre les actes de l'autorité contractante conformément aux lois du pays hôte."

89. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation. On a fait observer à cet égard que le Groupe de travail devrait examiner à un stade ultérieur s'il faudrait faire figurer une telle disposition type après les dispositions traitant de la sélection du concessionnaire ou s'il serait préférable de la placer avec les dispositions traitant du règlement des différends dans les différentes phases d'un projet d'infrastructure.

Chapitre premier. Cadre législatif et institutionnel général

Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel

Recommandation 1

90. Le texte de la recommandation était le suivant:

> "Le cadre constitutionnel, législatif et institutionnel nécessaire à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé devrait avoir pour objectif d'assurer la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets. Toutes restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures devraient être éliminées."

91. Le Groupe de travail a reconnu que les deux dispositions figurant dans la recommandation 1 étaient de nature générale et n'étaient pas susceptibles de ce fait d'être transformées en dispositions législatives. Toutefois, il est convenu qu'il pourrait être utile, afin de rappeler les grands objectifs devant être poursuivis dans le domaine des infrastructures à financement privé, de conserver la teneur de la recommandation, par exemple dans un préambule ou dans des notes explicatives aux dispositions législatives types que le Groupe de travail pourrait décider d'élaborer.

Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions

92. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 2

> "La loi devrait spécifier les autorités publiques du pays hôte (à savoir, selon qu'il convient, les autorités nationales, provinciales et locales) habilitées à attribuer des concessions et à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé."

Recommandation 3

> "Les projets d'infrastructure à financement privé peuvent comprendre des concessions pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages et de nouveaux systèmes ou pour la maintenance, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes existants."

Recommandation 4

> "La loi devrait spécifier les secteurs ou les types d'infrastructure pour lesquels des concessions peuvent être attribuées."

Recommandation 5

> "La loi devrait spécifier dans quelle mesure une concession peut s'étendre à l'ensemble de la région relevant de la compétence de l'autorité contractante, ou seulement à une subdivision géographique de cette région ou encore à un projet particulier, et si elle peut être attribuée avec ou sans droits d'exclusivité, selon les cas, conformément aux règles et principes de droit, aux dispositions législatives, à la réglementation et aux politiques s'appliquant au secteur visé. Les autorités contractantes pourraient être habilitées à s'unir pour attribuer des concessions lorsque la compétence de chacune d'entre elles est en jeu."

93. Le Groupe de travail a examiné en bloc les recommandations 2 à 5 relatives à l'étendue du pouvoir d'attribuer des concessions. À titre de remarque générale, il a été rappelé que toutes ces recommandations avaient pour objet de promouvoir la clarté législative en ce qui concerne tant la spécification des autorités habilitées à attribuer des concessions que l'étendue des pouvoirs en la matière. En conséquence, l'opinion selon laquelle tous les aspects abordés dans les recommandations 2 à 5 pourraient être pris en compte et traités dans une seule disposition législative type a bénéficié d'un appui.

94. Pour ce qui est de la technique qui devrait être utilisée pour spécifier quelles sont les autorités compétentes, il a été suggéré d'envisager plusieurs solutions, en prenant par exemple pour modèle les options prévues au paragraphe *b* de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Il a toutefois été précisé que le fait de prévoir une liste où seraient répertoriés tous les organes ou organismes compétents pourrait obliger à spécifier également dans la loi les secteurs pour lesquels ces organes ou organismes seraient compétents. Sans préjudice de la solution qui sera apportée à ce problème, le Groupe de travail est convenu que les dispositions législatives types devraient avoir une portée générale et ne pas être limitées à des secteurs particuliers. À cet égard, il a également été estimé qu'il pourrait être utile de retenir, en prenant comme modèle la recommandation 3, une définition générale des types de projets d'infrastructure entrant dans le champ d'application de ces dispositions.

95. On a appuyé le point de vue selon lequel la question des chevauchements de compétences et de pouvoirs en ce qui concerne les projets d'infrastructure à financement privé qui pourraient apparaître en fonction de la structure de l'État adoptant ou de la nature du service en cause devrait être traitée expressément dans une disposition législative type, afin d'assurer une approche coordonnée.

96. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger une disposition législative type traitant de cette question sans pour autant trop s'attarder sur des détails qui pourraient en compliquer inutilement le texte. À cet égard, il a été précisé qu'il fallait laisser le soin aux législateurs nationaux de régler les détails concernant la structure de l'État adoptant.

Coordination administrative

Recommandation 6

97. Le texte de la recommandation était le suivant:

> "Des mécanismes institutionnels devraient être établis afin de coordonner les activités des autorités

publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé."

98. Tout en rappelant que cette recommandation avait été jugée capitale pour éviter les retards et le manque d'efficacité dus à l'absence de coordination entre différentes autorités publiques, on a estimé que la question ne se prêtait pas nécessairement à un traitement législatif. À cet égard, il a été signalé que de nombreux pays considéraient qu'une telle coordination relevait de la pratique administrative.

99. Selon un autre point de vue, la question de la coordination entre les autorités était capitale pour assurer la viabilité à long terme des projets d'infrastructure et devrait par conséquent faire l'objet d'une disposition de nature législative. La suggestion selon laquelle le principe qui sous-tend cette recommandation devrait être conservé dans un préambule ou dans des notes se rapportant aux dispositions législatives types, en tant que question générale, a bénéficié d'un certain appui. Selon une autre suggestion, la question devrait être abordée dans le contexte de l'étendue du pouvoir d'attribuer des concessions.

100. À titre de remarque générale, le Groupe de travail s'est accordé à dire que l'examen de la question de savoir comment prendre en compte les principes qui, bien qu'importants, n'étaient pas considérés comme susceptibles d'être traités dans des dispositions législatives types devrait être remis à plus tard.

Fonction de réglementation des services d'infrastructure

101. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 7

"La fonction de réglementation des services d'infrastructure ne devrait pas être confiée à des entités qui fournissent directement ou indirectement de tels services."

Recommandation 8

"La fonction de réglementation devrait être confiée à des organismes fonctionnellement indépendants et ayant une autonomie suffisante, de manière à ce que les décisions soient prises sans ingérence politique ou pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics."

Recommandation 9

"Les règles régissant les procédures de réglementation devraient être rendues publiques. Les décisions touchant à la réglementation devraient être motivées et accessibles aux parties intéressées par voie de publication ou par d'autres moyens."

Recommandation 10

"La loi devrait établir des procédures transparentes en vertu desquelles le concessionnaire pourrait demander un réexamen des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial, y compris par un tribunal, et devrait énoncer les motifs pouvant fonder une telle demande."

Recommandation 11

"Des procédures spéciales devraient être établies, s'il y a lieu, pour régler les différends entre les prestataires de services publics concernant les infractions présumées aux lois et réglementations régissant le secteur visé."

102. De l'avis général, les recommandations 7 à 11 n'étaient pas susceptibles d'être transformées en dispositions législatives types et, par conséquent, la fonction de réglementation des services d'infrastructure devrait rester en dehors du champ couvert par les dispositions législatives types. À ce propos, on a souligné qu'il pourrait être opportun de traiter certaines questions ayant trait à cette fonction de réglementation dans d'autres chapitres, par exemple ceux concernant la phase d'exploitation ou le règlement des différends.

Chapitre II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics

Risques de projet et répartition des risques

Recommandation 12

103. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Aucune restriction légale ou réglementaire injustifiée ne devrait limiter la faculté de l'autorité contractante de convenir d'une répartition des risques adaptée aux besoins du projet."

104. Tout en réaffirmant que cette recommandation était importante pour faire prendre conscience au législateur des incidences de ses choix fondamentaux dans le domaine des infrastructures à financement privé, le Groupe de travail est convenu qu'elle avait un caractère plus indicatif que normatif et qu'elle n'était donc pas susceptible d'être transformée en disposition législative type.

Appui des pouvoirs publics

Recommandation 13

105. Le texte de la recommandation était le suivant:

"La loi devrait clairement indiquer les autorités publiques du pays hôte qui sont autorisées à fournir un appui financier ou économique pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé et quelles formes cet appui peut revêtir."

106. Selon une opinion, cette recommandation était liée à la question plus générale de l'étendue du pouvoir d'attribuer des concessions. Il a donc été suggéré d'en inclure la teneur dans les dispositions législatives types correspondant aux recommandations 2 à 5. Bien que cette opinion ait bénéficié d'un certain soutien, on a craint que le fait de mentionner l'appui financier ou économique des pouvoirs publics dans une disposition législative type équivaudrait à recommander qu'un tel appui soit fourni, ce qui était jugé inopportun du point de vue des gouvernements qui ont pour principe de ne fournir aucun appui à des projets d'infrastructure à financement privé. En réponse à cette préoccupation, il a été fait observer qu'une disposition incorporant la teneur de la recommandation 13 n'aurait pas pour objet de recommander la fourniture d'un appui par les pouvoirs publics en tant que stratégie mais d'assurer la transparence des systèmes dans le cadre desquels une décision de principe en faveur d'un tel appui avait été prise.

107. En ce qui concerne la dernière partie de la recommandation, où il est dit que la loi devrait clairement indiquer les types d'appui pouvant être fournis par les autorités publiques, on s'est inquiété du fait que son incorporation dans une disposition législative type pourrait avoir pour résultat de réduire inutilement la marge de manœuvre lors des négociations. On a également exprimé la crainte qu'il pourrait être difficile d'établir une liste exhaustive en raison de la diversité des formes qu'un tel appui peut revêtir.

108. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il pourrait être utile de retenir, éventuellement en la plaçant entre crochets, une disposition type inspirée de la recommandation, en vue d'attirer l'attention du Groupe sur la nécessité de réexaminer la question à une date ultérieure.

Chapitre IV. Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet

Dispositions générales de l'accord de projet

Recommandation 40

109. Le texte de la recommandation était le suivant:

> "La loi pourrait indiquer les principales clauses devant figurer dans l'accord de projet, qui pourraient comprendre les clauses mentionnées dans les recommandations 41 à 68 ci-après."

110. Le Groupe de travail a noté que, comme il est indiqué dans le Guide législatif (chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 2), les législations nationales contenaient souvent des dispositions portant sur le contenu de l'accord de projet. Dans certains pays, la loi se bornait à mentionner la nécessité d'un accord entre le concessionnaire et l'autorité contractante, tandis que dans d'autres elle contenait des dispositions détaillées et impératives sur le contenu des clauses devant figurer dans l'accord. Il existait enfin une approche intermédiaire selon laquelle la loi énumérait les questions qui devaient être réglées dans l'accord de projet sans réglementer en détail le contenu des clauses de celui-ci.

111. Le Groupe de travail était conscient du fait que des dispositions législatives générales régissant certains aspects fondamentaux de l'accord de projet pourraient aider à établir un cadre général de répartition des droits et des obligations entre les parties. Elles pourraient peut-être aussi avoir pour but d'uniformiser certaines dispositions contractuelles et de donner des indications aux autorités publiques chargées de négocier les accords de projet aux différents niveaux de l'État (national, provincial ou local). Enfin, il fallait dans certains cas un texte législatif pour conférer à l'autorité contractante le pouvoir de souscrire à certaines clauses de l'accord.

112. Le Groupe de travail a cependant été d'avis que des dispositions législatives générales traitant de façon détaillée des droits et obligations des parties risquaient de priver l'autorité contractante et le concessionnaire de la latitude dont ils avaient besoin pour négocier entre eux un accord adapté aux exigences et aux particularités du projet considéré.

113. Dans ce contexte, le Groupe de travail a eu un échange de vues approfondi sur le point de savoir s'il serait souhaitable de formuler une disposition législative type contenant la liste des questions fondamentales devant être abordées dans l'accord de projet. Il a été proposé à cet égard qu'une telle liste soit fondée sur les titres précédant les recommandations 41 à 68, avec quelques ajustements lorsque l'on estimait que la formulation employée n'indiquait pas de façon suffisamment claire le sujet à aborder dans l'accord de projet. Les inconvénients éventuels d'une liste ont également été rappelés au Groupe de travail. Il a été dit, par exemple, que se poserait la question de savoir si les parties auraient le pouvoir de ne pas inclure un sujet quelconque figurant sur la liste ou si elles pourraient en revanche inclure d'autres sujets qui n'y figuraient pas. Un autre inconvénient possible pouvait être l'incertitude quant à ce qui se passerait sur le plan juridique si les parties ne suivaient pas une liste de dispositions établies dans la législation.

114. Après avoir examiné les différents points de vues exprimés, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile d'élaborer une disposition législative type énumérant les questions fondamentales devant être abordées dans l'accord de projet. Le secrétariat a été prié de rédiger un projet initial de disposition type sur la base des titres précédant les recommandations 41 à 68, avec les ajustements pouvant être nécessaires de manière à indiquer clairement, mais sans détails inutiles, les divers sujets devant être couverts par les accords de projet.

115. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner la suggestion selon laquelle, outre la liste des principales clauses de l'accord de projet, il conviendrait de traiter séparément dans des dispositions législatives types spécifiques certains des points couverts par les recommandations 41 à 68. Il a été dit que cela était le cas en particulier des recommandations portant sur des questions pouvant nécessiter une autorisation législative préalable ou des questions susceptibles d'avoir une incidence sur les intérêts de tiers, ou encore des dispositions ayant trait à des considérations fondamentales de politique générale à propos desquelles une dérogation conventionnelle n'était pas admise dans certains systèmes juridiques.

116. Bien que cette proposition n'ait suscité aucune objection de principe, le Groupe de travail a décidé de l'examiner à nouveau une fois qu'il aurait achevé l'examen des recommandations 41 à 68 (voir par. 118 à 164 ci-dessous).

Recommandation 41

117. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Sauf disposition contraire, l'accord de projet devrait être régi par la loi du pays hôte."

118. En réponse à une question concernant le sens du premier membre de phrase de cette recommandation, il a été indiqué que la question de la loi régissant l'accord de projet avait fait l'objet de longues discussions à la trente-deuxième session de la Commission. Le libellé souple sur lequel la Commission avait fini par se mettre d'accord avait pour but de tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, les dispositions autorisant l'application d'une loi autre que celle du pays hôte ne pouvaient être que de nature législative, alors que dans d'autres l'autorité contractante pouvait être habilitée à choisir la loi applicable.

119. Il a été déclaré en outre que cette recommandation traitait non seulement du choix entre la loi interne et la loi étrangère, mais aussi du point de savoir quelle branche du droit du pays hôte (droit administratif ou droit général des obligations) régirait l'accord de projet. Il a été souligné que cette question avait d'importantes incidences pratiques, étant donné que, dans certains systèmes juridiques, le droit administratif conférait implicitement ou explicitement aux organismes gouvernementaux un certain nombre de prérogatives en ce qui concerne les contrats administratifs, par exemple le pouvoir de résilier unilatéralement un contrat ou d'en modifier les clauses.

120. Le Groupe de travail a estimé que la recommandation 41 n'était pas susceptible d'être transformée en une disposition législative type autonome. Il pourrait tout au plus envisager, le moment venu, d'inclure une rubrique telle que "loi régissant l'accord de projet" dans une liste des principales dispositions d'un accord de projet qui pourrait être élaborée aux fins de la mise en œuvre de la recommandation 40.

121. Selon l'avis contraire, toutefois, la recommandation 41 était importante, car elle avait trait à la souveraineté des pays hôtes. Si dans la pratique les investisseurs, en particulier les investisseurs étrangers, pouvaient s'inquiéter de la stabilité globale et de la prévisibilité du cadre juridique du pays hôte aux fins d'investissements privés d'infrastructure, les dispositions législatives types devraient reconnaître les efforts qui avaient été déployés dans de nombreux pays, y compris dans les pays en développement, pour améliorer le climat des investissements. Le Groupe de travail a pris ces vues en considération et a prié le secrétariat de rédiger une disposition législative reflétant le contenu de la recommandation 41.

Organisation du concessionnaire

122. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 42

"L'autorité contractante devrait avoir la possibilité d'exiger des soumissionnaires sélectionnés qu'ils constituent une personne morale indépendante ayant son siège dans le pays."

Recommandation 43

"L'accord de projet devrait préciser le capital minimal de la société de projet ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante des statuts de cette société et des modifications essentielles de ces statuts."

123. Il a été fait observer que, dans certains cas, l'exigence par l'autorité contractante d'un capital minimal était une condition préalable à la conclusion de l'accord. On a estimé que, compte tenu du lien entre ces deux recommandations et le droit applicable à l'accord de projet, celles-ci étaient susceptibles d'être transformées en dispositions législatives types.

Site du projet, biens et servitudes

Recommandation 44

124. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait préciser, lorsqu'il y a lieu, les biens qui seront la propriété de l'État et ceux qui seront la propriété privée du concessionnaire. Il devrait indiquer les biens que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet; les biens que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, racheter au concessionnaire; et les biens que le concessionnaire peut librement retirer ou dont il peut librement disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet."

125. On a estimé que la distinction établie, dans la recommandation 44, entre différentes catégories de biens du projet reflétait des principes de droit bien établis dans certains systèmes juridiques. De ce fait, on a jugé la recommandation susceptible d'être transformée en disposition législative type.

Recommandation 45

126. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait aider le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet nécessaires à la construction, à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. La loi pourrait autoriser le concessionnaire à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance de l'ouvrage."

127. L'avis selon lequel les questions abordées dans la recommandation 45 devaient faire l'objet de dispositions législatives types, car elles traitaient des droits et obligations de tiers, a recueilli un large soutien.

Arrangements financiers

128. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 46

"La loi devrait permettre au concessionnaire de percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services qu'il fournit. L'accord de projet devrait prévoir des méthodes et formules d'ajustement de ces redevances ou droits."

Recommandation 47

"Lorsque les redevances ou droits demandés par le concessionnaire sont soumis au contrôle externe d'un organisme de réglementation, la loi devrait énoncer les mécanismes de révision périodique et extraordinaire des formules d'ajustement."

Recommandation 48

"L'autorité contractante devrait être habilitée, s'il y a lieu, à convenir d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances que doivent acquitter les utilisateurs ou à s'engager à acheter des quantités déterminées de biens ou de services."

129. On a dit qu'il faudrait rédiger des dispositions législatives types se rapportant aux recommandations 46 à 48, car tant la question de la perception de droits que celle des autres versements devant être effectués au concessionnaire étaient capitales pour l'équilibre financier du projet et la notion même d'accord de concession, et il fallait donc les aborder dans un cadre législatif plutôt que contractuel. Après examen de ce point de vue, le Groupe de travail a décidé que toute disposition législative type relative aux arrangements financiers devrait se limiter à énoncer le droit du concessionnaire de percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage, comme il est indiqué dans la première phrase de la recommandation 46.

Sûretés

Recommandation 49

130. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Le concessionnaire devrait avoir la charge de mobiliser les fonds nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage et, à cette fin, il devrait avoir le droit d'obtenir tout financement requis pour le projet en constituant une sûreté sur l'un quelconque de ses biens, en nantissant les actions de la société de projet, en nantissant le produit et les créances provenant de la concession ou en constituant toute autre sûreté appropriée sans préjudice de toute règle de droit pouvant interdire la constitution de sûretés sur un bien public."

131. Le Groupe de travail a reconnu que la possibilité pour le concessionnaire de constituer toutes les sûretés pouvant être nécessaires pour obtenir le financement requis (y compris, s'il y avait lieu, des sûretés sur les actions de la société de projet ou sur le produit et les recettes provenant de la concession) était souvent indispensable à la réussite du projet. Bien que l'importance de cette question ait été admise par tous, il a également été rappelé que celle-ci s'était révélée particulièrement délicate en raison des restrictions imposées dans certains systèmes juridiques à propos de la constitution de sûretés ou d'autres garanties sur des biens publics. On a en outre souligné que la question de la constitution de sûretés dépassait le cadre du droit relatif aux concessions et était traitée dans le droit général des sûretés.

132. Tout en étant conscient des difficultés que pouvait poser la rédaction d'une disposition législative type traitant de manière appropriée les différentes questions liées aux sûretés, le Groupe de travail a estimé qu'une telle disposition serait souhaitable.

Cession de la concession

Recommandation 50

133. Le texte de la recommandation était le suivant:

"La concession ne devrait pas être cédée à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. L'accord de projet devrait énoncer les conditions auxquelles l'autorité contractante peut donner son consentement à la cession de la concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de l'accord de projet et la production par ce dernier de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service."

134. Il a été souligné que la recommandation 50 reflétait l'importance attachée par certains systèmes juridiques au caractère personnel (*intuitu personae*) des contrats de concession, qui était jugé indispensable pour garantir la viabilité du projet à long terme. Le Groupe de travail est donc convenu que les principes fondamentaux énoncés dans la recommandation méritaient peut-être d'être traités dans le cadre d'une disposition législative type.

Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet

Recommandation 51

135. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Sauf disposition contraire, le transfert d'un intérêt majoritaire dans une société concessionnaire peut être soumis à l'assentiment de l'autorité contractante."

136. On a estimé que la recommandation 51, comme la recommandation 50, était indispensable pour préserver le caractère personnel de l'accord de projet et que, en conséquence, son contenu devrait être repris dans une disposition législative type.

Travaux de construction

Recommandation 52

137. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait énoncer les procédures d'examen et d'approbation des plans et spécifications de l'ouvrage, le droit de l'autorité contractante de surveiller la construction dudit ouvrage ou les améliorations apportées à celui-ci, les conditions auxquelles elle peut ordonner des modifications des spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage, de ses équipements et de ses dépendances."

138. Le Groupe de travail est convenu que la recommandation traitait de questions d'une nature essentiellement contractuelle et qu'aucune disposition législative type s'y rapportant n'était souhaitable.

Exploitation de l'infrastructure

Recommandation 53

139. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait énoncer, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

"*a*) L'adaptation du service afin de répondre à la demande effective de ce service;

"*b*) La continuité du service;

"*c*) La fourniture du service, dans des conditions essentiellement identiques, à tous les usagers;

"*d*) L'accès non discriminatoire, selon qu'il convient, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire."

140. On a estimé que la recommandation reflétait des principes fondamentaux du droit régissant les obligations des concessionnaires d'infrastructure dans certains systèmes juridiques et que, de ce fait, il pourrait être utile de la transformer en disposition législative type.

Recommandation 54

141. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait indiquer:

"*a*) La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités;

"*b*) Les procédures permettant de suivre les résultats du concessionnaire et de prendre les mesures raisonnables que l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peut juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement exploité et à ce que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables."

142. Le Groupe de travail est convenu que la recommandation traitait de questions d'une nature essentiellement contractuelle et qu'aucune disposition législative type s'y rapportant n'était souhaitable.

Recommandation 55

143. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Le concessionnaire devrait avoir le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation."

144. Le Groupe de travail n'a pas jugé souhaitable ou nécessaire d'élaborer un projet de disposition législative type à partir de la recommandation 55.

Arrangements contractuels généraux

145. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 56

"L'autorité contractante peut se réserver le droit d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou des personnes ayant un lien avec lui. En principe, l'autorité contractante ne devrait pas refuser son approbation, sauf si les contrats contiennent des dispositions incompatibles avec l'accord de projet ou manifestement contraires à l'intérêt général ou aux règles impératives relevant du droit public."

Recommandation 57

"Le concessionnaire et ses prêteurs, assureurs et autres cocontractants devraient être libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles, sauf lorsqu'un tel choix irait à l'encontre de l'ordre public du pays hôte."

146. Le Groupe de travail a estimé que les recommandations 56 et 57 traitaient de questions d'une nature essentiellement contractuelle et qu'aucune disposition législative type s'y rapportant n'était souhaitable.

Recommandation 58

147. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait énoncer:

"*a*) Les formes, la durée et les montants des garanties de bonne exécution que le concessionnaire peut être tenu de fournir pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage;

"*b*) Les polices d'assurance que le concessionnaire peut être tenu de souscrire;

"*c*) L'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit à la suite de modifications de la législation ou d'autres changements de la situation économique ou financière rendant l'exécution de l'obligation sensiblement plus onéreuse que ce qui était initialement prévu. L'accord de projet devrait par ailleurs prévoir, en cas de tels changements, des mécanismes de révision des clauses qui y figurent;

"*d*) La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans l'accord de projet en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable;

"*e*) Les voies de recours ouvertes à l'autorité contractante et au concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie."

148. On a fait valoir que l'alinéa *c* reflétait des principes fondamentaux du droit concernant l'exploitation des infrastructures dans certains systèmes juridiques et que, de ce fait, il pourrait être utile de traduire la recommandation en disposition législative type. S'agissant des autres alinéas de la recommandation, toutefois, le Groupe de travail a estimé qu'ils renvoyaient à des questions d'une nature essentiellement contractuelle et qu'il n'était pas souhaitable d'élaborer une disposition législative type à cet égard.

Recommandation 59

149. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait énoncer les cas dans lesquels l'autorité contractante peut temporairement assurer l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions, en cas de manquement grave du concessionnaire à ses obligations."

150. On a fait valoir que cette recommandation reflétait des principes fondamentaux du droit concernant l'exploitation des infrastructures dans certains systèmes juridiques et que, de ce fait, il pourrait être utile de la transformer en disposition législative type.

Recommandation 60

151. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait être autorisée à conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite autorité, d'un nouveau concessionnaire dans le cadre de l'accord de projet en vigueur si le concessionnaire initial manque gravement à l'obligation de fournir le service requis ou si surviennent d'autres événements donnés pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet."

152. On a fait valoir que cette recommandation renfermait des conseils utiles de nature à faciliter le financement des projets d'infrastructure et que, de ce fait, il serait peut-être utile de la transformer en disposition législative type.

Chapitre V. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet

Durée et prorogation de l'accord de projet

Recommandation 61

153. Le texte de la recommandation était le suivant:

"La durée de la concession devrait être précisée dans l'accord de projet."

154. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait souhaitable d'élaborer une disposition législative type donnant suite à la recommandation 61.

Recommandation 62

155. Le texte de la recommandation était le suivant:

"La concession ne devrait pas être prorogée, sauf dans les cas prévus par la loi, tels que les suivants:

"*a*) Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties;

"*b*) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques;

"*c*) Prorogation pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans l'accord de projet et que le concessionnaire ne serait pas en mesure d'amortir pendant la durée normale de l'accord de projet."

156. Le Groupe de travail a estimé que cette recommandation énonçait un principe important pour assurer la transparence et éviter les abus dans la prorogation des accords de projet et qu'elle était donc susceptible d'être transformée en disposition législative type.

Résiliation de l'accord de projet

157. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Résiliation par l'autorité contractante

Recommandation 63

"L'autorité contractante devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet:

"*a*) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs;

"*b*) Pour des raisons d'intérêt général, sous réserve de l'octroi de dommages-intérêts au concessionnaire."

Résiliation par le concessionnaire

Recommandation 64

"Le concessionnaire devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet dans des cas exceptionnels spécifiés dans la loi, tels que les suivants:

"*a*) Manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu de l'accord de projet;

"*b*) Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordres de modification ou d'autres actes de l'autorité contractante, de changements imprévus des conditions ou d'actes d'autres autorités publiques, et absence de convention entre les parties sur une révision appropriée de l'accord de projet."

Résiliation par l'une ou l'autre partie

Recommandation 65

"L'une ou l'autre partie devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties devraient en outre avoir le droit de résilier l'accord de projet par consentement mutuel."

158. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait utile de formuler une disposition législative type pour donner suite aux recommandations 63 à 65.

Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet

Transfert de biens à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire

Recommandation 66

159. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait indiquer les critères permettant de fixer, selon qu'il convient, l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit pour des biens transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou lors de la résiliation de l'accord de projet."

160. Le Groupe de travail a estimé que cette recommandation renvoyait à des questions d'une nature essentiellement contractuelle et qu'il n'était pas souhaitable d'élaborer une disposition législative type à cet égard.

Arrangements financiers lors de la résiliation

Recommandation 67

161. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait spécifier les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation de l'accord de projet, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application de l'accord de projet et l'indemnisation du préjudice subi, y compris du manque à gagner."

162. On a fait valoir que cette recommandation renfermait des conseils utiles de nature à faciliter le financement des projets d'infrastructure et que, de ce fait, il serait peut-être utile de la transformer en disposition législative type. On a fait observer qu'en rédigeant une disposition type le Groupe de travail devrait examiner le lien entre la recommandation 67 et l'alinéa *c* de la recommandation 58.

Liquidation et mesures de transfert

Recommandation 68

163. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'accord de projet devrait indiquer, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

"*a*) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;

"*b*) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

"*c*) La prestation, par le concessionnaire, des services d'exploitation et de maintenance et la fourniture de pièces de rechange, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire."

164. On a fait valoir que la recommandation 68 portait sur des mesures de suivi significatives qui revêtaient une importance particulière pour les pays en développement et que, de ce fait, il était souhaitable de formuler une disposition législative type pour les prendre en compte.

Chapitre VI. Règlement des différends

Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

Recommandation 69

165. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante devrait être libre de convenir de mécanismes de règlement des différends considérés par les parties comme les mieux adaptés aux besoins du projet."

166. De l'avis général, le principe exprimé dans la recommandation 69, conférant à l'autorité contractante la liberté de convenir de mécanismes de règlement des dif-

férends que les parties considèrent adaptés aux exigences particulières du projet (y compris l'arbitrage sans restriction), devrait être reflété dans les dispositions législatives types. Il a été souligné qu'une sanction législative de cette liberté constituerait un principe directeur utile non seulement pour les pays où existaient des interdictions explicites (pouvant tenir à l'objet du différend ou à la nature publique de l'autorité contractante), mais aussi pour les systèmes juridiques où il n'existait pas de disposition habilitante claire et où la mise en œuvre de mécanismes contractuels de règlement des différends pourrait être contrecarrée par les tribunaux judiciaires ou administratifs. En conséquence, le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation 69.

167. À cet égard, on a indiqué qu'il faudrait peut-être des mécanismes différents pour chaque phase d'un projet d'infrastructure. On a précisé que des mécanismes pouvant convenir pour la phase des soumissions, où les parties n'avaient pas encore conclu d'accord, ne seraient peut-être pas appropriés pour les différends nés après l'attribution et la conclusion de l'accord de projet. De même, il faudrait peut-être des mécanismes particuliers pour les diverses phases ultérieures de la réalisation du projet.

168. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, il n'était pas souhaitable d'insérer de telles distinctions dans la disposition législative type reflétant la teneur de la recommandation 69. On a précisé à ce propos que cette recommandation était destinée à avoir un caractère général et ne visait pas à proposer une méthode particulière de règlement des différends.

169. Une question a été soulevée au sujet du lien entre la recommandation 69 et la recommandation 10, qui prévoit le droit du concessionnaire de demander un réexamen des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial. Il a été répondu que la recommandation 10 envisageait principalement des situations où la loi disposait que les plaintes émanant de prestataires de services publics devraient être déposées auprès d'une entité autre que l'autorité contractante, telle qu'un organisme de réglementation ou un autre organisme public, alors que la recommandation 69 portait seulement sur les différends surgissant entre le concessionnaire et l'autorité contractante.

170. Tout en reconnaissant qu'il importait d'attirer l'attention du législateur du pays hôte sur la nécessité de prévoir des mécanismes de règlement des différends pour traiter des situations envisagées dans la recommandation 10, le Groupe de travail est convenu que la tentative d'élaborer des projets de dispositions législatives types pour mettre en œuvre la recommandation 10 pourrait se révéler difficile, étant donné la diversité des mécanismes qu'il faudrait prendre en considération. Il a donc décidé qu'une telle disposition type n'était pas souhaitable. Néanmoins, une référence appropriée, éventuellement dans une note accompagnant les dispositions législatives types, devrait souligner l'importance des procédures de réexamen des décisions touchant à la réglementation pour atteindre l'objectif de transparence énoncé dans la recommandation.

Différends entre les promoteurs du projet et entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs

Recommandation 70

171. Le texte de la recommandation était le suivant:

> "Le concessionnaire et les promoteurs du projet devraient être libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler les différends commerciaux entre les promoteurs du projet ou entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux."

172. Il a été noté que la recommandation 70 exposait utilement un aspect particulier du principe général de la liberté contractuelle énoncé dans la recommandation 57. Par conséquent, il a été convenu qu'il serait utile d'élaborer une disposition législative type tenant compte de cette recommandation, afin soit d'éliminer les obstacles juridiques existants, soit de surmonter les pratiques contraires éventuelles des autorités judiciaires ou administratives.

Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

Recommandation 71

173. Le texte de la recommandation était le suivant:

> "Le concessionnaire peut être tenu de prévoir des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage."

174. Il a été souligné que la recommandation 71 ne traitait pas des différends majeurs entre le concessionnaire et ses clients ou les usagers de l'ouvrage, mais des réclamations ou des désaccords qui n'avaient pas encore atteint ce stade. Étant donné la diversité des mécanismes pouvant être mis en place pour donner suite à la recommandation et le caractère pratique et non législatif de la question, le Groupe de travail est convenu qu'aucune disposition législative type incorporant la teneur de cette recommandation n'était souhaitable.

C. Lien entre les dispositions législatives types et le Guide législatif

175. Ayant achevé l'examen des recommandations concernant la législation contenues dans le Guide législatif, le Groupe de travail a commencé à examiner la question du lien entre les dispositions législatives types et le Guide.

176. À titre d'observation générale, il a été noté que, conformément au mandat que la Commission a donné au Groupe de travail, les dispositions législatives types devraient s'ajouter au Guide législatif mais qu'aucune d'entre elles n'était censée se substituer aux recommandations qui y figuraient.

177. Il a été souligné à cet égard qu'il faudrait indiquer clairement, par exemple dans le préambule du Guide législatif ou dans des notes explicatives s'y rapportant, qu'il était nécessaire que les législateurs tiennent compte de toutes les recommandations du Guide, que celles-ci aient été ou non expressément traitées dans les dispositions législatives types. D'une manière générale, il a été réaffirmé que le Guide législatif était un document précieux qui devrait être conservé et qu'il fallait donc considérer que les dispositions législatives types avaient pour objet de le compléter et non de le remplacer. Pour ce qui est de la méthode à utiliser pour parvenir à un tel résultat, plusieurs suggestions ont été faites: il a été notamment proposé d'établir un lien entre les deux textes en ajoutant des notes de bas de page ou des renvois aux chapitres pertinents du Guide, ou de rédiger un avant-propos s'inspirant de celui qui a été inclus dans le Guide pour expliquer le lien entre les recommandations et les notes.

178. Il a également été proposé de reproduire, en regard du texte de chaque disposition législative type, le texte des recommandations législatives correspondantes. Bien que cette suggestion ait recueilli un certain appui, on a craint que cela induise en erreur quant à la nature et l'importance respectives des dispositions, en particulier lorsque leurs libellés ne présentaient que de légères différences. On a craint aussi que la visibilité et, en fin de compte, l'utilité des dispositions législatives types s'en trouvent diminuées.

179. Après un débat, il a été largement estimé qu'il serait prématuré de prendre une décision finale sur ce point. Le Groupe de travail a donc jugé souhaitable d'y revenir à un stade ultérieur, tout en tenant compte de toutes ces suggestions.

180. Le lien entre les dispositions législatives types sur la sélection du concessionnaire et la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés a fait l'objet d'un débat particulier. À cet égard, il a été proposé: *a*) que le préambule ou les notes explicatives se rapportant aux dispositions législatives types indiquent clairement que la procédure de sélection est différente des appels d'offre; et *b*) que des références plus détaillées aux dispositions particulières de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés figurent dans les notes ou ailleurs.

III. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-quatrième session (New York, 23 juillet-3 août 2001)

(A/CN.9/504) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-16	189
II.	Délibérations et décisions	17-18	191
III.	Examen du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	19-155	191
	A. Remarques générales	19	191
	B. Principaux objectifs d'un régime rationnel et efficace de l'insolvabilité	20	191
	C. Dispositions essentielles d'un régime rationnel efficace de l'insolvabilité	21-155	192
	1. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement	21-22	192
	2. Engagement et ouverture de la procédure d'insolvabilité	23-44	192
	3. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	45-89	195
	4. Administration de la procédure	90-143	201
	5. Liquidation et répartition	144-155	208
IV.	Procédures extrajudiciaires d'insolvabilité	156-161	209

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-troisième session, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a pris note de la recommandation que le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité avait formulée dans le rapport de sa session exploratoire tenue à Vienne du 6 au 17 décembre 1999 (A/CN.9/469, par. 140) et lui a donné pour mandat de présenter un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients.

2. À cette session, la Commission a également recommandé que le Groupe de travail, dans l'accomplissement de sa tâche, tienne dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BAsD), la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau. Il a été noté que, pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat de la CNUDCI organiserait un colloque avant la prochaine session du Groupe de travail, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, qui avaient proposé leur aide[1].

3. Ce colloque, organisé avec l'appui financier et logistique d'INSOL International et en collaboration avec l'Association internationale du barreau, s'est tenu à Vienne du 4 au 6 décembre 2000. Il devait permettre de définir et d'examiner les besoins des pays ayant entrepris une réforme de leur législation interne relative à l'insolvabilité et de déterminer comment la Commission et d'autres organisations pourraient faciliter cette réforme.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément nº 17*, A/55/17, par. 408.

4. Les participants au colloque se sont déclarés très favorables à la réalisation, par la Commission, de travaux sur les principaux éléments d'un régime d'insolvabilité efficace (voir rapport du colloque sur l'insolvabilité internationale organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau, A/CN.9/495, par. 34). Ils ont vivement recommandé qu'un délai d'environ six mois soit fixé pour l'élaboration minutieuse des projets devant être soumis au Groupe de travail pour examen. Il a été noté par ailleurs que la Commission avait demandé au Groupe de travail de tenir compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations internationales et de commencer ses travaux après réception des rapports actuellement élaborés par d'autres organisations, telles que la Banque mondiale.

5. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a pris note du rapport du colloque avec satisfaction (A/CN.9/495) et s'est félicitée des travaux réalisés à ce jour, notamment de la tenue du colloque sur l'insolvabilité et des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Elle a examiné les recommandations formulées lors du colloque, en particulier concernant la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session.

6. S'agissant du mandat confié au Groupe de travail, la Commission a généralement estimé que celui-ci devrait être interprété de manière large pour permettre à ce Groupe de fournir un produit qui tiendrait compte des éléments à inclure mentionnés dans ledit mandat (voir par. 1 ci-dessus et A/CN.9/495, par. 13). Quant à la forme éventuelle des travaux futurs, il a été réaffirmé qu'une loi type sur les caractéristiques essentielles d'un régime d'insolvabilité ne serait ni souhaitable ni possible, étant donné la complexité et la diversité des questions relevant du droit de l'insolvabilité et la disparité des approches adoptées dans les différents systèmes juridiques. Selon une opinion largement partagée, les travaux devraient garantir la plus grande souplesse possible tout en ayant une utilité maximale. On a craint qu'un guide législatif, qui pouvait certes offrir la souplesse nécessaire, ne constitue un produit trop général et trop abstrait pour fournir les lignes directrices requises. De ce fait, il a été estimé que le Groupe de travail devrait veiller à être aussi précis que possible dans ses travaux et, à cet égard, qu'il devrait inclure autant que possible des dispositions législatives types, même si celles-ci ne portaient que sur certaines des questions devant être traitées dans le guide.

7. Selon une opinion largement partagée, les travaux devraient prendre la forme d'un guide législatif. On a fait observer qu'un tel produit final pourrait se révéler très utile non seulement pour les pays qui n'avaient pas de régime d'insolvabilité rationnel et efficace et devaient en créer un, mais aussi pour ceux qui avaient entrepris ou envisageaient de revoir et de moderniser leurs systèmes nationaux. Un autre avis a été que le Groupe de travail devrait être soucieux dans ce guide de favoriser les échanges et de promouvoir le commerce, et non simplement d'harmoniser les lois existantes.

8. On a déclaré que les trois grands volets autour desquels s'articulerait le guide (brièvement présentés aux paragraphes 30 à 33 du document A/CN.9/495) constituaient une structure appropriée pour les éléments essentiels et devraient servir de base pour les travaux envisagés. S'agissant du fond, plusieurs suggestions ont été faites, notamment celles de garder à l'esprit, lors de l'élaboration du guide, un certain nombre de principes et d'objectifs fondamentaux tels que les suivants: prise en compte de l'ordre public et de l'intérêt général; rôle directeur des tribunaux; reconnaissance d'un régime particulier pour les créances publiques; priorité du redressement sur la liquidation; maintien de l'activité et des emplois; système de garantie des salaires; contrôle des mandataires par les tribunaux; égalité de traitement des créanciers; et transparence des procédures collectives. On a fait observer que ces principes ne devraient pas être considérés comme une façon de poser des limites au mandat du Groupe de travail, mais que ce dernier pourrait s'en servir utilement comme lignes directrices et éviter ainsi de donner au guide un caractère trop général. Il a été estimé que les travaux ne devaient porter ni sur les banques ni sur les établissements financiers ou qu'un régime spécial devait être maintenu pour ces entités.

9. D'autres suggestions ont également bénéficié d'un certain appui, à savoir la nécessité de tenir compte d'un certain nombre de points qui avaient posé des problèmes dans l'insolvabilité internationale, tels que la difficulté qu'il y avait à rassembler et diffuser des informations sur les sociétés soumises à une procédure d'insolvabilité, la possibilité donnée aux créanciers étrangers de produire leurs créances, l'égalité de traitement des créanciers étrangers et le traitement des créances tardives, en particulier lorsqu'elles pouvaient émaner de créanciers étrangers. On a aussi signalé que des décisions insuffisamment réfléchies d'accorder un crédit se révélaient être l'une des causes, quoique apparemment lointaine, de l'insolvabilité. On a rappelé que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale traitait déjà un certain nombre de ces problèmes. Il a été noté que si certaines des questions pouvaient être pertinentes également dans le contexte du guide envisagé, l'intention n'était pas que ce dernier modifie de quelque façon que ce soit la Loi type.

10. Après un débat, la Commission a confirmé que le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif.

11. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui se composait de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-quatrième session à New York du 23 juillet au 3 août 2001. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Honduras, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Lituanie, Ouganda, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

12. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Algérie, Arabie saoudite, Australie, Bangladesh, Bélarus, Brunéi Darussalam, Bulgarie,

Danemark, Équateur, Émirats arabes unis, Guinée, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Pérou, Philippines, Portugal, République de Corée, République démocratique populaire lao, Slovaquie, Suisse, Turquie, Venezuela et Yougoslavie.

13. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes: Association du barreau américain, Association internationale du barreau, Association mondiale des anciens stagiaires et boursiers de l'Organisation des Nations Unies, Banque asiatique de développement, Banque centrale européenne, Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Groupe de consultation sur les affaires économiques et monétaires internationales (Groupe des Trente), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention, International Working Group on European Insolvency Law, INSOL International, Inter-Pacific Bar Association et International Insolvency Institute. Des observateurs de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international ont également assisté à la session.

14. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président:	Wisit WISITSORA-AT (Thaïlande)
Vice-Président:	Paul HEATH (Nouvelle-Zélande), élu à titre personnel
Rapporteur:	Jorge PINZON SANCHEZ (Colombie)

15. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.53);

b) Rapport du Secrétaire général sur un premier projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.54, A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 et A/CN.9/WG.V/WP.54/ Add.2);

c) Rapport du Secrétaire général sur les différents modes d'approche des procédures extrajudiciaires d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.55).

16. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

II. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

17. Le Groupe de travail a commencé ses travaux d'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, conformément aux décisions que la Commission avait prises à sa trente-troisième session[2] et à sa trente-quatrième session[3]. Il est rendu compte à la section III ci-après des décisions et délibérations du Groupe de travail au sujet de ce guide.

18. Le secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces décisions et délibérations, une version révisée du guide qui sera présentée au Groupe de travail à sa vingt-cinquième session, prévue à Vienne du 3 au 14 décembre 2001, pour examen et poursuite du débat.

III. EXAMEN DU PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Remarques générales

19. Au début de la session, certaines organisations internationales ont présenté l'état de leurs travaux dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Le Groupe de travail a été informé que le rapport de la Banque mondiale intitulé "Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems" avait été publié en avril 2001. À cet égard, on a fait observer que l'un des objectifs fondamentaux du rapport était de favoriser et d'améliorer l'offre de crédit en augmentant la sécurité et la prévisibilité des droits des créanciers, pour que ces derniers puissent évaluer avec exactitude les risques et les conséquences des prêts accordés. Si des politiques de rééquilibrage pouvaient se justifier dans certains cas, on a indiqué qu'elles ne devraient cependant pas empiéter sur le régime d'insolvabilité, sauf s'il était possible d'établir un équilibre avec les objectifs de sécurité et de prévisibilité. Il a été noté que des enquêtes nationales visant à affiner les principes, compte tenu des besoins spécifiques des différents pays, seraient menées dans le cadre de la mise en œuvre du rapport. Diverses organisations internationales ayant entrepris des travaux dans le domaine du droit de l'insolvabilité ont reconnu que des dispositifs capables d'accroître l'offre de crédit et de réduire le coût du crédit étaient nécessaires.

B. Principaux objectifs d'un régime rationnel et efficace de l'insolvabilité

20. Le Groupe de travail a commencé son examen du projet de guide législatif contenu dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add. 1 et 2 par les principaux objectifs énoncés dans la première partie du projet de guide législatif (A/CN.9/WG.V/WP.54, par. 16 à 22). Il a été dit que les principaux objectifs d'un régime rationnel et efficace de l'insolvabilité étaient présentés et qu'il y avait peu de choses à ajouter. Il a été suggéré d'indiquer clairement dans ces objectifs qu'un système d'insolvabilité devait être ancré à la fois dans le régime juridique et le régime commercial d'un pays, la référence aux systèmes commerciaux ayant pour but d'englober non seulement le droit commercial, mais aussi les pratiques et usages commerciaux qui étaient reconnus comme faisant partie de la réglementation d'un pays. Il a été suggéré également que les prin-

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 400 à 409.

[3] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17 et Corr.1 et 3), par. 296 à 308.

cipaux objectifs soient développés à mesure qu'avanceront les discussions du Groupe de travail sur le contenu du projet de guide. En particulier, on a souligné que les mots figurant entre crochets, au paragraphe 19, qui faisaient référence aux sanctions en cas d'ouverture tardive de la procédure d'insolvabilité, posaient des problèmes de fond qu'il faudrait examiner à la lumière des éléments concernant l'engagement et l'ouverture de la procédure contenus dans la deuxième partie du projet de guide. Compte tenu de l'importance, pour un régime rationnel et efficace de l'insolvabilité, de dispositions traitant de questions internationales, on a indiqué qu'il faudrait garder à l'esprit, lors des débats, la relation entre le projet de guide et la Loi type sur l'insolvabilité internationale afin de déterminer à un stade ultérieur si la Loi type devait faire partie intégrante du produit final.

C. Dispositions essentielles d'un régime rationnel et efficace de l'insolvabilité

1. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement

21. De l'avis général, le projet de guide devait indiquer, à titre complémentaire, les avantages et les inconvénients des différents types de procédures disponibles pour conférer de la souplesse et pour que le choix de la procédure, dans chaque cas particulier, privilégie la solution la plus efficace. Il a été convenu que la procédure de liquidation comme la procédure de redressement devaient figurer comme options et que le projet de guide devait mentionner à la fois les procédures unitaires (le choix de la procédure la plus appropriée — liquidation ou redressement — étant fait postérieurement à la demande d'ouverture de la procédure, une fois que l'on avait pu évaluer ce qui convenait le mieux à l'entreprise en question) et les procédures duales (le choix entre la liquidation et le redressement étant donné à la partie qui engageait la procédure).

22. Tout en notant que la maximisation de la valeur des actifs était un des principaux objectifs, on a souligné que, dans certains cas qu'il conviendrait de mentionner dans le projet de guide, cet objectif devait être mis en balance avec des intérêts sociaux plus importants qui pouvaient conduire à adopter une approche différente. On a estimé que le projet de guide devrait préciser les conséquences du choix d'une procédure unitaire ou d'une procédure duale pour d'autres éléments du régime d'insolvabilité, au lieu de recommander l'adoption de l'une ou l'autre approche. Par exemple, en cas de dualité de procédures, le régime d'insolvabilité devrait prévoir la conversion entre elles et le projet de guide, indiquer dans quels cas une telle conversion avait le plus de chances d'être pertinente, par exemple dans une procédure de redressement engagée par le débiteur ou par les créanciers et dans une procédure de liquidation engagée par les créanciers. L'idée a été avancée qu'il serait peut-être indiqué d'examiner aussi dans le projet de guide quelle partie pouvait demander une telle conversion, que ce soit pour tenir compte des intérêts des créanciers ou pour concilier les intérêts de toutes les parties concernées, mais on a craint que ce sujet n'inclue des points devant être réglés par le droit national. Lorsque c'était une procédure unitaire qui avait la préférence, il fallait, selon certains avis, prévoir une période d'évaluation pendant laquelle les poursuites seraient suspendues pour permettre à l'entité de stabiliser sa situation et de déterminer les moyens les plus efficaces de faire face à ses difficultés financières.

2. Engagement et ouverture de la procédure d'insolvabilité

a) *Champ d'application*

23. On s'est dit préoccupé par la référence, au paragraphe 24, à la présence d'actifs comme condition d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. On a fait valoir que, si ce critère pouvait être suffisant pour l'ouverture d'une procédure de liquidation, il était trop ténu pour l'ouverture d'une procédure de redressement. On s'est inquiété aussi de l'inclusion, dans le régime d'insolvabilité, des entreprises d'État, opérant en qualité d'entité commerciale ou non.

b) *Engagement de la procédure d'insolvabilité*

24. Le Groupe de travail a examiné la nécessité d'établir un équilibre entre les mesures encourageant le débiteur à engager une procédure à un stade précoce et les sanctions le contraignant à le faire. Il a été estimé que l'imposition de sanctions, comme celles dont font l'objet les dirigeants pour avoir réalisé des opérations alors que l'entreprise était insolvable, s'était révélée efficace dans un certain nombre de pays et avait entraîné une augmentation des demandes de redressement. Dans d'autres pays, toutefois, de telles sanctions existaient mais, du fait qu'elles n'étaient pas systématiquement appliquées, elles ne constituaient pas un moyen efficace d'obliger le débiteur à engager une procédure. Selon un avis, l'imposition de sanctions devrait être soigneusement étudiée afin d'éviter des situations dans lesquelles les dirigeants pourraient prendre des décisions pour éviter que leur responsabilité ne soit engagée ou, dans une procédure extrajudiciaire, il pourrait être nécessaire qu'ils soient exonérés de toute responsabilité pour mener cette procédure à bonne fin. Il a été souligné que la question de la responsabilité était étroitement liée à la mesure dans laquelle la direction gardait le contrôle de l'entreprise et disposait d'une période exclusive pour élaborer un plan de redressement.

25. À titre de recommandation générale, il a été proposé d'examiner, dans le projet de guide, chaque sujet non seulement sous l'angle des principaux objectifs énoncés dans la première partie, mais également compte tenu de l'impact de chacun d'entre eux sur d'autres sujets et principes.

26. Différentes vues ont été exprimées à propos de l'engagement de la procédure et de la partie qui devrait être habilitée à déposer une demande. De l'avis général, les débiteurs devraient avoir la possibilité d'engager aussi bien une procédure de liquidation qu'une procédure de redressement. S'agissant des créanciers, bien que les opinions aient divergé quant aux critères pertinents, il a été généralement convenu qu'ils devraient être autorisés à engager les deux types de procédure.

27. Dans le cas de l'engagement de la procédure par les créanciers, certains se sont déclarés favorables à ce que la demande soit présentée par un ou plusieurs de ces derniers sans que l'on précise un nombre particulier, d'autres au contraire à ce que l'on indique un chiffre. On a exprimé la crainte que, si un seul créancier était autorisé à former une demande, il n'utilise la procédure d'insolvabilité comme substitut aux procédures usuelles de recouvrement des créances, du fait que celles-ci pourraient être recouvrées de façon plus appropriée ailleurs. Selon un autre avis, un critère pertinent pourrait porter sur la valeur des créances impayées et une demande pourrait alors être présentée par un créancier unique lorsque la valeur de sa créance serait élevée ou par plusieurs créanciers lorsque la valeur de leurs créances globales dépasserait un montant spécifié. On a proposé également que les critères de demande d'ouverture concernent spécifiquement des créanciers non munis de sûretés ayant des créances non contestées. Pour ce qui est des critères d'engagement de la procédure, il fallait, selon un avis, que les mêmes critères s'appliquent à l'engagement par le débiteur et par les créanciers. Selon un autre avis, il fallait des critères différents. Le débiteur pouvait déposer une demande en raison d'une cessation générale des paiements ou de son incapacité future probable à payer ses dettes à l'échéance. Il a été proposé que ce critère soit mentionné dans le projet de guide par une formule indiquant, par exemple, que le débiteur n'a "pas de perspectives raisonnables de pouvoir payer ses dettes".

28. S'agissant des créanciers, l'avis a été exprimé que, comme il est indiqué au paragraphe 51, *b*, du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, ces derniers devraient être en mesure de démontrer qu'ils détiennent des créances échues et non payées par le débiteur. Une question préliminaire a porté sur la nécessité de définir clairement le terme "échéance", de manière à éviter des litiges. On s'est demandé s'il fallait vraiment que les créances soient échues et exigibles et si l'adoption d'un tel critère ne risquait pas de limiter inutilement l'accès à la procédure d'insolvabilité et d'affecter grandement le coût du crédit et l'offre de crédit. Il en était particulièrement ainsi, a-t-on dit, dans les cas où, bien que la créance ne soit pas échue, il ressortait clairement de la situation du débiteur que celui-ci ne serait pas en mesure de payer sa dette à l'échéance. On a cependant fait valoir que, si l'on n'imposait pas de restriction à l'admissibilité, la procédure d'insolvabilité pourrait être utilisée comme substitut aux mécanismes de recouvrement des créances. Une question connexe était de savoir si les dettes échues devaient être détenues par le créancier présentant la demande, ou s'il serait possible que d'autres créanciers, détenant des créances non échues, puissent présenter une demande au motif que le débiteur avait des dettes échues impayées. On a indiqué que, lorsque le critère de l'échéance était inclus, il faudrait peut-être une exception pour couvrir les situations telles que celles où le débiteur agissait de manière frauduleuse, où il y avait évidence que certains créanciers bénéficiaient d'un traitement préférentiel, ou bien quand la procédure était ouverte pour mettre en œuvre un redressement préalablement négocié.

29. Pour ce qui est de savoir si les critères d'admissibilité des demandes émanant des créanciers devraient être les mêmes pour la liquidation et pour le redressement, des opinions différentes ont été exprimées. Selon un avis, il fallait, pour atteindre l'objectif d'ouverture rapide, efficace et impartiale de la procédure d'insolvabilité, qui était un des principaux objectifs énoncés dans la première partie du projet de guide, avoir le même critère, qui devrait être formulé de façon générale. Pour tenir compte de cette suggestion et de la nécessité de prendre en compte les procédures unitaires et duales, il a été proposé d'envisager un libellé tel que le suivant:

> "Une demande d'ouverture ou d'engagement d'une procédure d'insolvabilité peut être déposée par:
>
> "*a*) Un débiteur, auquel cas celui-ci devrait démontrer qu'il est ou qu'il sera dans l'incapacité de payer ses dettes ou que son passif dépasse la valeur de ses actifs.
>
> "*b*) Un ou plusieurs créanciers détenant une créance échue, auquel cas il(s) devrai(en)t démontrer que cette créance est échue et impayée."

30. Il a été noté que cette proposition visait à établir des critères d'admissibilité convenus minimaux et que le projet de guide pourrait indiquer et examiner des variantes possibles, par exemple qu'il faut un montant minimal de créances ou qu'il n'est pas nécessaire que la créance soit échue. Malgré un accord en faveur de l'adoption de cette approche générale, le critère énonçant que le débiteur "est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à l'échéance" a bénéficié d'un certain appui.

31. On a aussi exprimé l'avis que les critères d'admissibilité des demandes émanant des créanciers devraient être plus restrictifs pour le redressement que pour la liquidation, des critères tels que l'obligation pour les créanciers de pouvoir démontrer que l'entreprise pouvait poursuivre son activité et qu'elle pouvait être redressée avec succès devant être ajoutés. Selon une opinion, si ces critères devaient être inclus, il faudrait donner des indications claires sur ce qui était à démontrer, par exemple l'existence d'une trésorerie pour payer les dettes pour la gestion au jour le jour de l'entreprise, une valeur suffisante des actifs pour le redressement et un taux de recouvrement des créances plus élevé que dans le cas d'une liquidation. On a exprimé la crainte que des critères supplémentaires ne fassent obstacle à l'admissibilité, et il a été suggéré de les prendre en compte uniquement du point de vue des conséquences de l'ouverture et de la manière dont la procédure se poursuivait. Il a été noté par exemple que dans les systèmes où une suspension s'appliquait automatiquement à l'ouverture l'aptitude de l'entreprise à poursuivre son activité et à être redressée avec succès pouvait être évaluée après l'ouverture. Dans d'autres systèmes, cette information pouvait être nécessaire avant l'ouverture du redressement, car le choix de cette formule présupposait qu'elle serait plus profitable. On a également fait observer que le choix des critères d'admissibilité du redressement dépendait de l'objectif du régime d'insolvabilité. S'il s'agissait de maximiser la valeur, il n'y aurait pas les mêmes exigences que si l'objectif était de recycler les actifs. La nécessité d'examiner ces questions de principe dans le projet de guide a été réaffirmée.

32. En ce qui concerne le rôle que devraient jouer les tribunaux dans l'ouverture de la procédure, l'avis a été exprimé que, s'ils n'avaient pas nécessairement à jouer un

rôle central de supervision (que pourrait peut-être assumer un organisme administratif), les parties devraient toujours avoir recours à eux pour régler leurs différends. Il a été souligné qu'une intervention excessive des tribunaux en tant qu'organes de supervision risquait d'entraîner des retards et de rendre la procédure de redressement inéconomique, en particulier dans le cas des petites et moyennes entreprises. On a également indiqué que dans certains pays, par exemple ceux dans lesquels le système judiciaire est très restreint, il n'était ni efficace ni réaliste d'attendre que les tribunaux jouent un rôle central. Selon un autre avis, le rôle des tribunaux était fondamental pour la supervision de la procédure d'insolvabilité et cette fonction ne pouvait être confiée à un autre organe, quelle que soit la manière dont il serait constitué.

33. Le Groupe de travail a examiné la proposition figurant au paragraphe 51, *c*, du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, concernant une demande de procédure d'insolvabilité présentée par un organisme public. Un large appui a été exprimé en faveur de l'engagement possible d'une procédure d'insolvabilité par un tel organisme. Une préoccupation commune a toutefois été que le fait de confier à un tel organisme le pouvoir général d'engager une procédure d'insolvabilité risquait d'être une source d'incertitude et par conséquent d'être inapproprié.

34. La proposition de développer la partie explicative du projet de guide pour y mentionner des violations spécifiques du droit autre que le droit pénal (par exemple le droit administratif ou le droit de l'environnement), qui pourraient déclencher l'engagement d'une procédure par l'organisme public, n'a pas été appuyée. En outre, on a indiqué qu'en étendant de manière excessive les cas permettant à l'organisme public de déposer une demande on sortirait du champ du droit de l'insolvabilité.

35. En conséquence, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait inclure certains critères donnant des indications sur les cas déclenchant ce pouvoir et la manière dont il serait exercé, afin de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente.

36. Selon un autre avis, le pouvoir de l'organisme public d'engager une procédure devrait s'appliquer non seulement à la liquidation mais aussi au redressement, de manière que l'intérêt général soit préservé lorsque le redressement était possible mais que le débiteur et les créanciers n'avaient pas fait de demande.

c) *Ouverture*

37. Le Groupe de travail a examiné un certain nombre de questions relatives à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. En ce qui concerne la nécessité de procéder rapidement à l'examen d'une demande d'ouverture, l'avis général a été qu'une décision devait être prise promptement, de manière à éviter une dilution de la valeur et à garantir certitude et transparence aux créanciers, en particulier lorsque l'ouverture affecterait la faculté de ces derniers d'exercer leurs droits. Il a été noté que des critères d'admissibilité conçus pour permettre un accès précoce et facile à la procédure faciliteraient aussi l'examen de la demande par le tribunal et que la question de la rapidité était donc étroitement liée à ce qu'il était demandé au tribunal de faire pour prendre cette décision d'ouverture.

38. Selon un avis, la décision d'ouverture devrait découler plus ou moins directement de la simplicité des critères d'admissibilité et éviter la probabilité de retard et de litige. Il a été noté que, dans certains systèmes, une demande volontaire de la part d'un débiteur était une reconnaissance de son insolvabilité et ferait office d'ouverture automatique, à moins que l'on puisse penser que le débiteur abusait de la procédure pour échapper à ses créanciers. En ce qui concerne le redressement, il a été souligné que l'objectif des critères d'admissibilité était d'obtenir une norme qui pourrait créer une présomption ou un commencement de preuve d'insolvabilité. En pareil cas, à moins que la demande du débiteur ne soit contestée, il faudrait que l'ouverture de la procédure se fasse sans délai; elle ne serait cependant pas automatique et une décision formelle du tribunal serait nécessaire. Selon un autre avis, les critères d'admissibilité ne constituaient que le début de la procédure et le tribunal était tenu d'examiner attentivement un certain nombre de questions connexes, comme celle de savoir si la procédure demandée était la plus appropriée pour le débiteur, avant de décider son ouverture. À l'encontre de cet avis, on a fait valoir que les questions de l'évaluation du débiteur et de la procédure la plus appropriée pour lui pourraient être abordées par une disposition prévoyant une conversion entre liquidation et redressement. On a soutenu l'idée selon laquelle, si la demande émanant d'un débiteur pouvait faire office d'ouverture quasi automatique, il n'en allait pas de même lorsque la demande était présentée par des créanciers, auquel cas il faudrait prendre une décision promptement.

39. L'avis a été exprimé que, si une décision rapide était souhaitable, la période pendant laquelle elle pouvait être prise dans la pratique différait dans chaque cas et qu'il était donc difficile de fixer des délais. On a indiqué que, lorsque la loi fixait de tels délais, ceux-ci étaient souvent ignorés et il était difficile de mettre en place des sanctions efficaces pour les faire respecter, en particulier lorsque c'était un tribunal (par opposition à une autorité administrative) qui ne les respectait pas. On a fait observer que des sanctions seraient peut-être plus appropriées pour inciter le débiteur ou les créanciers à déposer leur demande promptement. Selon un autre avis, il faudrait fixer un délai dans un souci de certitude et de transparence à la fois pour les créanciers et pour le débiteur.

40. Après un débat, il fallait, de l'avis général, une approche souple insistant sur le fait qu'il était souhaitable d'agir rapidement et donnant des indications sur ce qui était raisonnable, mais reconnaissant aussi que les pays devaient tenir compte, pour leur régime d'insolvabilité, des contraintes et des ressources générales de leur système judiciaire et des besoins locaux pour les priorités.

d) *Exigence de notification*

41. Le Groupe de travail a examiné la proposition figurant au paragraphe 54 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, selon laquelle la demande devrait être noti-

fiée au débiteur (lorsqu'elle était présentée par les créanciers) et aux créanciers (lorsqu'elle était présentée par le débiteur).

42. Le Groupe de travail est convenu que la notification de la procédure d'insolvabilité était non seulement appropriée, mais aussi fondamentale pour assurer la transparence du système d'insolvabilité, conformément à l'un des principaux objectifs poursuivis par la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et pour assurer l'égalité d'information des créanciers en cas de procédure volontaire.

43. Pour ce qui est du moment auquel la notification devrait intervenir, il fallait, selon l'avis qui a prévalu, faire une distinction entre notification au débiteur et notification aux créanciers. Il a été largement admis que la notification immédiate au débiteur d'une demande déposée soit par les créanciers soit par un organisme public (c'est-à-dire une demande de procédure involontaire) serait appropriée. En revanche, en cas de demande émanant du débiteur, la notification aux créanciers avant l'ouverture pourrait être contre-productive car elle affecterait inutilement la position du débiteur en cas de rejet de la demande et pourrait encourager des actions de dernière minute des créanciers pour faire exécuter leurs créances. L'argument selon lequel le débiteur ne subirait pas un tel préjudice dans le cas d'une procédure volontaire, parce qu'il aurait déjà fait une évaluation de son insolvabilité, n'a pas été appuyé. Il a été noté que ces questions ne se poseraient pas dans les systèmes juridiques dans lesquels l'ouverture résultait automatiquement de la demande.

44. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il ne devrait pas y avoir de notification d'une procédure involontaire avant l'ouverture. Il a été noté que cette solution était également compatible avec l'approche adoptée à l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui fait clairement référence à l'ouverture comme base de la notification. Le Groupe de travail a également accueilli favorablement une proposition selon laquelle le projet de guide devrait fournir des indications concernant à la fois la partie tenue de notifier (par exemple le débiteur ou le tribunal) et les moyens d'assurer que la notification était efficace.

3. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

a) *Masse de l'insolvabilité*

45. De l'avis général, il fallait souligner qu'il importait de prévoir dans les législations nationales des règles claires sur les actifs à inclure dans la masse de l'insolvabilité, dans l'intérêt des créanciers tant nationaux qu'étrangers.

46. S'agissant des actifs spécifiques à inclure, on a généralement estimé que la masse devrait comprendre tous ceux sur lesquels le débiteur avait un droit à la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient corporels ou incorporels et qu'ils soient ou non effectivement en sa possession. La masse de l'insolvabilité devrait aussi englober, selon certains, tout actif acquis par le représentant de l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure. On a également estimé qu'il était nécessaire de mentionner les arrangements contractuels particuliers, tels que les transferts réalisés à titre de garantie, les arrangements fiduciaires et la consignation de marchandises. On a aussi fait observer qu'il serait utile que le projet de guide explique mieux les notions d'actif corporel et d'actif incorporel.

47. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si les actifs grevés d'une sûreté en faveur d'un créancier devaient également être inclus. Certains se sont déclarés favorables à leur exclusion, d'une manière générale, à moins qu'un ou plusieurs de ces actifs ne s'avèrent essentiels pour que le redressement ait des chances de réussir. Il a été souligné que ce principe augmenterait sensiblement l'offre de crédit, car les créanciers munis de sûretés craindraient moins que leurs intérêts soient lésés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

48. D'autres, en revanche, se sont déclarés favorables à l'inclusion des actifs grevés. Il a été noté que le fait d'autoriser les créanciers munis de sûretés à faire exécuter leurs droits sur de tels actifs risquait non seulement de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers mais aussi de compromettre les chances de réussite d'un redressement. On a expliqué qu'il était indispensable de conserver dans la masse presque tous les actifs appartenant au débiteur au début de la procédure pour parvenir à redresser l'entreprise. À cet égard, il a également été précisé que l'inclusion des actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité ne signifierait pas que les créanciers munis de sûretés seraient privés de moyens adéquats pour préserver leurs droits. L'avis a également été exprimé que l'important ne devait pas tant être de déterminer si un actif devait ou non être inclus dans la masse que de savoir si les actifs grevés seraient soumis ou non à la procédure d'insolvabilité.

49. Une proposition tendant à soumettre les actifs grevés à un régime différent dans le cas d'une liquidation et dans le cas d'un redressement n'a bénéficié d'aucun soutien.

50. Selon un autre avis, tous les actifs appartenant au débiteur devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité quel que soit leur emplacement géographique, ce qui serait conforme à l'approche adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Il a été répondu que le projet de guide n'avait pas pour objet de traiter des questions se rapportant aux aspects internationaux du droit de l'insolvabilité, puisque cela était fait dans la Loi type, que les travaux en cours n'avaient pas pour but de modifier d'une quelconque manière.

51. L'idée que certains actifs pourraient être exclus de la masse de l'insolvabilité lorsque le débiteur était une personne physique a reçu un large soutien. Il a été proposé d'exclure, entre autres, les créances de dommages-intérêts pour préjudice personnel. Après un débat, le Groupe de travail est convenu, étant donné les différentes approches adoptées dans divers systèmes juridiques, qu'il ne serait pas approprié d'inclure trop de détails dans le projet de guide et que le soin d'établir une liste précise d'actifs exclus devrait être laissé aux législateurs nationaux. À cet égard, il est convenu que le projet de guide devrait recom-

mander à ces derniers d'indiquer clairement les actifs exclus et d'en limiter le nombre au minimum nécessaire pour préserver les droits personnels du débiteur. Il a également été suggéré que le texte identifie et examine les diverses options qui pouvaient sous-tendre les différentes approches adoptées dans les pays.

52. La question du traitement des actifs appartenant à des tiers a également été examinée. On a exprimé la crainte que, si ces actifs devaient être exclus de la masse de l'insolvabilité, les chances de réussir le redressement seraient fortement compromises. Il a été noté que, dans la plupart des cas, certains au moins des actifs utilisés pour l'exploitation de l'entreprise appartenaient à une partie autre que le débiteur et étaient en possession de ce dernier en vertu d'accords contractuels, tels que des accords de location et autres accords de ce type. Il a été proposé d'inclure dans le projet de guide le principe selon lequel les actifs appartenant à des tiers n'étaient pas compris dans la masse de l'insolvabilité, sauf s'ils étaient nécessaires pour la poursuite ou le maintien de l'exploitation de l'entreprise et à condition que des mesures adéquates soient prises pour protéger le bailleur dans la mesure où ils étaient utilisés pendant la procédure d'insolvabilité. Cette proposition a été appuyée.

53. D'après un autre avis, les actifs appartenant à des tiers devraient être traités différemment selon que l'on avait affaire à une procédure de liquidation ou à une procédure de redressement. On a fait observer que, s'il pouvait être essentiel, dans le cas d'un redressement, de conserver les actifs en possession du débiteur pour qu'il y ait une possibilité de sauver l'entreprise, il n'en était pas de même dans le cas de la liquidation. Selon un avis différent, il pouvait être essentiel aussi, dans le contexte d'une liquidation, d'empêcher le démembrement de la masse dès le début de la procédure, afin d'assurer la maximisation de la valeur.

54. Il a été dit aussi que la question du traitement des actifs conservés par le débiteur en vertu d'un accord contractuel devrait être abordée dans le contexte du traitement des contrats plutôt que dans celui de la masse de l'insolvabilité. À cet égard, selon une opinion largement partagée, les droits du propriétaire découlant du contrat devraient être limités de façon que l'actif reste à la disposition de la procédure d'insolvabilité. Il a été précisé à ce propos que le droit de l'insolvabilité n'affecterait pas le droit de propriété sur les actifs, mais limiterait seulement la manière dont il était exercé pour les besoins d'une procédure de la valeur.

55. Le débat a montré que la notion de masse de l'insolvabilité différait selon les systèmes juridiques: certains semblaient considérer la question des actifs appartenant à des tiers comme relevant du droit de propriété, tandis que d'autres semblaient l'aborder dans le contexte du traitement des contrats. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, le droit de l'insolvabilité devrait prévoir un mécanisme pour faire en sorte que les actifs appartenant à des tiers utilisés pour l'exploitation de l'entreprise restent disponibles pendant la procédure d'insolvabilité, à la fois aux fins du redressement et pour permettre la maximisation de la valeur des actifs, objets de la procédure.

56. L'idée que le représentant de l'insolvabilité devrait avoir le droit de récupérer des biens du débiteur indûment transférés en violation du principe de l'égalité de traitement des créanciers a emporté l'adhésion générale. La proposition d'indiquer clairement dans le projet de guide les raisons de principe qui justifieraient un tel droit a également été accueillie favorablement. Un certain nombre de suggestions ont été faites pour ce qui est du type d'actes qui justifieraient une récupération et des périodes pendant lesquelles une telle récupération serait possible. Selon un avis, alors que le texte proposé semblait adopter une approche fondée sur l'intention de la partie, de nombreux systèmes juridiques retenaient plutôt l'effet préjudiciable de l'opération annulable, et à cet égard une décision de principe était nécessaire. Il a été répondu que, étant donné la diversité des approches adoptées par différents systèmes juridiques dans ce domaine, le projet de guide ne devrait pas trop entrer dans les détails en ce qui concerne les conditions dans lesquelles ce droit de récupération pourrait être exercé. On a aussi fait observer que le type d'opérations aussi bien que les périodes pertinentes faisaient l'objet de distinctions détaillées dans la section du projet de guide spécifiquement consacrée aux actions en annulation. En conséquence, le Groupe de travail est convenu de renvoyer l'examen plus approfondi de cette question à un stade ultérieur.

b) *Suspension des poursuites*

57. S'agissant de savoir si la suspension des poursuites devrait être automatique ou discrétionnaire et si elle devrait s'appliquer dès l'engagement ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait établir une distinction entre, d'une part, la liquidation et le redressement et, d'autre part, les parties pouvant présenter une demande d'ouverture. Il a été fait observer que, si les motifs d'une application automatique de la suspension étaient clairement énoncés dans le projet de guide, il fallait examiner plus en détail les avantages d'une application discrétionnaire. Il a été rappelé que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale traitait la question de l'application d'une suspension et on a estimé que le projet de guide devrait adopter une approche conforme à cette Loi.

58. S'agissant des créanciers chirographaires, l'avis a été exprimé que la suspension devrait s'appliquer automatiquement à tous dès le dépôt d'une demande — aussi bien de liquidation que de redressement —, qu'elle émane du débiteur ou des créanciers. Dans le cas d'une liquidation, la continuation de la suspension après l'ouverture de la procédure pouvait être discrétionnaire mais, dans le cas d'un redressement, la suspension automatique continuerait de s'appliquer. On a fait observer qu'il faudrait peut-être faire une distinction entre le cas où l'entreprise devait être cédée en tant qu'entité en exploitation dans le cadre d'une procédure de liquidation et celui où elle était purement et simplement liquidée. Selon un autre avis, qui a bénéficié d'un certain soutien, la suspension (qui devrait être automatique dans la liquidation comme dans le redressement, que la procédure ait été engagée par le débiteur ou les créanciers) devrait s'appliquer dès l'ouverture. Il a été convenu que des mesures provisoires devraient être prévues pour la

période s'écoulant entre l'engagement et l'ouverture de la procédure. Certains se sont également dits favorables à ce que la suspension s'applique automatiquement dès la date de dépôt de la demande, lorsque celle-ci émanait du débiteur, afin d'éviter d'éventuels abus de la part des créanciers. Il a été souligné que cette application automatique revêtait une importance particulière dans les systèmes juridiques où l'engagement de la procédure par le débiteur entraînait son ouverture automatique sans qu'il soit nécessaire qu'un tribunal prenne une décision formelle.

59. Pour ce qui était de l'application de la suspension aux créanciers munis de sûretés, l'avis général a été que, si les sûretés devaient être incluses dans le champ d'application de la suspension, il fallait indiquer clairement dans le projet de guide qu'une telle inclusion ne devrait pas être considérée comme une atteinte à ces droits garantis. Selon un avis, il fallait, dans le cas de la liquidation comme dans celui du redressement, restreindre l'exercice des droits garantis si l'on voulait atteindre les objectifs de ces procédures, mais il fallait aussi maintenir et protéger ces droits. Selon un avis contraire, la suspension ne devrait pas s'appliquer aux créanciers munis de sûretés. Cela risquerait autrement de nuire à l'autonomie des parties et de compromettre l'arrangement négocié entre le débiteur et le créancier muni d'une sûreté. On a fait valoir, à l'appui de cet argument, qu'un système appliquant la suspension aux créanciers munis de sûretés et cherchant à compenser tout impact négatif en protégeant la valeur de la sûreté risquait d'être complexe et coûteux et exigerait du tribunal qu'il puisse prendre des décisions commerciales difficiles sur la question de la protection appropriée. Lorsque la suspension ne s'appliquait pas aux créanciers munis de sûretés, la question était réglée de façon appropriée par voie de négociation entre les parties intéressées. On a fait observer à cet égard qu'il y avait, dans de nombreux systèmes, un équilibre clair entre la nécessité d'une suspension et la possibilité et l'utilité de négociations avant l'ouverture de la procédure pour permettre au débiteur et aux créanciers de s'entendre sur la marche à suivre. Il a été souligné que, dans nombre de ces systèmes, de telles négociations permettaient effectivement au débiteur et à ses créanciers de s'entendre, de sorte qu'une suspension n'était pas nécessaire. Selon une autre approche, qui a bénéficié d'un certain appui, l'application automatique de la suspension pour une courte durée, dès l'ouverture de la procédure, afin de permettre une évaluation de la situation financière du débiteur en vue de déterminer la suite de la procédure, pourrait s'accompagner de la possibilité de faire lever cette suspension sur demande adressée au tribunal lorsqu'il pouvait être démontré que la valeur de la garantie était sérieusement compromise.

60. Pour ce qui est des créanciers privilégiés ou prioritaires, on a fait observer que ces termes étaient employés différemment dans les divers systèmes juridiques et que le projet de guide devrait expliquer clairement ces différences. Par exemple, dans certains systèmes, les créanciers prioritaires étaient des créanciers détenant des sûretés possessoires, tandis que dans d'autres ils étaient seulement prioritaires dans la distribution. Une question connexe concernait les différents droits pouvant être détenus par ces différents types de créanciers et le point de savoir s'ils faisaient partie ou non des droits visés par la suspension. Selon un avis général, un certain nombre de ces créanciers entreraient dans la catégorie des créanciers chirographaires touchés par la suspension, mais on a estimé que le projet de guide devrait traiter ces questions clairement.

c) *Traitement des contrats*

61. Le Groupe de travail s'est penché sur les questions de la résiliation, de la continuation et de la cession par le représentant de l'insolvabilité de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure. S'agissant de la première question, il existait, de l'avis général, un lien direct entre, d'une part, la capacité du représentant de l'insolvabilité de résilier les contrats et, d'autre part, l'offre de crédit. On a fait observer que plus le droit de résiliation du représentant de l'insolvabilité était étendu, plus le crédit serait coûteux et difficilement accessible. Il fallait donc tenir compte de manière équilibrée de ces deux besoins contradictoires.

62. La possibilité d'une résiliation automatique du contrat lorsque le représentant de l'insolvabilité ne choisissait pas de le continuer dans un délai déterminé a été examinée par le Groupe de travail. Selon un avis, une telle possibilité pourrait être utile pour éviter les frais de procédure dans des cas où il était clair que le débiteur n'était pas en mesure d'exécuter le contrat. On a fait observer en outre qu'en l'absence d'un mécanisme de résiliation automatique le représentant de l'insolvabilité serait contraint de notifier les décisions concernant tous les contrats en cours, ce qui augmenterait inutilement les frais de procédure.

63. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, la disposition contenue dans le résumé (par. 113, *b*) du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1), aux termes de laquelle la résiliation pourrait avoir automatiquement effet lorsque aucune décision de poursuivre les contrats n'a été prise dans un délai déterminé, était trop générale. Plusieurs avis ont été exprimés sur la façon de préciser davantage sa portée. Il a été notamment proposé d'indiquer dans le texte que la résiliation automatique ne serait possible que si elle était expressément prévue par le contrat. On a fait valoir à cet égard que, si le principe général était d'autoriser la résiliation automatique, le débiteur pourrait être exposé au risque de se voir privé de certaines fournitures pouvant être indispensables à la poursuite de son activité (telles que l'électricité, l'eau et d'autres approvisionnements similaires). En réponse, il a été signalé que la règle ne visait pas à conférer au cocontractant le pouvoir de résilier le contrat, mais plutôt à éviter au représentant de l'insolvabilité d'avoir à notifier la décision de résiliation. On a également précisé que la disposition n'avait pas pour objet de modifier les droits dont jouissait le cocontractant en vertu du contrat. Il a en outre été proposé de spécifier après quel délai la résiliation automatique s'appliquerait.

64. Selon un autre avis, la résiliation automatique devrait être limitée à certaines catégories de contrats, expressément visées par les législations nationales. On a fait observer que, si ce mécanisme se justifiait par des arguments économiques solides, il risquait d'entraîner une trop grande incertitude et compromettre de ce fait l'objectif essentiel de prévisibilité du régime de l'insolvabilité. On a craint

également que la résiliation automatique ne crée des incertitudes lorsque le représentant de l'insolvabilité n'était pas suffisamment bien informé sur les contrats en cours.

65. On a souligné que la résiliation automatique visait à assurer la prévisibilité: d'une part, le mécanisme obligeait le représentant de l'insolvabilité à prendre rapidement une décision concernant les contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure; d'autre part, il constituait pour l'autre partie un moyen de lever les incertitudes quant à la continuation du contrat dans un délai raisonnable.

66. Selon un autre avis, il fallait traiter la question de la résiliation automatique différemment dans le cas d'une liquidation et dans le cas d'un redressement, étant donné les principes différents qui sous-tendaient chaque procédure. À cet égard, il a été fait observer que, si l'on pouvait raisonnablement supposer, dans le cas d'une liquidation, que l'absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité impliquait très probablement une décision de résiliation, cette supposition n'était peut-être pas toujours valable dans le cas d'un redressement.

67. Selon l'avis qui a prévalu, le mécanisme de résiliation automatique devrait être maintenu, sous réserve que l'on apporte certaines limites à son champ d'application. L'idée d'énoncer, dans le projet de guide, des critères sur lesquels le représentant de l'insolvabilité se fonderait pour décider s'il doit ou non résilier le contrat a bénéficié d'un appui, étant entendu que ces critères seraient différents pour la liquidation et pour le redressement. En outre, on a fait observer qu'un exposé des motifs pouvant justifier une résiliation automatique serait très utile pour les systèmes juridiques dans lesquels la lésion des droits contractuels devait avoir une justification précise.

68. Outre le droit de résilier un contrat, l'opinion a été émise que le représentant de l'insolvabilité devrait avoir le pouvoir de retirer d'autres biens de la masse de l'insolvabilité toutes les fois que ces biens se trouvaient grevés de telle façon que leur conservation exigerait des dépenses excessives. Bien que ce point de vue ait bénéficié d'un certain soutien, on a fait observer qu'il faudrait accompagner un tel pouvoir de dispositifs permettant aux biens retirés d'être confiés à une autre personne.

69. L'idée selon laquelle le représentant de l'insolvabilité devait être en mesure d'assurer la continuation des contrats a eu elle aussi des partisans. Le Groupe de travail est cependant convenu qu'il faudrait limiter la portée de ce droit en excluant les contrats dont la continuation serait impossible, à savoir les contrats pour l'exécution desquels les caractéristiques personnelles du débiteur étaient essentielles. Il a été suggéré que des exemples (comme ceux qui sont donnés au paragraphe 106 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1) soient inclus dans le résumé. Selon un autre avis, la référence à l'intervention possible du tribunal (évoquée dans le chapeau du paragraphe 116 et au paragraphe 116, *a,* du même document) était incompatible avec l'approche adoptée pour la résiliation (où il n'est pas fait référence au tribunal) et était donc inappropriée.

70. Certains se sont dits favorables à ce que l'on mentionne les raisons justifiant le droit du représentant de l'insolvabilité de poursuivre le contrat, comme cela a été proposé pour la résiliation. On a indiqué qu'il faudrait trouver un mécanisme de compensation établissant un équilibre entre ce droit de poursuivre le contrat avec ou sans l'accord de l'autre partie et les intérêts de cette dernière. Il faudrait aussi donner le droit à l'autre partie d'être entendue ou consultée par le représentant de l'insolvabilité avant que celui-ci ait pris sa décision ainsi que des moyens de contester cette décision.

71. En ce qui concerne la question de la cession de contrats, il a été suggéré que la portée de la disposition soit limitée, comme dans le cas de la continuation. À cet égard, on a souligné que la possibilité de céder devrait être exclue lorsque les caractéristiques spécifiques du débiteur étaient essentielles pour l'exécution du contrat. On a fait valoir à ce propos que le représentant de l'insolvabilité ne pouvait être investi de droits plus étendus que ceux dont jouissait le débiteur en vertu du contrat.

72. Après un débat, l'idée qui a prévalu a été que le droit du représentant de l'insolvabilité de céder les contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure devrait être maintenu, à condition que sa portée soit limitée de façon appropriée. À l'appui de ce point de vue, on a également fait observer que, dans certaines circonstances, la résiliation pouvait entraîner un gain exceptionnel pour le cocontractant (par exemple lorsque le prix de location figurant au contrat était inférieur au prix du marché) et que prévoir la continuation et la cession d'un contrat pouvait permettre à la masse de l'insolvabilité de profiter de la différence entre le prix figurant au contrat et le prix du marché.

73. Pour ce qui est des clauses d'incessibilité, la solution consistant à permettre au représentant de l'insolvabilité de les considérer comme nulles et de nul effet a bénéficié d'un appui, mais le projet de guide devrait indiquer les conséquences d'un tel traitement pour l'autre partie. Il a été noté également que cette solution était compatible avec l'approche adoptée dans le projet de convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international. Selon un autre avis, il fallait préciser la référence entre crochets à "toutes les parties", qui est faite au paragraphe 118, *b*, du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, pour indiquer clairement qu'il s'agissait des parties au contrat initial et non des parties à la cession.

74. De l'avis général, le projet de guide devrait insister sur la nécessité d'exclure les contrats financiers (y compris les swaps de monnaie, les swaps de taux d'intérêt, les produits dérivés et opérations de ce type) du champ des dispositions permettant au représentant de l'insolvabilité d'intervenir. On a fait observer qu'il était crucial de préserver les droits des investisseurs financiers (en particulier le droit de compenser leurs positions, le droit de résilier l'accord et le droit d'exiger une garantie conformément aux règles et arrangements régissant ces contrats) afin d'assurer la stabilité du marché financier dans son ensemble. Il a également été noté que les particularités de ces contrats semblaient justifier un tel traitement spécial et qu'elles avaient du reste conduit à les exclure du champ d'application du projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international. Bien que ce point de vue

ait bénéficié d'un appui, il a été admis aussi que les raisons militant en faveur d'un régime spécial, qui entraînait une exception importante au principe de l'égalité de traitement des créanciers, devraient également être mentionnées dans le projet de guide.

75. L'idée selon laquelle les contrats de travail devraient être soumis à un régime spécial a recueilli un large appui, étant donné les importantes implications sociales de leur traitement dans le contexte de l'insolvabilité. Il a été suggéré que le projet de guide mentionne les considérations de politique sociale sous-jacentes à cette question et les raisons justifiant leur exclusion du champ des règles générales. On a également suggéré que le projet de guide recommande que le pouvoir limité du représentant de l'insolvabilité de résilier ces contrats soit aussi mentionné expressément dans le droit de l'insolvabilité, à des fins de transparence.

76. Selon l'idée qui a prévalu, la question de la compensation devrait être abordée dans le projet de guide. La proposition de ne pas l'aborder dans le contexte du traitement des contrats, au motif que c'était plutôt une question de droit privé général, n'a pas été appuyée.

d) *Actions en annulation*

77. Il a été fait observer au début du débat que les actions en annulation pouvaient être très coûteuses et que le Groupe de travail devrait s'attacher à élaborer des critères permettant de les simplifier. On a signalé que, dans certains systèmes juridiques, une approche individualisée consistant à examiner de manière assez détaillée des questions telles que l'intention des parties à l'opération et ce que pouvait être le cours normal de leurs arrangements commerciaux avait entraîné un recours excessif aux tribunaux. Cette approche subjective avait désormais cédé la place à une approche objective plus simple qui combinait un délai court pour la période suspecte (trois à quatre mois) avec une règle arbitraire selon laquelle toutes les opérations réalisées pendant cette période seraient suspectes sauf si une contrepartie était échangée presque simultanément entre les parties à l'opération.

78. On a fait observer que les dépenses potentielles afférentes aux actions en annulation avaient conduit, dans certains systèmes juridiques, à une réflexion sur leur mode de financement. Les approches possibles étaient notamment les suivantes: autoriser les créanciers à engager l'action lorsque le représentant de l'insolvabilité choisissait de ne pas le faire, à condition que les autres créanciers soient d'accord; permettre au représentant de l'insolvabilité de céder à titre onéreux l'action à un tiers; et autoriser le représentant de l'insolvabilité à demander à un prêteur de lui avancer des fonds pour engager l'action. Il a été noté que certaines de ces approches permettraient au créancier engageant l'action de se payer sur les fonds recouvrés ou du moins sur une partie. On a fait observer que, dans d'autres systèmes, l'État fournirait des fonds pour que le représentant de l'insolvabilité engage non seulement des actions en annulation pour recouvrer des créances, mais également des actions contre les dirigeants. On a exprimé quelques inquiétudes quant à des approches qui pourraient servir les intérêts de certains créanciers et s'écarter de la nature collective de la procédure d'insolvabilité. On a fait valoir, à l'appui des mécanismes autorisant un financement privé, que la disponibilité de ressources publiques aux fins du financement d'actions en annulation différait considérablement d'un pays à l'autre. Une difficulté supplémentaire pouvait surgir lorsque de telles actions devaient être financées par des actifs de la masse, en particulier parce que cela pouvait avoir pour effet d'empêcher le recouvrement d'actifs qui en avaient été soustraits précisément en vue d'entraver de telles actions. Après un débat, on s'est déclaré favorable à un mécanisme qui autoriserait les créanciers à recouvrer les actifs lorsque le représentant de l'insolvabilité ne voulait pas le faire ou à obtenir un financement externe lorsqu'il n'y avait pas d'autre possibilité.

79. Le Groupe de travail a examiné les types d'opérations pouvant faire l'objet d'une action en annulation, qui sont exposés aux paragraphes 125 à 129 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1. On a noté, à titre préliminaire, que le pouvoir d'engager des actions en annulation devrait exister aussi bien dans le cas d'une liquidation que dans celui d'un redressement. On a souligné que l'une et l'autre procédures supposaient une distribution selon un ordre de priorité. De ce fait, lorsqu'un créancier, peu de temps avant l'ouverture de la procédure, avait obtenu un avantage qui modifierait son rang de priorité, il ne faudrait pas qu'il puisse le conserver.

80. S'agissant de l'étendue des pouvoirs d'annulation, il a été suggéré que le projet de guide se réfère aux opérations et non aux paiements ou aux transferts, ces deux derniers termes étant trop restrictifs. On a estimé aussi que les principales catégories d'opérations annulables devraient être les opérations frauduleuses, les opérations à un prix sous-évalué et les opérations préférentielles; les autres catégories, telles que les sûretés non valables, les libéralités, les compensations, les transferts non autorisés réalisés après l'engagement de la procédure et les opérations gravement incompatibles avec la pratique commerciale, figureraient comme des exemples des trois catégories principales. Le guide devrait indiquer, pour ces différentes catégories d'opérations, celles qui seraient nulles et non suggérer simplement lesquelles pourraient être annulables. On a dit aussi que le projet de guide ne devrait pas se contenter de traiter les types d'opérations ci-dessus, mais devrait également examiner leurs conséquences ainsi que la relation entre les parties concernées. S'agissant des conséquences, on a évoqué l'exemple de dirigeants cherchant à régler tous les engagements qu'ils avaient garantis pendant la période précédant l'insolvabilité. Si ces paiements pouvaient en soi être acceptables, leur effet devait être examiné. S'agissant de la relation entre les parties, il a été noté que des opérations avec des initiés demandaient peut-être une attention particulière. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu d'exclure du champ d'intervention du représentant de l'insolvabilité les contrats concernant des opérations financières, qui ne devaient donc pas être annulables.

81. À titre de remarque générale concernant la période suspecte, il a été dit que celle-ci devait être spécifiée dans la loi et non être déterminée rétrospectivement par les tri-

bunaux, car cette approche ne contribuait pas à la clarté et à la prévisibilité juridiques. Selon un autre avis, on pourrait conférer un peu plus de souplesse à la loi en autorisant les tribunaux, dans certaines circonstances, à proroger les périodes fixées. On a fait observer que certains pays adoptaient cette formule consistant à combiner des critères objectifs et des critères subjectifs. Il a été rétorqué que cette approche n'allait peut-être pas dans le sens de la prévisibilité et de la certitude, qui figuraient parmi les principaux objectifs énoncés dans la première partie du projet de guide. Il a néanmoins été admis qu'une prorogation de la période suspecte pouvait être indiquée dans certains cas, par exemple lorsqu'une opération qui avait été dissimulée entraînait une diminution de la masse de l'insolvabilité. On a également signalé que le projet de guide devait préciser quand commençait la période suspecte, à savoir à l'engagement ou à l'ouverture (lorsque cela signifiait la prise de la décision d'insolvabilité) de la procédure.

82. En ce qui concerne les transferts frauduleux, le Groupe de travail est convenu qu'ils devraient être annulables. Pour ce qui est de la période suspecte, l'avis a été exprimé que l'annulation pour cause de fraude ne devrait pas être limitée à une période particulière. Selon un autre avis, une période déterminée était nécessaire mais elle ne devait pas être trop longue.

83. S'agissant de la charge de la preuve, on a indiqué que la question à examiner était de savoir si l'opération avait intentionnellement pour objet ou bien seulement pour effet d'empêcher ou de retarder l'obtention d'une contrepartie par les créanciers ou de les en priver. On a fait observer que, l'élément essentiel de la fraude étant l'intention, il ne suffisait pas que l'opération ait fait échouer ou ait retardé le recouvrement des créances par les créanciers, à moins qu'il n'y ait eu intention. Il fallait en outre que l'intention frauduleuse soit reconnaissable par l'autre partie à l'opération. Sur un plan pratique, on a fait observer que, si une partie ne pouvait expliquer l'objectif commercial d'une opération particulière qui soustrayait de la valeur à la masse, il serait particulièrement facile de montrer que l'opération était frauduleuse. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur la nécessité de ne pas perdre de vue que de nombreuses opérations, qui étaient parfaitement valables en dehors du droit de l'insolvabilité, étaient potentiellement frauduleuses en vertu de ce droit.

84. Pour ce qui est de savoir si l'opération devrait être automatiquement annulée de plein droit ou annulable à la demande du représentant de l'insolvabilité, il a été noté qu'il fallait faire une distinction entre les opérations frauduleuses, qui ne pouvaient être automatiquement annulées, et les autres types d'opérations, qui pouvaient être automatiquement annulées par référence à une période suspecte fixée.

85. Dans le débat sur les opérations à un prix sous-évalué, on a souligné qu'il était nécessaire de faire une distinction entre les opérations impliquant les créanciers et celles qui impliquaient des tiers, car elles pouvaient, dans ce dernier cas, être considérées comme des libéralités. On a émis l'avis qu'une période suspecte longue était nécessaire pour les opérations à un prix sous-évalué.

86. En ce qui concerne les opérations préférentielles, il a été noté que le critère était de savoir s'il y avait un échange simultané de contrepartie et que les exemples pourraient comprendre des paiement irréguliers au titre de dettes non encore échues. Selon un avis, de telles opérations englobaient plus que les seuls paiements aux créanciers et devraient inclure en outre les opérations avec des tiers. Un autre avis a été que le caractère préférentiel de l'opération serait difficile à définir dans le cas de tiers et que les opérations où intervenait une préférence pour des tiers pourraient être considérées comme des opérations à un prix sous-évalué ou comme une libéralité (bien qu'il ait été noté que certains systèmes juridiques pouvaient autoriser certaines libéralités). Il a été suggéré que les opérations impliquant un paiement en nature soient également incluses. Pour ce qui est de la période suspecte requise, on a estimé qu'elle devrait être plus brève que celle qui était applicable en cas d'opérations frauduleuses ou d'opérations à un prix sous-évalué.

87. Certains se sont inquiétés de savoir à quoi correspondaient les sûretés non valables en tant que catégorie d'opérations annulables. Il a été généralement admis que cette catégorie couvrirait les sûretés constituées sur la base d'une contrepartie antérieure. On a indiqué toutefois qu'elle pourrait aussi comprendre des sûretés telles que des privilèges qui n'avaient pas été correctement parfaits et qui pouvaient être annulés en vertu d'une loi autre qu'une loi sur l'insolvabilité. Le Groupe de travail a ajouté que, d'une manière générale, les questions relatives à la validité ou à l'invalidité des sûretés devraient relever en réalité du droit des opérations garanties applicable et devraient faire l'objet d'une coopération entre le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité et le Groupe de travail qui commencera ses travaux sur les opérations garanties en mai 2002.

88. L'avis a été exprimé que la compensation n'était pas annulable en tant que telle, mais qu'elle pourrait l'être lorsqu'elle avait pour effet de modifier l'équilibre de la dette entre les parties à cette opération de manière à créer une préférence, ou lorsqu'elle se produisait dans des circonstances irrégulières, par exemple lorsqu'il n'y avait pas de contrat.

89. Lorsque des opérations non autorisées avaient lieu après la demande d'ouverture de la procédure et avant cette ouverture, elles devraient être nulles, non annulables afin d'éviter les litiges. En ce qui concerne la catégorie des opérations incompatibles avec la pratique commerciale normale, l'avis a été exprimé qu'elle relevait plus d'un recours contre une allégation d'opération préférentielle lorsqu'il pouvait être démontré que l'opération était compatible avec la pratique normale ou avec le cours normal des transactions avec le créancier en question. Selon un avis contraire, les opérations de ce type devraient être incluses en tant que catégorie distincte. On a cependant fait valoir que le critère d'"opérations incompatibles avec la pratique commerciale normale" serait difficile à déterminer, en particulier lorsque l'opération entrait, en apparence, dans le cours normal des affaires, mais que seul un examen attentif montrait que ce n'était pas le cas. Il a également été noté que de tels critères soulevaient la question de savoir qui devrait être chargé de cette détermination.

4. Administration de la procédure

a) *Droits et obligations du débiteur*

90. Il a généralement été estimé que la question des droits et obligations du débiteur étaient différentes dans la liquidation et dans le redressement. Lorsque l'entreprise devait être continuée (soit pour être vendue comme entité en activité, soit pour être redressée), la participation du débiteur était davantage nécessaire.

91. On s'est généralement déclaré favorable à l'idée d'obliger le débiteur à communiquer dans les meilleurs délais des informations complètes sur la situation économique et financière de l'entreprise afin de préserver la confiance et de permettre au représentant de l'insolvabilité d'évaluer l'entreprise convenablement. Dans le cas d'un redressement, on a fait valoir que la communication rapide de ces informations pourrait aider à accroître la confiance des créanciers dans l'aptitude du débiteur à continuer de gérer l'entreprise. Selon un avis, cette obligation devait être étendue à toutes les informations pertinentes, y compris les informations relatives aux années antérieures à l'engagement de la procédure.

92. Dans le cas d'un redressement, il était souhaitable et indiqué, de l'avis du Groupe de travail, que le débiteur continue de participer à la gestion de l'entreprise. Les avantages possibles de cette approche, en particulier dans le cas des entreprises individuelles ou des petits partenariats, ont été mis en avant. Lorsque le débiteur conservait un rôle important dans la gestion de l'entreprise, comme dans la formule dite du "débiteur en possession", la supervision d'un tribunal était nécessaire (et pouvait passer par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité). Il a été estimé dans l'ensemble que les pouvoirs conférés au débiteur dans le cadre d'un redressement devaient être contrebalancés par des mécanismes efficaces permettant aux créanciers de prendre les mesures appropriées. À cet égard, on a fait observer que le débiteur, après l'ouverture de la procédure, serait responsable au premier chef devant les créanciers et non devant les actionnaires. Il a en outre été souligné que la faculté pour le tribunal de nommer un médiateur permettrait de remédier aux situations dans lesquelles l'inertie des créanciers pourrait empêcher l'élaboration et l'approbation du plan de redressement. Il a également été suggéré que l'on prévoie des différences de traitement des droits et obligations du débiteur selon la taille de l'entreprise.

93. L'approche consistant à répartir les droits et obligations entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité nommé par le tribunal a bénéficié d'un certain appui. Le débiteur continuerait à gérer l'entreprise au jour le jour tandis que le représentant de l'insolvabilité superviserait les opérations importantes et serait chargé d'exécuter le plan.

94. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il serait souhaitable de faire une distinction entre, d'une part, la période s'écoulant entre l'engagement de la procédure et l'approbation du plan de redressement et, d'autre part, la période postérieure à cette approbation. On a estimé que, pour la première, il serait approprié que la législation énonce des règles précises et prévoie l'intervention d'un représentant indépendant, mais qu'une formule plus souple, faisant une place plus large à l'autonomie des parties, serait peut-être souhaitable pour la seconde et pendant toute la durée d'exécution du plan de manière à accroître les chances de réussite.

95. Le Groupe de travail a débattu de la question du droit du débiteur d'être entendu. On a exprimé la crainte que, si ce droit était posé comme principe général, il n'entraîne des formalités et des dépenses qui feraient inutilement obstacle au déroulement de la procédure, en particulier dans le cadre d'une liquidation. On a donc proposé que ce droit soit limité aux cas dans lesquels le débiteur se trouvait affecté tant dans sa situation financière que dans ses droits personnels. Il a été répondu que certains systèmes considéraient le droit d'être entendu comme un droit fondamental de nature constitutionnelle, si bien que le fait de le restreindre pourrait rendre plus difficile la reconnaissance de procédures menées dans des systèmes autorisant de telles restrictions. Il a en outre été avancé que si la participation du débiteur aux décisions était posée comme règle générale, le système d'insolvabilité pourrait finalement inspirer davantage confiance. Il a toutefois été convenu que le projet de guide devait insister sur la nécessité d'éviter un exercice abusif de ce droit qui compromettrait le déroulement rapide de la procédure.

96. Il a été proposé par ailleurs que des questions telles que la levée des restrictions imposées à un débiteur suite à l'ouverture de la procédure ainsi que l'acquittement de tout ou partie des dettes après la clôture de la procédure soient abordées dans le projet de guide.

b) *Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité*

97. S'agissant de la question de savoir qui devait nommer le représentant de l'insolvabilité, il a été estimé que, quelle que soit la solution choisie, il faudrait favoriser la sélection d'une personne indépendante et impartiale; une nomination par le tribunal ou par les créanciers était généralement considérée comme plus propice à l'indépendance et à l'impartialité qu'une nomination par le débiteur, qui pouvait conduire à des différends importants concernant les créances des créanciers et à une discrimination à l'égard de ces derniers. Il a été noté en outre que la tendance était à la nomination du représentant de l'insolvabilité par une autorité de nomination indépendante qui pouvait faire appel à des professionnels ayant une connaissance et une expérience des secteurs pertinents.

98. Des déclarations ont été faites concernant les procédures qui régissaient la sélection des représentants de l'insolvabilité dans divers pays, soit pour information, soit pour qu'il en soit tenu compte dans la formulation des recommandations devant figurer dans le projet de guide. Par exemple, le futur représentant de l'insolvabilité devrait être tenu de dévoiler des circonstances pouvant indiquer un conflit d'intérêt ou un manque d'indépendance; les candidats à la fonction devaient recevoir une formation dans des établissements spécifiés et détenir une licence; les représentants étaient choisis sur un registre dans les systèmes qui voulaient être justes envers eux (en répartissant les

affaires dans lesquelles les actifs ne permettaient pas une rémunération complète du représentant) mais qui ne garantissaient pas nécessairement le choix de la personne la plus appropriée dans chaque cas. On a fait observer que, lors de l'établissement de telles procédures et conditions, il ne fallait pas perdre de vue que des conditions trop strictes avaient pour inconvénient d'accroître le coût de la procédure, alors que des conditions trop souples ne garantissaient pas la qualité du service requis.

99. En ce qui concerne les qualifications exigées d'un représentant de l'insolvabilité, il a été estimé que le paragraphe 145 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 exposait de façon satisfaisante les questions à examiner. Il a été suggéré d'ajouter une référence au fait que le représentant de l'insolvabilité devait être une personne "compétente et capable" et qu'il avait différents rôles fiduciaires. Il a été estimé par ailleurs que le projet de guide pourrait mentionner la nécessité de nommer un agent de l'État dans les cas où une affaire d'insolvabilité ne pouvait être assignée à un représentant de l'insolvabilité privé, par exemple lorsqu'il n'y avait aucun actif permettant de financer l'administration de l'insolvabilité.

100. Il a été reconnu que le représentant de l'insolvabilité devait être soumis à des normes de responsabilité, mais que celles-ci devraient correspondre aux circonstances dans lesquelles il prenait des décisions; il a donc été proposé de prévoir une norme de responsabilité qui ne soit pas plus stricte que pour un dirigeant de société, qui corresponde à la norme attendue d'une personne prudente dans cette fonction, et qui soit basée sur le respect de la bonne foi à des fins légitimes; il a été déclaré que le critère de diligence ne devrait pas être trop rigoureux (et ne devrait pas, en particulier, être celui qui était appliqué aux quasi-délits) de façon à ne pas encourager les actions en justice contre le représentant et accroître ainsi le coût du service.

101. On a estimé que les dispositions relatives au remplacement ou à la révocation du représentant devraient être motivées par l'incapacité de ce dernier à agir conformément à la norme requise, étant entendu qu'il pourrait être approprié de laisser les créanciers libres de révoquer le représentant sans avoir à donner de justification, selon leur rôle et leurs prérogatives dans la procédure. À cet égard, il a été suggéré que, lorsque le projet de guide traitait de la révocation, motivée ou non, il examine aussi la nécessité de prévoir dans la loi sur l'insolvabilité le remplacement et la succession en ce qui concerne la propriété des actifs de la masse. Il a été noté que, dans certains pays, les représentants de l'insolvabilité étaient considérés comme des officiers de justice, ce qui déterminait leur niveau de responsabilité et les motifs de leur révocation.

102. Quant à la nécessité pour les praticiens de l'insolvabilité de contracter une assurance responsabilité ou l'obligation qui leur serait faite de fournir une garantie couvrant tout manquement à leurs obligations (telle qu'un cautionnement donné par une société de cautionnement), il a été déclaré que ces obligations devraient correspondre à la répartition adéquate des risques entre les participants à la procédure d'insolvabilité et être mises en balance avec la nécessité de maîtriser les coûts du service.

c) *Créances des créanciers*

103. Le Groupe de travail a examiné la question de la déclaration des créances par les créanciers. Selon un avis, il était souhaitable, pour garantir la sécurité, de spécifier un délai dans lequel ces créances devaient être déclarées. À cet égard, on a estimé qu'il fallait prévoir des sanctions en cas de déclaration tardive. Toutefois, on a craint que la fixation d'un tel délai n'entraîne une discrimination à l'égard des créanciers étrangers, qui dans de nombreux cas ne seraient peut-être pas en mesure de le respecter. Il a été fait remarquer qu'il y aurait alors violation du principe de l'égalité de traitement des créanciers nationaux et étrangers, tel qu'énoncé à l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. On irait en outre à l'encontre de la tendance internationale dans laquelle s'inscrivait la réforme du droit de l'insolvabilité, qui visait clairement à abolir toute discrimination fondée sur la nationalité du créancier. Il a également été précisé que l'absence de délai ne serait pas préjudiciable à la masse de l'insolvabilité, à condition que la créance soit produite avant la répartition des actifs et que tout frais découlant de cette production tardive soit supporté par le créancier. Selon un autre avis, si un délai devait être fixé, il ne devait pas entraîner de forclusion.

104. Il a été répondu qu'on pouvait résoudre cette difficulté soit en fixant des délais plus longs, soit en prévoyant un délai particulier pour les créanciers étrangers, comme cela était déjà le cas dans certains systèmes juridiques, soit encore en autorisant le tribunal à proroger le délai sur présentation de preuves attestant un empêchement sérieux. Il a également été estimé que cette possibilité devrait aussi être offerte aux créanciers nationaux. On a noté en outre que la question de la déclaration tardive des créances par les créanciers étrangers était étroitement liée à l'envoi d'une notification appropriée à ces derniers et que le projet de guide devrait mentionner l'obligation faite dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale d'informer dûment les créanciers étrangers. On a également fait remarquer que la création d'une base de données internationale contenant des informations tirées des registres du commerce nationaux serait utile pour informer les créanciers en temps voulu et leur assurer l'égalité de traitement.

105. S'agissant des créanciers étrangers, on s'est demandé si les créances pouvaient être produites dans une langue autre que celle du pays où se déroulait la procédure d'insolvabilité. De l'avis du Groupe de travail, en autorisant un créancier à produire ses créances dans sa propre langue on pourrait faciliter considérablement l'accès des créanciers étrangers à la procédure. En conséquence, il a été proposé de recommander, dans le projet de guide, que les législations nationales réduisent les contraintes découlant de l'obligation faite aux créanciers de présenter des documents dans une langue déterminée ou de se soumettre à des formalités particulières telles que la traduction et la légalisation.

106. On a souligné que l'égalité de traitement des créanciers étrangers était liée à la question de la conversion des créances libellées en une devise autre que celle du pays où avait lieu la procédure d'insolvabilité, et plus précisément à la date à laquelle il fallait effectuer cette conversion. Il

a été noté qu'en raison de la fluctuation constante des taux de change le montant de la créance pouvait varier considérablement selon que la conversion était effectuée à l'ouverture de la procédure ou au moment de la déclaration des créances ou encore de la distribution des actifs. L'avis selon lequel la conversion devrait être faite au moment où les intérêts sur les créances cessaient de courir, autrement dit au moment de l'ouverture de la procédure, n'a reçu aucun appui. Le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait appeler l'attention sur cette question, en indiquant les différentes options possibles, sans toutefois suggérer une approche particulière.

107. L'idée selon laquelle le relevé des créances devrait être établi par le représentant de l'insolvabilité et non par le tribunal a bénéficié d'un large soutien, car on a estimé que cela était conforme à l'objectif souhaitable de réduction des formalités alourdissant la procédure de vérification des créances. Il a été indiqué qu'un moyen de réduire encore ces formalités pourrait être d'autoriser l'admission des créances sur présentation d'une déclaration appropriée (telle qu'une déclaration sous serment) assortie de sanctions pénales en cas de fraude, ainsi que l'inclusion des créances attestées par des registres comptables dûment tenus. S'il fallait, de l'avis général, assurer l'efficacité et la simplicité, on a souligné que le projet de guide devait toutefois préciser que la décision du représentant de l'insolvabilité d'admettre ou de rejeter une créance serait susceptible d'appel devant le tribunal.

108. On s'est inquiété du fait que cette solution reposait largement sur les pouvoirs discrétionnaires du représentant de l'insolvabilité et qu'elle risquait par conséquent de faciliement donner lieu à des retards, voire à une collusion avec le débiteur, ce qui nuirait à la prévisibilité du système. Aussi a-t-il été suggéré que les créances impayées à la date de l'ouverture de la procédure soient admises automatiquement, sans préjudice de la possibilité de saisir un tribunal afin de contester l'admission ou le rejet d'une créance donnée. Il a été souligné qu'un tel système devrait être assorti d'un mécanisme garantissant que des informations appropriées concernant les créances admises automatiquement soient accessibles à toutes les parties intéressées.

109. Le Groupe de travail a reconnu les avantages d'un système prévoyant l'admission automatique des créances. Il a été fait observer que cela éviterait la plupart des difficultés qui se posaient lorsque le représentant de l'insolvabilité devait évaluer avec précision la situation dès l'ouverture de la procédure pour permettre aux créanciers de participer et de voter aux réunions tenues au début de cette procédure. Après un débat, il a été convenu que les deux options devaient être maintenues dans le projet de guide et présentées comme deux variantes possibles entre lesquelles choisir.

110. Divers avis ont été exprimés au sujet des types de créances devant être exclus. Il a été noté que, si de nombreux pays appliquaient actuellement le principe de l'exclusion des créances fiscales étrangères, il n'y avait aucune raison que les législateurs nationaux ne puissent pas les admettre s'ils le souhaitaient. Si, pour certains, les créances fiscales étrangères devaient être traitées de la même manière que les créances fiscales nationales, le projet de guide devrait, selon l'avis qui a prévalu, exposer les différentes solutions qui s'offraient aux législateurs nationaux sans recommander une approche particulière. On a souligné aussi que le projet de guide devrait demeurer conforme au principe énoncé dans la note 2 se rapportant à l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, à savoir que l'égalité de traitement des créanciers étrangers ne portait pas atteinte à l'exclusion de la procédure des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers.

111. Pour ce qui est de l'exclusion des amendes et des pénalités, on a estimé qu'il fallait prévoir un traitement différent selon qu'il s'agissait d'amendes et de pénalités de nature strictement administrative ou punitive (telles que les amendes infligées en cas d'infraction administrative ou pénale) ou d'amendes et de pénalités compensatoires. Si, de l'avis général, l'exclusion des créances de la première catégorie se justifiait, on a estimé qu'il n'y aurait aucune raison d'exclure les créances relevant de la seconde. Selon un autre avis, il n'y avait aucun motif valable d'exclure les amendes et les pénalités, puisque, à moins qu'elles puissent être prouvées, elles ne pouvaient être recouvrées, sauf si elles n'étaient pas soumises à la suspension des poursuites. On a répondu à cet argument en faisant observer que cette exclusion pouvait se justifier en vue d'accroître les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires.

112. Pour les dettes de jeu, il a été souligné que les raisons pour lesquelles la plupart des systèmes ne les admettaient pas étaient qu'elles résultaient d'activités non autorisées par la loi. En conséquence, il a été convenu que le projet de guide devrait plutôt mettre l'accent sur le principe général selon lequel les créances découlant d'activités considérées comme illégales par le droit national, et de ce fait non exigibles, ne pouvaient être admises. On a en outre fait observer que les exclusions fondées sur des considérations d'ordre public ne devraient pas non plus être affectées par le droit de l'insolvabilité.

113. Étant donné les principes différents qui pouvaient justifier chacune de ces exclusions, il a été suggéré que le projet de guide donne des exemples des types de créances que le droit national pourrait souhaiter exclure et les différentes approches qui pourraient être adoptées du point de vue du droit de l'insolvabilité.

114. Selon un avis, les créances détenues par des personnes liées au débiteur devraient faire l'objet d'un régime spécial, en vertu duquel elles seraient subordonnées à toutes les autres créances et exclues du vote. Selon un autre avis, le projet de guide ne devrait pas proposer de traitement particulier de ces créances, mais seulement rappeler aux législateurs nationaux la nécessité de les mentionner.

115. S'agissant de la déclaration de créances par les créanciers munis de sûretés, il a été suggéré qu'elles soient admises à titre provisoire, en raison de la difficulté de faire une évaluation précise de la valeur de la garantie au début de la procédure. À cet égard, on a fait valoir que le fait de prévoir la déclaration de créances garanties, même à titre provisoire, serait utile car cela permettrait d'informer le représentant de l'insolvabilité de leur existence.

116. La proposition selon laquelle le projet de guide devrait indiquer clairement l'existence de différentes catégories de créanciers, dont chacune se caractérisait par des droits et des prérogatives spécifiques, a reçu un soutien général. Bien que l'on ait estimé qu'il serait inapproprié de mentionner dans le projet de guide quelles catégories devraient être prioritaires ou quel traitement devrait être réservé à chacune d'elles, l'avis qui a prévalu a été qu'il faudrait recommander aux législateurs nationaux d'identifier clairement les catégories admises ainsi que les prérogatives attachées à chacune d'elles. On a également estimé que les lois nationales devraient indiquer clairement aussi toute différence de traitement, selon que l'on avait affaire à une liquidation ou à un redressement. Selon un avis partagé, le principe général devrait être que le projet de guide recommande l'égalité de traitement des créanciers et que toute exception devrait être justifiée par des raisons de principe clairement identifiées. La suggestion d'inclure dans le projet de guide une référence à l'impact financier et économique des diverses approches pouvant être adoptées au niveau législatif a également bénéficié d'un appui.

117. En ce qui concerne les prêts consentis par des actionnaires, l'avis a été exprimé qu'ils méritaient un régime tenant compte des raisons spécifiques présidant généralement à leur émission, lesquelles ne seraient pas nécessairement les mêmes que dans le cas de prêts octroyés par d'autres entités. À titre de remarque générale, on a souligné que le projet de guide devrait sensibiliser les législateurs nationaux aux implications possibles des choix législatifs au niveau de l'administration des entreprises.

118. La proposition d'aborder dans le projet de guide la question du traitement des obligations solidaires dans le cadre du droit de l'insolvabilité a été fortement appuyée. Il a été suggéré, en particulier, que le guide examine la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité affecterait le droit d'un créancier de faire exécuter la créance contre un ou plusieurs débiteurs solidaires autres que le débiteur faisant l'objet de la procédure. À cet égard, il a été suggéré aussi que le projet de guide aborde le traitement des garants ainsi que le cas où le garant était lui aussi insolvable.

119. On a également exprimé l'avis que le projet de guide devrait recommander que la question du traitement des créances non garanties acquises après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité soit abordée spécifiquement en exposant les différentes approches adoptées dans divers systèmes juridiques. Selon un autre avis, la question de la compensation était essentielle pour l'égalité de traitement des créanciers et devrait donc être traitée par la loi comme une question particulière afférente aux créances des créanciers.

120. Enfin, le Groupe de travail a débattu de la question de savoir si le droit de l'insolvabilité devrait prévoir un mécanisme de ce que certains systèmes juridiques appellaient "subordination équitable". Il a été souligné que, dans les systèmes qui l'autorisaient, ce mécanisme visait à assurer l'égalité de traitement des créanciers en effaçant ou en corrigeant une iniquité concernant une créance particulière qui entraînerait, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, un traitement injuste ou inéquitable des autres créanciers. Il a été spécifié que ce mécanisme était considéré comme exceptionnel par nature et qu'il ne s'appliquait donc que dans des cas particuliers et sur demande adressée par la partie intéressée au tribunal uniquement. Il a été précisé que pour qu'il soit fait droit à cette demande il fallait que la conduite inéquitable de celui qui revendiquait la créance ait porté préjudice aux autres créanciers ou lui ait conféré un avantage indu et que l'octroi du recours ne soit pas contraire au droit de l'insolvabilité. Certains exemples ont été mentionnés: un fiduciaire du débiteur abusant de sa position au détriment d'autres créanciers; un tiers contrôlant le débiteur au détriment d'autres créanciers (par exemple en menaçant de retirer son financement pour obliger l'entreprise à fermer); ou un tiers fraudant d'autres créanciers (par exemple en communiquant des informations inexactes). Enfin, il a été noté que la subordination équitable ne serait accordée que jusqu'à concurrence du préjudice résultant de la conduite inéquitable et qu'elle ne serait pas disponible pour l'exercice des droits normaux conférés au créancier soit par la loi, soit par contrat, sauf si une faute était démontrée.

d) *Comités de créanciers*

121. Différents points de vue ont été exprimés quant au rôle d'un comité des créanciers. Selon une opinion, un tel comité pouvait jouer un rôle consultatif utile en aidant le représentant de l'insolvabilité à examiner des questions difficiles et en donnant des avis, sans participer toutefois directement à la prise de décisions. Il pourrait aussi contrôler le représentant de l'insolvabilité ou la direction de l'entreprise débitrice lorsqu'elle conservait un rôle important dans la gestion quotidienne de l'entreprise. Selon une autre opinion, le comité des créanciers pourrait jouer un rôle plus actif dans la prise de décisions. S'agissant de ses modalités de fonctionnement, on a dit qu'il était nécessaire d'énoncer clairement ses pouvoirs et, pour éviter tout litige et assurer, en particulier, la confidentialité, de faire en sorte qu'il suive des règles acceptées par tous.

122. Il a été déclaré que la nécessité d'avoir un comité pourrait dépendre de la nature et de l'importance de l'insolvabilité et de la procédure (liquidation ou redressement). Dans une liquidation, un comité n'était pas toujours nécessaire, mais il pouvait y avoir des exceptions, comme dans le cas de la vente de l'entreprise, où le comité pouvait apporter des avis d'experts. Il devrait alors avoir un rôle consultatif. Dans un redressement, la contribution d'un comité des créanciers était généralement utile et nécessaire, mais il faudrait adopter une approche souple en ce qui concerne ses fonctions. On a proposé que, d'une manière générale, il ait une fonction consultative, sauf dans quelques cas clairement définis. Par exemple, il jouerait un rôle central dans l'élaboration du plan de redressement, dans la vente d'actifs importants et sur demande du représentant de l'insolvabilité ou décision du tribunal. Il a été estimé que le comité devrait dans ces quatre cas, mais non lorsque sa fonction était uniquement consultative, avoir la faculté de nommer des conseillers financiers, juridiques et autres, selon les besoins.

123. S'agissant de la composition du comité, un avis a été que seuls devraient y être représentés les créanciers chi-

rographaires les plus importants et que les créanciers privilégiés ou munis de sûretés devraient en être exclus. Selon un autre avis, la composition devrait être déterminée en fonction de la taille et du type de créance, ce dernier élément devant être déterminé par des critères autres que le caractère garanti ou non garanti de la créance. Selon un autre avis encore, le régime d'insolvabilité n'avait pas à spécifier les créanciers devant être représentés, mais devait prévoir une approche suffisamment souple pour permettre aux créanciers de choisir leurs propres représentants sur la base du consentement et prévoir l'élargissement ou la réduction dudit comité, selon les besoins. On a déclaré que, lorsque les types de créanciers devant être représentés étaient trop nombreux, différents comités pourraient être établis pour représenter les différents intérêts, mais uniquement pour les créanciers ayant des intérêts spéciaux, par exemple ceux qui détenaient des créances fondées sur la responsabilité quasi délictueuse ou les actionnaires. Il a été suggéré par ailleurs que la loi sur l'insolvabilité précise quelles parties ne pouvaient être membres du comité, telles que le débiteur ou une partie liée à ce dernier.

124. S'agissant de la responsabilité des comités de créanciers, on a fait observer que le fait que leurs membres n'étaient pas rémunérés en cette qualité laisserait à penser qu'ils avaient un niveau de responsabilité moindre. Bien que l'on ait noté que l'établissement d'une responsabilité des comités de créanciers favoriserait probablement l'apathie de ces derniers, on a soutenu une approche fondée sur la bonne foi permettant l'immunité des membres pour les actes qu'ils accomplissaient en cette qualité, sauf s'il était prouvé qu'ils avaient agi indûment ou avaient manqué à leurs obligations fiduciaires.

e) *Financement postérieur à l'ouverture de la procédure*

125. On a noté dans l'ensemble qu'il était essentiel qu'une entreprise en redressement ait accès à des ressources de trésorerie pour être en mesure de poursuivre ses activités et de se redresser avec succès. On a fait observer que, lorsque la loi l'y autorisait, le débiteur pouvait faire jouer sa garantie en liquidités pour obtenir un financement mais que, lorsqu'il n'en avait pas, il lui faudrait trouver un autre moyen pour obtenir un financement postérieur à l'ouverture. On a donné des exemples de "superpriorité" (l'emportant sur les dépenses d'administration) et de "superprivilège" (l'emportant sur les sûretés existantes, mais rarement accordé sans le consentement du créancier muni d'une sûreté). On a indiqué que le financement postérieur à l'ouverture de la procédure avait toutes les chances d'être accordé par deux types de prêteurs. Les premiers étaient ceux d'avant l'insolvabilité, qui étaient en relation continue avec l'entreprise et avanceraient probablement d'autres fonds pour protéger leurs créances existantes et peut-être obtenir une valeur supplémentaire du fait des taux supérieurs appliqués aux nouveaux prêts. Il a été noté que cette source de financement postérieur à l'ouverture de la procédure était la plus courante. Les seconds n'étaient pas en relation avec l'entreprise avant l'insolvabilité et auraient sans doute pour seule motivation la possibilité de rendements élevés. On a fait observer que l'incitation, pour les deux types de prêteurs, était la prévisibilité de la reconnaissance accordée aux prêts postérieurs à la demande d'ouverture de la procédure et, pour les prêteurs existants, la conviction que leur relation avec le débiteur et les conditions des prêts consentis avant l'ouverture de la procédure ne seraient pas changées.

126. Certaines craintes ont été exprimées à propos des deux formes de priorités mentionnées. On a indiqué que la possibilité d'établir des superprivilèges risquait d'avoir des effets négatifs sur l'offre de crédit pour les entreprises en général. Seuls les créanciers munis de sûretés qui seraient touchés par le superprivilège pourraient accepter d'être dessaisis par des sûretés de ce type. La décision d'obtenir un tel financement ne pouvait donc pas être prise uniquement par le tribunal, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers généraux. On s'est demandé aussi comment une telle priorité serait traitée en cas d'échec du redressement et de conversion de la procédure en liquidation, en particulier par rapport à la priorité établie pour les dépenses d'administration. On a estimé qu'il fallait faire une distinction, du point de vue de l'octroi d'un financement, entre les différentes étapes de la procédure de redressement, telles que période postérieure à la demande, période antérieure au plan et période postérieure au plan, seule cette dernière étant mentionnée dans le plan. Il a été demandé si la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure pourrait aussi être valable dans le cas de la vente de l'entreprise en liquidation.

f) *Redressement*

127. Il a été suggéré au début du débat que le projet de guide examine les raisons pour lesquelles un redressement était souhaitable et pourquoi il fallait, dans certains pays, lever les obstacles juridiques à la mise en place de procédures de redressement souples pouvant tenir compte des avantages et des inconvénients de différentes procédures utilisées en association pour pouvoir atteindre l'objectif de maximisation de la valeur des actifs.

128. Le Groupe de travail a discuté du développement des marchés secondaires de créances, dont l'expansion avait eu une incidence sur la manière dont les parties prenantes envisageaient les procédures de redressement. On a fait remarquer que la pratique bancaire avait beaucoup évolué dans certains pays au cours des vingt dernières années et que, en conséquence, les banques vendaient de plus en plus souvent leurs créances pour mieux gérer leurs risques et créer des liquidités au lieu d'attendre pendant de longues périodes de recevoir un dividende d'une procédure d'insolvabilité. On a fait observer que cette tendance était de nature à compliquer considérablement ladite procédure, parce que les parties négociant un arrangement de redressement pouvaient changer tout au long des négociations et que les objectifs et les intérêts de ces acquéreurs secondaires pouvaient différer de ceux des créanciers initiaux. En particulier, ils se souciaient plus de tirer un bénéfice de leur créance acquise que du sauvetage de l'entreprise, de la poursuite de son activité et des relations commerciales.

129. Même s'il était évident que l'on n'avait pas nécessairement à modifier le droit de l'insolvabilité pour tenir compte de cette tendance (aucun exemple d'une telle modi-

fication n'a d'ailleurs été cité), on a fait observer que celle-ci avait des incidences sur la procédure d'insolvabilité, notamment sur la composition des comités de créanciers et la relation entre les parties pouvant acheter les dettes au débiteur. Pour ce qui est des comités de créanciers, le fait d'autoriser la participation des intermédiaires en créances risquait, selon certains, de poser le problème de l'accès à des informations sensibles pouvant faciliter leurs opérations. Il y avait aussi le risque que ces intermédiaires communiquent des chiffres inexacts concernant la valeur probable des dividendes pour inciter les créanciers à vendre au-dessous du pair à un stade précoce de la procédure. On s'est par ailleurs demandé si les parties liées au débiteur pouvaient acheter des créances et, dans l'affirmative, quels mécanismes il faudrait peut-être adopter pour faire face aux éventuels problèmes. On a proposé, par exemple, qu'un acquéreur de ce type ne puisse faire valoir sa créance sur la masse qu'à hauteur du montant effectivement payé pour l'acquérir et non à hauteur de la valeur nominale, lorsqu'un tiers, sans lien avec le débiteur, pouvait réclamer la valeur nominale de la créance. Un autre mécanisme consisterait à ne pas prendre en compte les voix des parties liées au débiteur lors du vote sur un plan de redressement.

130. Le Groupe de travail a examiné les différences, au niveau de la structure, entre les systèmes d'insolvabilité traitant du redressement. Bien que l'on ait souligné que certaines questions faisaient l'objet d'un traitement similaire dans les différents modèles, deux modèles principaux ont été identifiés. Le premier mettait en avant la nécessité d'assurer une protection adéquate des créanciers munis de sûretés. Dans ce cas, les tribunaux devaient intervenir davantage dans les questions de gestion; l'application d'une suspension était exigée, différentes approches étant adoptées quant à sa durée et quant à la période au cours de laquelle pouvait être dressé le bilan économique de l'entreprise; et il était aussi prévu que les créanciers opposants seraient liés par le plan lorsque la créance garantie était assurée de façon satisfaisante et que cela était dans l'intérêt de tous les participants à la procédure (clause dite de "cram-down").

131. Le second modèle, utilisé dans les systèmes ayant une tradition bien établie en matière de protection des créanciers munis de sûretés, n'appliquait généralement pas la suspension des poursuites, ou bien ne l'appliquait que de façon limitée, en la mettant à profit pour déterminer si un redressement rapporterait davantage qu'une liquidation. Les questions de gestion étaient, normalement, du ressort du représentant de l'insolvabilité; le tribunal intervenait moins que dans le premier modèle, car le problème de la protection adéquate des créanciers munis de sûretés ne se posait pas, et il y avait en outre une réticence à imposer le plan à ceux d'entre eux qui s'y opposaient. L'un des postulats de ce modèle était qu'il y aurait consentement des créanciers lorsqu'il serait démontré que le redressement serait plus profitable qu'une liquidation.

132. On a demandé comment devrait être traitée la vente d'une entreprise en tant qu'entité en exploitation et, en particulier, si elle devrait être traitée dans le contexte de la liquidation ou dans celui du redressement. Cette question faisait partie de celles qui étaient posées au Groupe de travail dans le rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif (voir A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, texte suivant le par. 189). Selon un avis, la vente d'une entreprise en tant qu'entité en exploitation n'était pas incompatible avec la liquidation et serait également une option valable en cas de redressement. Il a été convenu que pour les besoins de la discussion on ne devrait pas établir de délimitation stricte entre les deux procédures et qu'il ne fallait écarter aucune procédure susceptible de maximiser la valeur.

i) Élaboration d'un plan

133. Un certain nombre d'options ont été examinées pour l'élaboration du plan de redressement. Selon un avis, elle pouvait être entreprise par le représentant de l'insolvabilité, qui était généralement indépendant et aurait un point de vue objectif, non dicté nécessairement par le débiteur ou par les créanciers. On a fait observer toutefois que l'élaboration du plan par le représentant de l'insolvabilité se ferait rarement sans consultation des parties intéressées. Selon un autre avis, il fallait faire une distinction entre le modèle des créanciers munis de sûretés, où un représentant de l'insolvabilité était nommé et pouvait élaborer le plan, et le modèle du débiteur en possession, où la responsabilité serait répartie entre ce dernier et les créanciers. L'important, a-t-on dit, était de trouver un équilibre entre la liberté accordée aux parties d'élaborer le plan et les limites accompagnant nécessairement le processus sous la forme de conditions de vote, délais d'élaboration du plan, modification du plan et autres considérations de procédure.

134. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que la question de savoir qui devrait élaborer le plan devrait être abordée avec souplesse. Dans certains cas, il pourrait être approprié que ce soit le débiteur ou son représentant, une période d'exclusivité lui étant accordée pour le faire, de manière à l'inciter à demander l'ouverture de la procédure suffisamment tôt. Il faudrait mettre en balance cette incitation et la nécessité de faire en sorte que le créancier ait confiance dans le débiteur et dans sa proposition. Dans d'autres cas, le plan pourrait être élaboré par le comité des créanciers ou par un créancier individuel, et une troisième possibilité serait d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à le faire.

135. En ce qui concerne le moment auquel le plan devait être élaboré, on a estimé que cela ne devrait pas être à l'ouverture de la procédure, car on n'aurait alors probablement pas un plan solide et on risquait de préjuger de l'orientation de la procédure et d'entraîner des retards. Selon un autre avis, l'élaboration du plan devrait avoir lieu pendant la période d'observation, une fois la procédure ouverte, et un autre avis encore a été qu'elle pourrait peut-être intervenir avant la demande d'insolvabilité. Après un débat, il a été convenu que le guide devrait suivre une approche dans laquelle il n'était pas exigé que le plan soit élaboré avant l'ouverture, sans que cette option soit pour autant exclue.

ii) Contenu du plan

136. De l'avis général, le plan devait, à des fins de transparence et pour donner confiance dans le processus, fournir certains renseignements minimaux. On a fait valoir qu'il était nécessaire de concilier l'objectif de transparence et les

préoccupations relatives à la confidentialité que suscitait l'accès des créanciers à des informations commerciales potentiellement sensibles; on a fait observer que, dans les cas où le plan était homologué par le tribunal, ces informations seraient généralement rendues publiques à un stade ou à un autre de la procédure, mais qu'il faudrait que le tribunal envisage de protéger les renseignements confidentiels. Il a été suggéré que les renseignements à faire figurer dans le plan comprennent des états de la situation financière du débiteur, y compris un état de l'actif et du passif et des tableaux des flux de trésorerie; le détail des propositions précises incluses dans le plan; le détail des sommes que recevraient les créanciers et les raisons pour lesquelles elles seraient plus élevées qu'en cas de liquidation; et les raisons pour lesquelles l'entreprise serait capable de continuer son activité et pourrait être redressée avec succès. On a fait observer que le plan ne pouvait prévoir des actes qui seraient illégaux ou contraires à la loi (voir A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, par. 176), un exemple supplémentaire étant donné avec les lois fiscales. Il a toutefois été signalé que des lois, éventuellement, pouvaient empêcher la mise en œuvre des propositions susceptibles d'être contenues dans le plan, par exemple des lois sur l'investissement étranger direct ou les restrictions de change. Comme certaines lois sur l'insolvabilité permettaient de passer outre à ces dispositions dans certaines circonstances, ou prévoyaient des approbations accélérées, il a été suggéré que le Guide soulève cette question pour qu'elle soit examinée. Il a été suggéré aussi qu'un certain nombre des questions de procédures énoncées dans le rapport du Secrétaire général (voir A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, texte suivant le par. 189) soient abordées dans le plan pour que les procédures à suivre en vue de l'approbation et de l'exécution de ce dernier soient claires.

137. Il a été noté que le fait de permettre que les droits des créanciers munis de sûretés soient affectés par le plan pouvaient avoir un effet négatif sur l'offre et que cet effet devrait être clairement indiqué dans le projet de guide.

138. En ce qui concerne la protection des intérêts minoritaires, il a été demandé si ce point devrait être abordé dans le plan ou dans la loi sur l'insolvabilité. On a indiqué que pour que la procédure soit respectée, il était important que les créanciers majoritaires ne puissent porter injustement atteinte aux droits de la minorité.

iii) Approbation et effet du plan

139. S'agissant du vote sur le plan, l'avis a été exprimé que pour encourager les flux transfrontières de capitaux, il fallait établir des règles claires quant aux droits des différentes catégories de créanciers, en particulier quant à la possibilité qui leur était donnée de voter sur un plan et de s'y opposer. On a estimé que ce vote devrait être fondé uniquement sur l'intérêt économique dans l'issue de la procédure et que seules les parties ayant un tel intérêt devraient être autorisées à voter. D'autres options ont également bénéficié d'un appui, à savoir le vote fondé sur la valeur des créances et le nombre des créanciers, ainsi que l'imposition de la condition d'une supermajorité pour garantir que le plan bénéficierait d'un appui suffisant pour être appliqué, ce qui était jugé particulièrement important lorsqu'il s'imposait aussi aux créanciers opposants.

140. Pour ce qui est des raisons que des créanciers pouvaient avancer pour contester un plan, il fallait, a-t-il été noté, qu'ils invoquent un préjudice supérieur à celui que supportaient les autres créanciers ou catégories de créanciers, dans la mesure où la procédure était préjudiciable à tous.

141. En ce qui concerne la répartition des créanciers en plusieurs catégories et les critères à retenir à cet égard, il a été estimé que, sauf raison impérieuse justifiant la création de catégories spéciales, tous les créanciers chirographaires généraux devraient être mis dans une seule catégorie. On a noté toutefois que dans un pays la loi prévoyait des critères pour l'inclusion des créances assorties d'une sûreté dans la même catégorie si les droits des créanciers qui les détenaient étaient suffisamment proches pour qu'ils constituent une communauté d'intérêt, compte tenu de certains facteurs comprenant: la nature des créances; la nature et la priorité de la sûreté dont étaient assorties les créances; les actions et moyens dont disposaient les créanciers en l'absence de proposition et la mesure dans laquelle ils pouvaient recouvrer leurs créances en mettant en œuvre ces moyens; le traitement des créances dans la proposition et la mesure dans laquelle elles seraient payées en vertu de cette proposition; et d'autres critères pouvant être prescrits.

142. On a estimé que le projet de guide devrait traiter les conséquences de la non-approbation d'un plan, notamment la possibilité pour d'autres parties de proposer un autre plan, l'ouverture automatique d'une procédure de liquidation, l'engagement de poursuites individuelles par des créanciers ou d'autres conséquences. Selon un avis, une liquidation automatique aurait pour effet de décourager le débiteur de proposer un plan, ce qui allait à l'encontre de l'un des objectifs clefs d'un régime d'insolvabilité. Selon une autre opinion, en autorisant les créanciers à engager individuellement des poursuites, on risquait de provoquer une course aux actifs, ce que l'ouverture d'une procédure collective visait à éviter et ce qui était incompatible avec l'objectif de maximisation de la valeur. Selon un avis différent, une fois que le plan était rejeté, toute mesure autre que la liquidation automatique risquait uniquement d'entraîner des retards, de diminuer encore la valeur et de prolonger indéfiniment la procédure. La liquidation automatique permettrait l'égalité dans la répartition, conformément au régime d'insolvabilité. Il a été estimé que l'on pourrait, à titre de compromis, autoriser la présentation d'une proposition de plan différent par les créanciers dans un délai spécifié et uniquement dans les cas où aucun plan ne pourrait être établi si l'on devait en arriver à la liquidation.

143. S'agissant de la procédure d'homologation, il a été noté que la confirmation par le tribunal d'un plan approuvé par les créanciers n'était pas obligatoire dans tous les pays; certains régimes d'insolvabilité prévoyaient que, lorsque la majorité requise des créanciers avait approuvé le plan, aucune démarche supplémentaire n'était nécessaire. Il a été noté par ailleurs que, dans certains pays, c'était une autorité administrative qui jouait le rôle du tribunal. On pouvait protéger les créanciers minoritaires en les autorisant à contester le plan devant un tribunal, certaines lois établissant des critères pour juger l'opposition de ces créanciers.

5. Liquidation et répartition

Priorités en matière de répartition

144. De l'avis général, le projet de guide devrait recommander que les priorités en matière de répartition soient non seulement clairement fixées mais également réduites au minimum, en vue, d'une part, de préserver la prévisibilité et l'efficacité du système d'insolvabilité et, d'autre part, de favoriser la disponibilité du crédit. On a fait observer que plus le nombre de priorités reconnues par la loi était important, plus s'élargissait le champ des débats susceptibles d'être soulevés à propos de l'évaluation des privilèges associés aux différentes catégories de créanciers privilégiés. Mais on a aussi estimé qu'il faudrait, dans le cadre du traitement des priorités, faire une distinction entre celles qui pourraient être fixées, pour les créanciers munis de sûretés, en raison d'un marché qui aurait été conclu ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (comme dans le cas de l'octroi d'un financement après cette ouverture) et celles qui étaient liées aux créanciers chirographaires généraux.

145. Le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait recommander que toute priorité soit expressément mentionnée dans la loi sur l'insolvabilité, que le principe sur lequel elle reposait se trouve dans le système d'insolvabilité ou dans une autre partie de la législation. Il a été convenu par ailleurs qu'il serait inapproprié de suggérer dans le projet de guide les priorités à retenir ou à exclure. Il a été convenu enfin qu'il faudrait mentionner expressément l'impact financier et économique de ces priorités (à savoir la réduction du montant de la masse de l'insolvabilité dont pourraient bénéficier les créanciers non munis de sûretés).

146. S'agissant de l'octroi d'un superprivilège général, qui donnerait priorité à la fois sur les créanciers chirographaires et sur les créanciers munis de sûretés, les membres du Groupe de travail ont été d'avis qu'une telle priorité porterait gravement atteinte aux droits des créanciers munis de sûretés et qu'il fallait donc la justifier par de solides considérations d'ordre public.

147. Le Groupe de travail a examiné le traitement des dépenses encourues au cours de la procédure d'insolvabilité. On a fait observer que la plupart des systèmes juridiques plaçaient ces créances au premier rang des priorités en les considérant comme des créances d'administration, ce qui avait souvent des incidences importantes sur la masse de l'insolvabilité. Si l'on a reconnu que le traitement particulier de cette question avait des liens avec l'infrastructure sous-jacente du système, diverses vues ont été exprimées en faveur d'une réduction de cet impact sur la masse de l'insolvabilité. Une proposition tendant à plafonner le montant de ces dépenses n'a bénéficié d'aucun appui. L'avis général a été en revanche qu'il fallait esquisser des critères précis, quoique souples, concernant ces dépenses. Il a été proposé en particulier de subordonner leur engagement à leur utilité pour l'augmentation de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt général de toutes les parties prenantes. Une proposition voisine a été de n'autoriser ces dépenses que lorsqu'elles semblaient non seulement raisonnables et nécessaires, mais aussi compatibles avec les objectifs de la procédure. Il a enfin été proposé d'évaluer le bien-fondé des dépenses par rapport au montant des ressources disponibles et à l'effet qu'elles pourraient avoir sur la procédure.

148. Quant à l'autorité qui devrait être chargée d'évaluer l'adéquation et le bien-fondé des dépenses, une délégation a estimé que ces dernières devaient être préalablement autorisées par le tribunal. Selon une opinion allant dans le même sens, une telle autorisation devrait être exigée pour les actes sortant du cours ordinaire des affaires. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, c'était aux créanciers qu'il incombait de procéder à l'évaluation, de façon également à garantir la transparence de la procédure, à condition toutefois que la décision des créanciers puisse faire l'objet d'un recours devant le tribunal.

149. En réponse à ces suggestions, on a précisé qu'il fallait établir une distinction entre les honoraires du représentant de l'insolvabilité et d'autres professionnels participant à la procédure, d'une part, et les dépenses encourues pour exploiter l'entreprise et mener à bien la procédure, d'autre part.

150. On a noté, à titre de remarque générale, que le projet de guide devrait aborder également le traitement des cas où les actifs étaient limités ou inexistants. On a fait observer qu'il y avait en la matière différentes approches. Certains systèmes prévoyaient l'annulation immédiate de la procédure après le constat de l'absence d'actif par le tribunal, alors que d'autres ne prévoyaient aucune mesure, et d'autres encore prévoyaient la nomination d'un liquidateur de l'État. Il a été proposé que, dans de tels cas, les honoraires du représentant de l'insolvabilité soient payés par voie d'une déduction sur ses impôts personnels, à quoi on a objecté que ces honoraires seraient alors payés par l'État au lieu d'être prélevés sur la masse de l'insolvabilité. L'avis selon lequel, lorsqu'un crédit d'impôt était en jeu, les autorités fiscales se verraient confier la tâche d'administrer la procédure d'insolvabilité, n'a pas non plus reçu d'appui.

151. S'agissant de l'ordre dans lequel les questions étaient traitées dans le projet de guide, on a estimé que les créances d'administration devraient être abordées avant celles des créanciers munis de sûretés, étant donné la priorité que l'on reconnaissait largement à ces créances. En réponse, on a fait observer que certains systèmes juridiques pouvaient avoir un avis différent sur la question et qu'il ne faudrait donc pas changer l'ordre actuel.

152. Selon une autre proposition, il faudrait remplacer le terme "propriétaires", apparaissant au paragraphe 195 du document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, par le terme "actionnaires", à quoi on a objecté que ces derniers termes refléteraient uniquement la situation d'un débiteur dont l'entreprise aurait la forme d'une société à responsabilité limitée et qu'il fallait donc un terme plus large et plus neutre pour englober tous les cas de financement accordé par des personnes faisant partie de l'entreprise.

153. Quant au privilège accordé aux salaires et droits des employés, on a fait observer qu'un système de garantie sociale profiterait à la masse de l'insolvabilité, dans la

mesure où ces créances se trouveraient exclues de la répartition des actifs. On a précisé toutefois qu'il faudrait alors que l'organisme social qui garantissait ces créances ne puisse bénéficier de la même priorité que les employés à l'égard de la masse de l'insolvabilité. Selon un autre avis, le projet de guide devrait attirer l'attention sur les solutions que proposaient différents systèmes juridiques.

154. Selon un avis, la priorité accordée aux créanciers munis de sûretés, quoique établie par le droit matériel, devrait être mentionnée dans la section de la loi sur l'insolvabilité traitant des questions de priorité, qui apporterait ainsi une clarification pour les systèmes juridiques où il était nécessaire de renforcer la stabilité et la confiance du secteur du crédit.

155. La proposition tendant à ce que le projet de guide traite expressément la clôture de la procédure, à savoir la détermination tant du moment que des effets de cette clôture, a été unanimement appuyée.

IV. PROCÉDURES EXTRAJUDICIAIRES D'INSOLVABILITÉ

156. Le Groupe de travail a examiné le rapport du Secrétaire général sur les différents modes d'approche des procédures extrajudiciaires d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.55) ainsi que les travaux futurs qu'il pourrait entreprendre dans le domaine des procédures extrajudiciaires d'insolvabilité en tenant compte des travaux d'autres organisations sur ce sujet et des tendances internationales concernant l'établissement de procédures extrajudiciaires qui se substituaient aux procédures judiciaires et étaient particulièrement utiles dans les cas d'insolvabilité internationale.

157. Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il était souhaitable d'entreprendre des travaux sur les procédures extrajudiciaires d'insolvabilité. Il a noté que celles-ci, tout en s'appuyant sur les procédures judiciaires d'insolvabilité, pouvaient être un moyen de conférer de la souplesse aux systèmes d'insolvabilité, de limiter le recours à l'infrastructure judiciaire, d'inciter les créanciers à réagir plus rapidement qu'ils ne le pourraient normalement dans le cadre de régimes judiciaires et d'éviter l'opprobre qui était souvent associé à l'insolvabilité. Il a été fait observer qu'avec la mondialisation croissante des marchés et le développement de l'échange de créances il y avait une plus grande diversité de créanciers participant à des redressements internationaux. Ils avaient, dans l'insolvabilité du débiteur, des intérêts et des objectifs différents qui ne coïncidaient pas toujours avec ceux des autres principaux fournisseurs de crédit ou qui ne concouraient pas toujours à la réussite du redressement.

158. Le Groupe de travail a passé en revue les différentes formes que pouvaient prendre ces procédures extrajudiciaires. On a souligné que celles-ci formaient un continuum, allant de principes non contraignants visant à favoriser une négociation collective en dehors du système judiciaire (mais bien que s'appuyant sur l'existence d'un système judiciaire efficace et bien conçu pour inciter les parties à négocier) à l'utilisation d'un mécanisme judiciaire pour faire exécuter un plan arrêté par voie de négociations informelles et pour y lier les créanciers. Il a été suggéré que, lorsque les négociations se déroulaient dans un cadre extrajudiciaire et que le débiteur et la majorité des créanciers approuvaient le plan, une procédure accélérée puisse être utilisée pour l'homologuer.

159. S'agissant des procédures tout à fait informelles, il a été suggéré que le Groupe de travail tienne compte des travaux entrepris par d'autres organisations, notamment de la Déclaration de principes du Groupe de spécialistes du crédit (Lenders Group) de la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers (voir A/CN.9/WG.V/WP.55, par. 10 à 21) et d'autres principes directeurs similaires. Quant aux procédures combinant des éléments judiciaires et extrajudiciaires, le Groupe de travail pourrait examiner comment celles-ci avaient été mises en place dans le monde et, en particulier, quel rôle jouaient les autorités judiciaires et administratives et à quel stade elles intervenaient.

160. S'agissant des procédures administratives, trois types d'approches ont été évoqués et il a été suggéré que le Guide analyse les exemples correspondants et examine les circonstances dans lesquelles ces approches s'étaient révélées utiles et dans quels cas il pourrait être indiqué de les suivre dans l'avenir. On a souligné en particulier que ces procédures avaient facilité les choses lorsque les tribunaux n'avaient pas toutes les compétences pour traiter la question ou étaient simplement dépassés par l'ampleur de l'échec du système.

161. On a noté qu'il y avait un recoupement entre certaines de ces considérations et l'élaboration, par le Groupe de travail, d'un guide législatif sur les procédures judiciaires d'insolvabilité et qu'il faudrait examiner comment le tout pouvait s'articuler. Il a été proposé, en particulier, que le projet de guide passe en revue les différentes options, en examinant les avantages et les inconvénients de chacune et en indiquant comment elles pourraient être intégrées dans un régime de redressement. On a signalé à cet égard qu'il existait une corrélation entre le degré de difficulté financière du débiteur et la complexité de la solution appropriée. Par exemple, lorsque des banques étaient concernées, le débiteur pouvait probablement négocier de manière informelle avec elles et résoudre ses difficultés sans faire intervenir les créanciers commerciaux. Lorsque la situation financière était plus complexe et nécessitait l'intervention de nombreuses catégories différentes de créanciers, un plus grand formalisme pouvait s'imposer. On a avancé que cette approche pouvait constituer un moyen de présenter les différentes procédures aux législateurs. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait tenir compte de ces considérations lors de l'examen des sections du projet de guide consacrées au redressement et, en particulier, que le thème des procédures accélérées de redressement pour mettre en œuvre des restructurations comme celles dont il est question dans le document A/CN.9/WG.V/WP.55 (y compris les mécanismes internationaux et nationaux) devrait être abordé dans le projet de guide.

B. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-quatrième session

(A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add. 1 et 2) [Original: anglais]

A/CN.9/WG.V/WP.54

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Page*
Remarques générales	1-9	210
Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	9-22	211
Introduction	10-15	211
1. Structure et champ d'application du Guide	10-13	211
2. Terminologie employée dans le Guide et rôle des définitions	14-15	212
3. Définitions	—	212
Première partie. Principaux objectifs d'un régime efficace de l'insolvabilité	16-22	214
1. Maximiser la valeur des actifs	16	214
2. Établir un équilibre entre liquidation et redressement	17	214
3. Assurer un traitement équitable	18	214
4. Prévoir l'ouverture rapide, efficace et impartiale de la procédure pour le règlement de l'insolvabilité	19	214
5. Prévoir le démembrement prématuré des actifs du débiteur par les créanciers	20	214
6. Prévoir une procédure prévisible et transparente	21	214
7. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale	22	214

[*La deuxième partie du projet de guide législatif est publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 et la troisième partie sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2.*]

REMARQUES GÉNÉRALES

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Cette proposition faisait référence aux récentes crises financières régionales et mondiales et aux travaux entrepris au sein d'instances internationales pour y faire face. Les rapports établis par ces instances soulignaient la nécessité de renforcer le système financier international dans trois domaines: transparence; responsabilisation; et gestion des crises financières internationales par les systèmes juridiques nationaux. Selon ces rapports, des régimes solides en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers constituaient un moyen important de prévenir ou de circonscrire les crises financières et de faciliter la restructuration rapide et ordonnée d'un endettement excessif. Dans la proposition, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition et les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale, ainsi que ses solides relations de travail avec des organisations internationales ayant des compétences et des intérêts particuliers dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission constituait une instance appropriée pour examiner la question du droit de l'insolvabilité.

2. La Commission s'est félicitée de cette proposition. Elle a noté que divers projets avaient été entrepris par d'autres organisations internationales, telles que le Fonds monétaire international (FMI), la Banque mondiale et l'Association internationale du barreau dans le domaine de l'élaboration de normes et de principes pour les régimes d'insolvabilité. Elle a noté que l'objectif de ces organisations, dont le domaine d'activité et les méthodes de travail étaient différents du fait de leur mandat et de leur composition, était de moderniser les pratiques et les lois en matière d'insolvabilité. Les initiatives prises au sein de ces organisations étaient la preuve qu'il fallait aider les États à réévaluer leurs lois et pratiques en la matière. Il fallait toutefois également renforcer la coordination, s'il y avait lieu, entre ces diverses initiatives, afin d'éviter les doubles emplois et d'arriver à des résultats cohérents.

3. La Commission s'est déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité, comme facteur de première importance dans les cotes de solvabilité internationales. On s'est toutefois déclaré préoccupé par les difficultés qu'entraîneraient des travaux à l'échelon international dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car cela supposait des choix sociopolitiques difficiles et potentiellement divergents. On a déclaré qu'il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable et que

les travaux dans ce domaine devraient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Cette notion d'approche souple a certes reçu un écho favorable, mais il a été dans l'ensemble convenu que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans procéder à une étude plus approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

4. Afin de faciliter cette étude, la Commission a décidé qu'une session exploratoire d'un groupe de travail devrait être organisée en vue de l'élaboration d'une proposition sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre, proposition qui serait soumise à la Commission à sa trente-troisième session. Cette session exploratoire du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité s'est tenue à Vienne du 6 au 17 décembre 1999.

5. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission a pris note de la recommandation que le Groupe de travail avait formulée dans le rapport sur sa session exploratoire (A/CN.9/469, par. 140) et lui a donné pour mandat de présenter un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, et un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques et analysant les autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait, ce faisant, tenir dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le FMI, la Banque asiatique de développement (BAsD), la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau. En conséquence, pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat de la CNUDCI a été prié d'organiser un colloque avant la session suivante du Groupe de travail en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau[1].

6. Ce colloque, organisé avec l'appui financier et logistique d'INSOL International et en collaboration avec l'Association internationale du barreau, s'est tenu à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000. Parmi les quelque 150 participants venus de 40 pays figuraient des juristes, des comptables, des banquiers, des juges et des praticiens de l'insolvabilité ainsi que des représentants de gouvernements et d'organisations internationales, telles que l'Association internationale du barreau, la BAsD, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque mondiale, le FMI et INSOL International. Les principaux intervenants ont été des fonctionnaires, des juges et des praticiens spécialistes de l'insolvabilité ainsi que des représentants d'organisations ayant une solide expérience du droit de l'insolvabilité et des travaux de réforme dans ce domaine.

7. Les participants se sont déclarés très favorables à la réalisation, par la Commission, de travaux sur les principaux éléments d'un régime d'insolvabilité efficace (voir A/CN.9/495, par. 34). Ils ont vivement recommandé qu'un délai d'environ six mois soit fixé pour l'élaboration minutieuse des projets devant être soumis au Groupe de travail pour examen. Il a été noté qu'aux termes du mandat que lui avait confié la Commission le Groupe de travail devait tenir compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations internationales et commencer ses travaux après réception des rapports actuellement élaborés par d'autres organisations, telles que la Banque mondiale. Il a été indiqué que le rapport de la Banque mondiale serait finalisé au début de 2001.

8. Compte tenu de ces éléments, il a été décidé que la session du Groupe de travail, initialement prévue du 26 mars au 6 avril 2001 à New York, se tiendrait du 23 juillet au 3 août 2001, également à New York. Sous réserve de l'approbation de la Commission, une autre session du Groupe de travail pourrait avoir lieu du 3 au 14 décembre 2001 à Vienne.

9. Le présent rapport présente l'introduction, les définitions et la première partie du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. La deuxième partie portant sur les éléments essentiels d'un régime efficace d'insolvabilité est publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 et la troisième partie, où sont énoncés des projets de dispositions législatives, est publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2.

PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Introduction

1. Structure et champ d'application du Guide

10. L'objet du présent Guide est de contribuer à l'élaboration d'un cadre juridique efficace de l'insolvabilité. Les orientations qu'il propose visent à réaliser un équilibre entre, d'une part, les dispositions nécessaires pour encourager le recours et l'accès, à un stade précoce, à un régime d'insolvabilité en vue de tirer le meilleur parti des actifs corporels et incorporels d'une entreprise d'une manière équitable et équilibrée pour les parties intéressées et éviter toute dépréciation imputable à des retards et, d'autre part, divers objectifs d'intérêt général.

11. Le Guide est structuré en trois parties[2]. La première partie définit les principaux objectifs d'un régime efficace de l'insolvabilité. Dans la deuxième partie, qui pose les éléments essentiels d'un tel régime, chaque sujet est traité

[1] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 408.

[2] Les passages entre crochets ne visent qu'à aider le Groupe de travail en signalant certaines questions à examiner et en indiquant d'autres libellés éventuels. Ils seront supprimés de la version définitive du Guide.

en deux sections. La première consiste en une présentation analytique des questions soulevées et énonce certaines considérations de principe et plusieurs options. La seconde section présente un résumé des différentes approches qui peuvent être adoptées à l'égard des questions examinées dans la première section [en indiquant certaines approches recommandées]. La troisième partie contient des dispositions législatives visant à traduire certaines des approches de la deuxième partie, lesquelles pourraient constituer les éléments essentiels d'un cadre efficace de l'insolvabilité. Il est conseillé de lire les dispositions législatives en les rapprochant des notes introductives, lesquelles donnent des informations d'ordre général permettant de mieux les comprendre.

12. Les dispositions législatives traitent de questions qu'il est important d'aborder dans un instrument législatif spécifiquement consacré à l'insolvabilité, qu'il s'agisse de liquidation ou de redressement. Elles ne portent pas particulièrement sur d'autres domaines de droit, comme [le droit des investissements étrangers, le droit du travail, entre autres] qui peuvent avoir une incidence sur le droit de l'insolvabilité, mais qui sont cependant évoqués et examinés lorsque cela est pertinent. Le bon fonctionnement d'un régime d'insolvabilité requiert généralement, au-delà de la création d'un cadre législatif adéquat, un certain nombre de conditions comme des structures et des pratiques administratives appropriées, des moyens institutionnels, des connaissances techniques et la formation de spécialistes. Bien que certains de ces aspects puissent être évoqués dans la présentation analytique, ils ne sont pas visés dans les dispositions législatives. [*Il pourrait être fait référence ici à des textes portant sur ces questions, comme ceux de la Banque asiatique de développement et de la Banque mondiale.*]

13. Le Guide n'aborde pas certaines questions intéressant les aspects internationaux du droit de l'insolvabilité, comme le traitement des créanciers étrangers. Ces questions sont traitées dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale qu'il est recommandé de considérer en complément du présent Guide. Celui-ci ne vise nullement à modifier ou à réviser les dispositions de la Loi type.

2. Terminologie employée dans le Guide et rôle des définitions

14. Les définitions qui suivent ne visent qu'à fournir des orientations aux lecteurs du Guide. De nombreux termes comme "créancier garanti", "liquidation" et "redressement" peuvent avoir des sens fondamentalement différents dans différents pays et la présence d'une définition dans le Guide peut contribuer à assurer que les concepts tels qu'ils y figurent sont clairs et généralement compris. [Lorsque d'autres définitions sont proposées, elles sont mises entre crochets. Figurent également entre crochets d'éventuelles conditions ou formulations supplémentaires.]

15. [La référence dans le Guide au "tribunal" devrait peut-être être précisée. Les projets de dispositions du Guide supposent que l'on s'appuie sur un contrôle judiciaire tout au cours de la procédure d'insolvabilité, ce contrôle pouvant notamment se traduire par la faculté, pour le tribunal, d'ouvrir la procédure d'insolvabilité, de nommer le représentant de l'insolvabilité, de contrôler ses activités et de prendre des décisions au cours de cette procédure. Bien que ce postulat soit valable en tant que principe général, d'autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas matériellement en mesure de suivre l'insolvabilité ou qu'il est préférable de confier le contrôle à un organe administratif.]

3. Définitions

Action en annulation: Action visant à faire annuler ou à autrement priver d'effet certaines opérations. Les opérations susceptibles d'être annulées sont notamment les suivantes: *a*) celles conclues entre un débiteur et un créancier ayant pour effet de créer une préférence en faveur de ce créancier au préjudice de la masse des créanciers [à l'exception des actes de gestion normale], intervenues [pendant une période déterminée] avant l'ouverture de la procédure; ou *b*) celles dans lesquelles les actifs d'un débiteur ont été transférés sans contrepartie équitable; ou *c*) celles dans lesquelles les actifs d'un débiteur ont été transférés en fraude des créanciers.

Centre des intérêts principaux: Le lieu où le débiteur administre ses intérêts de manière régulière, vérifiable comme tel par des tiers.

Comité des créanciers: Organe représentatif nommé par [le tribunal] [le représentant de l'insolvabilité] [l'ensemble des créanciers] compétent pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers et doté de pouvoirs consultatifs [et chargé de contrôler le représentant de l'insolvabilité].

Compensation: Extinction de la créance monétaire d'une partie, compensée (contrebalancée) par une créance monétaire de l'autre partie sur la première. Peut être invoquée comme une exception pour s'opposer, en tout ou en partie, au paiement d'une créance monétaire.

Compensation globale: Il peut s'agir, sous une forme, de la compensation (voir ce terme) de choses fongibles non monétaires (comme des titres ou des marchandises livrables le même jour), valant règlement et, sous une forme plus importante, de la résiliation par un cocontractant de contrats ouverts avec l'insolvable, suivie d'une compensation des pertes et gains respectifs (compensation par liquidation).

Concordat: [Dans le cadre d'un redressement,] accord entre le débiteur et les [la majorité des] créanciers par lequel les créanciers acceptent une remise partielle ou un étalement des dettes ou la redéfinition des conditions de remboursement.

Contrats en cours: Contrats en cours [et non totalement exécutés] à l'ouverture de la procédure.

Créance: Droit susceptible d'exécution sur une somme d'argent ou un bien.

Créance garantie: Créance assortie d'une sûreté constituée en garantie d'une dette, réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur à l'échéance.

Créances privilégiées: Créances qui doivent être payées sur l'actif disponible pour assurer le passif non garanti avant le désintéressement des créanciers ordinaires.

Créancier garanti: Créancier détenant, soit une sûreté constituée sur la totalité ou une partie des actifs du débiteur, soit une sûreté sur un bien déterminé conférant au créancier une priorité sur les autres créanciers relativement aux biens grevés.

Créancier postérieur à l'ouverture de la procédure: Créancier dont la créance est née après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Débiteur: Personne ou entité exerçant une activité commerciale qui remplit les conditions, et fait l'objet, d'une procédure d'insolvabilité, à l'exclusion d'entités soumises à un régime spécial d'insolvabilité [notamment les établissements bancaires et financiers, les compagnies d'assurance et [*d'autres*]].

Décision d'ouverture de l'insolvabilité: Décision du tribunal d'ouvrir une procédure d'insolvabilité [et de nommer un représentant de l'insolvabilité].

Engagement de la procédure: Demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité présentée par: le débiteur, un ou plusieurs créanciers, le ministère public, le tribunal de l'insolvabilité se saisissant d'office.

Établissement: Tout lieu d'opération où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services.

Garantie: Bien grevé d'une sûreté dans l'intérêt d'un ou de plusieurs créanciers qui ont le droit de le vendre en cas de défaillance du débiteur (voir créance garantie).

Insolvabilité: [État du débiteur qui est [susceptible de se trouver] dans l'incapacité ou qui n'est plus en mesure d'acquitter ses dettes et autres obligations exigibles] ou [situation dans laquelle le passif du débiteur excède la valeur de son actif] ou [état du débiteur qui cesse de façon générale d'acquitter ses dettes et autres obligations exigibles, ou en suspend le paiement, faute de liquidités suffisantes] ou [état du débiteur qui cesse de payer des dettes importantes et critiques, comme le loyer, les salaires et les cotisations de sécurité sociale].

Liquidation: Procédure par laquelle les actifs d'un débiteur sont rassemblés, aliénés et répartis dans l'intérêt [de la masse de l'insolvabilité et] des créanciers, y compris des actionnaires [avant la dissolution de la personne morale], soit par une cession des différents actifs séparément, soit par une vente de l'ensemble ou de l'essentiel des actifs du débiteur à un repreneur.

Masse de l'insolvabilité: [Biens et droits du débiteur à la date et après l'ouverture de la procédure qui sont susceptibles d'une évaluation monétaire] [et dont l'ensemble forme le patrimoine du débiteur et constitue l'actif disponible pour désintéresser les créanciers] ou [biens et droits du débiteur qui sont susceptibles d'une évaluation monétaire [et constituent le gage commun des créanciers]].

Ouverture de la procédure: [Date à partir de laquelle s'appliquent les effets de l'insolvabilité] ou [Date à partir de laquelle la décision judiciaire ouvrant la procédure d'insolvabilité prend effet, qu'il s'agisse ou non d'une décision définitive].

Pari passu: Principe suivant lequel les créanciers d'une même catégorie sont traités sur un pied d'égalité [et sont payés proportionnellement sur les actifs de la masse].

Passif garanti: [Montant global des créances garanties] ou [créances des créanciers garantis].

Passif non garanti: Montant global des créances non assorties d'une sûreté.

Période d'observation: [Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité unitaire (voir deuxième partie, A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, par. 18)], période durant laquelle doit être établie la possibilité ou l'impossibilité de mener à bien un redressement.

Plan de redressement: Plan visant au redressement de l'entreprise [et au sauvetage du débiteur] présenté par [le débiteur] [les créanciers] [le représentant de l'insolvabilité] et approuvé par le tribunal, traitant de questions comme le calendrier de la procédure, les engagements à souscrire, les conditions de paiement et les sûretés à offrir aux créanciers, les actions en annulation à engager et le traitement des contrats en cours, notamment des contrats de travail.

Procédure d'insolvabilité: Procédure collective qui suppose le dessaisissement [partiel ou total] du débiteur et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité [aux fins de la liquidation ou du redressement de l'entreprise] [et qui recouvre tant la procédure de liquidation que la procédure de redressement].

Procédure involontaire: Procédure d'insolvabilité engagée par les créanciers ou par le ministère public ou [d'autres].

Procédure volontaire: Procédure d'insolvabilité engagée à l'initiative du débiteur.

Redressement: Processus de restructuration d'une entreprise insolvable dans le but [d'assurer le sauvetage du débiteur et] de rétablir la prospérité financière et la viabilité de l'entreprise, par différents moyens dont, éventuellement, une remise de dette, un rééchelonnement de dette, la conversion de dette en capital [et la cession de l'entreprise à un repreneur].

Représentant de l'insolvabilité: Personne [ou entité] nommée par le tribunal qui est chargée d'administrer le patrimoine du débiteur [et d'aider et de veiller à la gestion de l'entreprise] en vue soit de la liquidation soit du redressement de l'entreprise; ou personne [ou entité] nommée par le tribunal de l'insolvabilité à laquelle sont transférés les pouvoirs [des organes de direction] du débiteur concernant l'administration, la vente ou la disposition [des actifs] de la masse de l'insolvabilité à compter de l'ouverture de la procédure, et qui agit sous le contrôle du tribunal. Le représentant dispose notamment, sans aucune limitation, des pouvoirs ci-après: déterminer ou aider à déterminer l'état

des créances; réaliser [les actifs de] la masse de l'insolvabilité; procéder à la répartition du produit entre créanciers; engager des actions en annulation.

Représentant provisoire de l'insolvabilité: Personne ou entité nommée par le tribunal de l'insolvabilité en cas de crise grave du débiteur empêchant l'exploitation normale de son entreprise, qui est chargée d'assurer provisoirement la poursuite de l'activité en raison de la suspension du débiteur ou des organes de direction du débiteur (éventuellement dans la perspective d'un redressement).

Suspension des poursuites: Suspension de la faculté des créanciers d'engager ou de poursuivre des actions individuelles judiciaires, administratives ou autres aux fins d'exécuter et de recouvrer leurs créances, d'obtenir la possession de biens compris dans la masse de l'insolvabilité, ou de créer, parfaire ou réaliser une sûreté sur un bien compris dans la masse.

Première partie. Principaux objectifs d'un régime efficace de l'insolvabilité

1. Maximiser la valeur des actifs

16. La législation sur l'insolvabilité devrait offrir, à titre de solution autre que la liquidation, une possibilité de redressement du débiteur, lorsque les créanciers seraient disposés à recevoir moins que ce qu'ils recevraient en cas de liquidation et que la valeur du débiteur pour la société et pour les créanciers pourrait être maximisée par la poursuite de son activité. Souvent, le redressement, plus que la liquidation, permet une maximisation de la valeur pour les créanciers. Un "arrangement" ou "dispositif" formulé en termes généraux en vue de maximiser le rendement et de minimiser les effets de l'insolvabilité couvrirait toute une série de techniques possibles de règlement de l'insolvabilité en évitant de privilégier implicitement une technique par rapport à une autre.

2. Établir un équilibre entre liquidation et redressement

17. Un régime d'insolvabilité doit établir un équilibre entre les avantages que présente le recouvrement de la dette à court terme par voie de liquidation (solution souvent privilégiée par les créanciers garantis) et ceux qu'offre le maintien du débiteur en tant qu'entreprise viable par voie de redressement (solution souvent privilégiée par les créanciers non garantis). Des objectifs autres que la maximisation des sommes recouvrées par les créanciers, comme l'encouragement au développement d'une classe d'entrepreneurs et la protection de l'emploi, comptent aussi dans la recherche de cet équilibre.

3. Assurer un traitement équitable

18. Un régime d'insolvabilité devrait traiter équitablement les créanciers qui se trouvent dans la même situation, qu'ils soient étrangers ou nationaux. Par traitement équitable, il faut entendre que les créanciers doivent être traités non de manière égale, mais de manière à tenir compte des différents contrats qu'ils ont passés avec le débiteur, ainsi que des prérogatives conférées par la loi à certains détenteurs de créances ou de droits. Le régime de l'insolvabilité devrait traiter les problèmes de fraude et de favoritisme qui peuvent surgir en cas de difficultés financières, en prévoyant la possibilité de faire annuler les actes portant atteinte au principe du traitement équitable des créanciers.

4. Prévoir l'ouverture rapide, efficace et impartiale de la procédure pour le règlement de l'insolvabilité

19. Il convient de traiter et de régler l'insolvabilité d'une manière ordonnée, rapide et efficace, en vue d'éviter de perturber inutilement les affaires et les activités du débiteur et de minimiser le coût de la procédure. À cette fin, il peut être utile de fixer dans la loi des délais pour certaines phases de la procédure (par exemple pour l'élaboration du plan de redressement ou la durée de la suspension imposée aux créanciers), ainsi que pour la procédure dans son ensemble. Il pourrait être par ailleurs utile de confier la responsabilité du processus à l'entité qui administre les actifs du débiteur, ainsi que de créer des juridictions spécialisées ou des instances ou organes administratifs pour superviser et diriger le processus. [Des sanctions pourraient aussi être prévues en cas d'ouverture tardive de la procédure.]

5. Prévenir le démembrement prématuré des actifs du débiteur par les créanciers

20. Il faudrait empêcher les créanciers de démembrer prématurément les biens du débiteur en leur imposant une suspension des poursuites, laquelle viserait à permettre l'examen de la situation du débiteur et faciliterait tant la maximisation de la valeur de la masse que le traitement équitable des créanciers.

6. Prévoir une procédure prévisible et transparente

21. Des règles de répartition des risques devraient être clairement énoncées dans la loi et systématiquement appliquées en vue de donner confiance dans le processus et permettre à tous les participants de prendre des mesures de gestion des risques. La transparence est étroitement liée à l'objectif de prévisibilité et exige que les participants au processus reçoivent suffisamment d'informations sur la situation du débiteur. À cet effet, il pourrait être prévu d'encourager le débiteur, par des mesures d'incitation, à divulguer ses positions ou d'appliquer des sanctions s'il ne le fait pas. De plus, lorsque la loi prévoit un pouvoir d'appréciation, elle doit aussi fournir les indications voulues sur la manière de l'exercer.

7. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale

22. Pour favoriser la coordination entre les pays, les législations sur l'insolvabilité devraient contenir des règles sur l'insolvabilité internationale et la reconnaissance des procédures étrangères, éventuellement par voie d'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-quatrième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Page*
Remarques générales	1-3	216
Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	4-200	216
Deuxième partie: Éléments essentiels d'un régime efficace de l'insolvabilité	4-200	216
I. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement	4-18	216
1. Remarques générales	4-9	216
2. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement	10-18	217
II. Engagement et ouverture de la procédure d'insolvabilité	19-54	218
A. Champ d'application	19-26	218
1. Remarques générales	19-24	218
2. Champ d'application: résumé	25-26	219
B. Critères d'engagement et d'ouverture d'une procédure	27-54	219
1. Remarques générales	27-50	219
2. Engagement et ouverture de la procédure: résumé	51-54	222
III. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	55-134	222
A. Masse de l'insolvabilité	55-59	222
1. Remarques générales	55-59	222
2. Masse de l'insolvabilité: résumé	—	223
B. Suspension des poursuites	60-87	223
1. Remarques générales	60-78	223
2. Suspension des poursuites: résumé	79-87	225
C. Traitement des contrats	88-118	226
1. Remarques générales	88-112	226
2. Traitement des contrats: résumé	113-118	229
D. Actions en annulation	119-134	229
1. Remarques générales: annulation des opérations antérieures à la procédure d'insolvabilité	119-134	229
2. Actions en annulation: résumé	—	232
IV. Administration de la procédure	135-189	232
A. Droits et obligations du débiteur	135-142	232
1. Remarques générales	135-142	232
2. Droits et obligations du débiteur: résumé	—	233
B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité	143-148	233
1. Remarques générales	143-148	233
2. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité: résumé	—	234
C. Créances des créanciers	149-155	234
1. Remarques générales	149-155	234
2. Droits du créancier (créances): résumé	—	235

	Paragraphes	Page
D. Comité des créanciers	156-166	235
1. Remarques générales	156-166	235
2. Comités des créanciers: résumé	—	236
E. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	167-168	237
1. Remarques générales	167-168	237
2. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure: résumé	—	237
F. Plans de redressement	169-189	237
1. Remarques générales	169-189	237
2. Plans de redressement: résumé	—	240
V. Liquidation et répartition	190-200	240
Ordre à établir aux fins de la répartition	190-200	240
1. Remarques générales	190-197	240
2. Répartition: résumé	198-200	241

REMARQUES GÉNÉRALES

1. La présente note contient la deuxième partie du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, qui porte sur les éléments essentiels d'un régime efficace d'insolvabilité. Chaque sujet est subdivisé en deux sections. La première fait un exposé analytique des problèmes que soulève chaque sujet essentiel et examine les questions de principe et différentes approches. La seconde résume les approches examinées dans la première, dont certaines sont reflétées dans les projets de dispositions figurant dans la troisième partie du projet de guide (voir A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2).

2. Lorsque le sujet s'y prête, la liquidation et le redressement sont traités séparément, ce qui permet de distinguer les différentes questions afférentes à chaque procédure. Les paragraphes intitulés "Remarques générales" visent la procédure d'insolvabilité en général et sont une introduction aux paragraphes suivants.

3. La substance de la deuxième partie s'inspire largement des travaux du Fonds monétaire international, de la Banque asiatique de développement et de la Banque mondiale. Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier quelles autres approches et exemples pourraient être ajoutés pour chaque sujet afin d'élargir l'analyse comparée de différents régimes d'insolvabilité. Il souhaitera peut-être aussi examiner l'opportunité de traiter dans le Guide d'autres sujets et questions, en plus de ceux déjà mentionnés. Les libellés entre crochets signalent d'autres aspects qu'il pourrait être souhaitable d'inclure dans le Guide (par exemple pour le traitement des contrats en cours, il est fait référence à la compensation ainsi qu'aux contrats financiers et à la compensation globale qui ne sont pas encore traités). Dans tout le texte, certains problèmes et aspects spécifiques sont signalés à l'attention du Groupe de travail. Pour un certain nombre de sujets, le texte de la section B est complètement élaboré afin d'aider le Groupe de travail à déterminer quelles approches il pourrait recommander et la manière dont ces recommandations pourraient être traduites dans le Guide.

PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Deuxième partie. Éléments essentiels d'un régime efficace de l'insolvabilité

I. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement

1. Remarques générales

4. Lorsqu'un débiteur ne peut faire face à ses dettes et engagements exigibles, il est nécessaire de prévoir un mécanisme juridique permettant de régler collectivement les créances en cours sur tous ses actifs corporels et incorporels. La plupart des systèmes juridiques prévoient différents types de procédures qui peuvent être engagées dans ce cas et que l'on désigne par le terme générique de "procédures d'insolvabilité". On peut distinguer deux types de procédures d'insolvabilité, pour lesquelles la terminologie employée n'est pas toujours uniforme.

5. Le type de procédure qualifié de "liquidation" prévoit la prise en charge des actifs du débiteur par une autorité publique (généralement, mais pas nécessairement, un tribunal agissant par l'intermédiaire d'une personne nommée à cette fin), en vue de réaliser sous une forme monétaire des actifs non monétaires pour en répartir ensuite le produit de manière proportionnelle entre les créanciers. Cette procédure aboutit généralement à la liquidation ou à la disparition du débiteur en tant qu'entité commerciale bien que, dans certains cas, les actifs puissent faire l'objet d'une cession globale à un repreneur.

6. La Banque asiatique de développement[1] note dans son rapport que la notion de liquidation, son acceptation et son application, ont un caractère quasi universel. La procédure se déroule normalement suivant le schéma suivant:

[1] Law and policy reform at the Asian Development Bank, report on RETA 5795: Insolvency law reforms in the Asian and Pacific region, avril 2000, p. 15.

a) Saisine d'un tribunal ou d'un autre organe compétent soit par l'entreprise commerciale soit par les créanciers;

b) Décision de liquidation de l'entité;

c) Nomination d'une personne indépendante chargée de conduire et d'administrer la liquidation;

d) Cessation de l'activité de l'entité;

e) Dessaisissement des dirigeants et licenciement des salariés;

f) Vente des actifs de l'entité;

g) Décisions sur les créances;

h) Distribution des fonds disponibles aux créanciers (suivant un certain ordre de priorité); et

i) Dissolution de l'entité.

7. La désignation du second type de procédure est plus incertain; on parle souvent de "réorganisation", "sauvetage", "restructuration" ou "redressement". Aux fins du présent Guide, et par souci de simplicité, c'est le terme "redressement" qui a été retenu pour désigner la procédure dont l'objectif ultime est de permettre au débiteur de surmonter ses difficultés financières et de reprendre ou de poursuivre ses activités commerciales normales. Ce résultat peut être obtenu par une réorganisation de l'entreprise ou par un rééchelonnement ou un réaménagement de la dette. Les modalités de redressement dépendront de la taille de l'entreprise et du degré de complexité de la situation. [*Note pour le Groupe de travail: il peut être souhaitable d'insérer une analyse comparée plus précise des différentes formes de procédure ci-dessus mentionnées.*]

8. La Banque asiatique de développement[2] souligne dans son rapport que, bien que la procédure de redressement ne soit pas aussi universelle que la procédure de liquidation et risque de ce fait de ne pas suivre un modèle commun, un certain nombre d'éléments clefs ou essentiels peuvent être dégagés:

a) Soumission volontaire de l'entité au processus, lequel peut comporter ou non une procédure judiciaire et un contrôle ou une surveillance judiciaire;

b) Interdiction ou suspension automatique et obligatoire des actions et des poursuites contre le patrimoine de l'entité, opposable à tous les créanciers pendant une période limitée;

c) Continuation de l'activité de l'entité, confiée par la direction en place, un administrateur indépendant ou les deux à la fois;

d) Élaboration d'un plan contenant des propositions quant au traitement des créanciers, des actionnaires ou associés et de l'entité elle-même;

e) Examen, mise aux voix et acceptation du plan par les créanciers;

f) Éventuellement, sanction judiciaire du plan accepté; et

g) Exécution du plan.

[2]Ibid., note 1, p. 16 et 17.

9. Une autre difficulté pourrait surgir du fait que la distinction entre les procédures traditionnelles de liquidation et de redressement n'est pas toujours très nette. On désigne parfois par "redressement" un mode particulier de sauvegarde, voire d'augmentation de la valeur de la masse dans le cadre d'une procédure de liquidation. C'est le cas par exemple lorsque la loi prévoit un mode de liquidation par voie de cession de l'entreprise à un repreneur. Bien qu'une telle procédure puisse évoquer l'idée de "sauvetage", couramment associée au redressement, il ne s'agit pas en l'occurrence d'un redressement. Dans ce cas, le terme "redressement" ne vise qu'un procédé autre que la liquidation traditionnelle (c'est-à-dire la vente pure et simple des actifs), destiné à tirer de la masse de l'insolvabilité la valeur la plus élevée possible[3].

2. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement

10. Dans certaines circonstances, le meilleur moyen de traiter les problèmes résultant de l'insolvabilité d'un débiteur est de liquider tous ses actifs et d'en répartir ensuite le produit entre les créanciers. Dans d'autres circonstances cependant, la liquidation n'est peut-être pas le meilleur moyen de maximiser la valeur des ressources de l'entreprise insolvable. En réalité, une liquidation pure et simple des actifs ne permet souvent aux créanciers de ne recouvrer qu'une fraction de la valeur nominale de leurs créances. Dans ce cas, le redressement de l'entreprise, en vue de préserver l'emploi et le fonds commercial, peut se révéler plus efficace pour maximiser la valeur des créances et permettre aux créanciers de bénéficier d'un traitement plus favorable, voire d'être intégralement désintéressés. Cela peut être particulièrement vrai lorsque, par exemple, la valeur de l'entreprise est fondée sur des actifs incorporels (comme des droits de propriété intellectuelle) plutôt que sur des actifs corporels.

11. Des raisons liées au contexte politique et social d'un système juridique expliquent parfois aussi la préférence donnée au redressement par rapport à la liquidation. La protection des salariés d'une entreprise en difficulté peut être considérée comme un objectif essentiel. De plus, certains pays peuvent considérer qu'une procédure de redressement répond à l'intérêt général, non seulement en encourageant les débiteurs à y recourir avant que leurs difficultés financières ne deviennent trop graves, mais aussi en leur donnant une "seconde chance", ce qui en définitive favorise le développement économique et la croissance. En conséquence, de nombreux pays reconnaissent qu'un régime efficace de l'insolvabilité doit comporter à la fois des procédures de liquidation et de redressement.

[3]Dans le rapport qu'elle a soumis au Groupe de travail en avril 2001, la Banque mondiale définit le redressement comme suit: Le processus de réorganisation (restructuration) des relations financières d'une entreprise en vue de rétablir sa santé et de la rendre financièrement viable. Ce processus peut comporter des mesures de réorganisation et de restructuration des relations commerciales et de marché par voie de remise de dette, rééchelonnement de dette, conversion de dette en capital et d'autres moyens. Il peut aussi supposer la cession de l'entreprise à un repreneur, auquel cas la vente pourra avoir lieu suivant une procédure équivalente à celle de ventes analogues dans le cadre d'une procédure de liquidation.

12. Bien que la plupart des pays prévoient tant la liquidation que le redressement judiciaires, la structure du processus conduisant éventuellement à l'un de ces deux résultats peut être très différente. Certains pays prévoient une procédure d'insolvabilité souple et unitaire pouvant aboutir soit à la liquidation soit au redressement, selon les particularités d'espèce. D'autres prévoient deux procédures distinctes, comportant chacune ses conditions d'accès et d'ouverture, ainsi que différentes possibilités de conversion de l'une en l'autre.

13. Les législations qui traitent la liquidation et le redressement comme deux procédures distinctes se fondent sur diverses considérations de principe en matière sociale et commerciale et visent différents objectifs (voir première partie du Guide). Toutefois, un nombre important de questions étant communes à ces deux procédures, il y a entre elles de nombreux liens et chevauchements, aussi bien sous l'angle procédural qu'en ce qui concerne les questions de fond, comme on le verra ci-après.

14. Lorsque deux procédures distinctes sont prévues, le choix de celle qu'il convient d'engager devrait, au moins en théorie, dépendre de la question de savoir si l'entreprise du débiteur insolvable est ou non viable. Mais dans la pratique, il est souvent impossible, à l'ouverture de l'une ou l'autre procédure, d'évaluer de manière définitive la viabilité financière de l'entreprise. Il est donc nécessaire que la loi établisse des liens entre les procédures pour permettre la conversion de l'une en l'autre. Il est en outre souhaitable d'instituer des dispositifs destinés à prévenir tout recours abusif à une procédure de redressement dans le but d'éviter ou de retarder la liquidation, par exemple [...].

15. Quand les deux procédures coexistent, la question des relations entre elles est traitée de manières très diverses. Dans certains pays, la partie qui demande l'ouverture de la procédure d'insolvabilité a le choix au départ entre la liquidation et le redressement. Lorsqu'une procédure de liquidation est engagée par un ou plusieurs créanciers, la loi permet fréquemment au débiteur d'en demander la conversion en redressement.

16. Lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure de redressement, de sa propre initiative ou par suite de l'assignation en liquidation d'un créancier, il devrait, logiquement, être statué d'abord sur la demande de redressement. Pour protéger les créanciers, certaines législations relatives à l'insolvabilité prévoient toutefois la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation dès lors qu'il est constaté que le redressement a peu de chances d'aboutir. Un autre mécanisme de protection des créanciers pourrait être de fixer la durée maximale d'une procédure de redressement lorsqu'elle est accordée contre le gré des créanciers.

17. En règle générale, bien qu'elles soient couramment présentées comme distinctes, les procédures de liquidation et de redressement sont normalement utilisées l'une à la suite de l'autre. En d'autres termes, une procédure de liquidation ne sera engagée que si le redressement a peu de chances d'aboutir ou si les efforts de redressement ont échoué. Certains régimes d'insolvabilité reposent sur le postulat général qu'une entreprise doit être redressée et que la procédure de liquidation ne peut être ouverte qu'en cas d'échec de toutes les tentatives de redressement. Dans les régimes d'insolvabilité qui prévoient la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation, une demande à cette fin peut être présentée par le débiteur, par les créanciers ou par le représentant de l'insolvabilité, suivant les conditions fixées par la loi. Il peut s'agir notamment de l'impossibilité pour le débiteur d'acquitter à l'échéance les dettes nées après l'engagement de la procédure, du rejet du plan de redressement, d'un manquement du débiteur aux obligations résultant d'un plan approuvé, ou d'une tentative du débiteur de frauder ses créanciers. S'il est souvent possible de convertir un redressement judiciaire en liquidation judiciaire, la plupart des régimes d'insolvabilité ne permettent pas de reconvertir ensuite celle-ci en redressement.

18. Étant donné la difficulté de décider d'emblée si le débiteur devrait faire l'objet d'une procédure de liquidation plutôt que de redressement, certains pays ont été conduits à revoir leur législation relative à l'insolvabilité et à remplacer les procédures distinctes par une procédure "unitaire". Selon cette conception, c'est la même procédure qui s'applique à chaque cas d'insolvabilité; en conséquence, pendant une période initiale (généralement appelée "période d'observation" qui, dans les législations en vigueur, peut durer jusqu'à trois mois), il n'existe aucune présomption quant à la décision qui sera prise en définitive — redresser l'entreprise ou la liquider. Le choix entre ces deux éventualités n'intervient qu'une fois qu'il a été décidé si le redressement est possible ou non. L'avantage fondamental de cette solution tient à sa simplicité sur le plan procédural. Une procédure unitaire simple, permettant d'envisager une réorganisation et un redressement, pourrait également avoir pour effet d'encourager les débiteurs à y recourir dès qu'ils connaissent des difficultés financières, augmentant ainsi les chances de succès d'un redressement.

II. Engagement et ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Champ d'application

1. Remarques générales

19. Il importe de déterminer d'emblée la qualité des débiteurs qui peuvent être soumis à la loi générale sur l'insolvabilité. Ceux qui en seront exclus ne bénéficieront pas de sa protection et ne seront pas non plus soumis à la discipline qu'elle impose. Les critères d'admissibilité indiqueront les personnes morales et les personnes physiques pouvant faire l'objet d'une procédure de liquidation ou de redressement ainsi que toute entreprise devant être exclue du champ d'application.

20. Un régime général d'insolvabilité peut s'appliquer à toutes les formes d'entreprises, de droit privé et de droit public, exerçant des activités commerciales, en particulier aux entreprises publiques opérant sur le marché en tant que personnes morales de droit commercial distinctes et soumises par ailleurs aux mêmes règles commerciales et économiques que les acteurs privés. Il peut y avoir une exception quand l'État a adopté, par exemple, une politique

visant à exclure leur responsabilité ou à garantir explicitement leurs engagements. Le fait qu'une entreprise appartienne à l'État ne saurait en soi être un motif suffisant pour justifier son exclusion de l'application de la loi générale sur l'insolvabilité.

21. Bien qu'il puisse être souhaitable d'étendre la protection et la discipline d'un régime d'insolvabilité au plus grand nombre possible d'entités, un traitement distinct peut être accordé à certaines d'entre elles, pour diverses raisons, notamment pour des considérations d'intérêt général se rattachant, par exemple, à la protection des consommateurs ou des préoccupations liées au caractère spécialisé de ces entités et à la réglementation souvent détaillée à laquelle elles sont soumises. Il peut s'agir de banques et de compagnies d'assurance, d'entreprises de services publics, ou encore de sociétés de courtage en valeurs mobilières ou en produits de base.

22. *Centre des intérêts principaux:* Le débiteur doit non seulement entrer dans la catégorie des entreprises admissibles, mais aussi avoir un lien suffisant avec l'État hôte pour être soumis à sa législation sur l'insolvabilité. Bien que certaines lois appliquent des critères tels que l'établissement principal, la CNUDCI a adopté, dans la Loi type sur l'insolvabilité internationale, la notion de "centre des intérêts principaux" du débiteur, terme également retenu dans son projet de convention sur la cession des créances ainsi que dans le Règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil de l'Union européenne du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. La Loi type ne définit pas ce terme, alors que le règlement du Conseil (13e considérant) indique qu'il devrait correspondre au "lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". En vertu du paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, sauf preuve contraire, le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux.

23. *Établissement:* Certaines lois disposent qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. Le terme "établissement" est défini à l'article 2 de la Loi type sur l'insolvabilité internationale comme désignant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services". Le règlement du Conseil de l'Union européenne contient une définition similaire, qui ne fait toutefois pas référence aux "services". La définition est importante dans la structure de la Loi type car elle détermine les procédures susceptibles d'être reconnues uniquement en tant que procédures non principales; une procédure principale suppose l'existence d'un centre des intérêts principaux. De même, le règlement du Conseil dispose qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement, mais que l'application de cette procédure sera limitée aux actifs du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État.

24. *Présence d'actifs:* Certaines lois prévoient la possibilité d'ouvrir une procédure d'insolvabilité contre un débiteur qui possède ou a possédé des actifs sur le territoire de l'État sans exiger qu'il y ait un établissement ou le centre de ses intérêts principaux. La présence d'actifs pose des problèmes de multiplicité de juridiction, dont l'ouverture de plusieurs procédures et des questions de coordination et de coopération, lesquels pourraient faire entrer en jeu la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. De ce fait, lorsque la présence d'actifs est un des critères retenus, il pourrait être indiqué de faire jouer la protection qu'offre la Loi type en matière de coordination et de coopération.

2. Champ d'application: résumé

25. Une loi sur l'insolvabilité devrait s'appliquer à tous les débiteurs exerçant une activité commerciale, y compris aux entreprises publiques, à quelques exceptions près, concernant par exemple des entités strictement réglementées, telles que les banques et les compagnies d'assurance.

26. Une procédure d'insolvabilité peut être ouverte contre un débiteur si le centre des intérêts principaux de ce dernier est situé dans l'État adoptant. En l'absence de preuve contraire, le centre des intérêts principaux, pour une personne morale, serait présumé être situé dans l'État adoptant si elle y a son siège statutaire et, pour une personne physique, si elle y a sa résidence habituelle.

B. Critères d'engagement et d'ouverture d'une procédure

1. Remarques générales

27. Des critères d'engagement et d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont indispensables pour déterminer quelles entités seront soumises aux mécanismes de protection et de discipline de la procédure et par qui. La présente section traite des critères auxquels il faut satisfaire avant qu'une procédure puisse être engagée et ouverte et, dans le cas d'une procédure involontaire (voir ci-après sous "liquidation"), indique quelle partie peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le débiteur.

28. En principe et sous réserve de mesures appropriées visant à prévenir tout abus de procédure, il est souhaitable que l'accès à la procédure d'insolvabilité soit commode, peu coûteux et rapide, de manière à inciter des entreprises en situation financière difficile ou insolvables à s'y soumettre volontairement. Un accès restrictif peut décourager aussi bien les débiteurs que les créanciers, tandis qu'un retard peut permettre une dispersion des actifs et compromettre la possibilité de redressement.

29. Les critères d'ouverture de la procédure sont un élément central dans l'élaboration d'une législation sur l'insolvabilité. Ils déterminent les conditions à remplir pour engager une procédure, les modalités d'ouverture de cette procédure, le délai entre l'engagement de la procédure et son ouverture, ainsi que ce qui doit se passer pendant cette période.

a) *Liquidation*

30. Les lois sur l'insolvabilité prévoient généralement qu'une procédure de liquidation peut être engagée par un

ou plusieurs créanciers (procédure souvent dite "involontaire") ou par le débiteur (procédure souvent dite "volontaire") ou encore de plein droit lorsque l'inexécution par le débiteur d'une obligation légale déclenche automatiquement une telle procédure (souvent aussi dite "involontaire").

31. Les conditions spécifiques à remplir avant qu'une procédure d'insolvabilité puisse être ouverte varient selon les pays. Un certain nombre de lois prévoient plusieurs critères différents et font également une distinction entre les critères d'ouverture applicables à la liquidation et ceux applicables au redressement.

32. Un critère largement retenu est le critère de liquidité ou de trésorerie, qui suppose une cessation générale des paiements des dettes à l'échéance. Toutefois, la manière dont il est appliqué est variable. Dans certains pays, il peut être le point de départ d'une procédure de liquidation ou d'une procédure de redressement et, lorsque la première est choisie, elle peut ultérieurement être convertie en procédure de redressement. Dans d'autres, il peut déclencher uniquement une procédure de redressement qui ne peut être convertie en procédure de liquidation que si l'impossibilité de redresser l'entreprise est établie. Une troisième approche consiste à utiliser ce critère pour ouvrir une procédure unitaire, le choix entre liquidation et redressement n'étant fait qu'ultérieurement (voir chap. I ci-dessus).

33. Le critère de cessation générale des paiements vise à déclencher la procédure à un stade suffisamment précoce des difficultés financières du débiteur pour éviter une course aux actifs entre les créanciers, qui provoquerait le démembrement des biens du débiteur au détriment de l'ensemble des créanciers. Une autre solution serait d'adopter la méthode du bilan, dans laquelle une insuffisance d'actifs est le signe de difficultés financières plus graves, mais elle conduit souvent à ouvrir une procédure une fois qu'il n'est plus possible de redresser l'entreprise. En outre, elle comporte des inconvénients en matière de preuve et risque de compromettre l'objectif de maximisation de la valeur des actifs. Elle peut également donner une mesure inexacte de l'insolvabilité lorsque les normes comptables et les techniques d'évaluation aboutissent à des résultats faussés qui ne reflètent pas la juste valeur marchande ou lorsque les marchés ne sont pas suffisamment développés ou stables pour établir cette valeur. Elle exigerait généralement qu'un expert examine les livres, pièces comptables et données financières pour déterminer la juste valeur marchande de l'entreprise, ce qui est particulièrement difficile lorsque la comptabilité n'est pas dûment tenue ou facilement accessible. En outre, cela ne reflète pas nécessairement l'aptitude du débiteur à désintéresser collectivement ses créanciers lorsqu'il poursuit son activité. La méthode du bilan peut aider à définir l'insolvabilité, mais n'est peut-être pas suffisamment fiable pour la définir à elle seule.

34. Les problèmes liés au critère de cessation générale des paiements, tels que l'ouverture d'une procédure de liquidation d'une entreprise en difficulté mais financièrement viable, peuvent être réglés par des dispositions prévoyant le rejet de cette procédure ou sa conversion en une autre procédure (par exemple en une procédure de redressement; voir chap. I ci-dessus) à la demande du débiteur ou d'un créancier ou encore du représentant de l'insolvabilité. D'autres problèmes peuvent se poser, comme celui de l'abus de procédure, par exemple lorsqu'un débiteur utilise l'insolvabilité pour se protéger contre un créancier unique, lorsqu'une procédure d'insolvabilité est demandée en lieu et place d'une procédure de recouvrement de créances (ce type de procédure n'étant peut-être pas très développé), ou encore lorsque les créanciers utilisent la procédure d'insolvabilité pour tenter d'exclure des entreprises viables du marché ou pour obtenir des paiements préférentiels.

i) Engagement de la procédure par le débiteur

35. Si, techniquement, le critère de "cessation générale des paiements" peut s'appliquer à la demande de procédure formée par le débiteur aussi bien que par un créancier, dans la pratique, un débiteur ne présentera une telle demande qu'en dernier ressort, quand il ne sera plus à même de payer ses dettes. Ainsi, bien que la législation de la plupart des pays puisse, en théorie, appliquer le même critère aux procédures engagées par le débiteur et celles engagées par le créancier, dans la pratique, le respect de ce critère ne sera pas passé au crible quand la demande émane du débiteur. Dans certaines législations, les débiteurs peuvent présenter une demande sans satisfaire à aucun critère particulier de difficulté financière. De ce fait, il peut être souhaitable pour un débiteur de pouvoir présenter une demande dans le cadre du régime d'insolvabilité sur simple déclaration de sa situation financière. Dans le cas d'une personne morale, cette déclaration sera faite par les administrateurs ou d'autres membres d'un organe directeur.

36. On peut penser que l'application d'un tel critère pourrait inciter un débiteur à abuser de la procédure pour temporiser et priver les créanciers du paiement rapide de l'intégralité des dettes. Une parade pourrait alors consister à prévoir dans la loi la possibilité pour le tribunal saisi de déclarer que le débiteur n'est plus soumis à la loi sur l'insolvabilité. [*Note au Groupe de travail: existe-t-il d'autres solutions?*] Dans certains pays, la demande est rejetée s'il a été établi que le débiteur cherchait à abuser du système en l'utilisant pour se soustraire à d'autres lois et obligations légitimes.

37. Une question liée à la procédure d'insolvabilité dont l'ouverture est demandée par le débiteur concerne l'obligation qui peut être faite à ce dernier de demander cette ouverture à un stade déterminé de ses difficultés financières. L'obligation d'agir rapidement peut présenter des avantages. Dans le cas d'un redressement, les chances de réussite sont plus grandes, et dans le cas d'une liquidation, les intérêts des créanciers seraient protégés, car une telle action empêcherait la dispersion des actifs du débiteur. Les dispositions établissant une telle obligation peuvent toutefois décourager la direction de négocier un accord de redressement extrajudiciaire (qui peut dans certains cas constituer la solution la plus appropriée) par crainte de voir leur responsabilité personnelle engagée en cas de retard dans l'ouverture de la procédure formelle. Il est peut-être préférable d'encourager les débiteurs à demander rapidement l'ouverture d'une procédure par des mesures incitatives (telles que la protection contre des actions en recouvrement) que de les y contraindre par des sanctions.

ii) Engagement de la procédure par les créanciers

38. Lorsque la demande émane des créanciers, ces derniers sont sans doute en mesure de montrer que le débiteur n'a pas payé une ou plusieurs de leurs créances, mais il ne leur est peut-être pas aussi facile d'apporter la preuve d'une cessation générale des paiements. Pratiquement, il faut qu'ils soient en mesure d'apporter une preuve, sous une forme relativement simple, établissant une présomption d'insolvabilité du débiteur, mais il ne faut pas leur imposer une charge de la preuve déraisonnablement lourde.

39. Les législations sur l'insolvabilité traitent diversement la question de la demande d'ouverture d'une procédure par les créanciers. Elles exigent par exemple que la demande soit présentée par plusieurs créanciers (pour réduire au minimum le risque d'abus de procédure de la part d'un créancier unique qui chercherait à utiliser la procédure d'insolvabilité en guise de mécanisme de recouvrement de dettes), que les créanciers représentent un certain montant de créances venues à échéance (ou à la fois un nombre et un montant déterminés) ou que le débiteur fournisse au tribunal des informations permettant d'établir l'état de cessation générale des paiements (voir chap. IV.1 ci-dessous). Le fait de spécifier un montant particulier de créances n'est peut-être pas une technique de rédaction optimale, en raison des variations de valeur des monnaies, pouvant nécessiter une modification de la loi. Un critère raisonnablement commode et objectif est peut-être le défaut de paiement par un débiteur d'une créance venue à échéance dans un délai spécifié après présentation d'une demande écrite de paiement.

iii) Engagement de la procédure par les pouvoirs publics

40. Outre les points i et ii ci-dessus, une loi sur l'insolvabilité peut donner à un organisme public (normalement le ministère public ou l'équivalent) le pouvoir non exclusif d'engager une procédure de liquidation contre toute entreprise qui cesse ses paiements ou, d'une façon plus générale dans certains pays, s'il est considéré que cette procédure est dans l'intérêt général. Dans ce dernier cas, la preuve de la pénurie de liquidités peut ne pas être nécessaire, ce qui permet à l'État de mettre fin aux opérations d'entreprises par ailleurs saines qui se sont livrées à certaines activités, par exemple de nature frauduleuse ou criminelle. Si l'exercice d'un tel pouvoir de police peut se justifier dans certaines circonstances, il est certainement souhaitable d'éviter tout abus et de veiller à ce qu'il soit exercé conformément à des directives claires.

b) *Redressement*

41. Si, dans l'ensemble, les lois sur l'insolvabilité prévoient qu'une procédure de liquidation peut être engagée par un créancier ou par un débiteur, il n'y a pas de consensus en ce qui concerne la demande d'ouverture d'une procédure de redressement par un créancier. Une telle procédure ayant notamment pour objectif de donner aux créanciers la possibilité d'accroître la valeur de leurs créances grâce au redressement de l'entreprise, il peut être souhaitable de ne pas donner au seul débiteur le pouvoir de l'engager. La possibilité pour les créanciers de prendre l'initiative est également étroitement liée à la question de savoir s'ils peuvent proposer un plan de redressement (voir chap. IV ci-dessous). Un certain nombre de pays considèrent que, les créanciers étant souvent les premiers bénéficiaires d'un redressement mené avec succès, ils devraient avoir la possibilité de proposer un tel plan. Si l'on suit cette approche, il semble raisonnable de prévoir que les créanciers puissent engager eux aussi une procédure de redressement.

i) Engagement de la procédure par le débiteur

42. Dans la logique qui consiste à inciter les débiteurs à s'attaquer rapidement à leurs difficultés financières, il faudrait peut-être établir un critère d'ouverture qui ne les oblige pas à attendre d'être en cessation générale des paiements (en d'autres termes qu'ils n'aient plus de liquidités) pour présenter une demande. Un certain nombre de pays reconnaissent, quoique de façons différentes, le bien-fondé de cette approche reposant sur la pénurie prévisible de liquidités. Certaines législations ne subordonnent pas l'ouverture de la procédure à un critère de fond: le débiteur peut présenter une demande quand il le souhaite. D'autres précisent qu'il peut le faire s'il estime qu'il ne sera pas en mesure, dans l'avenir, de payer ses dettes à l'échéance. Même parmi les pays qui ont adopté une procédure unitaire, ce critère de la pénurie prévisible de liquidités a été retenu pour les demandes présentées par des débiteurs.

43. Un tel assouplissement des critères d'ouverture pourrait inciter les débiteurs à abuser de la procédure. Par exemple, un débiteur qui n'est pas en difficulté financière pourrait essayer d'engager une procédure et présenter un plan de redressement lui permettant de s'affranchir de lourdes obligations, telles que celles découlant des contrats de travail. Le risque de tels abus dépend de la manière dont sont conçus les éléments de la procédure de redressement, comme le degré de contrôle que la loi autorise au débiteur de conserver sur son entreprise une fois la procédure ouverte. Un moyen de faire face à une demande d'un débiteur qui constitue un abus de procédure serait peut-être d'autoriser le tribunal saisi à rejeter cette demande à la requête d'une partie intéressée, à condition que ce rejet serve les intérêts des créanciers.

ii) Engagement de la procédure par les créanciers

44. L'application de ce même critère moins rigoureux à l'engagement d'une procédure de redressement par les créanciers peut être plus difficile à justifier. Si la loi autorise un débiteur à engager une procédure parce qu'il prévoit une pénurie de liquidités, il serait difficile d'envisager comment les créanciers auraient les renseignements nécessaires pour établir si cette condition est remplie. En général, il semblerait déraisonnable d'engager une forme quelconque de procédure d'insolvabilité contre la volonté du débiteur, à moins que les créanciers puissent démontrer que leurs droits ont été lésés.

45. Pour les raisons susmentionnées, il serait peut-être indiqué d'appliquer le même critère à l'engagement d'une procédure de liquidation et d'une procédure de redressement par les créanciers (à savoir la cessation générale des paiements, voir sect. II.B ci-dessus). Ce critère semblerait convenir aussi bien dans les cas de dualité des procédures

que de procédure unitaire (voir ci-dessus à la section I), car l'application d'un critère différent ne dépend pas tant du type de procédure engagée que de l'auteur de la demande (débiteur ou créancier). Il y aurait exception lorsqu'un débiteur ou un créancier ne serait autorisé à engager une procédure de liquidation qu'une fois établie l'impossibilité du redressement. Dans ce cas, le critère d'ouverture de la procédure de liquidation ne serait pas la cessation générale des paiements, mais la constatation qu'un redressement ne peut être mené à bien.

46. Comme dans le cas de la liquidation, on pourrait, parmi les critères applicables aux demandes de procédure de redressement formées par les créanciers, exiger que ces demandes soient introduites par un certain nombre de créanciers ou par des créanciers détenant un certain montant de créances exigibles, ou bien les deux.

c) *Questions de procédure*

47. Un certain nombre de questions de procédure se posent, la première ayant trait aux modalités d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Dans de nombreux pays, c'est normalement à un tribunal compétent qu'il appartient de déterminer, au vu de la demande d'ouverture de la procédure, si les conditions requises ont été remplies. Certaines lois adoptent des approches différentes, consistant par exemple à autoriser l'engagement d'une procédure de redressement volontaire par voie de dépôt d'une déclaration auprès d'une autorité administrative. [*Note au groupe de travail: y a-t-il d'autres exemples?*]

48. Lorsqu'un tribunal doit se prononcer sur l'ouverture d'une procédure, il peut être nécessaire, pour des raisons pratiques, de faire en sorte que la procédure se poursuive sans tarder. Une façon d'y parvenir serait de prévoir un délai, à compter du dépôt d'une demande, dans lequel le tribunal doit rendre sa décision.

49. Dans le cas d'une demande émanant d'un débiteur, les créanciers ou d'autres personnes concernées ont un intérêt direct à recevoir notification de cette demande ainsi que la possibilité de contester les présomptions d'admissibilité et d'insolvabilité, éventuellement dans un délai déterminé pour éviter que la procédure ne se prolonge inutilement. S'il est possible d'aviser directement les créanciers connus, la nécessité d'informer des créanciers non connus a conduit les législateurs à inclure une disposition exigeant que la demande soit portée à leur connaissance dans une publication officielle de l'État ou dans un journal national à caractère commercial ou à grand tirage. Dans le cas d'une procédure engagée par les créanciers, il peut être nécessaire d'aviser le débiteur et de lui donner la possibilité de contester les présomptions selon lesquelles les créances atteignent un certain montant, sont venues à échéance et n'ont pas été payées. Les dispositions faisant obligation au débiteur de fournir les informations nécessaires et permettant aux créanciers d'obtenir ces informations sont examinées au chapitre IV. ci-dessous.

d) *Coûts*

50. Les demandes de procédure formées tant par les débiteurs que par les créanciers peuvent donner lieu au paiement de droits qui peuvent contribuer à couvrir les dépenses de fonctionnement du système d'insolvabilité. Le montant à payer doit être déterminé de manière à la fois à ne pas décourager les débiteurs de présenter des demandes et à pouvoir financer en grande partie le coût de la procédure. [*Note au Groupe de travail: dans quelle mesure est-il souhaitable d'aborder des questions de coût dans le Guide?*]

2. Engagement et ouverture de la procédure: résumé

51. Une demande de liquidation peut être présentée par:

a) Un débiteur, en raison d'une cessation générale des paiements [incapacité de payer ses dettes à leur échéance];

b) Un ou plusieurs créanciers, parce qu'un nombre déterminé d'entre eux sont en mesure de démontrer qu'ils détiennent des créances venues à échéance et non payées par le débiteur.

c) Un organisme [public] [prescrit].

52. Une demande de redressement peut être présentée par:

a) Un débiteur, en raison de son incapacité effective ou future de payer ses dettes à leur échéance;

b) Un ou plusieurs de ses créanciers parce qu'un nombre déterminé d'entre eux sont en mesure de démontrer qu'ils détiennent des créances venues à échéance et non payées par le débiteur.

53. La demande d'ouverture de la procédure devrait être présentée au tribunal, qui devrait se prononcer dans un délai déterminé.

54. La demande devrait être notifiée au débiteur (lorsqu'elle est présentée par les créanciers) et aux créanciers (lorsqu'elle est présentée par le débiteur).

III. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

A. Masse de l'insolvabilité

1. Remarques générales

55. Une étape essentielle de la procédure d'insolvabilité, qu'il s'agisse de liquidation ou de redressement, est l'identification, le recouvrement, la protection et la disposition des actifs qui composent la masse devant être administrée. Dans tous les systèmes, on retrouve sous une forme ou sous une autre le concept de masse de l'insolvabilité — à savoir les actifs qui seront soumis à la procédure d'insolvabilité. Certaines législations excluent totalement de l'administration de la procédure d'insolvabilité des catégories de biens ou des biens soumis à certains droits. S'agissant de biens grevés d'une sûreté en faveur d'un créancier, certaines législations sur l'insolvabilité prévoient qu'ils sont soumis à la procédure (et, partant, à l'application d'une suspension et aux autres effets découlant de l'ouverture de la procédure), tandis que d'autres prévoient que l'insolva-

bilité est sans effet sur eux et que les créanciers peuvent faire exécuter leurs droits légaux et contractuels (voir sect. III.B, Suspension des poursuites). D'autres législations encore exigent que la totalité des biens soit soumise à la procédure dans un premier temps, sous réserve de prouver l'existence d'un préjudice. La question de savoir quels biens sont ou ne sont pas soumis à la procédure (et, en conséquence, entrent ou non dans ce qu'on appelle la "masse") aura une incidence sur la portée et la conduite de la procédure et, en particulier dans le cas d'un redressement, une influence considérable sur ses chances de réussite.

a) *Biens à inclure dans la masse*

56. Les actifs de la masse devraient en principe comprendre les biens du débiteur à la date où s'ouvre la procédure d'insolvabilité ainsi que les actifs acquis par le représentant de l'insolvabilité après cette date, que ce soit dans l'exercice de pouvoirs d'annulation (voir sect. III.D, Actions en annulation) ou dans le cours normal de la gestion des activités du débiteur. Dans le cas d'une personne physique, certains biens peuvent être exclus de la masse, par exemple les revenus acquis après le dépôt de la demande en échange de la fourniture de services personnels, les biens nécessaires à la subsistance du débiteur, ainsi que les biens personnels et domestiques.

57. Les biens du débiteur devraient comprendre en principe tous les actifs sur lesquels celui-ci a un droit, qu'ils soient ou non en sa possession à la date de l'ouverture de la procédure, à savoir tous les actifs corporels et incorporels. Les actifs corporels devraient être facilement retrouvés dans le bilan du débiteur (par exemple encaisse, équipements, stocks et immeubles). Les biens devant entrer dans la catégorie des actifs incorporels [sur lesquels le débiteur a un droit] varient d'un État à l'autre selon la législation. Dans le cas des personnes physiques, la masse pourrait également comprendre des actifs tels que les droits sur une succession auxquels le débiteur peut prétendre ou auxquels il a droit à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou encore qui naissent pendant cette procédure.

b) *Biens appartenant à des tiers*

58. Des difficultés peuvent se poser lorsqu'il s'agit de déterminer si un actif appartient à l'entreprise ou à un tiers mais est en possession du débiteur dans le cadre d'accords d'utilisation, de location ou de licence. Les actifs appartenant à un tiers, mais en possession du débiteur au moment de l'ouverture de la procédure, sont généralement exclus de la masse. Les actifs utilisés par le débiteur tout en étant soumis à un accord de location dans lequel le bailleur conserve la propriété méritent peut-être une attention particulière. Dans les pays où le financement avec réserve de propriété (le financier est propriétaire de l'actif, à la différence d'une hypothèque ou d'une sûreté) est très important, il peut être nécessaire de respecter le titre de propriété du créancier et d'autoriser que l'actif soit séparé de la masse (sous réserve des règles énoncées à la sect. III.C, Traitement des contrats: le droit de distraction pourrait être restreint si le représentant de l'insolvabilité ratifie le contrat de location). D'autres pays préfèrent parfois examiner de près ces accords de financement pour déterminer si la location ne dissimule pas en réalité un accord de prêt garanti, auquel cas le bailleur serait soumis aux mêmes restrictions que le prêteur garanti.

c) *Récupération des biens*

59. L'identification des actifs qui seront soumis à la procédure exige parfois que le représentant de l'insolvabilité engage une action pour récupérer des biens de la masse qui ont été indûment transférés ou ont été transférés au moment de l'insolvabilité, ce qui a entraîné une violation du principe *pari passu* (selon lequel les créanciers de même catégorie sont traités sur un pied d'égalité et sont payés proportionnellement sur les actifs de la masse). La plupart des systèmes juridiques prévoient un moyen d'annuler des opérations antérieures et de recouvrer la valeur des actifs correspondants lorsque ces opérations se traduisent par le traitement préférentiel de certains créanciers ou avaient un caractère frauduleux ou avaient été accomplies en vue de léser les droits des créanciers (voir sect. III.D, Actions en annulation).

2. Masse de l'insolvabilité: résumé

[...]

B. Suspension des poursuites

1. Remarques générales

60. L'application d'une suspension aux actions et poursuites engagées par les créanciers contre les biens du débiteur se justifie par le caractère collectif de la procédure d'insolvabilité. En empêchant les créanciers de démembrer l'entreprise commerciale du débiteur pour essayer de faire valoir leurs droits spécifiques, une suspension peut garantir une administration équitable et ordonnée de la procédure d'insolvabilité. L'un des principaux problèmes, dans la conception d'un régime d'insolvabilité efficace, consiste à concilier les avantages immédiats que le débiteur tire d'une suspension globale visant à limiter les actions des créanciers et les avantages à plus long terme qu'entraîne le fait de limiter l'incidence d'une telle suspension sur les relations contractuelles avec les créanciers.

61. L'étendue des droits qui sont touchés par cette suspension varie considérablement selon les pays. La nécessité de suspendre les actions engagées par les créanciers chirographaires contre le débiteur ou ses actifs n'est guère contestée. L'application de la suspension aux créanciers garantis, en revanche, peut être plus délicate et exige de concilier des intérêts concurrents, par exemple maintenir des contrats; veiller à ce que les créanciers soient payés au prorata de leurs créances sur les actifs de la masse; maximiser la valeur des actifs pour tous les créanciers; et, le cas échéant, redresser avec succès une entreprise viable.

a) *Application de la suspension*

62. Il faut se demander pour commencer si la suspension s'applique automatiquement ou à la discrétion du tribunal. Si des considérations de politique locale et des facteurs tels que l'existence d'informations financières fiables ou la pos-

sibilité pour le débiteur et les créanciers d'accéder à un organe judiciaire indépendant ayant l'expérience des procédures d'insolvabilité peuvent faire pencher dans un sens ou dans l'autre, la suspension automatique est une caractéristique de nombreux régimes modernes d'insolvabilité.

i) Liquidation

63. Dans une procédure de liquidation, une suspension des poursuites permet aux créanciers du même rang de participer à une réalisation et une répartition à la fois équitables et ordonnées des actifs du débiteur au bénéfice de tous les créanciers. L'accent est mis sur la vente, totale ou partielle, des actifs, de manière que les créanciers puissent être remboursés sur le produit de cette vente le plus rapidement possible. La maximisation de la valeur des actifs est l'objectif prioritaire.

64. Nonobstant cet objectif, il faut trouver un compromis entre les intérêts des créanciers garantis et ceux des créanciers chirographaires. Lorsqu'il n'y a aucun avantage à préserver la totalité de l'entreprise en vue d'une cession éventuelle comme entreprise viable, il faudrait sans doute donner la préférence, dans le cadre de la liquidation, à la protection des droits contractuels des créanciers garantis. En même temps, il faudrait peut-être mettre en balance ces droits garantis et l'éventualité de vendre les actifs de l'entreprise collectivement — et non séparément — pour en maximiser la valeur. C'est le cas en particulier lorsque la valeur globale des actifs est supérieure à la valeur de liquidation et que l'ensemble des créanciers en tireraient un plus grand avantage. Le plus souvent, les créanciers garantis détiendront une sûreté sur les actifs les plus importants de l'entreprise.

65. Certains pays adoptent le principe selon lequel la suspension, pour être efficace, doit être très large, s'appliquer à tous les recours et à toutes les procédures — qu'ils soient administratifs, judiciaires ou extrajudiciaires — contre le débiteur et ses actifs et empêcher les créanciers chirographaires comme les créanciers garantis d'exercer des droits d'exécution et les pouvoirs publics d'exercer des droits de priorité. La suspension s'applique généralement aux procédures judiciaires engagées contre le débiteur, sous réserve qu'elles puissent être poursuivies si nécessaire. Dans certains pays, elle ne touche pas les actions intentées par les salariés contre le débiteur mais s'applique à toute mesure d'exécution découlant de ces actions.

66. Il faut indiquer clairement les catégories de créanciers devant être soumises à la suspension. Par exemple, si une catégorie quelconque de créanciers, tels que les créanciers privilégiés (y compris les salariés), les titulaires de privilèges par effet de la loi, les organismes publics créanciers ainsi que leurs représentants et employés respectifs doivent être exclus du champ d'application de la suspension, il est souhaitable de l'indiquer clairement. Il peut y avoir lieu aussi d'examiner la nécessité d'autres exemptions, notamment pour les droits à compensation et la compensation globale des contrats financiers, les actifs qui ne sont généralement pas nécessaires pour céder l'entreprise en tant qu'entreprise viable — par exemple les garanties en espèces — ou encore les exemptions visant à protéger l'intérêt général ou à prévenir les abus, tels que le recours à une procédure d'insolvabilité pour masquer des activités illicites.

67. On peut remédier à tout impact négatif de la suspension sur les droits des créanciers garantis, notamment en limitant la durée de la suspension, en préservant la valeur de la sûreté et en permettant aux créanciers garantis de faire lever la suspension lorsque les sûretés ne sont pas suffisamment protégées ou lorsque la sûreté n'est pas nécessaire pour la vente de la totalité de l'entreprise ou d'une partie de ses unités de production.

ii) Redressement

68. Dans une procédure de redressement, la suspension des poursuites donne au débiteur un répit pour réorganiser ses activités, établir un plan de redressement et prendre d'autres mesures nécessaires pour en assurer le succès. De ce fait, elle a un impact plus grand et, par conséquent, plus important que dans la liquidation et peut inciter fortement les débiteurs à engager une procédure de redressement. Un certain nombre des considérations examinées ci-dessus à propos de l'application d'une suspension dans une procédure de liquidation valent également pour la procédure de redressement, par exemple la date à laquelle elle s'applique, la question de savoir si elle s'applique automatiquement ou à la discrétion du tribunal et sa portée.

69. Afin de préserver les actifs pouvant servir à redresser l'entreprise, il faudrait imposer une suspension à tous les créanciers dès l'ouverture formelle de la procédure de redressement. À la différence de la procédure de liquidation, certaines législations sur l'insolvabilité n'appliquent pas la suspension aux procédures judiciaires.

b) *Mesures provisoires ou conservatoires/date à laquelle la suspension est applicable*

70. Dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, la question se pose de savoir à quelle date la suspension prendra effet. Dans de nombreux pays, un certain temps peut s'écouler entre la date de dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, pendant lequel les actifs du débiteur risquent d'être dispersés; le débiteur peut transférer des actifs hors de l'entreprise, ou les créanciers peuvent intenter une action pour devancer l'effet d'une suspension pouvant être imposée ultérieurement. Une solution consisterait à appliquer la suspension dès la présentation d'une demande par un débiteur et, dans le cas d'une demande émanant des créanciers, après l'ouverture de la procédure. Si la suspension doit avoir effet dès l'ouverture de la procédure, une autre solution pourrait être d'autoriser le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires dans l'intervalle entre l'engagement et l'ouverture de la procédure. Ces mesures peuvent comprendre: la nomination d'un représentant provisoire de l'insolvabilité; l'interdiction pour le débiteur de disposer des actifs; la mise sous séquestre de la totalité ou d'une partie des actifs; et la suspension de l'exécution des sûretés contre le débiteur. Dans certains pays, les opérations conclues par le débiteur pendant cette période sont nulles. Ces mesures provisoires étant prises avant que l'on sache si les critères d'ouverture sont satisfaits, les créan-

ciers requérants peuvent être tenus de prouver qu'elles sont nécessaires et, dans certains cas, de fournir un cautionnement.

c) *Durée de la suspension*

i) Créanciers chirographaires: liquidation et redressement

71. De nombreuses législations prévoient que, dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, la suspension s'applique aux créanciers chirographaires pendant toute la procédure.

ii) Créanciers garantis: liquidation

72. Différentes approches sont adoptées à l'égard de l'application de la suspension aux créanciers garantis. Dans certains systèmes juridiques, ces derniers sont exclus, tandis que, dans d'autres, la suspension leur est appliquée automatiquement dès l'ouverture de la procédure pour une courte période, par exemple trente ou soixante jours, sauf si la sûreté n'est pas essentielle pour la vente de la totalité de l'entreprise. Une autre approche consiste à leur appliquer la suspension pour la durée de la procédure, sauf si un tribunal ordonne la mainlevée. Quand la suspension a effet pendant une durée déterminée, la législation peut prévoir sa prorogation à la demande du représentant de l'insolvabilité lorsqu'il peut être démontré que cette prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs, ce qui suppose de montrer, par exemple, que l'entreprise ou des unités de cette entreprise ont des chances raisonnables d'être cédées comme entreprise viable. À titre de protection supplémentaire, il faudrait peut-être que la législation limite la période pendant laquelle la suspension peut être prorogée.

iii) Créanciers garantis: redressement

73. Dans le cas d'un redressement, il peut être nécessaire d'appliquer la suspension aux créanciers garantis pour la durée de la procédure afin d'assurer le bon déroulement de cette dernière sans que les actifs puissent être dissociés avant la fin du redressement. Il faudrait peut-être prévoir des exceptions à ce principe lorsque la sûreté considérée n'est pas essentielle au redressement ou lorsque le créancier peut apporter d'autres justifications à la levée de la suspension.

d) *Levée de la suspension*

74. Dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, il peut être indiqué, dans certains cas, de prévoir des exemptions en autorisant la levée de la suspension ou l'arrêt de son application. À cet égard, la législation peut disposer, par exemple, que le créancier peut demander la levée lorsque la valeur de sa sûreté n'est pas préservée. Lorsqu'une telle protection n'est pas possible ou serait trop lourde pour la masse, le représentant de l'insolvabilité peut, de sa propre initiative, libérer la sûreté. Certaines législations prévoient que la levée de la suspension peut être accordée à un créancier chirographaire, par exemple pour qu'une décision puisse être rendue dans un autre for lorsque la procédure judiciaire y est déjà bien avancée et qu'il serait utile de la mener à terme, ou encore pour qu'une action contre un assureur du débiteur puisse être poursuivie.

75. Dans la liquidation, il peut également être nécessaire d'autoriser la restitution au créancier garanti des actifs sur lesquels il a une sûreté, lorsque la validité de cette dernière a été établie et que les actifs grevés sont sans valeur pour la masse ou ne peuvent être réalisés dans un délai raisonnable par le représentant de l'insolvabilité.

e) *Préservation de la valeur économique*

76. Une autre série de mesures permettant de remédier à tout effet négatif de la suspension sur les créanciers garantis est celle qui vise à maintenir la valeur économique des créances garanties pendant la durée de la suspension (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Une approche consiste à préserver la valeur de la sûreté elle-même, étant entendu que, lors de la liquidation, le produit de la vente de la sûreté sera distribué directement au créancier à hauteur de la fraction garantie de la créance. Cette approche, outre qu'elle lève la suspension, peut s'accompagner d'un certain nombre de mesures telles que la compensation de toute dépréciation, le paiement d'intérêts ainsi que la protection et la compensation pour emploi de la sûreté.

77. Une autre approche serait de préserver la valeur de la fraction garantie de la créance. Dès l'ouverture de la procédure, l'actif grevé fait l'objet d'une évaluation, sur la base de laquelle est déterminée la valeur de la fraction garantie de la créance. Cette valeur reste fixe pendant toute la procédure et, lors de la distribution consécutive à la liquidation, le créancier garanti bénéficie d'une créance de premier rang à hauteur de cette valeur. Durant la procédure, le créancier garanti pourrait également recevoir le taux d'intérêt contractuel sur la fraction garantie en compensation des retards imposés par la procédure. Le versement d'intérêts est limité, dans certains systèmes d'insolvabilité, aux cas dans lesquels la valeur de la sûreté dépasse le montant de la créance, faute de quoi la compensation pour retard réduit les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires.

78. Il faudrait peut-être énoncer des principes directeurs pour déterminer quand et comment les créanciers détenant certains types de sûretés sur les actifs du débiteur seraient fondés à bénéficier des mesures de protection décrites ci-dessus. Bien qu'il faille s'attendre dans une procédure de redressement à une légère érosion de la situation des créanciers garantis, il n'est pas souhaitable qu'un seul créancier garanti ou groupe de créanciers garantis assume exclusivement ou principalement le fardeau, et il n'est pas souhaitable non plus que la poursuite de la procédure de redressement cause un préjudice important à la masse des créanciers.

2. Suspension des poursuites: résumé

79. L'application de la suspension pourrait être automatique ou discrétionnaire.

a) *Date à laquelle s'applique la suspension*

80. Dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, la suspension pourrait s'appliquer:

a) Dès le dépôt de la demande (dans le cas d'une demande présentée par un débiteur);

b) Dès l'ouverture de la procédure (dans le cas d'une demande présentée par les créanciers).

b) *Parties auxquelles s'appliquera la suspension*

i) Liquidation

81. Deux approches différentes sont possibles:

a) La suspension s'appliquerait à la fois aux créanciers garantis et aux créanciers chirographaires; ou

b) La suspension s'appliquerait aux créanciers chirographaires et pourrait s'appliquer aux créanciers garantis à la demande du débiteur et/ou du représentant de l'insolvabilité.

ii) Redressement

82. La suspension s'appliquerait également aux créanciers garantis et aux créanciers chirographaires, sauf mainlevée.

c) *Durée de la suspension*

i) Créanciers chirographaires

83. Dans la liquidation comme dans le redressement, la suspension s'appliquerait pour la durée de la procédure.

ii) Créanciers garantis

84. Dans le cas d'une liquidation, la suspension s'appliquerait aux créanciers garantis pendant une période limitée (trente à soixante jours), des exceptions étant prévues, par exemple lorsque la sûreté n'est pas indispensable à la vente de la totalité de l'entreprise.

85. Dans le cas d'un redressement, la suspension s'appliquerait aux créanciers garantis pour la durée de la procédure, sauf s'il est établi que la sûreté n'est pas nécessaire pour ladite procédure.

d) *Levée de la suspension: liquidation et redressement*

86. Un créancier garanti peut demander la levée de la suspension s'il peut démontrer qu'il a subi un grave préjudice (par exemple la valeur économique de la sûreté n'est pas protégée de manière appropriée). La suspension peut cesser de s'appliquer lorsque le représentant de l'insolvabilité établit que la protection de la valeur de la sûreté n'est pas possible ou constitue une charge trop lourde.

e) *Préservation de la valeur économique*

87. [Mesures spécifiques à inclure]

C. Traitement des contrats

1. Remarques générales

88. À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le débiteur sera inévitablement partie à un contrat qui n'a pas encore été entièrement exécuté. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut intervenir dans ces contrats, en décidant soit de les dénoncer et de les résilier, soit de les continuer (et éventuellement de les céder par la suite). Par exemple, dans un contrat où le débiteur a accepté d'acheter une marchandise particulière à un prix égal à la moitié du prix du marché au moment de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité aurait évidemment avantage à continuer d'acheter à ce prix inférieur et de vendre au prix du marché. Le cocontractant souhaiterait naturellement se délier de ce qui est devenu un accord non rentable, mais, dans de nombreux systèmes, il n'y sera pas autorisé, bien qu'il puisse être fondé à recevoir l'assurance que le prix du contrat lui sera payé intégralement.

89. Comme dans le cas des actions en annulation (voir sect. III.D), la faculté du représentant de l'insolvabilité d'intervenir dans les contrats se justifie par l'objectif de maximisation de la valeur des actifs de la masse. Pour atteindre cet objectif, il peut être nécessaire de tirer parti des contrats qui sont avantageux et augmentent la valeur de la masse et de dénoncer ceux qui sont trop lourds à gérer ou qui coûtent plus qu'ils ne rapportent. Cet objectif doit être apprécié par rapport à des intérêts concurrents, tels que les préoccupations sociales liées à certains types de contrats — par exemple les contrats de travail —, et l'effet de la faculté pour le représentant de l'insolvabilité de modifier les termes des contrats non exécutés sur la prévisibilité des relations commerciales et financières. Quelles que soient les règles adoptées en la matière, il est souhaitable que tout droit de poursuivre ou de résilier un contrat soit limité au contrat dans son ensemble, de manière à éviter que le représentant de l'insolvabilité puisse choisir de continuer certaines parties du contrat et d'en résilier d'autres.

90. À mesure qu'une économie se développe, une part croissante de sa richesse repose sur des contrats, plus que sur des biens immeubles. C'est pourquoi le traitement des contrats dans la procédure d'insolvabilité revêt une importance capitale. Deux difficultés majeures se posent dans l'élaboration de principes juridiques en la matière. La première tient au fait que les contrats diffèrent de tous les autres actifs du débiteur insolvable en ce qu'ils sont généralement attachés à des engagements ou à des droits, à savoir que le débiteur doit souvent s'acquitter d'une obligation ou effectuer un paiement pour bénéficier de droits qui constituent des actifs potentiellement précieux. De ce fait, des décisions délicates doivent être prises concernant le traitement qui sera le plus rentable pour la masse. En règle générale, c'est au représentant de l'insolvabilité qu'incombent ces décisions. Dans certaines législations, l'approbation d'un tribunal est également requise.

91. La seconde difficulté tient à l'extrême diversité des types de contrats: simples contrats de vente de marchandises; contrats de location à court ou à long terme de biens meubles ou immeubles; contrats extrêmement complexes de franchise ou de construction et d'exploitation de grandes installations, etc. De plus, le débiteur peut être acheteur ou vendeur, prestataire ou utilisateur dans le cadre d'un contrat, si bien que les problèmes se posant dans l'insolvabilité risquent d'être très différents selon le côté où l'on

se place. Une solution commune est d'énoncer des règles générales pour toutes les catégories de contrats, puis des exceptions pour certains contrats particuliers, comme cela est indiqué ci-dessous.

92. En cas de faillite, les contrats se répartissent en deux catégories financières: les contrats conclus par le débiteur avant l'insolvabilité et les contrats conclus après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Pour les premiers, l'inexécution donne naissance, dans de nombreuses législations, à une créance non garantie généralement payée sur une base proportionnelle, tandis que, pour les seconds, elle donne habituellement lieu à une créance de premier rang sur les fonds disponibles, qui de ce fait est payée dans son intégralité en tant que frais d'administration de l'insolvabilité. Cette distinction s'efface lorsque le représentant de l'insolvabilité cherche à exécuter un contrat conclu avant l'insolvabilité après avoir établi que les bénéfices nets seront supérieurs en cas d'exécution qu'en cas d'inexécution. S'il opte pour la continuation, il fait sien le contrat conclu par le débiteur, et toute inexécution ultérieure donnera également naissance à une créance de premier rang considérée comme frais d'administration (voir sect. V. ci-dessous) dans la plupart des systèmes.

93. Certaines catégories de contrats soulèvent des problèmes sociaux qui exigent un traitement spécial dans la législation sur l'insolvabilité. Il s'agirait, par exemple, des contrats de travail, des opérations sur les marchés financiers et des contrats pour services personnels, dans lesquels l'identité de la partie exécutante, que ce soit le débiteur ou un employé du débiteur, revêt une importance particulière. La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de résilier les contrats de travail, par exemple, peut être limitée si l'on craint que la liquidation ne soit utilisée comme moyen d'éliminer expressément la protection offerte aux salariés par ces contrats. À cet égard, une question connexe est de savoir dans quels cas un représentant de l'insolvabilité peut modifier les termes des contrats exigeant un traitement particulier.

a) *Résiliation*

i) Liquidation

94. En règle générale, il est souhaitable qu'un représentant de l'insolvabilité ait le pouvoir de résilier un contrat dans lequel les parties n'ont pas intégralement exécuté leurs obligations. On peut adopter différents mécanismes pour faciliter cette résiliation. Selon une première approche, le représentant de l'insolvabilité est tenu d'engager une action pour résilier le contrat. Suivant une seconde approche, le contrat peut être considéré comme automatiquement résilié si le représentant de l'insolvabilité ne choisit pas de la continuer dans un délai déterminé. En cas de résiliation, le cocontractant est dispensé d'exécuter le reste du contrat, le seul problème délicat étant de calculer le montant du préjudice résultant de cette résiliation. Le cocontractant devient un créancier chirographaire titulaire d'une créance égale au montant du préjudice subi. Il pourrait être souhaitable dans certains cas d'appliquer des mesures de réparation particulières en cas d'annulation de certains types de contrats, tels que les contrats de location, dans lesquels le débiteur est soit locataire, soit bailleur. S'il est locataire, un plafond peut être fixé pour les dommages-intérêts, de manière que la créance au titre d'un contrat de location à long terme ne soit pas disproportionnée par rapport à celles des autres créanciers. Les bailleurs peuvent généralement compenser leurs pertes en relouant le bien. Si le débiteur est bailleur, il peut être nécessaire de protéger les droits d'occupation du locataire.

ii) Redressement

95. Dans le cas d'un redressement, on peut accroître les chances de réussite en autorisant le représentant de l'insolvabilité à dénoncer des contrats trop lourds à gérer, lorsque le coût d'exécution est supérieur aux bénéfices escomptés, ou lorsque dans un contrat de location en cours par exemple le loyer est supérieur au prix du marché.

iii) Exceptions

96. Quelle que soit l'étendue des pouvoirs de continuation ou de résiliation conférés à un représentant de l'insolvabilité, des exceptions peuvent être nécessaires pour certains contrats. Les contrats de travail constituent une exception majeure au pouvoir de résiliation. Ces contrats sont particulièrement importants dans le redressement, mais ils le sont aussi dans la liquidation lorsque le représentant de l'insolvabilité tente de vendre l'entreprise en tant qu'entreprise viable. Le représentant de l'insolvabilité peut obtenir un meilleur prix s'il est en mesure de résilier les contrats de travail onéreux. Afin d'éviter que la procédure d'insolvabilité ne soit utilisée pour supprimer la protection accordée aux employés, certains pays limitent expressément la faculté de résilier les contrats de travail. Il pourrait être indiqué d'appliquer une limite similaire dans le cas des contrats de location lorsque le débiteur est le bailleur ou franchiseur, ou lorsqu'il octroie une licence en propriété intellectuelle dont la résiliation mettrait fin aux activités du preneur de licence, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes.

b) *Continuation*

i) Redressement

97. Dans le cas d'un redressement, dont l'objectif est de permettre à l'entreprise de survivre et de continuer ses activités dans la mesure du possible, la faculté de poursuivre des contrats qui sont rentables pour l'entreprise et augmentent la valeur de la masse peut être cruciale. Si un régime d'insolvabilité ne fixe pas de limites à l'efficacité des clauses contractuelles de résiliation au moment de l'engagement ou de l'ouverture d'une procédure de redressement, les chances de réussite de cette dernière risquent d'être compromises.

98. Il faut se demander pour commencer si le contrat considéré contient une clause prévoyant que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité constitue un défaut d'exécution donnant au cocontractant le droit inconditionnel de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée ou encore un autre droit. Certaines législations confirment la validité de telles clauses: le représentant de l'insolvabilité pourra poursuivre le contrat uniquement si le cocontractant

ne choisit pas, ou peut être convaincu de ne pas choisir, de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée. Dans les cas où le cocontractant peut résilier un contrat, la législation sur l'insolvabilité peut prévoir un mécanisme pouvant être utilisé pour convaincre celui-ci de poursuivre le contrat, par exemple, si dans les paiements effectués au titre du contrat, le cocontractant est payé en priorité pour les services fournis après l'ouverture de la procédure. D'autres législations prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut poursuivre le contrat malgré les objections du cocontractant. En d'autres termes, le principe selon lequel l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité emporte un défaut d'exécution qui donnerait le droit de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée est annulé par effet de la loi.

99. Les arguments en faveur de l'annulation des clauses de résiliation et d'exécution anticipée dans le cadre d'un redressement sont notamment la nécessité d'accroître le potentiel de gains de l'entreprise; de réduire le pouvoir de négociation d'un fournisseur essentiel; de tirer parti, pour les créanciers, de la valeur des contrats du débiteur; [...].

100. On pourrait invoquer, à l'encontre d'une disposition annulant le droit de résiliation du cocontractant, des arguments, tels que la nécessité d'empêcher le débiteur d'exécuter exclusivement les contrats rentables et d'annuler les autres, avantage dont ne dispose pas le cocontractant innocent; l'effet de cette disposition sur la compensation; l'idée qu'une entreprise insolvable ne sera généralement pas en mesure de payer, si bien que le fait de retarder la résiliation des contrats risque d'accroître l'encours de ses dettes; la possibilité pour les créateurs de propriété intellectuelle de contrôler l'utilisation de cette dernière; et l'effet de la résiliation sur les activités du cocontractant en ce qui concerne les biens incorporels en général.

101. Lorsque les législations sur l'insolvabilité prévoient la possibilité d'annuler des clauses de résiliation, les créanciers peuvent engager une action préventive pour éviter cette issue en résiliant le contrat avant que soit demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. On peut à cet égard prévoir une mesure d'atténuation en habilitant le représentant de l'insolvabilité à rétablir le contrat, à condition que les obligations antérieures et postérieures à l'ouverture de la procédure aient été remplies.

102. Les contrats poursuivis sont traités comme des obligations courantes dont l'entreprise doit s'acquitter, et toutes les obligations contractuelles de la masse deviennent des obligations postérieures à l'ouverture de la procédure. Les créances nées de l'exécution du contrat après l'ouverture de la procédure sont considérées, dans un certain nombre de législations, comme des frais d'administration (voir sect. V ci-dessous) et se voient accorder la priorité au moment de la répartition. En cas de violation par le représentant de l'insolvabilité d'un contrat qui a été continué, la partie ayant subi un préjudice en raison de cette violation serait fondée à se prévaloir des droits et recours prévus dans le contrat conformément à la loi applicable en dehors de celle relative à l'insolvabilité et à recevoir des dommages-intérêts, qui pourraient également être considérés comme des frais d'administration (à la différence d'une créance non garantie).

103. En cas de défaut d'exécution du débiteur au moment où est demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la question de fond est de savoir s'il est équitable d'obliger le cocontractant à traiter avec un débiteur insolvable lorsqu'il y a déjà eu manquement avant l'insolvabilité. Certaines législations prévoient que les contrats peuvent être continués à condition que le représentant de l'insolvabilité répare tout défaut d'exécution et donne l'assurance que le contrat sera exécuté à l'avenir en fournissant, par exemple, un cautionnement ou une garantie.

ii) Liquidation

104. La continuation des contrats est peut-être moins nécessaire dans le cas d'une liquidation que dans celui d'un redressement, sauf lorsque le contrat est susceptible d'accroître la valeur de l'entreprise ou d'un actif particulier et, par conséquent, de faciliter la vente de cette dernière en tant qu'entreprise viable. Un contrat de location, par exemple, dans lequel le loyer est inférieur à la valeur marchande et dont l'expiration est encore lointaine, peut s'avérer essentiel dans tout projet de vente de l'entreprise.

105. On pourrait invoquer, comme arguments en faveur de l'annulation des clauses de résiliation dans le cadre de la liquidation, la nécessité de maintenir l'entreprise intacte pour maximiser sa valeur vénale ou accroître son potentiel de bénéfices; la nécessité de réduire le pouvoir de négociation d'un fournisseur essentiel; et l'opportunité de lier toutes les parties dans la liquidation définitive de l'entreprise.

iii) Exceptions

106. On distingue généralement deux catégories d'exceptions au pouvoir du représentant de l'insolvabilité de poursuivre des contrats. La première est celle où, le représentant de l'insolvabilité étant habilité à annuler des clauses de résiliation, des exceptions spécifiques peuvent être prévues pour certains types de contrats, notamment des contrats financiers à court terme (par exemple des accords de swap et des contrats à terme). La seconde catégorie est celle où, quel que soit le traitement accordé aux clauses de résiliation par la loi sur l'insolvabilité, le contrat ne peut être poursuivi parce qu'il stipule la fourniture par le débiteur de services personnels non substituables (par exemple un chanteur d'opéra).

c) *Cession*

107. Les contrats qui ont été poursuivis peuvent ultérieurement être cédés à titre onéreux. Certaines législations relatives à l'insolvabilité exigent l'accord de l'autre partie ou de l'ensemble des parties, tandis que d'autres prévoient que la procédure d'insolvabilité rend nulles et de nul effet les clauses d'incessibilité. Le représentant de l'insolvabilité est alors libre de céder le contrat dans l'intérêt de la masse. Cette dernière possibilité revêt, pour certains pays, une importance cruciale dans la procédure de liquidation alors que, dans d'autres, elle est totalement étrangère et interdite.

108. La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de poursuivre et de céder des contrats en violation des clauses

qu'ils contiennent peut être très avantageuses pour la masse et, partant, pour les bénéficiaires du produit de la distribution après la liquidation. Toutefois, cette faculté porte manifestement atteinte aux droits du cocontractant et peut soulever la question du préjudice, surtout lorsque le cocontractant n'intervient que peu ou pas du tout dans le choix du cessionnaire. Certaines législations prévoient que, si le cocontractant n'accepte pas la cession, le représentant de l'insolvabilité peut céder le contrat avec l'autorisation du tribunal s'il peut être démontré que le cocontractant refuse de donner son consentement sans raison valable. Certaines des législations qui autorisent la continuation et la cession des contrats exigent que le représentant de l'insolvabilité démontre au cocontractant que le cessionnaire peut exécuter le contrat avec satisfaction.

d) *Questions de procédure*

109. Certaines législations autorisent le représentant de l'insolvabilité à décider de la continuation ou non des contrats, tandis que d'autres exigent l'approbation du tribunal. Pour ne pas retarder inutilement la procédure, il est souhaitable que cette décision soit prise dans un délai déterminé. Du fait de la nature de la procédure, ce délai pourrait être plus long pour le redressement que pour la liquidation avec une possibilité de prorogation dans les cas où celle-ci serait utile au redressement. Si aucune décision n'est prise dans le délai spécifié par la loi ou fixé par le tribunal (si, à défaut de décision du représentant de l'insolvabilité, le cocontractant demande au tribunal de trancher la question), certaines législations contiennent des dispositions applicables par défaut qui prévoient, par exemple, la résiliation automatique ou au gré du cocontractant.

110. Dans de nombreuses législations, le représentant de l'insolvabilité n'est pas tenu de notifier la résiliation à l'autre partie, sauf dans le cas de contrats de travail et de location (de biens immeubles). Certaines législations font cependant obligation au représentant de l'insolvabilité de satisfaire aux exigences du contrat en matière de notification, bien qu'elles prévoient parfois la possibilité d'abréger le délai de préavis dans le cas de contrats de location à long terme.

111. [Compensation]

112. [Contrats financiers et compensation]

2. Traitement des contrats: résumé

a) *Résiliation*

113. Un représentant de l'insolvabilité peut résilier des contrats dans le cadre d'une procédure de liquidation et de redressement. La résiliation peut avoir effet:

a) Lorsque le représentant de l'insolvabilité la notifie; ou

b) Automatiquement lorsque aucune décision de poursuivre les contrats n'a été prise dans un délai déterminé.

114. La résiliation donne naissance à une créance non garantie pour le préjudice causé.

115. Le droit de résilier certaines catégories de contrats, tels que les contrats de travail, dans le cadre d'une procédure de redressement devrait être limité.

b) *Continuation*

116. Le représentant de l'insolvabilité, avec ou sans l'approbation du tribunal, peut poursuivre des contrats, à l'exception de certaines catégories d'entre eux. Lorsqu'une disposition quelconque du contrat a pour effet de résilier ce dernier dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, plusieurs solutions sont possibles:

a) La disposition peut être considérée comme nulle et de nul effet par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal;

b) La loi sur l'insolvabilité peut prévoir que cette disposition est nulle et de nul effet.

117. Les contrats poursuivis par le représentant de l'insolvabilité deviennent des obligations de la masse à compter de l'ouverture de la procédure.

c) *Cession*

118. Le représentant de l'insolvabilité peut céder un contrat qui a été poursuivi:

a) En considérant comme nulle une clause d'incessibilité;

b) Sous réserve de l'accord du cocontractant [de toutes les parties]; ou

c) Si, en cas d'opposition du cocontractant [de toutes les parties], le tribunal approuve la cession.

D. Actions en annulation

1. Remarques générales: annulation des opérations antérieures à la procédure d'insolvabilité

119. De nombreuses législations considèrent certaines opérations effectuées avant l'engagement d'une procédure d'insolvabilité comme inéquitables ou financièrement préjudiciables aux intérêts de tous les partenaires du débiteur, surtout si elles sont accomplies dans la perspective d'une insolvabilité probable. Une opération peut entrer dans cette catégorie a posteriori — lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une opération qui, normalement, ne serait pas considérée comme illégale, mais qui est perçue comme étant préjudiciable à la lumière d'une insolvabilité survenant ultérieurement. Comme on le verra ci-après, le problème est ici de parvenir à un équilibre délicat entre des intérêts sociaux concurrents, tels que l'utilité de pouvoirs forts pour maximiser la valeur des actifs de la masse au profit de tous les créanciers et le risque de compromettre la prévisibilité et la certitude contractuelles. Lorsque, dans ce dosage, une opération particulière s'avère préjudiciable, elle peut devenir juridiquement "annulable", c'est-à-dire sans effets sur le plan juridique, de sorte que les biens transférés par le débiteur, ou leur valeur, peuvent être recouvrés par un représentant de l'insolvabilité au profit de l'ensemble des parties intéressées.

120. Il peut s'écouler beaucoup de temps entre le moment où un débiteur se rend compte qu'il ne peut éviter une procédure d'insolvabilité et celui où une telle procédure est ouverte. Pendant cette période, le débiteur a amplement la possibilité de tenter de dissimuler des actifs à ses créanciers, de souscrire des engagements fictifs, de consentir des libéralités à des parents et à des amis ou de payer certains créanciers à l'exclusion d'autres. Dans la perspective de la procédure d'insolvabilité qui s'ouvrira en définitive, de tels actes ont pour résultat de défavoriser l'ensemble des créanciers chirographaires, qui n'y ont pas été parties et ne bénéficient pas d'une sûreté, et de compromettre l'objectif de traitement équitable de tous les créanciers. Un des principaux objectifs des pouvoirs d'annulation est d'assurer une répartition équitable entre tous les créanciers des actifs d'un débiteur insolvable conformément aux priorités établies en matière de paiement.

121. Différentes approches sont adoptées concernant les dispositions relatives à l'annulation. L'une d'elles privilégie le recours à des critères objectifs généraux permettant de déterminer si des opérations sont annulables. Il peut s'agir de savoir par exemple si l'opération a été effectuée pendant une période déterminée antérieure à l'ouverture de la procédure ou encore si le transfert ou l'opération a l'une des caractéristiques générales prévues par la loi (par exemple des dispositions exigeant l'apport d'une contrepartie appropriée). Des critères généraux peuvent être simples à appliquer, mais ils peuvent aussi, si l'on s'en remet exclusivement à eux, aboutir à des résultats arbitraires, si bien que des opérations légitimes et utiles effectuées pendant la période spécifiée risquent d'être annulées, tandis que les opérations frauduleuses ou préférentielles non comprises dans cette période pourront être sauvegardées. Une autre approche préconise l'application de critères subjectifs au cas par cas pour déterminer, par exemple, s'il est prouvé que le débiteur avait l'intention de dissimuler des actifs aux créanciers, si celui-ci était insolvable au moment où l'opération a été effectuée et si le cocontractant avait connaissance de l'insolvabilité. Une solution équilibrée qui combinerait des éléments de chaque approche peut être un moyen de limiter les effets indésirables d'un recours exclusif à des critères généraux.

122. On distingue dans la plupart des systèmes juridiques quatre catégories courantes d'opérations annulables: les transferts visant à frauder les créanciers, les transferts à un prix sous-évalué, des paiements préférentiels à certains créanciers et des sûretés non valables. Certaines opérations peuvent revêtir les caractéristiques de plusieurs de ces catégories, selon les circonstances particulières de chaque contrat. Par exemple des opérations qui semblent préférentielles peuvent relever davantage de la catégorie des opérations frauduleuses si elles ont lieu alors que l'insolvabilité du débiteur est imminente ou ne laissent pas au débiteur suffisamment d'actifs pour mener ses activités. Pour chaque catégorie, les systèmes juridiques règlent différemment la question de savoir si le bénéficiaire — la personne qui a reçu les biens — peut être contraint à restituer ces biens s'il était innocent, a fourni une contrepartie ou n'avait pas connaissance des faits cruciaux. Certains systèmes autorisent le bénéficiaire à opposer ce type d'exception tandis que d'autres exigent la restitution des biens que le bénéficiaire ait ou non effectivement fourni une contrepartie, tout en prévoyant toutefois une certaine protection.

123. Les trois premières catégories d'opérations sont susceptibles d'annulation pour plusieurs raisons, à savoir:

a) Pour empêcher la fraude (par exemple le transfert d'actifs pour les dissimuler au profit ultérieur du débiteur);

b) Pour empêcher le favoritisme, lorsque le débiteur souhaite avantager certains créanciers aux dépens des autres;

c) Pour empêcher une baisse subite de la valeur d'une entreprise immédiatement avant qu'elle soit placée sous contrôle judiciaire; et

d) Pour favoriser le règlement amiable — les créanciers sauront que les transferts ou les saisies d'actifs réalisés à la dernière minute peuvent être annulés et seront donc plus enclins à collaborer avec un débiteur pour parvenir à un règlement efficace sans l'intervention d'un tribunal.

124. La possibilité d'annuler les opérations relevant de la quatrième catégorie, à savoir les sûretés non valables, résulte simplement de l'application des règles concernant ce type de sûretés dans le contexte de l'insolvabilité. Ainsi, les systèmes qui exigent l'inscription de certaines catégories de sûretés sur un registre public prévoient parfois que la sûreté sera inopposable ou nulle dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si elle n'a pas été inscrite. Les principes appliqués sont ceux qui se trouvent énoncés dans les lois autorisant l'octroi d'une sûreté aux créanciers. D'autre part, une sûreté valable en vertu de ces lois peut être annulable en cas d'insolvabilité au titre de l'un des trois premiers motifs énumérés ci-dessus. Par exemple la constitution d'une sûreté immédiatement avant l'insolvabilité, bien que valable par ailleurs, peut être considérée comme ayant favorisé injustement un créancier au détriment des autres.

a) *Opérations frauduleuses*

125. Sont frauduleux les transferts effectués par la direction de l'entreprise du débiteur dans l'intention de frauder les créanciers ou de faire échouer ou retarder le recouvrement des créances par la soustraction des actifs et leur transfert à un tiers. De nombreuses lois relatives à l'insolvabilité ne limitent pas la période pendant laquelle des opérations de ce type doivent avoir lieu pour être annulées.

b) *Opérations à un prix sous-évalué*

126. Des opérations peuvent être annulées lorsque la contrepartie reçue par le débiteur à l'occasion d'un transfert à un tiers quel qu'il soit a été symbolique ou nettement inférieure à la valeur réelle de l'actif transféré. Selon certaines lois, il faut aussi avoir constaté que le débiteur était insolvable au moment du transfert ou l'est devenu en raison de ce dernier.

c) *Opérations préférentielles*

127. Les opérations préférentielles sont généralement des paiements qui enfreignent le principe *pari passu* en ce qu'ils privilégient certains créanciers et tiers par rapport à d'autres

créanciers qui ne seront peut-être pas payés pendant la période précédant l'engagement de la procédure. Ces opérations sont susceptibles d'annulation lorsque le transfert a été réalisé au titre d'une dette au cours d'une période déterminée (la "période suspecte") précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'à l'issue de ce transfert le créancier recevra une part des actifs du débiteur supérieure à la proportion que lui attribue la loi. De nombreux pays exigent également une preuve de l'insolvabilité ou de l'imminence de l'insolvabilité au moment où l'opération a eu lieu. Peuvent également entrer dans la catégorie des opérations préférentielles les transferts effectués après l'engagement de la procédure d'insolvabilité, mais avant son ouverture, à moins que l'opération ait été autorisée par les dispositions de la loi sur l'insolvabilité.

128. Les dons peuvent être frauduleux ou totalement innocents mais, dans un cas comme dans l'autre, déloyaux pour les créanciers et de ce fait annulables. Une compensation intervenue peu de temps avant l'engagement de la procédure d'insolvabilité peut être considérée comme préjudiciable et susceptible d'annulation.

129. [Transferts non autorisés effectués après l'engagement de la procédure; annulations de paiement effectués avant la période suspecte; opérations gravement incompatibles avec la pratique commerciale.]

d) *Établissement de la période suspecte*

130. Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient expressément la période suspecte (par exemple tant de jours ou de mois avant l'ouverture de l'insolvabilité) pendant laquelle chacun de ces types d'opérations pourrait faire l'objet d'une annulation. Dans d'autres, la période suspecte est définie rétrospectivement par le tribunal après l'ouverture de la procédure. Le tribunal fonde alors souvent sa décision sur le moment où le débiteur a cessé de payer ses dettes normalement ("cessation des paiement"). [*Examiner les avantages de chaque approche*]. Certains systèmes peuvent avoir une période suspecte unique pour tous les types d'opérations annulables, d'autres ont des périodes différentes, en fonction de différents facteurs, tels que le caractère intentionnel de la lésion des débiteurs, la qualité d'initié du bénéficiaire (personne ayant une relation d'affaire ou un lien familial étroit avec le débiteur ou ses créanciers). Du fait que les opérations frauduleuses suppose une conduite intentionnellement illicite, de longues périodes suspectes, qui peuvent aller de un à six ans, sont souvent fixées. Lorsque des opérations préférentielles mettent en cause des créanciers qui ne sont pas des initiés, la période suspecte peut être relativement brève et ne pas dépasser quelques mois par exemple. Lorsque des initiés sont en cause, de nombreux pays ont pour principe d'appliquer des règles plus strictes, y compris des périodes suspectes plus longues et un renversement de la charge de la preuve. Par exemple, un transfert à un prix sous-évalué à un initié peut être annulé même si le débiteur n'était pas insolvable au moment de l'opération et qu'il ne l'est pas devenu du fait de cette dernière.

e) *Responsabilité des bénéficiaires*

131. Pour chaque type d'opération, la question se pose de savoir si le bénéficiaire peut être exonéré de sa responsabilité et si l'annulation du transfert est souhaitable. Une telle décision peut, dans chaque cas, dépendre de divers facteurs et devra trouver un équilibre entre, d'une part, la nécessité d'appliquer un traitement équitable aux parties innocentes et, d'autre part, les difficultés de prouver la motivation du bénéficiaire et le fait qu'il avait connaissance de la situation ainsi que le préjudice occasionné aux créanciers, quel qu'ait été l'esprit dans lequel le bénéficiaire a accepté le transfert. En cas d'opérations frauduleuses, par exemple, la mesure dans laquelle le bénéficiaire a payé une valeur adéquate et avait connaissance de l'intention réelle du débiteur de frauder les créanciers seront des éléments pertinents. Dans le cas de transferts à un prix sous-évalué, c'est la question de savoir si le bénéficiaire était ou non un initié et avait connaissance de l'insolvabilité effective ou imminente ou si le débiteur risquait de devenir insolvable du fait de ce transfert qui seront pris en compte.

132. Pour ce qui est de l'annulation d'opérations préférentielles, différentes approches peuvent être adoptées. Selon l'une d'elles, lorsque le créancier bénéficiaire a agi de bonne foi et ne savait pas que le débiteur était insolvable au moment du transfert ou était devenu insolvable du fait du transfert, le créancier n'est pas tenu responsable et le transfert n'est pas annulé. Une autre approche aboutit au même résultat lorsque le transfert effectué par le débiteur a eu lieu à peu près en même temps que la création de la créance, a été suivi de la fourniture d'une contrepartie, ou a eu lieu dans le cours normal des activités.

f) *Opérations nulles et annulables*

133. Lorsqu'une opération entre dans l'une quelconque de ces catégories, elle sera soit nulle de plein droit, soit annulable en vertu des lois relatives à l'insolvabilité. Dans les lois où elle est annulable, le représentant de l'insolvabilité est tenu de déterminer si l'annulation profitera à la masse, compte tenu du délai nécessaire pour récupérer les actifs concernés ou leur valeur ainsi que les éventuels frais de justice. Ce pouvoir d'appréciation serait généralement soumis à l'obligation de maximiser la valeur des actifs de la masse, la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pouvant être engagée s'il ne le fait pas. Si, pour certaines opérations, ce dernier n'intente pas d'action en annulation, certaines lois relatives à l'insolvabilité autorisent un créancier ou le comité des créanciers à agir pour l'y obliger lorsqu'il apparaît qu'une telle action profiterait à la masse. D'autres lois autorisent également un créancier ou le comité des créanciers à engager cette action. Certaines considèrent alors que les actifs ou la valeur récupérés par le créancier entrent dans la masse; d'autres prévoient que tout ce qui est récupéré peut être utilisé pour désintéresser le créancier ayant engagé l'action.

g) *Questions relatives à la charge de la preuve*

134. Les lois sur l'insolvabilité énoncent des règles différentes en ce qui concerne l'établissement des éléments nécessaires à une action en annulation. Certaines font obligation au débiteur de prouver que l'opération n'entre dans aucune catégorie d'opérations annulables. D'autres obligent le créancier ou un tiers contestant l'opération, par exemple le représentant de l'insolvabilité, à prouver l'existence de

chaque élément justifiant une action en annulation. D'autres encore autorisent le renversement de la charge de la preuve, 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, sauf à recourir à des indices extérieurs, des faits objectifs ou d'autres éléments de preuve indirecte. C'est alors au bénéficiaire qu'il incombe de prouver la bonne foi du débiteur.

2. Actions en annulation: résumé

[...]

IV. Administration de la procédure

A. Droits et obligations du débiteur

1. Remarques générales

a) *Contrôle de la gestion de la société débitrice*

i) Liquidation

135. Une fois la procédure de liquidation ouverte, la conservation de la masse nécessite des mesures globales visant à protéger celle-ci non seulement contre les actions des créanciers mais également contre les dirigeants ou propriétaires de la société débitrice. C'est pourquoi de nombreuses lois sur l'insolvabilité dessaisissent la direction ou les propriétaires de la société débitrice de tout droit de gérer ou d'exploiter l'affaire, un représentant de l'insolvabilité étant nommé pour assumer l'ensemble des responsabilités correspondantes, y compris le droit, le cas échéant, d'engager et de poursuivre une action en justice au nom de la masse et de recevoir tous paiements destinés au débiteur. Lors de l'ouverture de la procédure, toute mesure prise par le débiteur qui est préjudiciable à la masse serait normalement dénuée d'effet.

136. Lorsque le moyen le plus efficace de liquider la masse semble être de céder l'entreprise en tant qu'entreprise viable, le représentant de l'insolvabilité peut, dans certaines législations, permettre aux dirigeants ou aux propriétaires de la société débitrice de continuer à effectuer certains actes pour faciliter la vente des actifs et de l'entreprise sous sa surveillance et son contrôle. Le représentant de l'insolvabilité qui exerce un contrôle sur l'entreprise peut, en l'occurrence, être tenu responsable des fautes commises par le débiteur pendant cette période.

ii) Redressement

137. Les avis sont partagés sur la question de savoir dans quelle mesure le dessaisissement du débiteur est la solution la plus appropriée dans le cas d'une procédure de redressement et si la direction de la société débitrice peut encore jouer un rôle. Même si elle a contribué aux difficultés financières de l'entreprise, l'équipe dirigeante a souvent une connaissance directe et intime des affaires du débiteur. De ce fait, il peut être justifié de laisser la direction intervenir dans la prise de décisions à court terme en matière de gestion. Pour des raisons analogues, la direction de la société débitrice est souvent bien placée pour proposer un plan de redressement susceptible d'être approuvé par les créanciers et le tribunal. En pareil cas, le dessaisissement total de la direction de la société débitrice peut, indépendamment de sa part de responsabilité dans les difficultés financières du débiteur, dissuader les débiteurs de recourir, à un stade précoce, à des procédures de redressement, ce qui risque de compromettre leurs chances de succès.

138. Différentes démarches peuvent être retenues pour tenir compte de tous ces éléments. L'une d'elles consiste à instituer une répartition des fonctions entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, celui-ci contrôlant les activités du premier et devant approuver les opérations importantes, tandis que le débiteur resterait chargé de la gestion de l'entreprise au jour le jour. Une telle approche devra sans doute être étayée par des règles relativement précises pour clarifier la division des tâches entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur et déterminer avec certitude la façon dont le redressement sera opéré. Cependant, dans les cas où seraient démontrés de graves fautes de gestion ou des détournements de biens ou si le redressement ne semble plus être un objectif réaliste, il peut s'avérer souhaitable que les dirigeants ou les propriétaires de la société débitrice soient dessaisis par le tribunal, agissant d'office ou à l'initiative du représentant de l'insolvabilité, voire des créanciers ou du comité des créanciers. Lorsque le pouvoir est conféré aux créanciers ou au comité des créanciers, il peut être nécessaire de prévoir des mesures de protection pour prévenir les abus éventuels de créanciers désireux de faire échouer la procédure de redressement ou d'exercer une influence indue. Il faudrait imposer, par exemple, un vote par une majorité déterminée de créanciers avant de pouvoir recourir à une telle mesure.

139. Une autre démarche — que très peu de lois sur l'insolvabilité ont retenue — consiste à permettre au débiteur de garder les rênes de son entreprise, le tribunal n'ayant donc pas à nommer un représentant indépendant lors de l'ouverture de la procédure (formule dite du "débiteur en possession"). Même si une telle démarche peut être propice au bon déroulement de la procédure de redressement, elle comporte également des inconvénients. Il se peut par exemple qu'une telle formule soit utilisée dans des cas où le résultat risque manifestement d'être infructueux, autrement dit lorsque la procédure en question sert à retarder l'inévitable tandis que les actifs de l'entreprise continuent d'être dispersés, avec le risque que la direction agisse de façon irresponsable, voire frauduleuse, pendant la période où elle reste en place, compromettant ainsi les chances de redressement et portant atteinte à la confiance des créanciers. On peut aplanir ces difficultés en adoptant certaines mesures de protection, par exemple en nommant un représentant de l'insolvabilité pour surveiller le débiteur ou en mettant en place un mécanisme qui permette au tribunal de convertir (d'office ou à la demande des créanciers) la procédure en liquidation, tout en confiant aux créanciers un rôle suffisant dans la surveillance ou le contrôle du débiteur. Cela étant, il s'agit d'une approche fort complexe qui met en jeu divers aspects de la conception d'un régime d'insolvabilité et qui nécessite un examen approfondi.

140. Pour aider le débiteur à s'acquitter de ses obligations, certaines lois l'autorisent à faire appel aux spécialistes dont il peut avoir besoin (comptables, avocats, experts, etc.), sous réserve d'une autorisation. Selon les lois, celle-ci est accordée soit par le représentant de l'insolvabilité, soit par le tribunal ou les créanciers.

b) *Communication de renseignements*

141. Pour que le tribunal, les créanciers et les parties concernées puissent évaluer de façon rationnelle les besoins immédiats de trésorerie du débiteur et l'opportunité de nouveaux moyens de financement, les perspectives commerciales et la viabilité à long terme de l'entreprise, ainsi que la question de savoir si la direction est suffisamment compétente pour continuer à diriger l'entreprise, il leur faut disposer des renseignements que le débiteur est en mesure de fournir concernant l'affaire. Dans les deux types de procédure d'insolvabilité, mais surtout en matière de redressement, il est souhaitable que le débiteur reste tenu de divulguer des informations relativement détaillées au sujet de ses affaires commerciales et financières. Pour que les informations en question puissent être utilisées à cette fin, il faut qu'elles soient à jour: il s'agit donc de les communiquer dès que possible après l'ouverture de la procédure. Lorsque le débiteur n'est pas une personne physique, ce sont les membres du conseil d'administration et autres tiers compétents qui peuvent les fournir au représentant de l'insolvabilité. Une autre solution consiste à exiger qu'un ou plusieurs des membres du directoire se fassent représenter et prennent part à une réunion générale des créanciers pour répondre aux questions, sauf dans les cas où cela n'est matériellement pas possible, les intéressés ne se trouvant pas en un lieu où les réunions des créanciers peuvent se tenir. Les renseignements requis sont souvent commercialement sensibles et il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité comporte des dispositions permettant de protéger les informations confidentielles. En cas de rétention d'information, il peut s'avérer nécessaire de prévoir un mécanisme qui oblige à communiquer les données pertinentes, qu'il s'agisse de la "mise en examen" du débiteur ou, suivant l'usage en vigueur dans un certain nombre de pays, de l'application de sanctions pénales.

142. En vue de faciliter la communication de renseignements par le débiteur, certaines lois prévoient des listes normalisées énumérant les différents éléments d'information requis, à compléter par le débiteur (sous peine de sanctions s'il fournit des informations fallacieuses ou mensongères) ou par une personne ou un administrateur indépendant.

2. Droits et obligations du débiteur: résumé

[…]

B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité

1. Remarques générales

143. Le représentant de l'insolvabilité joue un rôle essentiel dans la mise en application effective de la loi. Lorsqu'il est nommé par le tribunal, il a, selon plusieurs législations, l'obligation de veiller à ce que la loi soit appliquée avec efficacité et en toute impartialité. Étant en principe celui qui dispose du plus grand nombre de renseignements sur la situation du débiteur, il est également le mieux placé pour prendre des décisions en connaissance de cause. Cela ne veut pas dire que le représentant de l'insolvabilité remplace le tribunal: il appartient à la juridiction compétente de trancher tout litige entre le représentant de l'insolvabilité et telle ou telle partie intéressée. Même dans les pays où le tribunal joue un rôle relativement restreint dans les procédures d'insolvabilité, l'étendue des pouvoirs qui seraient normalement confiés au représentant de l'insolvabilité reste limitée.

a) *Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité*

144. Dans certains pays, le tribunal choisit, nomme et supervise le représentant de l'insolvabilité. Dans d'autres, un bureau ou un institut distinct sélectionne l'intéressé sur instruction du tribunal et assume des fonctions de tutelle à l'égard de tous les représentants du régime d'insolvabilité. Une troisième approche consiste à laisser les créanciers intervenir en recommandant et sélectionnant le représentant de l'insolvabilité à nommer, à condition que cette personne ait les qualifications requises pour remplir de telles fonctions dans le cas considéré. Même si ces dernières approches permettent d'éviter tout parti pris apparent, elles peuvent avoir pour inconvénient d'exiger des ressources et une infrastructure supplémentaires.

b) *Qualifications*

145. Le représentant de l'insolvabilité retenu peut provenir de différents milieux, qu'il s'agisse du monde des affaires, d'un organisme gouvernemental spécialisé ou d'un groupe privé de personnes qualifiées. Une question connexe est de savoir s'il doit être une personne physique ou si une personne morale pourrait éventuellement occuper une telle fonction. Quelle que soit la façon dont il est nommé, il est préférable, vu la complexité de nombreuses procédures d'insolvabilité, que le représentant de l'insolvabilité connaisse la loi, soit impartial et ait une expérience suffisante des questions commerciales et financières. Si des connaissances spécialisées s'avèrent nécessaires, il peut toujours être fait appel à des experts. Les conflits d'intérêts découlant de relations antérieures avec le débiteur, un créancier ou un membre du tribunal peuvent, dans certains pays, constituer une raison suffisante pour exclure la nomination de la personne en cause en qualité de représentant de l'insolvabilité.

c) *Obligation de diligence*

146. Le critère de diligence que le représentant de l'insolvabilité doit appliquer et sa responsabilité personnelle sont des éléments importants pour la conduite de la procédure d'insolvabilité. Le représentant de l'insolvabilité agit en qualité de fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions, assumant une obligation générale de loyauté envers la masse et les divers groupes d'intérêts en cause. Du même coup, il peut être tenu pour responsable en cas de manquement à ces obligations. En vue de mesurer la prudence,

la diligence et la compétence requises, une norme doit être établie, qui tienne compte des difficultés que le représentant de l'insolvabilité rencontre dans l'accomplissement de ses tâches (critère de négligence, par exemple). Certaines lois sur l'insolvabilité lui imposent l'obligation de déposer une caution ou de prévoir une assurance contre l'accusation de forfaiture. Lorsque la masse subit des pertes du fait de la négligence, de l'incompétence ou de la malhonnêteté des employés ou mandataires du représentant de l'insolvabilité, celui-ci n'est pas nécessairement tenu personnellement responsable, sauf lorsqu'il n'a pas fait preuve de la diligence voulue dans l'exercice de ses fonctions. [*Note à l'attention du Groupe de travail: la responsabilité du représentant de l'insolvabilité peut-elle faire l'objet d'autres approches?*]

147. Dans certaines législations, le tribunal doit autoriser le représentant de l'insolvabilité à faire appel aux comptables, avocats, experts et autres spécialistes requis pour l'aider à s'acquitter de ses fonctions. Dans d'autres cas, une telle autorisation n'est pas nécessaire. Pour ce qui est de la rémunération de ces spécialistes, certaines lois prévoient qu'une demande doit être adressée à cet effet au tribunal pour qu'il approuve; une autre approche consisterait à demander l'accord du comité des créanciers. Les spécialistes peuvent être rémunérés à intervalles périodiques pendant la procédure, ou être tenus d'attendre l'achèvement de celle-ci.

d) *Remplacement ou renvoi*

148. En cas de décès ou de démission du représentant de l'insolvabilité, on peut éviter des perturbations éventuelles dans la procédure et les contretemps occasionnés par l'incapacité de trouver un remplaçant en prévoyant la nomination d'un successeur. Suivant les lois, le représentant de l'insolvabilité peut être relevé de ses fonctions dans certains cas, qu'il ait manqué ou se soit soustrait à ses obligations légales en vertu du régime d'insolvabilité ou qu'il ait fait preuve d'incompétence ou de négligence caractérisées. En fonction de l'approche retenue, le renvoi peut intervenir sur décision du tribunal, agissant d'office ou à la demande d'une partie intéressée, ou sur décision prise par une majorité déterminée de créanciers non titulaires de sûretés.

2. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité: résumé

[…]

C. Créances des créanciers

1. Remarques générales

149. Dans les procédures d'insolvabilité, les créances entrent en ligne de compte à deux niveaux: d'une part, pour déterminer quels créanciers peuvent voter et comment ils doivent le faire (en fonction de la catégorie dont ils font partie) et, d'autre part, aux fins de la répartition. Les types de créances susceptibles d'être invoquées diffèrent suivant les lois. Dans certains cas, une distinction est faite entre créances garanties et créances non garanties. Le créancier titulaire d'une sûreté ne fait généralement pas valoir ses droits à moins de renoncer à sa sûreté, ou à moins que la valeur de sa créance ne soit supérieure à celle de la garantie et qu'il ne souhaite réclamer la partie non garantie de la créance (qui peut être une créance provisoire). Suivant les législations, certaines créances (créances sur l'étranger, décisions de justice obtenues par des manœuvres frauduleuses, amendes et pénalités, dettes de jeu, etc.) ne sont pas admises pour des raisons d'ordre public.

a) *Déclarations des créances*

150. Différents mécanismes peuvent être employés pour déclarer des créances. Selon la loi de nombreux pays, il appartient aux créanciers de soumettre au représentant de l'insolvabilité des justificatifs de leurs créances pour qu'il les examine. Certaines lois prévoient, en tant qu'étape initiale, l'établissement par le tribunal ou par le débiteur d'une liste des créanciers et des créances. Une fois cette liste établie, les créanciers peuvent être invités à faire valoir leurs droits auprès du représentant de l'insolvabilité. L'établissement d'une telle liste par le débiteur se fonde sur la connaissance qu'il a de ses créanciers et de leurs créances et permet au représentant de l'insolvabilité de se faire rapidement une idée de la situation de l'entreprise. La déclaration des créances par le créancier et leur vérification ultérieure par le représentant de l'insolvabilité sont généralement un moyen de garantir une répartition satisfaisante.

b) *Créances provisoires*

151. On distingue deux types de créances, selon qu'elles portent sur un montant déjà fixé, ou que le montant dû par le débiteur n'a pas été ou ne peut pas encore être déterminé. Les créances de ce type, garanties ou non, peuvent avoir un caractère contractuel ou extracontractuel. Lorsque le montant de la créance ne peut pas être ou n'a pas été évalué au moment où elle doit être déclarée au représentant de l'insolvabilité, il convient, selon de nombreuses lois, de la déclarer à titre provisoire ou de lui attribuer une valeur provisoire. L'admission de créances provisoires soulève diverses questions, concernant notamment: leur mode d'évaluation et la partie chargée de cette évaluation; les droits de vote à accorder aux créanciers provisoires sur des enjeux importants, s'agissant par exemple de déterminer s'il faudra procéder à une liquidation ou à un redressement, ou d'approuver le plan de redressement; et la question de savoir si, en tant que créanciers minoritaires, ils peuvent être liés par un plan auquel ils n'ont pas souscrit (voir sect. IV.F, Plan de redressement).

c) *Vérification des créances*

152. Même si, dans la plupart des lois, il est prévu que le représentant de l'insolvabilité vérifie les créances invoquées par les créanciers, certaines lois n'imposent pas une telle vérification, à moins que la créance ne soit contestée. La vérification consiste non seulement à apprécier la légitimité de la créance et son montant, mais également à déterminer la catégorie dans laquelle elle doit être rangée aux fins du vote et de la répartition (créances garanties ou non, antérieures ou postérieures à l'ouverture de procédure, etc.).

d) *Questions de procédure*

i) Notification à adresser aux créanciers

153. Selon la plupart des lois, tous les créanciers identifiés et identifiables sont en droit d'être informés des créances qui ont été déclarées. Une notification à cet effet peut leur être adressée à titre personnel ou par voie de publication dans des revues professionnelles appropriées. Le représentant de l'insolvabilité peut en outre être tenu d'établir une liste des créances, tant [admises] [approuvées] que contestées, et de la déposer auprès du tribunal ou d'un autre organe administratif pour faciliter l'envoi de la notification aux créanciers qui ne se sont pas fait connaître et leur fournir des informations à jour sur l'état d'avancement de la procédure concernant [l'admission] [l'approbation] ou le rejet des créances contestées.

ii) Conditions applicables à la déclaration des créances

154. Pour faire en sorte que les créances soient déclarées en temps voulu en évitant ainsi que la procédure d'insolvabilité se prolonge indûment, il peut être utile de fixer des délais en vue de leur présentation au représentant de l'insolvabilité. Lorsque les créanciers ne respectent pas les délais, un traitement différent peut leur être appliqué. Ils peuvent être exclus de la distribution des dividendes ou de la répartition, ou bénéficier uniquement du partage des actifs restant après la vérification des créances.

155. Suivant certaines lois, le représentant de l'insolvabilité est habilité à vérifier les créances, les différends éventuels étant réglés par le tribunal. D'autres lois laissent au tribunal le soin de vérifier toutes les créances et de trancher les différends. Suivant les législations, les créances sont susceptibles d'être contestées uniquement par le représentant de l'insolvabilité, ou par d'autres parties intéressées, y compris les créanciers. En pareil cas, un des moyens de régler cette question peut consister en un examen final, dans le cadre d'une assemblée des créanciers, de la liste des créances établie par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal. Lorsque des différends concernant les créances surgissent entre un créancier — ou le débiteur — et le représentant de l'insolvabilité, y compris en cas de litige sur les garanties ou les sûretés, il est essentiel de recourir à un mécanisme permettant de régler promptement de telles affaires pour assurer le bon déroulement de la procédure. Si le règlement des créances contestées ne fait pas l'objet de mesures rapides et efficaces, la faculté de contester une créance peut être un moyen de contrecarrer la procédure ou de la retarder indûment.

2. Droits du créancier (créances): résumé

[...]

D. Comité des créanciers

1. Remarques générales

156. Les créanciers ont d'importants intérêts en jeu dans l'entreprise lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte. En règle générale, ces intérêts sont protégés par la nomination du représentant de l'insolvabilité. Cependant, des pouvoirs de décision peuvent être conférés aux créanciers dans divers secteurs clefs, tant en matière de liquidation que de redressement. Dans certaines lois, par exemple, ils sont habilités à relever le représentant de l'insolvabilité de ses fonctions, à approuver la vente privée de l'affaire en liquidation, à proposer et approuver un plan de redressement et à demander ou recommander qu'une décision judiciaire soit prise, telle que la conversion de la procédure de redressement en procédure de liquidation. Un rôle peut leur être confié en matière d'insolvabilité pour diverses raisons. En tant que partie intéressée au premier chef par l'issue de la procédure, il arrive qu'ils perdent confiance dans la façon dont elle se déroule lorsque les décisions essentielles sont prises par des personnes considérées comme n'ayant guère d'expérience, de compétences ou d'indépendance. En outre, ils sont souvent les mieux placés pour surveiller les faits et gestes du représentant de l'insolvabilité, ce qui permet de parer aux fraudes, aux abus et à des frais administratifs excessifs.

157. Lorsque les créanciers sont nombreux, la constitution d'un comité des créanciers peut être un moyen de faciliter leur participation à l'administration de la procédure, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement. Le comité des créanciers peut être chargé d'assumer toutes sortes de fonctions, consistant notamment à suivre le déroulement de l'affaire, à mener des consultations avec les autres parties prenantes, en particulier le représentant de l'insolvabilité et la direction de la société débitrice, et à informer le représentant de l'insolvabilité des desiderata de l'ensemble des créanciers. C'est envers le groupe des créanciers que le comité a des devoirs. En tant qu'organe représentatif, il n'a pas de comptes à rendre aux propriétaires de l'entreprise insolvable, ni d'obligation fiduciaire à leur égard.

a) *Participation des créanciers au processus de décision*

158. Les créanciers peuvent participer à des degrés divers au processus de décision. Dans certains systèmes, le représentant de l'insolvabilité prend toutes les décisions clefs sur des questions générales non sujettes à contestation en matière d'administration et de liquidation, les créanciers jouant un rôle minime et n'exerçant guère d'influence. Une telle approche peut être très efficace lorsque la procédure est conduite par une personne chevronnée car elle permet d'éviter que les dispositions à prendre en vue de la participation des créanciers occasionne des contretemps. Cette façon de procéder est à préconiser dans les cas où le processus en question et l'intervention des différentes parties prenantes font l'objet d'une réglementation bien rodée. Certaines approches limitent la participation des créanciers en faisant la distinction entre la liquidation et le redressement, les créanciers étant autorisés à participer uniquement aux décisions à prendre sur la question de savoir si l'entreprise doit être liquidée ou redressée et au vote d'un plan de redressement.

159. D'autres approches permettent aux créanciers de participer davantage aux procédures. Dans certaines lois, ils peuvent, en cas de liquidation, choisir et remplacer le

représentant de l'insolvabilité, approuver la poursuite temporaire des activités de l'entreprise par celui-ci et autoriser la vente privée des actifs. En matière de redressement, ils jouent parfois un rôle crucial en servant de mécanisme principal de contrôle des activités de l'entreprise (en particulier lorsque le système permet au débiteur de rester en possession après l'ouverture de la procédure) et du représentant de l'insolvabilité, ainsi qu'en proposant et en approuvant des plans de redressement. Ils peuvent aussi demander ou recommander l'intervention du tribunal, par exemple pour passer du redressement à la liquidation.

b) *Créanciers devant être représentés*

160. La composition des comités de créanciers peut faire l'objet de différentes approches. Dans plusieurs systèmes, même si le comité des créanciers représente en général uniquement les créanciers chirographaires, il est admis que, dans certains cas, un comité distinct des créanciers garantis s'avère justifié. Cette approche se fonde sur le fait que les intérêts de différentes catégories de créanciers ne convergent pas forcément et que la faculté laissée aux créanciers garantis de participer aux processus décisionnels du comité et d'en influencer éventuellement l'issue n'est pas nécessairement opportune et ne sert pas toujours les intérêts des autres créanciers. Quelques systèmes prévoient en revanche une représentation des autres catégories de créanciers au sein du même comité. Selon ces systèmes, exclure du comité les créanciers garantis reviendrait à les empêcher de participer à la prise de décisions importantes. La participation des actionnaires de l'entreprise peut prêter à controverse, notamment dans les cas où le comité des créanciers est à même d'influer sur les droits des créanciers garantis ou lorsqu'ils interviennent dans la gestion de la société débitrice.

c) *Constitution du comité des créanciers*

161. Lorsque la loi prévoit la constitution d'un comité des créanciers, elle en précise souvent la composition, le domaine d'activité, les attributions et le mode de fonctionnement, y compris des questions telles que les droits de vote, le quorum et le déroulement des réunions, ainsi que le remplacement des membres. D'autres aspects peuvent aussi être envisagés, notamment les cas dans lesquels une contribution non seulement du comité des créanciers mais également de tous les créanciers s'avère appropriée, de même que la façon de solliciter une telle contribution.

162. Pour faciliter le bon fonctionnement et le contrôle du comité, certaines lois sur l'insolvabilité spécifient le nombre de ses membres, qui doit de préférence être impair, en vue de permettre un vote majoritaire. La qualité de membre est parfois réservée aux principaux créanciers chirographaires, considérés comme représentatifs de l'ensemble des créanciers. Ils peuvent être identifiés en demandant par exemple aux dirigeants de la société débitrice d'établir la liste des créanciers en question. Pour garantir le principe de l'égalité de traitement, les créanciers de différentes catégories, par exemple ceux dont les créances n'ont pas encore été approuvées ainsi que les créanciers étrangers peuvent être admis à siéger au sein du comité.

163. Diverses modalités sont envisageables pour nommer ou sélectionner les représentants à admettre au sein du comité, soit que le représentant de l'insolvabilité les désigne, soit que les créanciers, avec l'accord du représentant de l'insolvabilité ou conformément aux dispositions de la loi, choisissent eux-mêmes les membres du comité à leur première réunion. Selon une autre approche, c'est au tribunal ou à un autre organe agréé qu'il appartient de nommer le comité des créanciers. Il peut être nécessaire de contrôler le comité pour veiller à ce qu'il s'acquitte de la responsabilité qui est la sienne de représenter de façon équitable les créanciers garantis: cette tâche peut être confiée au représentant de l'insolvabilité.

d) *Obligations du comité des créanciers*

164. Le comité peut assumer diverses fonctions: réunions périodiques avec le représentant de l'insolvabilité pour prendre connaissance de la façon dont se déroule la procédure, y compris des propositions concernant la vente de différents actifs, l'exploitation d'une partie ou de la totalité des affaires du débiteur, ainsi que le suivi, l'abandon ou le règlement d'importants litiges; examen des créances; et négociation de propositions de redressement au nom des créanciers non titulaires de sûretés. Pour s'acquitter de ses fonctions, le comité peut avoir besoin d'une assistance administrative et spécialisée. La loi lui donne dans certains cas la possibilité de demander au représentant de l'insolvabilité l'autorisation de recruter un ou une secrétaire et, si les circonstances l'exigent, des consultants et spécialistes dont les services seront imputés sur la masse de l'insolvabilité.

e) *Modalités de vote des créanciers*

165. Lorsque les mesures prises dans le cadre de la procédure sont susceptibles d'avoir des conséquences non négligeables pour l'ensemble des créanciers, il est souhaitable qu'ils en soient tous avisés et qu'ils aient la possibilité de s'exprimer par un vote à ce sujet. Différentes approches peuvent être adoptées à cet égard en fonction de la nature de la question en jeu. Suivant certaines lois, le vote se déroule au cours d'une réunion de créanciers; dans d'autres cas, lorsque les créanciers sont trop nombreux ou ne résident pas sur place, il peut avoir lieu par correspondance ou par procuration.

166. Concernant le mode de scrutin requis, une majorité renforcée — des trois quarts ou des deux tiers — des créanciers (calculée en fonction de la valeur de leurs créances) est, selon certaines lois, considérée comme suffisante pour engager tous les créanciers. Dans d'autres cas, la loi dispose qu'une majorité simple suffit pour des questions telles que l'élection ou le renvoi du représentant de l'insolvabilité. Certaines lois autorisent les créanciers garantis à participer uniquement au vote sur des questions déterminées, dont la sélection du représentant de l'insolvabilité et celles qui touchent leur garantie.

2. Comités des créanciers: résumé

[...]

E. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Remarques générales

167. La poursuite des activités de l'entreprise est essentielle à son redressement. Pour en faciliter la continuation, il importe que le représentant de l'insolvabilité [ou le débiteur] puisse obtenir des crédits pour payer les biens et les services dont l'entreprise a absolument besoin et maintenir l'activité commerciale. La loi sur l'insolvabilité peut admettre la nécessité de prêts de ce type, postérieurs à l'ouverture de la procédure, les autoriser et en prévoir le remboursement à titre prioritaire. La question majeure réside dans la portée d'une telle autorisation, notamment les incitations que le représentant de l'insolvabilité peut offrir à un créancier éventuel en vue d'obtenir un crédit. Dans la mesure où la solution adoptée influe sur les droits des créanciers garantis qui se sont déjà fait connaître, ou de ceux qui détiennent un droit réel sur les actifs antérieur dans le temps, il est souhaitable que les dispositions relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure soient mises en balance avec le principe général du soutien à apporter aux transactions commercialement avantageuses et avec la nécessité de protéger les droits et priorités des créanciers.

168. De nombreuses lois permettent au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un crédit non garanti sans l'approbation du tribunal ou des créanciers, alors que d'autres exigent une telle approbation dans certaines circonstances. Le crédit peut aussi être obtenu moyennant la constitution d'une sûreté sur un bien non grevé ou d'une sûreté de deuxième rang sur un bien grevé. Lorsque ces incitations ne sont pas suffisantes, ou ne peuvent pas être proposées, diverses approches sont envisageables pour l'obtention du crédit nécessaire. Les prêteurs antérieurs s'intéresseront de près aux sûretés accordées pour garantir des prêts postérieurs à l'ouverture de la procédure, au regard de la priorité de leur propre sûreté sur toute sûreté accordée ultérieurement. Dans certains régimes d'insolvabilité, les parties qui consentent des prêts à l'entreprise après l'ouverture de la procédure ont droit à un remboursement prioritaire, avant tous les créanciers. Un tel privilège pèse en fait sur l'ensemble de la masse et des actifs. Une autre forme de priorité est le privilège d'administration (voir sect. V, Priorités de répartition), qui accorde une priorité de remboursement sur l'ensemble des créanciers chirographaires, mais non sur un créancier garanti par rapport à la valeur de sa garantie. Selon une approche intermédiaire, les prêteurs et les fournisseurs de marchandises sont autorisés à constituer une sûreté sur les actifs, garantis ou non, du débiteur. Certains pays autorisent également le représentant de l'insolvabilité à accorder un "superprivilège" d'administration, autrement dit un droit de préférence à tous les créanciers titulaires de créances d'administration. Une approche extrême consiste à autoriser la constitution d'une sûreté assortie d'un "superprivilège" supérieur à toutes les sûretés existantes. Dans certains systèmes juridiques, toutes ces options sont disponibles. Certaines lois laissent au représentant de l'insolvabilité le soin d'approuver de tels privilèges, alors que d'autres exigent suivant les cas l'agrément du tribunal ou des créanciers.

2. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure: résumé

[...]

F. Plan de redressement

1. Remarques générales

169. Les lois sur l'insolvabilité abordent divers aspects de la formulation d'un plan de redressement, notamment la question de savoir quand le plan doit être élaboré, qui peut s'en charger, quelles sont les dispositions à y inclure, comment le plan doit être approuvé et quels en sont les effets.

a) *Élaboration d'un plan*

170. Certaines lois partent du principe que le plan de redressement fait partie du dossier de demande d'ouverture de la procédure (lorsque la demande peut être appelée "proposition" de redressement), alors que d'autres en prévoient l'élaboration après l'ouverture de la procédure de redressement.

171. Différentes parties intervenant dans la procédure de redressement peuvent être chargées d'établir un plan. Selon certaines lois sur l'insolvabilité, c'est au débiteur qu'incombe cette tâche. Une telle démarche peut avoir l'avantage d'encourager les débiteurs à mettre à profit la procédure de redressement et à tirer parti de la connaissance qu'ils ont de leur entreprise et des mesures nécessaires pour la rendre à nouveau viable. Cette possibilité peut leur être accordée à titre exclusif, ou pour une période déterminée, le tribunal étant habilité à en prolonger la durée si cela s'avère avantageux pour la procédure de redressement.

172. Du fait que le plan ne peut réussir que s'il est approuvé par la majorité requise des créanciers, il y a toujours un risque que le redressement échoue si le plan présenté par le débiteur n'est pas acceptable. Il se peut par exemple que les créanciers souhaitent uniquement approuver un plan qui prive les actionnaires de la société débitrice d'une participation majoritaire au capital et retire en outre à la direction en place toute responsabilité en matière de gestion. Si le débiteur est le seul à pouvoir établir le plan et refuse d'envisager une telle formule, le redressement risque d'être voué à l'échec, au détriment des créanciers, des salariés et de l'entreprise. Pour parer à une telle éventualité, certaines lois sur l'insolvabilité disposent que, si le débiteur ne présente pas un plan acceptable, les créanciers ont la faculté de proposer leur propre plan à la fin de la période où le débiteur en avait l'exclusivité. Ils peuvent le faire par l'intermédiaire d'un comité des créanciers (voir sect. IV.D, Comité des créanciers). Cette option donne souvent à un participant (les créanciers) les moyens de pression nécessaires pour persuader l'autre participant (le débiteur) de transiger.

173. Une autre approche consisterait à fournir au représentant de l'insolvabilité une occasion d'élaborer le plan, en tant que solution de rechange ou en complément à la formule consistant à laisser le débiteur ou les créanciers

s'en charger. L'importance de la participation à prévoir pour le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers est fonction de la façon dont la loi est conçue. Dans les cas où le plan prend effet uniquement après avoir été approuvé par la majorité requise des créanciers, un texte tenant compte de propositions acceptables par ces derniers a plus de chances d'être approuvé qu'un texte qui n'en tient pas compte. Cet élément n'entre pas en jeu lorsque la loi dispose que l'agrément des créanciers n'est pas nécessaire ou peut être infirmé par le tribunal. Lorsque plusieurs parties ont la possibilité de contribuer à l'établissement d'un plan, l'élaboration simultanée de plusieurs plans peut compliquer le processus, ou au contraire faciliter l'établissement d'un plan acceptable par toutes les parties.

174. Selon certaines lois, le tribunal prend en considération les avis formulés par des tiers, comme des organismes gouvernementaux ou des syndicats, au sujet du plan. Étant donné qu'une telle procédure peut faire traîner les choses, elle s'avère souhaitable uniquement si elle fait l'objet d'un suivi minutieux et si des délais sont fixés.

b) *Contenu du plan*

175. Dans la plupart des pays, la loi exige que le plan de redressement informe tous les partenaires d'une manière suffisante et claire tant sur la situation financière de l'entreprise que sur la transformation de certains droits proposée par l'initiateur du plan. La question du contenu du plan est étroitement liée à celle de son approbation et de ses effets. Dans la mesure où un plan peut être approuvé et exécuté malgré l'opposition de certains créanciers, il peut être nécessaire de prévoir dans le plan une protection suffisante à leur égard.

176. Le contenu du plan soulève également des questions liées à d'autres dispositions juridiques. Par exemple, dans la mesure où le droit des sociétés, au niveau national, interdit certaines opérations comme la conversion de créances en prises de participation, un plan comportant un tel dispositif ne pourrait pas être approuvé. Comme des mesures de ce type peuvent jouer un rôle important dans l'opération de redressement, il faudrait lever l'interdiction si des dispositions à cet effet devaient être incluses dans le plan et approuvées. De même, si le plan se limite à une remise de dette ou à un rééchelonnement des créances, il risque de ne pas recevoir un appui suffisant de la part des créanciers pour aboutir. Certains dossiers d'insolvabilité soulèvent ainsi des questions relativement simples et peu controversées concernant les relations entre la législation de l'insolvabilité et d'autres lois, alors que d'autres posent des problèmes plus complexes. Il s'agit par exemple des restrictions aux investissements étrangers, en particulier dans les cas où de nombreux créanciers sont des non-résidents, ou du régime applicable aux salariés en vertu de la législation du travail pertinente, dans les cas où le redressement implique éventuellement une modification des conventions collectives.

c) *Approbation et effets du plan*

177. Les dispositions de la loi qui ont trait à l'approbation et aux effets du plan doivent concilier divers éléments antagoniques. D'une part, il peut être souhaitable de trouver un moyen d'imposer un plan convenu à une minorité de créanciers dissidents en vue d'accroître les chances de succès du redressement. De l'autre, dans la mesure où la procédure d'approbation a pour effet de porter largement atteinte aux droits des créanciers sans qu'ils y aient consenti, ceux-ci risquent de n'être guère disposés à accorder des crédits par la suite.

i) Créances garanties et créances prioritaires

178. L'approbation du plan par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires peut faire l'objet de différentes approches. Dans de nombreux cas, les créances garanties représentent une part importante de la dette du débiteur. Or, là où la loi veille à ce que le plan approuvé n'interdise pas aux créanciers garantis d'exercer leurs droits, il n'est généralement pas nécessaire de leur accorder un droit de vote, car leurs intérêts ne risquent pas de pâtir de l'application du plan. Les créanciers prioritaires sont, à cet égard, dans une situation analogue: le plan ne peut amoindrir la valeur de leurs créances et ils sont en droit d'être intégralement remboursés. L'inconvénient de cette approche tient au fait qu'elle peut réduire les chances de succès du redressement, d'autant que les actifs qui garantissent la créance sont parfois essentiels à la réussite du plan: si le créancier garanti décide de faire valoir ses droits, il risque alors d'être impossible d'exécuter le plan. De même, pour que le plan porte ses fruits, il se peut que les créanciers prioritaires doivent accepter de recevoir un montant inférieur à la valeur de leurs créances.

179. Une solution permettant d'aplanir certaines de ces difficultés consiste à permettre aux créanciers garantis et aux créanciers prioritaires de se prononcer séparément sur un plan qui risquerait autrement de porter atteinte à la valeur de leurs créances. Le classement en catégories tient compte du fait que les droits et les intérêts respectifs de ces créanciers diffèrent de ceux des créanciers chirographaires. Dans la mesure où une majorité se prononce en faveur du plan, tant dans la catégorie des créanciers garantis que dans celle des créanciers prioritaires, tous seront liés par les conditions prévues dans le plan. En pareil cas, les lois prévoient généralement que les créanciers qui se sont prononcés contre le plan recevront un montant au moins égal à celui qu'ils auraient obtenu en cas de liquidation.

ii) Créanciers chirographaires

180. Même si les créanciers garantis ou les créanciers prioritaires n'ont pas à s'exprimer, il est souhaitable que les créanciers chirographaires aient réellement les moyens de se prononcer par un vote au sujet du plan. Différents mécanismes peuvent être employés.

181. *Majorité requise.* Certaines lois déterminent le seuil minimal d'appui qui est requis des créanciers chirographaires pour que ceux-ci soient liés par le plan ainsi que les procédures de vote à appliquer pour mesurer cet appui. Un des aspects importants concerne la façon dont les voix sont comptabilisées, l'appui en faveur du plan pouvant être calculé en fonction du seul pourcentage de la valeur de la dette ou bien compte tenu aussi du nombre de créanciers favorables. Certaines lois exigent par exemple que le plan bénéficie d'un soutien correspondant aux deux

tiers de la valeur de la dette et à la moitié du nombre des créanciers. D'autres formules sont également appliquées. Même s'il est ainsi plus difficile de faire approuver le plan, une telle procédure peut se justifier dans la mesure où elle préserve le caractère collectif de l'opération. Dans le cas où un seul créancier détient plus de la moitié de la valeur des créances, une règle de ce type l'empêche d'imposer le plan à tous les autres créanciers contre leur gré.

182. Concernant les procédures de vote, de nombreux pays retiennent la méthode consistant à déterminer l'appui requis en pourcentage des voix exprimées, en considérant que les absents ne s'intéressent guère à la procédure. Pour appliquer une telle méthode, il faut prévoir des dispositions satisfaisantes en matière de notification et les appliquer effectivement, notamment lorsque les créanciers sont des non-résidents.

183. *Catégories.* Certains des pays qui font la distinction entre créanciers garantis et créanciers prioritaires classent également les créanciers chirographaires par catégorie. Le fait de créer des catégories vise à améliorer les perspectives de l'opération de redressement sur trois plans: en déterminant les intérêts économiques propres aux différents créanciers garantis, en prévoyant un cadre pour structurer les dispositions du plan et en offrant au tribunal un moyen de tirer parti de l'appui majoritaire requis d'une catégorie de créanciers pour rendre le plan obligatoire pour d'autres catégories alors qu'elles y sont opposées.

184. *Faculté d'imposer le plan à des catégories de créanciers opposants.* Tout en prévoyant une procédure de vote pour les créanciers garantis et les créanciers prioritaires et en distinguant différentes catégories de créanciers chirographaires, quelques pays disposent en outre d'un mécanisme (clause dite de "cram-down") grâce auquel l'appui d'une catégorie permettra de conférer au plan un caractère obligatoire à l'égard d'autres catégories (y compris celles des créanciers garantis et des créanciers prioritaires) sans leur consentement. Les divisions par catégorie et l'établissement de telles règles sont une source de complexité pour la loi et pour son application par le représentant de l'insolvabilité et le tribunal: en l'occurrence, il peut s'avérer nécessaire d'user d'un large pouvoir discrétionnaire sur des questions d'ordre économique, dont le classement des créanciers chirographaires en catégories par le tribunal en fonction de leurs intérêts économiques. S'il n'est pas exercé en connaissance de cause, en toute indépendance et de façon prévisible, un tel pouvoir risque d'entamer la confiance des créanciers.

185. *Actionnaires.* Dans certaines lois, le plan doit être soumis à l'approbation des actionnaires ou associés, du moins lorsqu'il aura des incidences sur la forme sociale, la structure financière ou la répartition du capital. Au demeurant, lorsque la direction de l'entreprise propose un plan, il se peut que ses dispositions aient déjà été approuvées par les actionnaires (en fonction de l'entreprise, cette condition peut être imposée par les statuts). Tel est souvent le cas lorsque le plan touche directement les actionnaires parce qu'il suppose des conversions de créances en prises de participation, soit par le transfert de parts de capital existantes, soit par la création de nouvelles parts ou actions.

186. Dans les cas où la loi autorise les créanciers ou le représentant de l'insolvabilité à proposer un plan qui envisage une conversion de créances en prises de participation, celui-ci peut, dans certains pays, être approuvé malgré l'opposition des actionnaires, indépendamment des dispositions des statuts de l'entreprise. De ce fait, les actionnaires en place peuvent être, contre leur gré, totalement évincés.

187. *Agrément du tribunal.* Le tribunal est en principe censé approuver un plan qui a été adopté par la majorité requise des créanciers. De nombreux pays confèrent un rôle actif aux tribunaux en leur permettant de faire exécuter le plan à l'encontre de telle ou telle catégorie de créanciers dans des cas où ceux-ci ne l'ont pas approuvé. Inversement, lorsque le plan a été approuvé par la majorité requise des créanciers, le tribunal a en principe compétence pour le rejeter au motif qu'il ne protège pas suffisamment les intérêts de créanciers opposants (par exemple s'ils se trouvent lésés par rapport à ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation) ou qu'il est démontré qu'il y a eu fraude dans le processus d'approbation.

188. Certaines lois laissent également au tribunal la possibilité de rejeter un plan considéré comme non réalisable. Cela peut se justifier par exemple dans les cas où le plan ne s'impose pas aux créanciers garantis et ne prévoit pas le total apurement de leurs créances garanties. Le tribunal peut en pareil cas écarter le plan s'il considère que les créanciers garantis feront valoir leurs droits sur la garantie, ce qui rendrait le plan impossible à exécuter. Une telle éventualité peut être envisagée dans les dispositions relatives à l'élaboration et à l'approbation du plan.

189. Dans plusieurs pays, le tribunal est en outre chargé de contrôler en permanence le débiteur après l'agrément et la confirmation du plan, jusqu'à ce que celui-ci soit mené à bien. Un tel dispositif peut s'avérer important en cas de problèmes d'interprétation touchant au comportement ou aux obligations du débiteur ou d'autres parties.

[*Note au Groupe de travail:*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il convient d'aborder les aspects ci-après en matière de redressement:

a) Rôle du plan de redressement: le plan doit-il être considéré comme le point d'orgue de la procédure de redressement, prévoyant le versement d'un dividende pour solde de tout compte (autrement dit le concordat), ou définit-il la façon dont le débiteur et l'entreprise commerciale doivent être traités pendant la période de redressement, auquel cas il est établi au début de la procédure?

b) Un plan de redressement peut-il être également établi en cas de liquidation?

c) Dispositions minimales du plan de redressement: répartition des fonds et poursuite ou résiliation des contrats qui n'ont pas été entièrement exécutés et des baux qui ne sont pas venus à expiration, règlement des créances, vente du bien grevé, dividende minimal à verser aux créanciers, procédure d'information et d'acceptation, droits liés aux créances contestées en matière de participation au vote

et dispositions à prendre à l'égard de ces créances, droits de vote et pouvoirs des personnes liées à la société ("initiés) et restrictions quant au contenu du plan;

d) Modification du plan de redressement;

e) Passage à la liquidation lorsque le plan n'est pas approuvé ou ne peut être exécuté;

f) Contraintes pesant sur le plan de redressement;

g) Contrôle de l'exécution du plan de redressement;

h) Remise des dettes;

i) Arrêt de la procédure.]

2. Plans de redressement: résumé

[...]

V. Liquidation et répartition

Ordre à établir aux fins de la répartition

1. Remarques générales

190. En vue d'établir un ordre de préférence pour la répartition du produit de la masse en liquidation (collocation), de nombreuses lois se fondent sur le principe général d'un classement des créanciers par catégorie qui tienne compte de leurs relations tant juridiques que commerciales avec le débiteur. En conciliant les unes et les autres, l'objectif est de sauvegarder les intérêts commerciaux légitimes et de conférer un caractère prévisible aux relations commerciales. Même si les politiques de répartition sont fonction de choix qui prennent en considération d'importants intérêts publics, ceux-ci entrent souvent en concurrence avec des intérêts privés et peuvent entraîner une distorsion des incitations commerciales normales.

a) *Créanciers garantis*

191. Le mode de répartition applicable aux créanciers garantis dépend de la méthode employée pour les protéger durant la procédure. Si leurs intérêts ont été protégés en préservant la valeur de la garantie, ils auront une créance de premier rang sur le produit de la vente du bien grevé à concurrence de la valeur de la créance garantie. Si la valeur de la partie garantie de la créance a été fixée à la date de l'ouverture de la procédure, le créancier aura une créance de premier rang sur le produit de la liquidation pour ce qui est de la valeur en question. Il est souhaitable de limiter les exceptions à la règle du premier rang. Une exception peut être prévue dans le cas des dépenses d'administration liées à l'entretien du bien grevé.

b) *Créances d'administration*

192. La procédure d'insolvabilité nécessite dans bien des cas l'assistance de professionnels, tels que le représentant officiel de l'insolvabilité et les conseillers du débiteur ou du représentant de l'insolvabilité. Les comités de créanciers peuvent également avoir des frais à supporter. Toutes les dépenses afférentes à la procédure d'insolvabilité bénéficient souvent de la priorité absolue — en tant que créances d'administration — sur d'autres créances et sont souvent traitées différemment des autres créances, en vue de rémunérer convenablement les parties s'occupant de la procédure d'insolvabilité. De telles dépenses peuvent englober un grand nombre, voire la totalité des dettes postérieures à l'ouverture de la procédure, qu'il s'agisse des honoraires de professionnels à la charge du débiteur, du représentant de l'insolvabilité et du comité des créanciers, ou des créances salariales, des frais de location et autres créances postérieures analogues.

c) *Créanciers privilégiés*

193. Une fois que les créances garanties et les dépenses d'administration ont été réglées, les moyens permettant de répartir les ressources disponibles varient considérablement suivant les pays. Les lois sur l'insolvabilité distinguent souvent des droits prioritaires, autrement dit des droits attribués, en vertu de la législation intérieure, à certaines dettes (principalement des dettes non garanties) qui doivent être réglées avant d'autres dettes non garanties et non privilégiées (ou moins privilégiées). Dans plusieurs pays, des droits prioritaires tels que les créances salariales passent avant ceux de créanciers garantis. De tels droits vont à l'encontre du principe de la répartition *pari passu* et s'exercent au détriment des dettes ordinaires non garanties. Les types de privilèges varient d'un pays à l'autre, mais on distingue le plus souvent deux catégories. La première correspond aux traitements et prestations sociales des salariés (créances au titre de la sécurité sociale et des pensions) et la seconde aux créances fiscales. Certaines lois récemment adoptées en matière d'insolvabilité ont sensiblement réduit le nombre des droits prioritaires, faisant apparaître une évolution dans la façon dont le principe d'un traitement préférentiel est considéré par la population, mais les types de dettes bénéficiant d'une priorité ont tendance à se multiplier dans d'autres pays. Le fait de définir toutes sortes de positions préférentielles pour différents types de créances peut être une source de complications au regard des objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité et risque de nuire à l'efficacité et à l'utilité du processus, en créant du même coup des inégalités et, en cas de redressement, en rendant l'élaboration du plan encore plus complexe.

d) *Créanciers chirographaires*

194. Après l'apurement des créances de tous les créanciers privilégiés, le solde de la masse est distribué, au prorata de leurs créances, aux créanciers chirographaires. Cette catégorie de créanciers peut comporter des subdivisions, certaines créances étant considérées comme subordonnées. Certains pays subordonnent des créances telles que les gratifications, les amendes et pénalités, les prêts des porteurs de parts et les intérêts échus postérieurement à la demande d'ouverture de la procédure sur des créances non garanties, tandis que dans d'autres pays, de telles créances sont exclues.

e) *Propriétaires*

195. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, les propriétaires de l'entreprise ne sont, en règle générale, pas inclus dans la répartition du produit de la liquidation des actifs, tant que les créanciers qui passent avant dans l'ordre de prio-

rité n'ont pas été intégralement remboursés. Ces dispositions peuvent donner lieu ou non au versement d'intérêts. Lorsqu'il est procédé à une distribution, elle sera opérée en fonction des rangs respectifs des parts de capital, spécifiés dans le droit des sociétés et les statuts de l'entreprise.

f) *Mode de répartition*

196. Dans les systèmes où des créances privilégiées de priorité égale sont traitées sur un pied d'égalité après le paiement des dépenses afférentes à la procédure d'insolvabilité, elles sont réglées dans leur intégralité à moins que les actifs destinés à les rembourser ne soient insuffisants, auquel cas elles seraient réduites dans des proportions égales en fonction de leur rang. Ainsi, les créances d'un même rang de priorité seraient réglées intégralement avant que celles du rang suivant puissent être apurées. Une fois atteint un rang de priorité auquel les fonds sont insuffisants pour payer intégralement tous les créanciers, un partage est effectué entre eux, au prorata de leurs créances. Dans certaines lois qui ne prévoient pas un ordre de priorité, tous les créanciers se partagent le produit de la liquidation au prorata de leurs créances s'ils ne peuvent être intégralement payés avec les fonds disponibles. Il peut être souhaitable de prévoir, dans le cadre de la procédure de redressement, le règlement intégral des créances prioritaires en tant que condition *sine qua non* de la confirmation du plan à moins que les créanciers prioritaires touchés ne conviennent d'autres dispositions.

197. [Le plan de redressement peut envisager un ordre de priorité différent de celui qui est prévu par la loi sur l'insolvabilité, à condition qu'une telle modification ait été approuvée par les créanciers appelés à se prononcer par un vote au sujet du plan.]

2. Répartition: résumé

198. Le montant à répartir entre les créanciers serait distribué dans l'ordre suivant:

a) [Créances garanties];

b) Frais et émoluments liés à la nomination, aux obligations et aux fonctions du représentant de l'insolvabilité

c) Dépenses d'administration;

d) [Autres créances approuvées].

199. Les droits prioritaires peuvent être [maintenus dans le cas des créances salariales et d'autres créanciers privilégiés] [réduites au minimum].

200. Les créances classées dans chacune de ces catégories occupent le même rang de priorité les unes vis-à-vis des autres. Toutes les créances d'une catégorie donnée seraient intégralement réglées avant la catégorie suivante. Si les fonds ne sont pas suffisants pour les régler dans leur intégralité, le paiement sera effectué au prorata.

A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2

Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-quatrième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Page
Remarques générales	242
Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	242
Troisième partie: Projet de dispositions législatives	242
Dispositions relatives à la liquidation	242
I. Rapports entre les procédures de liquidation et de redressement	242
II. Conditions d'engagement et d'ouverture de la procédure	242
A. Champ d'application	242
B. Critères d'engagement et d'ouverture de la procédure	243
III. Conséquences de l'ouverture d'une procédure de liquidation	243
A. La masse de l'insolvabilité	243
B. Suspension des poursuites	244
C. Traitement des contrats	244
D. Actions en annulation	244
IV. Administration de la procédure	245
A. Droits et obligations du débiteur	245
B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité	246

	Page
C. Créanciers et créances	246
D. Comité des créanciers	247
V. Liquidation et répartition	247
Ordre à établir aux fins de la répartition	247
Dispositions relatives au redressement	248
II. Conditions d'engagement et d'ouverture de la procédure	248
A. Champ d'application	248
B. Critères d'engagement et d'ouverture de la procédure	248
III. Conséquences de l'ouverture de la procédure	248
A. La masse de l'insolvabilité	248
B. Suspension des poursuites	248
C. Traitement des contrats	248
D. Actions en annulation	248
IV. Administration de la procédure	248
A. Droits et obligations du débiteur	248
B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité	248
C. Créanciers et créances	248
D. Comité des créanciers	248
V. Autres questions propres au redressement	249
A. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	249
B. Plan de redressement	249

[*L'introduction et la première partie du projet de guide législatif sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.54 et la deuxième partie sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1.*]

REMARQUES GÉNÉRALES

1. Les dispositions législatives types présentées dans la troisième partie du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, qui visent à aider le Groupe de travail à examiner les diverses solutions susceptibles d'être apportées à certaines des questions de fond envisagées dans la deuxième partie, tiennent compte de certaines des démarches définies à la section B pour chacun des points considérés. En tant qu'avant-projet, les dispositions en question ont pour objet non pas de consigner telle ou telle approche recommandée, mais plutôt de donner une idée de la façon dont elles pourraient être formulées en termes législatifs. Dans de nombreux cas, elles portent uniquement sur certaines des questions qu'il pourrait être nécessaire d'aborder dans le guide. À ce stade des travaux du Groupe de travail, les dispositions ont été rassemblées dans la troisième partie pour plus de commodité, mais il est prévu de les faire figurer en fin de compte dans le guide législatif proprement dit, à la fin de l'examen analytique de la question à laquelle elles se rapportent.

2. Lorsque le Groupe de travail aura achevé l'examen de la deuxième partie du projet de guide à sa session en cours, il souhaitera peut-être demander au secrétariat de reformuler les dispositions figurant dans la troisième partie en tenant compte des décisions qu'il aura prises.

PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Troisième partie. Projet de dispositions législatives

Dispositions relatives à la liquidation

I. Rapports entre les procédures de liquidation et de redressement

(Voir les dispositions relatives au redressement, au chapitre V.ci-dessous)

II. Conditions d'engagement et d'ouverture de la procédure

A. Champ d'application

1. Les procédures d'insolvabilité concernant tous les débiteurs qui exercent une activité commerciale sont régies par la présente Loi.

2. Les procédures d'insolvabilité concernant [*désigner tous les types d'entités, telles que les banques ou les compagnies d'assurance, qui sont soumises à un régime spécial d'insolvabilité dans l'État adoptant ou que l'État adoptant souhaite exclure de la présente Loi*] ne sont pas régies par la présente Loi.

3. Une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à l'égard d'un débiteur si le centre de ses intérêts principaux se trouve dans le présent État[1].

4. Sauf preuve contraire, une personne morale est présumée avoir le centre de ses intérêts principaux dans le présent État si elle y a son siège statutaire[2].

5. Sauf preuve contraire, une personne physique est présumée avoir le centre de ses intérêts principaux dans le présent État si elle y a sa résidence habituelle.

Notes explicatives

[1]Cette disposition peut être élargie en faisant mention d'un établissement ou des actifs du débiteur dans le présent État.

[2]Le libellé des paragraphes 4 et 5 est directement tiré du paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

B. Critères d'engagement et d'ouverture de la procédure

1. Une demande de liquidation peut être déposée par:

a) Le débiteur lui-même;

b) [Un créancier] [*préciser un nombre de* créanciers] du débiteur;

c) Un organisme [public] [déterminé];

d) [*Autre*].

2. Un débiteur peut déposer une demande de mise en liquidation lorsqu'il est insolvable. Un débiteur est insolvable s'il [est dans l'incapacité] [cesse de façon générale] d'acquitter ses dettes exigibles [ou connaît des difficultés financières qui le rendront incapable de payer ses dettes exigibles].

3. Les créanciers peuvent déposer une demande de mise en liquidation à l'égard d'un débiteur insolvable à condition que:

a) [*préciser un nombre minimal de*][1] créanciers détiennent une créance d'un montant non inférieur à [*préciser un montant minimal*][2] ou, si le débiteur a moins que le nombre minimal spécifié de créanciers, un ou plusieurs créanciers détiennent des créances d'un montant déterminé échues totalisant au moins [*préciser le montant minimal*];

b) [Soit apportée la preuve que le débiteur est insolvable].

4. [*Conditions d'engagement d'une procédure involontaire par un organisme public.*]

5. Le dépôt par un débiteur d'une demande de mise en liquidation est notifié [promptement] [dans un délai de […] jours] aux créanciers et un avis publié dans [*préciser la publication, telle qu'un journal officiel ou un journal national à large diffusion*] dans un délai de […] jours.

6. Le dépôt par les créanciers d'une demande de mise en liquidation est notifié [promptement] [dans un délai de […] jours] au débiteur. Le débiteur a le droit de contester la demande des créanciers dans un délai de […] jours. Le tribunal statue [promptement] [dans un délai de […] jours] sur une telle contestation.

7. [Sauf preuve contraire, les assertions des créanciers quant à la réalité de leurs créances et la cessation des paiements du débiteur sont présumées correctes.]

Notes explicatives

[1]Certains pays précisent que la demande doit être présentée par plusieurs créanciers, dont le nombre varie: 3 (Philippines); 2 (Pays Bas); de 1 à 3 en fonction de critères supplémentaires (États-Unis); [*autres*].

[2]Certains pays exigent que le montant minimal de la dette soit spécifié. Selon la loi des États-Unis, par exemple, une requête de mise en faillite involontaire peut être déposée par trois créanciers auxquels est dû un montant total de 10 775 dollars; si le débiteur a moins de 12 créanciers, une requête involontaire peut également être déposée par un ou deux créanciers.

III. Conséquences de l'ouverture d'une procédure de liquidation

A. La masse de l'insolvabilité

1. L'ouverture de la procédure de liquidation donne naissance à la masse de l'insolvabilité.

2. La masse de l'insolvabilité comprend tous les actifs corporels et incorporels sur lesquels le débiteur a un droit de propriété ou dont il peut se prévaloir de quelque autre manière, notamment:

a) Toutes les créances et tous les droits contractuels sur lesquels le débiteur a des droits réels ou dont il peut se prévaloir de quelque autre manière;

b) Tous les droits prévus par la loi et les droits publics auxquels le débiteur peut prétendre et qui ont ou sont susceptibles d'avoir une valeur pécuniaire.

3. Les actifs visés au paragraphe 2 sont inclus dans la masse s'ils existent à l'ouverture de la procédure de liquidation ou s'ils naissent après cette ouverture du fait de circonstances antérieures à celle-ci [sous réserve, dans tous les cas, des sûretés et des droits des tiers valables].

4. La masse de l'insolvabilité comprend également tous les actifs recouvrés par le représentant de l'insolvabilité par des actions en annulation.

5. Si le débiteur est une personne physique, la masse de l'insolvabilité ne comprend pas: [*préciser les actifs à exclure, tels que certains biens personnels et les biens nécessaires au débiteur pour gagner sa vie*].

B. Suspension des poursuites

1. Dès l'ouverture d'une procédure de liquidation:

a) L'ouverture ou la continuation d'actions en justice ou de poursuites individuelles visant les actifs, les

droits, les obligations ou les engagements du débiteur est suspendue;

b) Les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur sont suspendues; et

c) Le droit de transférer les actifs du débiteur, les grever ou d'en disposer autrement est suspendu.

2. Le paragraphe 1 du présent article ne porte pas atteinte au droit d'engager des actions en justice ou des poursuites individuelles dans la mesure nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur[1].

3. La suspension des poursuites s'applique à tous les créanciers du débiteur, y compris les créanciers titulaires de sûretés, les créanciers privilégiés, les créanciers détenant des sûretés légales et les réclamants publics.

Variante A

[4. La suspension des poursuites s'applique aux créanciers titulaires d'une sûreté pendant une période de [...] jours. À l'expiration de cette période, la suspension peut être prorogée par le tribunal à condition que [*énoncer les conditions à remplir, par exemple que la sûreté ne soit pas indispensable à la vente de l'entreprise, que la prorogation de la suspension soit nécessaire pour permettre au représentant de l'insolvabilité de maximiser la valeur de la masse [et] [ou] que le créancier titulaire de sûretés ne subisse aucun préjudice substantiel affectant la valeur de sa sûreté ou [...]*][2].]

Variante B

[4. La suspension des poursuites peut être levée à l'égard d'un créancier titulaire d'une sûreté en ce qui concerne les actifs servant de sûreté, à condition que [*énoncer les conditions à remplir, par exemple que la valeur des actifs grevés par le créancier concerné soit inférieure au montant de la créance garantie, ou si la valeur de la sûreté détenue par le créancier concerné est substantiellement réduite du fait du maintien de la suspension et si la protection du créancier titulaire d'une sûreté ne peut être assurée ou [...]*].]

Notes explicatives

[1]Les paragraphes 1 et 2 reprennent le libellé des alinéas *a* à *c* du paragraphe 1 et du paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

[2]Les formulations envisagées pour le paragraphe 4 correspondent à deux démarches différentes, la première limitant la durée de la suspension applicable aux créanciers titulaires d'une sûreté à une période déterminée susceptible d'être prorogée, la seconde prévoyant l'application de la suspension pendant la durée de la procédure, avec la possibilité de la lever dans certaines circonstances.

C. Traitement des contrats

1. Le représentant de l'insolvabilité peut maintenir ou résilier toutes les obligations contractuelles du débiteur autres que [*spécifier les exclusions*].

2. Le représentant de l'insolvabilité tient compte d'un délai de préavis minimal de [...] jours pour résilier les contrats suivants: [*spécifier les types de contrats, par exemple les contrats de travail conclus avec les salariés du débiteur*].

3. Le [représentant de l'insolvabilité] [tribunal] peut [annuler] [considérer comme nulle et sans effet] toute clause contractuelle prévoyant la résiliation d'un contrat lors de l'ouverture d'une procédure de liquidation. Cette disposition ne s'applique pas à [...].

4. Lorsque le représentant de l'insolvabilité ne déclare pas dans un délai raisonnable que les obligations contractuelles du débiteur seront dûment exécutées, le créancier a la faculté de poursuivre ou de résilier le contrat.

5. [En cas de résiliation d'une obligation contractuelle du débiteur, une créance antérieure à l'ouverture de la procédure doit être approuvée pour tout préjudice pécuniaire résultant de la résiliation.] [La résiliation d'un contrat donne lieu à une créance non garantie correspondant au préjudice causé par ladite résiliation.]

6. Le représentant de l'insolvabilité peut rétablir un contrat qui, en raison d'un défaut de paiement de la part du débiteur, a été résilié par un créancier dans les [...] jours précédant l'ouverture de la procédure de liquidation, à condition qu'il soit remédié au défaut de paiement par le versement intégral de toutes les sommes dues. Cette disposition ne s'applique pas à: [...].

7. Le représentant de l'insolvabilité peut céder à un tiers, à titre onéreux, un contrat [qui a été poursuivi], sous réserve de l'agrément [de l'autre partie] [des créanciers] [du tribunal]. [Lorsqu'un contrat est cédé, le cessionnaire doit être en mesure de l'exécuter et peut être tenu de fournir une garantie d'exécution].

8. Toutes les obligations contractuelles que le représentant de l'insolvabilité maintient deviennent des obligations de la masse de l'insolvabilité à compter de l'ouverture de la procédure de liquidation. [Le créancier peut exiger du représentant de l'insolvabilité qu'il fournisse une garantie].

D. Actions en annulation

1. Le représentant de l'insolvabilité a le droit d'annuler ou de priver d'effet de quelque autre manière les actes préjudiciables aux créanciers, tels que le transfert de biens ou de droits, la constitution de charges sur des biens et les obligations contractées. Cette disposition ne s'applique pas à: [...].

2. Les actes préjudiciables sont annulables lorsque le représentant de l'insolvabilité apporte la preuve que:

a) Le débiteur entendait frauder les créanciers, ou a fait échouer ou freiné les efforts visant à recouvrer des créances ("actes frauduleux");

b) L'acte du débiteur n'a pas donné lieu à une contrepartie monétaire équitable et le débiteur était insolvable au

moment où l'acte a eu lieu, ou a été rendu insolvable en raison de celui-ci ("actes sous-évalués"); ou

c) L'acte a eu lieu dans les [...] [jours] [mois] précédant [l'engagement] [l'ouverture] de la procédure de liquidation au profit d'un créancier, en raison d'une dette [et, du fait de cet acte, le créancier recevra plus que la part des actifs du débiteur qui lui revient légitimement] ("actes préférentiels").

3. Les actes préjudiciables qui ont lieu après l'engagement de la procédure mais avant son ouverture sont considérés comme tels et annulables, sauf s'ils ont été autorisés par un représentant provisoire de l'insolvabilité[1].

4. Une compensation intervenant dans les [...] [jours] [mois] qui précèdent [l'engagement] [l'ouverture] de la procédure de liquidation est [n'est pas] considérée comme préjudiciable et annulable.

5. Les périodes suivantes s'appliquent aux actes préjudiciables ayant lieu avant [l'engagement] [l'ouverture] de la procédure de liquidation:

a) [...] [mois] [ans] avant [l'engagement] [l'ouverture], dans le cas d'actes frauduleux;

b) [...] [jours] [mois] avant [l'engagement] [l'ouverture], dans le cas d'actes sous-évalués ou d'actes préférentiels impliquant des créanciers qui ont des liens commerciaux ou familiaux étroits avec le débiteur;

c) [...] [jours] [mois] avant [l'engagement] [l'ouverture], dans le cas d'actes préférentiels impliquant des créanciers qui n'ont pas de liens commerciaux ou familiaux étroits avec le débiteur.

6. Les règles suivantes s'appliquent aux transferts en faveur des créanciers qui ont des liens commerciaux ou familiaux étroits avec le débiteur: [*spécifier les périodes suspectes et les éléments de preuve à invoquer*].

7. La responsabilité d'un créancier ou d'une autre personne ayant participé à un acte frauduleux avec le débiteur n'est pas mise en cause, et l'acte n'est pas annulé, dans la mesure où le créancier ou l'autre personne a payé un prix suffisant et [ne connaissait pas] [ne connaissait ni ne pouvait connaître] l'intention du débiteur de frauder les créanciers.

8. La responsabilité d'un créancier ou d'une autre personne ayant participé à un acte sous-évalué avec le débiteur n'est pas mise en cause, et l'acte n'est pas annulé, lorsque ce créancier et l'autre personne n'avaient pas de liens commerciaux ou familiaux étroits avec le débiteur et [ne savaient pas] [ne savaient ni ne pouvaient savoir] que le débiteur était insolvable au moment de l'acte ou qu'il avait été rendu insolvable en raison de celui-ci.

Variante A

9. La responsabilité d'un créancier ayant participé à un acte préférentiel avec le débiteur n'est pas mise en cause et l'acte ne devrait pas être annulé, lorsque l'acte:

a) A coïncidé dans une large mesure avec la naissance de la créance;

b) A été suivi d'un nouvel apport de valeur du créancier au débiteur; ou

c) S'est produit dans le cours normal des affaires.

Variante B

9. La responsabilité d'un créancier ayant participé à un acte préférentiel avec le débiteur n'est pas mise en cause, et l'acte n'est pas annulé, lorsque le créancier [ne savait pas] [ne savait ni ne pouvait savoir] que le débiteur était insolvable au moment de l'acte ou avait été rendu insolvable en raison de celui-ci.

10. Lorsqu'une opération relève des paragraphes 2 à 4 ci-dessus, le représentant de l'insolvabilité peut demander la restitution des actifs transférés, ou en recouvrer la valeur [auprès du bénéficiaire du transfert] [auprès de la personne ayant participé à l'acte].

Note explicative

[1]Certains régimes d'insolvabilité prévoient la désignation d'un représentant provisoire de l'insolvabilité après l'engagement mais avant l'ouverture de la procédure. Le représentant provisoire de l'insolvabilité peut avoir des pouvoirs leur permettant notamment d'autoriser diverses opérations qui ne seraient alors pas annulables après l'ouverture.

IV. Administration de la procédure

A. Droits et obligations du débiteur

1. Dans une procédure de liquidation comme dans une procédure de redressement, le débiteur a le droit d'être entendu sur toute question concernant cette procédure.

2. Le débiteur fournit au tribunal, au représentant de l'insolvabilité [et, lorsqu'il y a lieu, au comité des créanciers] toutes informations utiles pour la procédure [*telles que ses livres et pièces comptables qui sont en sa possession ou auxquels il a accès ou dont il a connaissance concernant tous les créanciers auprès desquels il est ou peut être endetté, son actif et son passif, ses opérations commerciales, ses recettes et ses dépenses courantes ainsi que les transferts d'actifs effectués par lui ou en son nom à l'ouverture de la procédure et dans les [...] jours qui précèdent cette ouverture*].

3. [Le débiteur se soumet à un examen concernant ses actifs et son activité lorsque demande lui en est faite par le [représentant de l'insolvabilité] [tribunal] [ou de toute autre manière spécifiée par la présente Loi].

4. Le débiteur coopère avec le représentant de l'insolvabilité en toutes autres matières, pour que ce dernier puisse s'acquitter de sa mission, y compris agir en demande ou en défense dans des instances concernant le débiteur et la masse de l'insolvabilité[1].

5. La gestion de l'entreprise débitrice est assurée par le représentant de l'insolvabilité ou placée sous son contrôle.

Note explicative

[1]Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question connexe de l'obligation de renseignement d'un débiteur. Comme celle-ci peut porter sur des faits susceptibles d'entraîner des poursuites pour une infraction pénale ou administrative, elle risque de soulever des problèmes sortant du champ d'application du présent guide législatif et relevant davantage du droit pénal. Les informations communiquées par le débiteur conformément à cette obligation peuvent être utilisées ou non à son encontre dans le cadre d'une procédure pénale.

B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité

1. Un représentant de l'insolvabilité est nommé par le tribunal [au moment de l'ouverture de la procédure] [si cette nomination sert au mieux les intérêts des différentes parties concernées]. Le représentant de l'insolvabilité peut être une personne physique [ou morale].

2. Le représentant de l'insolvabilité [satisfait aux conditions suivantes] [possède les qualifications suivantes]: [*préciser les qualifications, par exemple, indépendance, connaissances nécessaires en droit, expérience des questions commerciales [...]*].

3. À la demande de [*préciser qui*], le tribunal peut révoquer le représentant de l'insolvabilité pour manquement à ses obligations.

4. En cas de décès, démission ou révocation du représentant de l'insolvabilité, le tribunal nomme un successeur. Une vacance de la charge de représentant de l'insolvabilité ne met pas fin à une procédure quelle qu'elle soit dans laquelle le représentant de l'insolvabilité a comparu en qualité de représentant de la masse de l'insolvabilité et son successeur se substitue à lui en tant que partie compétente dans une telle procédure.

5. Le tribunal peut révoquer le représentant de l'insolvabilité s'il est établi que ce dernier a fait preuve [d'incompétence] [de négligence] grave. Peut constituer une preuve de cette [incompétence] [négligence] le fait pour le représentant de l'insolvabilité de ne pas remplir les obligations qui lui incombent, de mener des activités frauduleuses ou illégales ou de causer une perte pécuniaire excessive. Les créanciers, par un vote à la majorité de [*préciser le quantum, par exemple les trois quarts*], peuvent demander la révocation du représentant de l'insolvabilité au tribunal. Une fois la révocation prononcée, le tribunal nomme un successeur au représentant de l'insolvabilité.

6. Dans une procédure de liquidation, le représentant de l'insolvabilité est responsable de la masse de l'insolvabilité et ses [fonctions] [droits et obligations] sont notamment:

a) Représenter la masse de l'insolvabilité;

b) Avoir capacité exclusive pour agir en demande et en défense au nom de la masse de l'insolvabilité;

c) Prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver et maintenir dans un état raisonnable tout actif compris dans la masse de l'insolvabilité;

d) Inscrire les droits de la masse (lorsque l'inscription est nécessaire pour rendre ces droits opposables aux acquéreurs de bonne foi);

e) Demander au tribunal l'autorisation de faire appel aux comptables, avocats, experts et autres spécialistes susceptibles de l'aider à s'acquitter de sa mission;

f) Entendre le débiteur et toute personne ayant traité avec ce dernier afin d'examiner les affaires financières du débiteur et d'établir l'existence, l'emplacement, l'importance et l'état de tout actif qui, selon lui, devrait entrer dans la masse de l'insolvabilité;

g) Demander au tribunal de prendre une ordonnance obligeant toute personne à remettre un actif compris dans la masse de l'insolvabilité ou empêchant toute personne de disposer d'un actif compris dans cette masse;

h) Examiner et admettre des créances et établir un relevé des créances admises et des créances contestées;

i) Répondre aux demandes raisonnables d'information concernant la masse de l'insolvabilité ou son administration, sauf restriction imposée par le tribunal;

j) Présenter au tribunal des rapports périodiques sur la gestion de la masse de l'insolvabilité. Les rapports contiennent: [*préciser les éléments devant figurer dans le rapport, tels que des précisions sur les actifs vendus pendant la période considérée, les prix obtenus, les frais de vente, ainsi que les informations que le tribunal peut demander ou que le comité des créanciers peut raisonnablement demander*];

k) Assister aux réunions des créanciers et du comité des créanciers et faire rapport sur la gestion de la masse de l'insolvabilité. Le rapport contient: [*préciser le contenu*];

l) Vendre les actifs compris dans la masse de l'insolvabilité au meilleur prix pouvant être raisonnablement obtenu sur le marché [libre];

m) Liquider la masse de manière rapide, efficace, au mieux des intérêts des [créanciers] [différentes parties concernées];

n) Présenter au tribunal un rapport et un compte finals concernant l'administration de la masse de l'insolvabilité.

7. Le représentant de l'insolvabilité demande au tribunal l'autorisation de recouvrer les dépenses raisonnables qu'il a engagées dans l'exercice de sa mission [*préciser les modalités de calcul de la rémunération*].

C. Créanciers et créances

1. Chaque créancier [antérieur à l'ouverture de la procédure] est fondé à faire valoir ses créances sur la masse dans un délai de [...] jours après [l'ouverture de la procédure de liquidation] [la notification de l'ouverture de la procédure par le [tribunal] [représentant de l'insolvabilité]].

2. Pour faire valoir une créance, le créancier fournit au [tribunal] [représentant de l'insolvabilité] les informations suivantes:

a) Le montant de la créance;

b) La cause de la créance;

c) [Si la créance est assortie d'une sûreté et la nature ou l'objet de cette sûreté].

3. Le montant de la créance est estimé à l'ouverture de la procédure de liquidation [dans la monnaie du présent État]. Aucun intérêt n'est servi pour des créances non garanties après l'ouverture de la procédure de liquidation.

4. Le représentant de l'insolvabilité admet ou rejette les créances. Les créances d'un montant indéterminé, les créances garanties et les créances contestées peuvent être provisoirement admises en attendant l'estimation de la créance ou de la sûreté ou encore le règlement du différend concernant la créance.

5. Un créancier peut demander au tribunal de prononcer l'admission ou le rejet provisoire d'une créance à des fins de vote uniquement.

6. Le représentant de l'insolvabilité présente au tribunal une liste (un tableau) de toutes les créances admises, provisoirement admises et rejetées. Cette liste est disponible pour consultation et le représentant de l'insolvabilité le fait savoir à tous les créanciers.

7. Chaque créancier peut contester, pour chaque créance, le montant, la façon dont elle a été inscrite ou son omission dans la liste de créances, dans un délai de [...] jours après [la notification de] la publication de la liste.

8. Le tribunal traite chaque créance contestée [dans un bref délai] [dans *préciser le délai*].

9. Lorsqu'une décision finale a été rendue concernant une créance provisoirement admise, rejetée ou contestée, [un créancier peut demander au représentant de l'insolvabilité de modifier] [le représentant de l'insolvabilité modifie] la liste des créances en conséquence.

D. Comité des créanciers

1. Un comité des créanciers peut être nommé dans une procédure de liquidation [à moins que les créanciers choisissent de ne pas y participer]

2. Le comité des créanciers a pour tâche de surveiller la procédure de liquidation et de se concerter avec le représentant de l'insolvabilité au sujet de la disposition d'actifs importants, la conduite d'importantes actions en justice, du fonctionnement de l'entreprise du débiteur et [...]. Le comité peut faire objection aux actions du représentant de l'insolvabilité et présenter de telles objections au tribunal.

3. Le comité est [nommé par le [tribunal] [représentant de l'insolvabilité]] [choisi à la majorité des voix des créanciers présents à la réunion initiale des créanciers sur la base de [*spécifier des critères*], sous réserve de la confirmation du tribunal].

4. Le comité ne comprend pas plus de [*spécifier un nombre impair*] créanciers [titulaires et] non titulaires d'une sûreté sélectionnés sur la base de [*spécifier des moyens, notamment la consultation d'une liste des créanciers établie par le débiteur*].

5. Une réunion initiale des créanciers est organisée pour examiner la situation du débiteur, étudier le plan d'action du représentant de l'insolvabilité et traiter les autres questions relevant de la mission du comité.

6. Pour assurer le respect du principe de responsabilité, le comité des créanciers peut examiner la masse de l'insolvabilité et la situation financière du débiteur, y compris ses livres de comptes, registres et opérations financières.

7. Aucune action engagée par les membres du comité ès qualités ne met en cause leur responsabilité, à moins que le tribunal ne constate que [le comité a manqué à son obligation fiduciaire envers les créanciers] [le comité ou l'un quelconque de ses membres a commis une irrégularité]. Tout membre du comité peut être relevé de ses fonctions par le tribunal s'il s'avère qu'il a agi de façon frauduleuse ou illégale, ou a abusé de quelque autre manière de sa position au comité.

8. Pour l'aider dans ses travaux, et avec l'agrément du [tribunal] [représentant de l'insolvabilité], le comité des créanciers peut faire appel aux services d'un ou d'une secrétaire, de consultants et de professionnels qui seront rémunérés sur les actifs de la masse de l'insolvabilité.

9. Chaque membre du comité dispose d'une voix et les décisions sont prises à la majorité. [Les membres s'abstiennent de voter en cas de conflit d'intérêts].

10. Tous les créanciers ont le droit [de prendre part aux] [d'être consulté sur les] décisions suivantes:

a) Décision de mettre fin à la procédure, les conditions de libération du débiteur devant faire l'objet d'un accord avec les créanciers;

b) Décision de convertir la procédure de liquidation en procédure de redressement;

c) Décision de vendre la quasi-totalité des actifs de l'entreprise en tant qu'entreprise viable.

V. Liquidation et répartition

Ordre à établir aux fins de la répartition

1. Pour la répartition entre les créanciers du produit de la liquidation, le représentant de l'insolvabilité suit, pour les sommes distribuables, l'ordre ci-après:

a) Premièrement, tous les frais et émoluments liés à la nomination, aux obligations et aux fonctions du représentant de l'insolvabilité;

b) Deuxièmement, [les dépenses d'administration];

c) Troisièmement, [toutes les autres créances admises].

2. Dans chacune des catégories ci-dessus, les dettes sont de même rang et doivent être payées intégralement avant celles des créanciers de la catégorie suivante. Si les fonds disponibles sont insuffisants pour désintéresser tous les créanciers d'une catégorie donnée, le paiement est effectué au prorata de leurs créances.

3. Si toutes les créances susmentionnées ont été intégralement payées, le représentant de l'insolvabilité distribue l'excédent, tout d'abord au titre du paiement de tout intérêt sur les créances approuvées, calculé à compter de la date pertinente, puis au profit des actionnaires ou du débiteur en fonction de leurs droits respectifs.

Dispositions relatives au redressement

II. Conditions d'engagement et d'ouverture de la procédure

A. Champ d'application

Mêmes paragraphes 1 à 5 que pour la liquidation.

B. Critères d'engagement et d'ouverture de la procédure

Mêmes paragraphes 1 à 7 que pour la liquidation.

Autres dispositions envisageables pour les propositions de redressement

Mêmes paragraphes 1 et 4 à 7 que pour la liquidation, les paragraphes 2 et 3 étant modifiés comme suit:

2. Un débiteur peut faire une proposition de redressement lorsqu'il est [insolvable] [en situation financière difficile].

3. Les créanciers peuvent faire une proposition de redressement à l'égard d'un débiteur à condition que:

a) [*préciser un nombre minimal de*][1] créanciers aient une créance d'un montant non inférieur à [*préciser un montant minimal*][2] ou, si le débiteur a moins que le nombre minimal spécifié de créanciers, un ou plusieurs créanciers détiennent des créances d'un montant déterminé échues totalisant au moins [*préciser le montant minimal*];

b) [le débiteur soit [insolvable] [en situation financière difficile]] [les droits des créanciers aient été lésés.]

III. Conséquences de l'ouverture de la procédure

A. La masse de l'insolvabilité

Mêmes paragraphes 1 à 5 que pour la liquidation.

B. Suspension des poursuites

Mêmes paragraphes 1 à 3 que pour la liquidation, avec les dispositions supplémentaires suivantes:

4. La suspension des poursuites peut être levée à l'égard d'un créancier titulaire d'une sûreté en ce qui concerne les actifs faisant l'objet de la sûreté si:

a) La valeur de la sûreté détenue par le créancier se trouvera réduite de façon substantielle du fait du maintien de la suspension et la protection du créancier titulaire de la sûreté ne peut être assurée;

b) Le débiteur est dans l'incapacité de proposer un plan à ses créanciers dans les [...] jours suivant l'ouverture de la procédure; ou

c) Le [tribunal] [représentant de l'insolvabilité] considère que la poursuite de la procédure de redressement ne sert pas au mieux les intérêts des créanciers.

5. Aucune demande de mise en liquidation à l'égard du débiteur ne peut être présentée ou introduite tant que la procédure de redressement n'a pas été menée à bien, annulée ou convertie en procédure de liquidation par le tribunal.

C. Traitement des contrats

Mêmes paragraphes 1 à 8 que pour la liquidation.

D. Actions en annulation

Mêmes paragraphes 1 à 10 que pour la liquidation.

IV. Administration de la procédure

A. Droits et obligations du débiteur

Mêmes paragraphes 1 à 5 que pour la liquidation.

B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité

Mêmes paragraphes 1 à 7 que pour la liquidation, mis à part la suppression des alinéas *l* et *m* du paragraphe 6 et l'ajout de la disposition suivante:

(...) Exécuter le plan tel qu'il a été approuvé par les créanciers et confirmé par le tribunal.

C. Créanciers et créances

Mêmes paragraphes 1 à 9 que pour la liquidation.

D. Comité des créanciers

Mêmes paragraphes 1 à 10 que pour la liquidation.

V. Autres questions propres au redressement

A. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Si le représentant de l'insolvabilité considère qu'un financement supplémentaire est nécessaire pour le maintien du débiteur ou la continuation de son activité, il peut autoriser le débiteur à conclure des accords de financement et à constituer des sûretés sur ses biens.

2. Tout financement postérieur à l'ouverture de la procédure, approuvé au titre du paragraphe 1, représente une dépense engagée au cours de la période de redressement, à régler en priorité.

3. Une sûreté constituée sur un bien du débiteur en vue d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, approuvé au titre du paragraphe 1, n'a pas la priorité sur une sûreté existante, constituée sur le même bien, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient du titulaire de la sûreté existante un accord écrit à cet effet.

B. Plan de redressement

Contenu de la proposition de redressement

1. Une proposition de redressement présente:

a) Les modalités du redressement envisagé ("le plan");

b) Un état de la situation du débiteur donnant des précisions sur ses créanciers [et leur créances], ses actifs, ses dettes et autres engagements;

c) [Les autres renseignements prescrits dans un règlement adopté conformément à la présente loi].

Nomination d'un représentant provisoire de l'insolvabilité

1. Lorsqu'une proposition de redressement a été présentée, le tribunal nomme un représentant provisoire de l'insolvabilité.

2. Le représentant provisoire de l'insolvabilité évalue les chances d'approbation, de confirmation et d'exécution du plan.

3. Le représentant provisoire de l'insolvabilité remet son rapport au tribunal dans les [...] jours qui suivent la présentation de la proposition de redressement.

4. Si le tribunal le juge approprié, il peut convoquer une réunion du débiteur et de ses créanciers pour faire approuver la proposition de redressement.

5. Tout créancier du débiteur a le droit de participer à cette réunion, de voter sur la proposition et de proposer des modifications.

Contenu du plan

1. Le plan de redressement:

a) Énumère et classe toutes les créances non éteintes à l'encontre du débiteur;

b) Précise toute catégorie de créances qu'il affecte;

c) Précise le traitement applicable à toute catégorie de créances qu'il affecte;

d) Spécifie les moyens de sa mise en œuvre [parmi lesquels:

i) Conservation par le débiteur d'une partie de la masse de l'insolvabilité;

ii) Restructuration de l'entreprise débitrice, y compris par fusion, ou concentration;

iii) Vente de toute partie de la masse, grevée ou non, ou répartition de toute partie de la masse entre ceux qui ont des droits sur cette dernière;

iv) Paiement de toute sûreté;

v) Modification des droits des créanciers titulaires de sûreté, [autres que...] ou des créanciers chirographaires;

vi) Actions en annulation;

vii) Mesures pour la poursuite, la cession ou la résiliation de tout contrat en cours [, y compris de tout bail non venu à expiration];

viii) Mesures pour le règlement, l'ajustement, le maintien ou l'exécution de toute créance du débiteur;

ix) Toute autre mesure jugée appropriée pour faciliter le succès d'un redressement de l'entreprise débitrice.]

3. Aux fins de la présente loi, une catégorie de créances n'est pas affectée dans le cadre d'un plan lorsque celui-ci ne modifie pas les droits dont les créanciers de cette catégorie peuvent se prévaloir au titre de leurs créances.

Restrictions applicables au contenu du plan

1. Un plan peut inclure une créance dans une catégorie donnée uniquement si cette créance est substantiellement analogue aux autres créances de cette catégorie.

2. Un plan prévoit le même traitement pour chaque créance d'une catégorie donnée, à moins qu'un créancier n'accepte que sa créance fasse l'objet d'un traitement moins favorable.

3. Aucun plan ne porte atteinte aux droits d'un créancier titulaire d'une sûreté sans l'accord de celui-ci.

4. Lorsque le débiteur est une personne physique, un plan proposé par une entité morale autre que lui-même ne peut prévoir l'utilisation, la vente ou la location de biens [non compris dans la masse de l'insolvabilité] [expressément exclus de la masse de l'insolvabilité], à moins qu'il y consente.

5. La proposition n'est pas confirmée par le tribunal, si:

a) Les créances non privilégiées reçoivent la priorité sur les créances privilégiées; ou

b) Les créanciers privilégiés doivent être payés autrement que dans la proportion de leurs créances. Cette disposition ne s'applique pas lorsque les créanciers privilégiés qui reçoivent une moindre proportion y ont consenti par écrit.

Acceptation du plan

1. Chaque créancier peut accepter ou rejeter le plan.

2. Un plan est accepté par une catégorie de créanciers s'il l'a été par des créanciers détenant au moins [*deux tiers du montant*] et [*plus de la moitié du nombre*] des créances de cette catégorie.

3. Un plan est accepté s'il l'a été par la majorité en nombre des catégories de créanciers qui y sont visés.

4. Lorsqu'un plan n'affecte pas une catégorie de créance, chaque créancier de cette catégorie est de ce fait réputé avoir accepté le plan. Il n'est pas nécessaire de solliciter l'agrément des créanciers de cette catégorie.

Confirmation du plan

1. Une fois le plan accepté, le tribunal invite tous les créanciers à participer à une audience pour le confirmer.

2. Le tribunal refuse de confirmer le plan si:

a) L'actif du débiteur est, dans le plan, [nettement] supérieur à son passif;

b) L'exécution du plan est insuffisamment garantie;

c) Le plan a été conclu à la suite d'opérations frauduleuses ou de la préférence injustifiée accordée à un ou plusieurs créanciers, ou par d'autres moyens déloyaux.

Effets de la confirmation du plan

1. Un plan approuvé conformément aux règles énoncées à l'article [...] et confirmé par le tribunal lie le débiteur et tous les créanciers, [titulaires ou non de sûreté].

Annulation du plan

1. Le tribunal peut annuler un plan après sa confirmation s'il constate que:

a) Le plan approuvé à la réunion des créanciers lèse injustement les intérêts d'un ou de plusieurs d'entre eux;

b) Une grave irrégularité a été commise à la réunion des créanciers ou en liaison avec celle-ci.

2. Une demande d'annulation du plan, après la confirmation de celui-ci, peut être présentée par:

a) Une personne exclue de la participation à la réunion ou du vote sur le plan;

b) Le représentant de l'insolvabilité;

c) [...].

Limites à la possibilité de modifier le plan

1. L'initiateur d'un plan peut modifier celui-ci à tout moment avant sa confirmation [, à condition que le plan tel que modifié satisfasse aux conditions énoncées dans la présente loi].

2. L'initiateur d'un plan [ou le débiteur] peut modifier le plan à tout moment après sa confirmation et avant que sa réalisation ne soit trop avancée, à condition que le plan tel que modifié satisfasse aux conditions énoncées dans la présente loi.

3. Tout créancier qui a accepté ou rejeté un plan est réputé avoir accepté ou rejeté le plan tel que modifié. Cette disposition ne s'applique pas lorsque le créancier, dans [un délai de [...] jours] [le délai fixé par le tribunal], notifie au tribunal son opposition à la modification.

4. Aucune modification proposée qui porte atteinte au droit qu'a un créancier titulaire d'une sûreté de réaliser sa sûreté n'a effet à moins que le créancier n'ait approuvé cette modification.

Conversion de la procédure

1. Le tribunal convertit la procédure de liquidation en procédure de redressement si le redressement a des chances de réussir dans [un délai de [...] jours] [un délai raisonnable].

2. Une procédure de liquidation résultant de la conversion d'une procédure de redressement ne peut être reconvertie en procédure de redressement.

3. Le tribunal peut, à tout moment avant la répartition, décider de convertir une procédure de liquidation en procédure de redressement sur la demande [du débiteur] [du représentant de l'insolvabilité] [des créanciers] ou d'office.

4. Le tribunal convertit une procédure de redressement en procédure de liquidation si:

a) Le débiteur ne présente pas le plan de redressement ou les modifications au plan de redressement dans le délai spécifié par le tribunal;

b) Le plan n'est pas accepté par les créanciers;

c) Le plan n'est pas confirmé et une demande de prorogation du délai prévu pour le modifier ou pour présenter un nouveau plan n'est pas approuvée;

d) Les conditions du plan confirmé ne sont pas ou ne peuvent pas être satisfaites;

e) La masse continue de s'amoindrir ou sa valeur ne cesse de diminuer et un redressement ne semble guère probable;

f) Une des conditions de résiliation du plan se réalise;

g) Le débiteur agit de façon frauduleuse ou malhonnête;

h) Les honoraires ou les frais [dont la présente loi impose le paiement] [prescrits dans un règlement adopté conformément à la présente loi] n'ont pas été payés.

4. Le tribunal peut décider de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation sur la demande [du débiteur] [du représentant de l'insolvabilité] [des créanciers] à tout moment avant la fin de l'exécution du plan.

C. Rapport du Secrétaire général sur les différents modes d'approche des procédures extrajudiciaires d'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trente-quatrième session

(A/CN.9/WG.V/WP.55) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-5	251
II.	Rapport de la Banque asiatique de développement	6	252
III.	Groupe de travail de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	7-8	252
IV.	Colloque sur l'insolvabilité internationale organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau	9-12	254
V.	Déclaration de principes du Groupe de spécialistes du crédit (Lender's Group) d'INSOL International pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers	13-21	255
VI.	Proposition tendant à permettre des restructurations dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité contrôlée par un tribunal	22-24	257
VII.	Banque mondiale	25-26	259

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) avait été saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. En examinant cette proposition, la Commission avait noté que divers projets avaient été entrepris par d'autres organisations internationales, telles que le Fonds monétaire international, la Banque mondiale et l'Association internationale du barreau dans le domaine de l'élaboration de normes et de principes pour les régimes d'insolvabilité. Ces projets s'étaient notamment intéressés à l'établissement, dans un certain nombre de pays, de procédures extrajudiciaires d'insolvabilité pouvant se substituer aux procédures judiciaires d'insolvabilité et offrant plus de souplesse ainsi que la possibilité, pour les créanciers, de réagir plus tôt que dans le cadre normal de procédures judiciaires.

2. À sa vingt-deuxième session, en décembre 1999, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a examiné les questions liées aux procédures extrajudiciaires d'insolvabilité en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50, par. 157 à 160), qui prenait en considération les travaux entrepris par d'autres organisations internationales sur ce sujet.

3. Le présent rapport vise à faciliter la poursuite des travaux du Groupe de travail sur les procédures extrajudiciaires d'insolvabilité en rappelant les débats qui ont eu lieu tant à la vingt-deuxième session du Groupe de travail, en décembre 1999, qu'au cours du Colloque sur l'insolvabilité internationale, tenu en décembre 2000, et en présentant un certain nombre de propositions qui ont été élaborées en vue de promouvoir le recours à des procédures extrajudiciaires et de régler certaines des questions que pose le développement de leur utilisation.

4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte de ce contexte et de ces propositions pour examiner s'il est souhaitable ou possible d'élaborer des dispositions législatives sur ce sujet. Il est rappelé qu'à sa trente-troisième session, en 2000, la Commission a décidé de donner pour mandat au Groupe de travail d'examiner notamment la restructuration extrajudiciaire comme l'un des éléments clefs d'un régime efficace régissant l'insolvabilité et les relations entre débiteurs et créanciers. Si le Groupe de travail estime qu'il convient d'entreprendre l'élaboration de dispositions législatives, il souhaitera peut-être examiner si cet exercice devrait former partie intégrante de la préparation du projet de guide législatif, qui vise essentiellement les procédures judiciaires d'insolvabilité, ou s'il pourrait être mené parallèlement à l'élaboration du guide mais en tant que projet connexe distinct, dès lors que le sujet soulève des questions et des préoccupations différentes et qu'il ne fait pas l'objet d'une reconnaissance ou d'une pratique aussi générales que les procédures judiciaires.

5. Les procédures extrajudiciaires sont souvent désignées par des termes différents, comme "restructuration", "sauvetage", "réorganisation", "reconstruction" et "redressement", parfois associés au mot "volontaire". Pour distinguer ces procédures extrajudiciaires volontaires des procédures judiciaires examinées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2, on désignera autant que possible les procédures envisagées dans le cadre du présent rapport par l'expression "procédures extrajudi-

ciaires". Lorsque seront visés les rapports d'autres organisations, la terminologie employée dans ces rapports sera conservée, ce qui explique la présence possible de termes différents dans le présent document.

II. RAPPORT DE LA BANQUE ASIATIQUE DE DÉVELOPPEMENT

6. Les questions relatives aux procédures extrajudiciaires d'insolvabilité ont été examinées dans un rapport de la Banque asiatique de développement (BAsD)[1] où sont exposées les conditions auxquelles sont subordonnées les procédures extrajudiciaires, ainsi que les principales étapes de celles-ci et les problèmes pratiques qui se posent. La BAsD note aussi que la culture commerciale de nombreux pays qu'elle a étudiés pour établir son rapport les incitant à privilégier le règlement des litiges par voie de compromis, il existe probablement une base assez solide sur laquelle s'appuyer pour mettre en place les éléments nécessaires à une approche extrajudiciaire négociée des problèmes que connaissent les débiteurs insolvables ou en difficulté financière. Le passage suivant, qui reprend les paragraphes 158 à 160 du document A/CN.9/WG.V/WP.50, a été examiné par le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-deuxième session, en décembre 1999:

> "158. Le rapport de la BAsD (p. 24 du texte anglais) énonce un certain nombre de conditions bien définies qui doivent être réunies au départ pour assurer l'efficacité des procédures extrajudiciaires. Ces conditions sont les suivantes: sommes importantes exigibles par un certain nombre de créanciers différents, généralement des banques ou d'autres institutions financières; préférence pour la négociation d'un accord de règlement des difficultés financières du débiteur; existence de techniques de financement, garanties, et autres techniques commerciales relativement complexes susceptibles d'être utilisées pour réaménager ou restructurer les dettes; recours obligatoire à la loi sur l'insolvabilité en cas d'échec de la procédure extrajudiciaire; et perspectives pour tous d'une solution plus avantageuse par la négociation que par la procédure judiciaire.
>
> "159. La procédure extrajudiciaire se déroule en plusieurs étapes: création d'un centre où débiteur et créanciers peuvent rechercher et négocier un accord de règlement des difficultés financières du premier; nomination d'une banque créancière en qualité de responsable de l'organisation et de la conduite de la procédure; constitution d'un comité "directeur" des créanciers; accord de suspension des actions des créanciers et du débiteur comparable à la suspension des actions et poursuites dans la procédure judiciaire; et communication d'informations sur la situation du débiteur, ses activités, sa position commerciale, etc.
>
> "160. Dans son rapport (p. 25 à 27 du texte anglais), la BAsD soulève un certain nombre de questions qu'il faudrait régler pour mettre au point une procédure extrajudiciaire: déterminer la partie qui peut engager la procédure et les outils susceptibles d'être utilisés pour en assurer le déroulement; savoir dans quelle mesure il faudrait faire intervenir des experts et des conseillers; définir les moyens de résoudre les litiges entre créanciers, en particulier dans le cas des créances préférentielles concurrentes; prendre en compte les dissidents et les créanciers qu'il peut ne pas être possible de faire intervenir activement dans la procédure tout simplement à cause de [leur] nombre; assurer le financement régulier de l'entité débitrice; et établir des priorités pour assurer ce financement."

III. GROUPE DE TRAVAIL DE LA CNUDCI SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

7. Les paragraphes suivants sont extraits du rapport de la vingt-deuxième session (décembre 1999) du Groupe de travail (document A/CN.9/469, par. 105 à 112 et 115 à 121):

> "105. À différents stades des débats [relatifs aux procédures informelles d'insolvabilité] a été évoqué le fait qu'un débiteur en situation d'insolvabilité et ses créanciers engageaient souvent des négociations collectives extrajudiciaires afin de trouver une solution amiable aux difficultés financières dudit débiteur. Il a été noté que des négociations de ce type (qui pouvaient comprendre, par exemple, l'apport de nouveaux crédits et une restructuration des opérations du débiteur) devaient, pour réussir, rassembler tous les créanciers ou au moins ceux qui représentaient la part essentielle des obligations du débiteur.
>
> "106. On a fait observer que de tels arrangements volontaires extrajudiciaires étaient souvent le moyen le moins coûteux de régler les difficultés financières d'une société insolvable. Ils lui donnaient une occasion importante de poursuivre ses activités, de préserver l'emploi et, en conservant sa valeur d'entreprise en activité, ils maximisaient fréquemment la valeur des actifs dont pourraient disposer toutes les parties intéressées. Les redressements extrajudiciaires permettaient aussi d'éviter nombre des dépenses, des retards et des difficiles problèmes de répartition qu'entraînait une procédure d'insolvabilité judiciaire.
>
> "107. On a en outre fait observer que les entreprises à croissance rapide des pays en développement avaient fréquemment de nombreux prêteurs situés dans différents pays. Lorsque ces entreprises étaient confrontées à des difficultés financières, il leur était souvent difficile d'organiser un règlement extrajudiciaire productif avec leurs créanciers multinationaux issus de diverses cultures commerciales. Les arrangements amiables étaient aussi rendus difficiles du fait que chacun des créanciers pouvait demander des mesures d'exécution et qu'il fallait le consentement de tous pour modifier les conditions de remboursement des catégories de créances existantes. Dans le cas de transactions internationales complexes, il était particulièrement difficile d'obtenir

[1] Banque asiatique de développement, *Regional technical assistance project, TA No: 5795-REG, Insolvency law reform: preliminary comparative report*, 1999 ("le rapport de la BAsD"); voir également *Special report: insolvency law reform in the Asian and Pacific region*, law and development at the Asian Development Bank, 1999.

l'accord de toutes les parties intéressées. C'est pourquoi, a-t-on déclaré, les mesures non contraignantes adoptées pour faciliter des arrangements amiables n'avaient rencontré qu'un succès limité.

"108. Il a été déclaré que, compte tenu de ces considérations, un mécanisme international visant à lier les créanciers pourrait grandement faciliter les arrangements volontaires extrajudiciaires. Selon une opinion, la Commission pourrait contribuer à la mise au point d'un mécanisme juridique qui pourrait être utilisé pour ces arrangements volontaires. Il a été proposé de restreindre les travaux aux affaires importantes d'insolvabilité internationale et à l'endettement auprès d'institutions financières et de ne pas prendre en compte, par conséquent, des créanciers tels que les fournisseurs de biens ou de services et les salariés. Un tel mécanisme pourrait avoir pour objet d'énoncer les conditions dans lesquelles une solution convenue par une majorité pourrait être imposée à la minorité, de prévoir une suspension des actions et des voies d'exécution par le groupe de créanciers visé et de veiller à ce que le groupe minoritaire soit traité équitablement.

"109. On a toutefois fait observer que les prêts financiers étaient parfois consentis par des banques dans le pays du débiteur et que, par conséquent, le mécanisme proposé devrait s'appliquer aux principaux cas d'insolvabilité financière, même si les créanciers appartenaient au même pays que le débiteur.

"110. On a fait remarquer que la plus forte incitation à l'ouverture de négociations extrajudiciaires étaient l'imminence, l'efficacité et la crédibilité des procédures visant l'exécution des créances et des sûretés et des procédures formelles d'insolvabilité judiciaires non volontaires ainsi que le souhait du débiteur et des créanciers d'éviter les effets perturbateurs et contraignants de telles procédures. Lorsqu'une procédure judiciaire n'était ni crédible ni efficace (en raison, par exemple, de sa lenteur ou du manque d'équité dans le traitement des créanciers), le débiteur pourrait ne pas être disposé à entamer des négociations extrajudiciaires. Même la perspective d'un apport d'argent frais lié à une solution négociée à l'amiable pouvait ne pas être une incitation suffisante pour le débiteur dans la mesure où l'inefficacité d'une procédure judiciaire lui permettait de retarder l'exécution de ses obligations. Par ailleurs, l'expérience avait montré qu'il était nécessaire de faire pression sur certains créanciers qui pouvaient tenir bon dans l'espoir d'obtenir le remboursement intégral de leurs créances.

"111. Des réserves ont été exprimées concernant la proposition d'élaborer un mécanisme législatif contraignant pour favoriser les négociations extrajudiciaires. On a déclaré que le processus informel des négociations extrajudiciaires pourrait se trouver entravé par le côté formel du mécanisme proposé. On a fait valoir par ailleurs que la proposition risquait de susciter une opposition, en particulier des milieux bancaires, et que tous travaux futurs en la matière devraient donc être précédés de consultations avec ces milieux. En outre, tout concept législatif de ce type devrait peut-être être adapté à la situation des diverses régions, et il serait difficile, par conséquent, de parvenir à des solutions universelles. On a déclaré que, dans la mesure où il était souhaitable de donner un caractère formel au mécanisme retenu, une institution suscitant et encourageant des négociations extrajudiciaires pourrait être utile, mais de tels arrangements institutionnels ne se prêtaient pas à des solutions internationalement harmonisées. On s'est également inquiété de savoir si les tribunaux étaient des organes appropriés pour se prononcer sur des questions essentiellement commerciales.

"112. Toutefois, selon plusieurs membres du Groupe de travail, si un cadre législatif contraignant pour les négociations extrajudiciaires pouvait effectivement présenter des difficultés et des pièges, il n'en fallait pas pour autant abandonner la proposition car un mécanisme bien pensé pourrait offrir d'importants avantages. On a ajouté que, si le rôle d'un tribunal dans les négociations informelles était limité à l'approbation de l'équité de la solution trouvée, ce mécanisme pourrait être largement acceptable et ne serait pas excessivement gênant.

"115. Selon certains avis exprimés, le mécanisme de négociation extrajudiciaire envisagé pourrait comprendre la création d'un centre extrajudiciaire qui serait habilité, par accord des parties, à évaluer si l'arrangement négocié entre le débiteur et la majorité des créanciers était équitable et, si tel était le cas, à lier la minorité des créanciers dissidents.

"116. En réponse aux questions soulevées, il a été indiqué que le débiteur et les créanciers participeraient aux négociations extrajudiciaires dans leur propre intérêt ou en application de leurs obligations contractuelles et que tout mécanisme législatif qui serait mis au point ne devrait pas prévoir l'obligation pour le débiteur ou les créanciers de participer aux négociations.

"117. Répondant à une autre question visant à élucider pourquoi le processus était limité aux créanciers financiers et ne portait pas sur les créanciers qui avaient fourni des biens ou des services au débiteur, plusieurs membres du Groupe de travail ont déclaré que l'expérience montrait que les créanciers financiers partageaient souvent des intérêts identiques ou analogues et qu'ils s'organisaient donc plus facilement entre eux pour des négociations avec le débiteur, ce qui n'était pas le cas pour les créanciers commerciaux. Par ailleurs, les négociations extrajudiciaires visaient précisément à réorganiser la structure du capital du débiteur et à rechercher de nouveaux moyens de financement, question qui pourrait être plus facilement réglée par des fournisseurs de moyens de financement que par des créanciers commerciaux. Enfin, les termes de l'accord conclu avec le débiteur permettaient souvent aux créanciers commerciaux de "tenir bon" jusqu'à la fin de la crise du débiteur et d'être réglés en totalité ou de consentir un sacrifice moindre que les fournisseurs de fonds.

"118. Plusieurs mises en garde et réserves ont été exprimées au sujet du travail envisagé: risque que les gros créanciers influents utilisent ce mécanisme pour imposer leurs vues sans tenir suffisamment compte des intérêts des petits créanciers ou des créanciers dissidents; manque de transparence du processus proposé, ce

qui risquait d'être ennuyeux étant donné que le résultat devait lier les créanciers dissidents; le mécanisme envisagé ne devrait être utilisé que dans la mesure où les négociations ne tombaient pas sous le coup des lois et règlements appliqués dans le pays du débiteur ou de traités internationaux; il était indispensable que le mécanisme envisagé fasse en dernière analyse l'objet de la supervision d'un tribunal; ce mécanisme, en particulier s'il comportait la création d'un centre extrajudiciaire tel qu'une instance arbitrale, risquait d'être plus coûteux que le mécanisme faisant intervenir un tribunal et les négociations pourraient se dérouler en un lieu éloigné du centre d'activité du débiteur ce qui, pour cette raison, pourrait imposer une lourde charge au débiteur et à certains créanciers. En réponse à ces préoccupations, on a fait valoir qu'au vu de l'expérience acquise dans le cadre des restructurations extrajudiciaires ces procédures étaient moins coûteuses et plus efficaces que les procédures de redressement judiciaires.

"119. On a pensé qu'il serait nécessaire d'élaborer des critères et des règles de fond en vertu desquels les créanciers minoritaires pourraient être liés par un arrangement négocié par la majorité des créanciers et qu'un équilibre adéquat devrait être trouvé entre la nécessité de préserver le caractère confidentiel de certaines catégories de renseignements communiqués au cours des négociations et la nécessité d'assurer la transparence du processus.

"120. On a fait valoir, et le Groupe de travail s'est rallié à ce point de vue, que l'essentiel des compétences et de l'expérience en matière de procédures extrajudiciaires appartenait à des organisations telles que le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, le Groupe des Trente, l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL International) et l'Association internationale du barreau et que tout travail au sein de la Commission devrait être effectué en étroite collaboration avec ces organisations et avec des représentants du secteur financier.

"121. À l'issue du débat, il a été décidé qu'il existait un appui suffisant au sein du Groupe de travail pour proposer à la Commission d'inscrire à son ordre du jour la question des arrangements extrajudiciaires entre les titulaires de créances financières et le débiteur, en prévoyant aussi la possibilité de lier les créanciers dissidents."

8. La proposition du Groupe de travail a été acceptée par la Commission à sa trente-troisième session, en 2000.

IV. COLLOQUE SUR L'INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE ORGANISÉ PAR LA CNUDCI, INSOL INTERNATIONAL ET L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DU BARREAU

9. Lors du Colloque sur l'insolvabilité internationale organisé conjointement par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau, tenu à Vienne en décembre 2000, la question des procédures extrajudiciaires a été de nouveau examinée (ainsi que 13 autres éléments clefs de la liquidation et du redressement) en tant que sujet susceptible d'être examiné par la CNUDCI dans son projet de guide législatif. Il est rendu compte de ces débats dans le document A/CN.9/495, dont le paragraphe 27 est libellé comme suit:

"27. Selon les participants, il serait bon d'avoir un régime qui encourage les parties à éviter de perdre du temps dans une procédure judiciaire longue et prévoie d'autres procédures qui facilitent le sauvetage du capital au plus tôt et qui pourraient être économiquement plus rationnelles qu'une procédure formelle. Un tel régime fonctionnait d'autant mieux dans un système juridique et une infrastructure adaptés pouvant assurer la prévisibilité des résultats, mais était également utile lorsque le cadre institutionnel n'était pas approprié."

Les travaux réalisés par un groupe de spécialistes du crédit (Lenders Group) d'INSOL international sur la déclaration de principes pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers ont été présentés. Ces principes sont examinés plus en détail aux paragraphes 13 à 21 ci-dessous. Ont participé à la formulation de ces principes les représentants de plus de 150 institutions, dont des banques, des compagnies d'assurances, des investisseurs institutionnels, des banques d'affaires et des praticiens de l'insolvabilité et de la finance, des représentants des pouvoirs publics et des autorités de réglementation de nombreux pays. L'élaboration de ces principes tend à reconnaître l'extension progressive du recours à des procédures extrajudiciaires d'insolvabilité ainsi que les difficultés croissantes rencontrées pour les mener à bien.

10. Les principes visent à accélérer ces procédures et, partant, à en améliorer les chances de succès en donnant des indications aux différents groupes de créanciers quant à la manière de procéder à partir de quelques règles communes convenues. Ils sont de nature à accélérer le processus et à réduire l'incertitude, les délais, les frais, ainsi que les tensions et la méfiance entre créanciers et peuvent ainsi contribuer à sauvegarder la valeur de l'entreprise en appelant plus rapidement l'attention sur les questions liées à la préservation de la valeur économique.

11. Les principes mettent en évidence le fait que, bien que l'on constate une tendance internationale de plus en plus nette à l'élaboration de lois internes sur l'insolvabilité qui visent à faciliter le sauvetage et le redressement des sociétés et des entreprises en difficulté financière, il est incontestable que, en dépit de tout l'intérêt que peuvent porter les régimes internes de l'insolvabilité à la situation du débiteur et aux possibilités de "sauvetage" de l'entreprise, il est souvent plus avantageux tant pour les créanciers que pour les débiteurs d'appliquer rapidement des dispositifs de sauvetage ou de redressement de nature extrajudiciaire ou contractuelle, par rapport aux frais imprévisibles et aux incertitudes d'une procédure judiciaire d'insolvabilité.

12. Les principes ne visent pas à être contraignants et il est souligné qu'ils auront plus de chances de faciliter un redressement s'il existe un cadre législatif, réglementaire et administratif de l'insolvabilité qui soit efficace, prévisible et fiable, les principes intervenant dans "l'ombre de la loi". L'existence d'un droit de l'insolvabilité bien conçu et la perspective d'une application cohérente de celui-ci, en

offrant aux créanciers financiers des voies de recours efficaces à l'encontre de débiteurs récalcitrants, encouragent les débiteurs à coopérer avec lesdits créanciers dans le but de négocier un accord en dehors d'une procédure formelle d'insolvabilité dans un délai acceptable. Les participants se sont félicités de l'élaboration de ces principes. Le paragraphe 28 du rapport sur le colloque est reproduit ci-après:

> "28. ... Selon certains toutefois, ces principes n'allaient peut-être pas assez loin et devaient sans doute être complétés pour assurer l'exécution des accords extrajudiciaires. Il a été également proposé d'introduire, dans le régime d'insolvabilité, une procédure accélérée permettant d'exécuter un plan de redressement qui n'était pas entièrement consensuel, mais était approuvé par une vaste majorité des créanciers. Ce plan serait mis en œuvre par l'intermédiaire d'un tribunal (chargé des affaires d'insolvabilité) afin qu'il devienne contraignant pour la minorité dissidente, à condition qu'il réponde à un certain nombre de critères objectifs spécifiés dans la législation sur l'insolvabilité. De nombreux participants ont estimé qu'une analyse approfondie serait nécessaire afin de déterminer s'il fallait donner suite à une telle proposition dans le cadre des travaux sur l'insolvabilité que la Commission pourrait entreprendre."

La proposition est exposée plus précisément aux paragraphes 22 à 24 ci-après.

V. DÉCLARATION DE PRINCIPES DU GROUPE DE SPÉCIALISTES DU CRÉDIT (LENDER'S GROUP) D'INSOL INTERNATIONAL POUR UNE APPROCHE GLOBALE DES ARRANGEMENTS DE REDRESSEMENT FAISANT INTERVENIR PLUSIEURS CRÉANCIERS

13. Le Groupe de spécialistes du crédit d'INSOL International a achevé l'élaboration de ces principes en 2000. Chaque principe est accompagné d'un commentaire, qui en explique la portée et les modalités d'application tout en indiquant les meilleures pratiques et en faisant des suggestions sur un certain nombre de questions qui ne sont pas expressément traitées dans le texte même du principe. Comme il a été noté ci-dessus au paragraphe 12, l'application de ces principes suppose qu'il existe un système d'insolvabilité efficace, prévisible et fiable. Les huit principes sont présentés ci-dessous avec, pour chacun, un résumé du commentaire élaboré par le secrétariat.

Premier principe

> Lorsqu'un débiteur se trouve en difficulté financière, tous les créanciers concernés devraient être disposés à coopérer entre eux pour lui donner un délai suffisant (quoique limité) ("période moratoire") au cours duquel des informations le concernant pourront être recueillies et évaluées et des propositions tendant à résoudre ses difficultés financières élaborées et examinées, sauf si cela est inapproprié dans un cas particulier.

14. D'après le commentaire, ce principe vise à garantir que tous les créanciers dont la coopération est nécessaire à la réussite d'une tentative de sauvetage ou de redressement prendront part à la procédure informelle, laquelle suppose que l'on détermine, d'abord, quelles catégories de créanciers doivent y participer, puis, au sein de ces catégories, quels créanciers sont concernés. L'institution d'une période moratoire se justifie par les avantages que les créanciers dans leur ensemble peuvent tirer d'une réaction coordonnée et mesurée face aux difficultés du débiteur. Bien qu'il ne soit pas spécifié dans le principe, le point de départ de cette période est évoqué dans le commentaire. Celui-ci indique en effet que, bien qu'il s'agisse d'une question délicate, les créanciers concernés choisissent très souvent la date à laquelle les créanciers financiers en tant que catégorie (ou du moins un groupe ou nombre important d'entre eux) ont été avisés en premier lieu par le débiteur ou par un autre créancier financier de la tenue d'une réunion devant permettre au débiteur de leur exposer sa situation. Le commentaire souligne que, si la durée de cette période varie d'un cas à l'autre, selon la complexité des informations à recueillir et la nature de la proposition de restructuration considérée, il s'agit habituellement d'un délai initial de l'ordre de plusieurs semaines ou plusieurs mois, qui peut généralement être prorogé si tous les créanciers concernés sont d'accord ou auquel ces derniers peuvent mettre fin si un nombre prédéterminé d'entre eux en décide ainsi suite à des cas d'inexécution convenus ou à leur gré.

Deuxième principe

> Pendant la période moratoire, tous les créanciers concernés devraient convenir de ne prendre aucune mesure pour exécuter leurs créances à l'encontre du débiteur ou pour réduire (par d'autres moyens que la cession de leurs créances à un tiers) leurs engagements envers le débiteur, mais sont en droit de supposer que, pendant cette même période, il ne sera pas porté atteinte à leur situation par rapport à d'autres créanciers ni à leur situation les uns par rapport aux autres.

15. Le commentaire souligne l'importance du moratoire pour assurer la stabilité, élément indispensable à toute tentative de sauvetage ou de redressement. Si la législation de certains pays prévoit effectivement la suspension des actions des créanciers avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les créanciers tout comme le débiteur ont souvent intérêt à adopter une approche informelle ou contractuelle pour éviter les coûts afférents à l'approche formelle. Le commentaire indique les éléments essentiels d'un tel accord de moratoire, lequel doit notamment comporter des dispositions visant à garantir qu'il ne sera pas porté atteinte à la situation respective de chaque créancier concerné pendant la période moratoire. Des accords plus complexes visent la question plus délicate du maintien de la situation des créanciers les uns par rapport aux autres.

Troisième principe

> Pendant la période moratoire, le débiteur ne devrait prendre aucune mesure qui pourrait compromettre les chances de recouvrement des créanciers concernés (soit collectivement soit individuellement) par rapport à leur situation à la date de commencement de cette période.

16. Le commentaire souligne combien il importe que le débiteur s'abstienne de prendre de telles mesures, en citant plusieurs exemples d'actions préjudiciables, telles que la constitution d'une sûreté sous forme de nantissement, d'hypothèque, de privilège, de garantie ou de cautionnement en faveur de créanciers non participants, le transfert d'actifs ou de valeur hors des sociétés contre lesquelles les créanciers participants peuvent se retourner, ou encore la vente d'actifs à des tiers à un prix sous-évalué ou à des créanciers qui, en raison de la dette du débiteur à leur égard, ne les paieront pas.

Quatrième principe

Les intérêts des créanciers concernés sont mieux servis si ceux-ci réagissent de manière coordonnée aux difficultés financières d'un débiteur. Une telle coordination sera facilitée par la constitution d'un ou de plusieurs comités de coordination représentatifs et par la désignation de conseillers professionnels qui seront chargés de conseiller et d'aider ces comités ainsi que, s'il y a lieu, les créanciers concernés participant à toute la procédure.

17. Le commentaire souligne les avantages qui peuvent résulter de l'utilisation de comités de coordination et indique certaines des questions qu'il convient de traiter à cet égard, notamment les modalités de constitution et de fonctionnement de ces comités, les attributions des coordonnateurs et la rémunération de leurs fonctions, ainsi que leurs obligations à l'égard des créanciers et la manière dont ils devraient être choisis.

Cinquième principe

Pendant la période moratoire, le débiteur devrait fournir aux créanciers concernés et/ou à leurs conseillers professionnels un accès raisonnable et rapide à toutes les informations pertinentes concernant son actif, son passif, ses activités et ses perspectives, afin de permettre une évaluation appropriée de sa situation financière et de toute proposition susceptible d'être présentée aux créanciers concernés.

18. Le commentaire souligne l'importance de ce principe pour la réussite du sauvetage, du redressement ou de la réorganisation de l'entreprise. Il faut que les informations puissent être obtenues par des conseillers indépendants agissant pour le compte des créanciers concernés, du moins s'ils exercent une diligence raisonnable, et que le débiteur admette que ces conseillers seront chargés d'examiner l'exactitude des comptes, projections, prévisions et plans d'activité relatifs à toute proposition de sauvetage ou de réorganisation. Ces conseillers devront également évaluer les conséquences du rejet, par les créanciers concernés, des propositions qui leur sont soumises.

Sixième principe

Les propositions de règlement des difficultés financières du débiteur et, dans la mesure du possible, les arrangements entre créanciers concernés relatifs à tout moratoire devraient tenir compte de la loi applicable et de la situation respective des créanciers à la date de commencement de la période moratoire.

19. Après avoir évalué la situation du débiteur et s'être assurés qu'ils sont traités équitablement par rapport à d'autres créanciers, les créanciers concernés souhaiteront comparer ce qui peut leur être proposé avec ce qu'ils pourraient attendre d'une procédure d'insolvabilité formelle ou d'autres possibilités s'offrant à eux. Pour ce faire, il n'est pas rare que les comptables et d'autres conseillers financiers agissant pour le compte des créanciers concernés fondent leur avis sur des simulations de l'insolvabilité du débiteur établies en fonction de certaines hypothèses comptables et juridiques explicites et sur les informations qu'ils ont obtenues en exerçant la diligence voulue (cinquième principe). Ces simulations devraient tenir compte de toutes les créances et de tous les droits pertinents qui seraient pris en considération dans une procédure d'insolvabilité du débiteur ainsi que de toutes les lois applicables en matière d'insolvabilité. Le résultat de ces simulations peut servir à recenser les créances que les créanciers concernés peuvent avoir sur le débiteur; à évaluer les sommes qui leur seront vraisemblablement remboursées sur ces créances; et à estimer la part de leurs créances apparemment couverte par les actifs.

Septième principe

Les informations obtenues aux fins de la procédure concernant l'actif, le passif et les activités du débiteur et toute proposition de règlement des difficultés de ce dernier devraient être communiquées à tous les créanciers concernés et, sauf si elles ont déjà été rendues publiques, traitées comme confidentielles.

20. Il est essentiel que tous les créanciers concernés disposent des mêmes informations concernant l'actif, le passif et les activités du débiteur pendant la procédure informelle et qu'ils aient connaissance des propositions présentées par le débiteur. Cela devrait être le cas même lorsque des propositions différentes sont soumises à divers membres du groupe des créanciers concernés et même si les disparités de situation entre les créanciers concernés requièrent un avis professionnel propre pour chacun d'entre eux. Il est noté que la détention d'informations confidentielles par certains groupes de créanciers, comme les banques, ne pose généralement pas de problème. Le commentaire mentionne cependant d'autres groupes tels que des détenteurs de créances qui, soit ne sont pas soumis à une obligation expresse ou tacite de confidentialité, soit ne peuvent accepter des informations confidentielles sans compromettre leur faculté d'échanger des créances, autant de cas dans lesquels il faudra peut-être conclure des arrangements spéciaux. Le commentaire indique que l'échange de créances est un mécanisme de plus en plus prisé par les institutions financières pour gérer le risque de crédit et mobiliser la valeur de leurs prêts. Le commentaire met également en évidence certaines difficultés qui peuvent surgir en ce qui concerne la protection des informations confidentielles.

Huitième principe

Si des fonds supplémentaires sont octroyés pendant la période moratoire ou comme suite à toute proposition de sauvetage ou de restructuration, le remboursement de ces fonds devrait, dans la mesure du possible, avoir la priorité sur celui d'autres créances ou droits des créanciers concernés.

21. Le commentaire vise les moyens d'obtenir des fonds supplémentaires: il peut s'agir non seulement de prêts supplémentaires mais également d'autres formes d'accroissement du niveau des engagements. Le traitement de ces autres formes devra faire l'objet de négociations entre les créanciers concernés. L'idée est que tous les créanciers concernés participant à la procédure devraient avoir la possibilité de prendre part à l'octroi de fonds supplémentaires et accepter les risques en découlant sur une base proportionnelle.

VI. PROPOSITION TENDANT À PERMETTRE DES RESTRUCTURATIONS DANS LE CADRE D'UNE PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ CONTRÔLÉE PAR UN TRIBUNAL

22. Plusieurs membres de la délégation des États-Unis d'Amérique auprès du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI ont élaboré une proposition qui vise à établir un cadre légal permettant une procédure rapide d'insolvabilité en vue d'une restructuration volontaire des dettes découlant d'emprunts (créances et obligations d'établissements de prêt) de sociétés internationales insolvables. Cette procédure reposerait sur l'approbation de la restructuration par une majorité qualifiée de créanciers dans chaque catégorie concernée et sur un examen judiciaire du caractère adéquat de la restructuration qui serait évaluée par rapport à des normes internationales appropriées en la matière.

23. Cette proposition se fonde sur les principes suivants: possibilité de déclarer un bref moratoire pour permettre de mener à bien des discussions sur la restructuration volontaire; soumission de la restructuration à l'approbation des créanciers avant l'ouverture de la procédure judiciaire; approbation par une majorité de 75 % du nombre et de la valeur des créances dans chacune des catégories de créanciers concernées; procédures accélérées d'insolvabilité aux fins d'homologation de la restructuration par un tribunal compétent en la matière afin de lier les créanciers dissidents; et critères juridiques minima pour l'homologation de la restructuration par le tribunal.

24. La proposition est décrite ci-dessous:

"a) *Débiteurs pouvant prétendre à une restructuration*

"1. Les procédures prévues dans la loi type seraient accessibles à toute société insolvable ou défaillante ayant emprunté d'importantes sommes à l'étranger. Des critères concernant le montant des emprunts, la preuve de l'insolvabilité ou de la défaillance de l'entreprise et la détention d'un montant suffisant de créances par des prêteurs étrangers seraient fixés. Certaines catégories de débiteurs sévèrement réglementées, comme les institutions financières et les compagnies d'assurances, pourraient être exclues du champ d'application de la loi type.

"b) *Parties concernées*

"2. En vertu de la loi type, la restructuration devrait être approuvée par un vote à la majorité qualifiée des créanciers dans chaque catégorie concernée. Toutefois, seul l'ajustement des dettes découlant d'emprunts (auprès d'établissements de prêt et d'organismes publics, titulaires ou non d'une sûreté) et d'autres obligations financières similaires pourrait être soumis à ce vote. Les autres créanciers ne seraient pas concernés sauf si chacun d'entre eux accepte un ajustement de sa créance. Les créances notamment commerciales, salariales et fiscales ne seraient pas visées par la proposition. Les actionnaires ordinaires et d'autres détenteurs de parts sociales pourraient toutefois être touchés.

"c) *Moratoire*

"3. Dans de nombreux cas, la restructuration peut être réalisée, même suite à une défaillance, parce que les créanciers ont accepté volontairement de différer leurs actions en recouvrement. Toutefois, afin de faciliter les efforts de restructuration, la loi type proposée pourrait prévoir une suspension des actions des créanciers pour une période dûment limitée afin d'éviter que celles-ci ne compromettent ces efforts. Dès lors qu'elle proposerait une restructuration de bonne foi, une société remplissant les conditions requises pour cette restructuration pourrait déclarer un moratoire de courte durée qui permettrait de suspendre toute action en recouvrement de la part des catégories concernées, à savoir les prêteurs, les obligataires et les actionnaires mais non les fournisseurs ou les employés. La société publierait cette déclaration, par exemple, par voie de dépôt auprès du tribunal compétent, d'insertion dans une publication ou par d'autres moyens appropriés, en précisant si tous les créanciers et actionnaires, ou certains d'entre eux seulement, sont soumis au moratoire.

"4. Le moratoire s'appliquerait initialement pour une durée relativement courte (quinze jours par exemple) mais il pourrait être prorogé avec le consentement des parties détenant une part importante des créances dans les catégories concernées (par exemple pour trente à soixante jours supplémentaires avec l'approbation de chaque catégorie concernée de créanciers non titulaires d'une sûreté donnée par écrit à la majorité exprimée en part du principal). En outre, on pourrait prévoir que le moratoire prendrait fin si le débiteur cherchait à effectuer des opérations (par exemple s'il liquidait sa société ou transférait un nombre important d'actifs) en dehors du cours normal des affaires ou s'il cherchait, en dehors d'une restructuration approuvée, à accorder un traitement préférentiel à une sous-catégorie de créanciers.

"d) *Approbation de la proposition de restructuration négociée*

"5. Après avoir proposé une restructuration et négocié de manière informelle avec des représentants des créanciers et des actionnaires concernés, la société demanderait aux créanciers et aux détenteurs de parts sociales concernés d'approuver la proposition de restructuration ainsi négociée, conformément au droit normalement applicable.

"e) *Vote requis*

"6. Les créances et les droits devraient être dûment classés aux fins du vote et il faudrait, pour que la restructuration soit adoptée, obtenir le vote favorable de

la majorité légale requise, en valeur et en nombre de créances, pour chaque catégorie de créanciers. Dans la loi type proposée, une forte majorité qualifiée pour chaque catégorie concernée (par exemple 75 % du nombre et de la valeur des créances détenues par les créanciers votant dans chaque catégorie) serait requise pour l'approbation d'une restructuration.

"f) *Examen par un tribunal du caractère adéquat de la restructuration au regard de critères internationaux*

"7. Étant donné que la minorité dissidente des créanciers dans chaque catégorie serait liée par une restructuration réalisée dans le cadre de la loi type, un tribunal, appliquant des critères de restructuration internationaux appropriés, devrait examiner si la restructuration convient à cette minorité. L'effectivité d'une restructuration dépendrait d'un tel examen. La société débitrice pourrait s'assurer les services d'un expert indépendant pour faciliter cet examen judiciaire, les critères auxquels doivent satisfaire les experts indépendants pour être sélectionnés pouvant être précisés dans la loi. L'expert, qui serait rémunéré par la société débitrice, examinerait la proposition de restructuration, déterminerait si elle satisfait ou non aux critères internationaux de restructuration et publierait un rapport contenant ses conclusions sur la question. La proposition ainsi que le rapport de l'expert seraient ensuite soumis à un tribunal local compétent aux fins d'homologation.

"g) *Notification et critères d'homologation*

"8. Il faudrait aviser les parties concernées que la procédure de demande d'approbation est terminée et que la restructuration est soumise à l'expert indépendant pour examen avant son homologation définitive par le tribunal. Des procédures rapides de soumission, à l'expert indépendant, d'observations favorables ou opposées à la restructuration seraient également prévues. Copie de ces observations serait déposée auprès du tribunal et il faudrait peut-être aussi fixer un délai pour leur soumission (par exemple vingt jours après la notification) ainsi qu'un délai pour l'établissement d'un rapport relatif au respect des critères de restructuration (par exemple trente jours après la soumission des dernières observations à l'expert indépendant).

"9. Une fois le rapport établi par l'expert indépendant, une procédure serait ouverte devant un tribunal local compétent (ci-après dénommé "le tribunal") aux fins d'homologation de la restructuration. Pour prononcer cette homologation nonobstant le vote des créanciers dissidents de chaque catégorie concernée, le tribunal serait tenu de faire certaines constatations de fait et de droit pour établir le caractère adéquat de la restructuration au regard de critères internationaux appropriés en la matière. Pour ce faire, il devrait en principe accorder un grand poids au rapport de l'expert indépendant. Suivant ces critères, le tribunal pourrait être tenu de conclure, par exemple, que:

"i) La société peut prétendre à une restructuration conformément à la loi type;

"ii) La restructuration a été proposée, négociée et demandée de bonne foi;

"iii) Chaque catégorie concernée a été dûment informée;

"iv) Les créanciers et les actionnaires dans les catégories concernées ont été dûment classés et la restructuration a été approuvée à la majorité qualifiée requise dans chaque catégorie concernée de créanciers;

"v) Les créances dans chaque catégorie concernée de créanciers ayant le même statut et le même rang de priorité bénéficient d'un traitement comparable dans le cadre de la restructuration (sauf si les créanciers en sont expressément convenus autrement);

"vi) Chaque créancier dissident dans une catégorie concernée recevra, lors de la restructuration, des biens d'une valeur au moins égale à ce qu'il recevrait si la société était liquidée dans le cadre d'une procédure formelle d'insolvabilité en vertu de la législation locale;

"vii) Après la restructuration, la société s'acquittera vraisemblablement de ses obligations à l'échéance; et

"viii) Dans l'hypothèse d'un rejet de la restructuration par une catégorie quelconque de détenteurs de parts sociales concernés, la société a un endettement cumulé supérieur à sa valeur d'exploitation (dettes non comprises), c'est-à-dire qu'elle est insolvable.

"h) *Déclaration attestant l'effectivité*

"10. Lorsque la restructuration aurait été homologuée par le tribunal et que toutes les conditions seraient remplies pour que la restructuration produise effet, les créanciers concernés seraient avisés par voie de publication conformément aux procédures prévues et le tribunal délivrerait une "déclaration d'effectivité" (ayant même force exécutoire qu'une décision de justice) donnant effet à la restructuration en vertu de la loi.

"i) *Remise de dette et caractère exécutoire de la restructuration*

"11. La déclaration d'effectivité entraînerait la remise de toute dette éteinte conformément aux termes de la restructuration et les tribunaux locaux seraient tenus de faire exécuter celle-ci conformément à ses termes.

"j) *Formules autres que l'homologation judiciaire*

"12. Si les systèmes judiciaires de certains États disposent de moyens leur permettant d'appliquer une procédure rapide et peu coûteuse pour l'examen de propositions de restructuration suivant le scénario prévu dans la loi type, dans d'autres États, il serait souhaitable d'éviter le recours à des procédures judiciaires plus lourdes pour améliorer les chances de sauvetage de l'entreprise, préserver la valeur des actifs, empêcher la réduction des effectifs et de la production et atténuer l'impact systémique des défaillances d'entreprises. On pourrait, en s'inspirant de pratiques et de structures établies, envisager des solutions permettant de

valider des restructurations sans recourir à un tribunal. De fait, des procédures d'agrément propres à favoriser des restructurations extrajudiciaires volontaires à la fois rapides et équitables sont indispensables pour réduire les risques géographiques et atténuer les risques financiers systémiques, ainsi que pour faciliter les investissements et la restructuration du capital investi lorsque cela est nécessaire.

"k) *Effet sur la législation interne*

"13. Il conviendrait de modifier les législations internes exigeant l'unanimité pour l'approbation d'un aménagement de la dette en dehors d'une procédure d'insolvabilité afin de permettre un tel aménagement dans le cadre d'une restructuration approuvée conformément à la loi type proposée. De même, si la législation interne rend les administrateurs ou dirigeants d'une entreprise responsables des opérations effectuées lorsque cette entreprise est en état d'insolvabilité, il peut être nécessaire de prévoir une forme d'exonération de responsabilité, après toute mesure de publicité appropriée, pour permettre la poursuite des opérations parallèlement aux efforts de restructuration engagés de bonne foi par l'entreprise conformément à la loi type.

"l) *Reconnaissance internationale*

"14. Pour qu'une restructuration décidée conformément à la loi type d'un pays ait plus de chances d'être reconnue par des tribunaux tant nationaux qu'étrangers, les parties commerciales pourraient être encouragées à adopter une pratique consistant à mentionner expressément l'application de la loi type parmi les conditions de leurs titres de créances. La loi type pourrait également prévoir que le droit de restructurer la dette après constatation de l'insolvabilité conformément à ses dispositions est une condition tacite de toute obligation contractée par un débiteur local, sauf renonciation expresse.

"15. Dans la mesure où des tribunaux étrangers pourraient être saisis de questions concernant l'effet contraignant ou la force exécutoire d'une restructuration conforme à la loi type, ils devraient les traiter en tenant compte des principes de coordination et de coopération consacrés dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Pour faciliter les choses, il peut être souhaitable de prévoir une procédure par laquelle un débiteur ayant bénéficié d'une restructuration en vertu de la loi type peut obtenir la désignation d'un représentant étranger qui serait reconnu comme tel dans d'autres États aux fins de l'exécution de la restructuration.

"16. Enfin, la loi type pourrait également contenir des dispositions prévoyant la reconnaissance, par les tribunaux internes, de restructurations de débiteurs étrangers réalisées conformément à la loi type telle qu'adoptée dans d'autres États."

VII. BANQUE MONDIALE

25. Dans son récent rapport sur les principes et lignes directrices pour des systèmes efficaces d'insolvabilité et de protection des droits des créanciers, la Banque mondiale aborde la question des procédures extrajudiciaires informelles dans les principes 25 et 26, dont la teneur est la suivante:

> Principe 25: Cadre législatif favorable. *Les redressements et les restructurations d'entreprises devraient s'inscrire dans un environnement favorable qui encourage les participants à conclure des arrangements contractuels destinés à rétablir la viabilité financière d'une entreprise. Par environnement favorable on entend des lois et des procédures qui requièrent que soient rapidement communiquées ou rendues accessibles des informations financières fiables et exactes sur l'entreprise en difficulté; encouragent l'octroi de prêts à des entreprises viables en difficulté financière, l'investissement dans ces entreprises ou leur recapitalisation; favorisent une grande diversité d'opérations de restructuration, telles que la remise de la dette, son rééchelonnement, sa restructuration et sa conversion en prises de participation; et prévoient un régime fiscal favorable ou neutre pour la restructuration.*
>
> Principe 26: Procédures informelles de redressement. *Le secteur financier d'un pays (éventuellement avec l'approbation et l'aide officieuses de la banque centrale ou du ministère des finances) devrait promouvoir la mise en place d'un code de conduite concernant une procédure extrajudiciaire informelle visant à traiter les cas d'entreprises en difficulté financière auxquelles les banques et d'autres institutions financières ont accordé un volume important de prêts — en particulier sur des marchés où l'insolvabilité de l'entreprise a atteint des niveaux systémiques. Une procédure informelle a beaucoup plus de chances d'être appuyée lorsqu'il existe des lois appropriées régissant les voies de recours des créanciers et l'insolvabilité. La procédure informelle peut aboutir à une procédure formelle de sauvetage qui devrait permettre de traiter rapidement un plan global élaboré dans le cadre de la procédure informelle. La procédure formelle fonctionnera probablement mieux si elle permet aux créanciers et aux débiteurs de recourir à des techniques informelles.*

26. Nombre des questions envisagées ci-dessus sont abordées dans le commentaire de ces deux principes figurant dans le rapport. À propos du principe 26, il est fait état de la mise au point des principes d'INSOL International et des raisons qui expliquent l'utilisation de plus en plus fréquente de procédures extrajudiciaires informelles. Aux postulats bien définis énoncés dans le rapport de la BAsD en tant que conditions indispensables à l'efficacité d'une procédure informelle (voir par. 6 ci-dessus), les principes de la Banque mondiale en ajoutent un autre, à savoir que le débiteur n'a pas besoin de bénéficier d'un allégement de sa dette commerciale ni des avantages d'une procédure d'insolvabilité formelle, comme le moratoire automatique ou la possibilité de résilier des contrats trop lourds, et qu'il doit exister un régime fiscal favorable ou neutre pour la restructuration tant dans le pays du débiteur que dans celui des créanciers étrangers. Les principes de la Banque mondiale mettent en évidence l'importance capitale que revêt l'existence de la sanction, à savoir la possibilité de recourir à des procédures formelles en cas d'échec des procédures informelles.

D. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-cinquième session (Vienne, 3-14 décembre 2001)

(A/CN.9/507) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-13	260
II.	Délibérations et décisions	14-15	262
III.	Examen du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	16-251	262
	A. Remarques générales	16	262
	B. Première partie. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace	17	262
	C. Deuxième partie. Dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace	18-251	262
	1. Introduction aux procédures d'insolvabilité	18-24	262
	2. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité	25-37	263
	A. Champ d'application du droit de l'insolvabilité	25-31	263
	B. Critères de demande et d'ouverture	32-37	264
	3. Conséquences de l'ouverture d'une procédure . . . d'insolvabilité	38-92	265
	A. Masse de l'insolvabilité	38-43	265
	B. Protection de la masse de l'insolvabilité	44-57	265
	C. Régime applicable aux contrats	58-74	267
	D. Actions en annulation	75-92	269
	4. Administration de la procédure	93-204	271
	A. Droits et obligations du débiteur	93-116	271
	B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité	117-131	273
	C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	132-141	275
	D. Comité des créanciers	142-160	277
	E. Créances des créanciers et régime à leur appliquer	161-204	279
	5. Liquidation et répartition	205-207	283
	A. Ordre à établir aux fins de la répartition	205-208	283
	B. Remise des dettes	208	283
	6. Plans de redressement	209-243	284
	7. Examen d'autres questions	244-251	287
	A. Redressement extrajudiciaire et procédure accélérée de redressement	244-246	287
	B. Champ d'application du droit de l'insolvabilité	247-248	288
	C. Demande d'ouverture et ouverture	249-251	289

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) avait été saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition, les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale ainsi que ses solides relations de travail avec des organisations internationales ayant des compétences et des intérêts particuliers dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission constituait une instance appropriée pour examiner les questions du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition toujours, la Commission était instamment priée d'envisager de confier à un groupe de travail l'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière.

2. La Commission s'était déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. L'avis avait été exprimé que le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur de pre-

mière importance dans les cotes de solvabilité internationales. On s'était toutefois déclaré préoccupé par les difficultés qu'entraîneraient des travaux à l'échelon international sur la législation relative à l'insolvabilité, qui faisait intervenir des choix sociopolitiques délicats et potentiellement divergents. Compte tenu de ces difficultés, on avait exprimé la crainte que ces travaux n'aboutissent pas. On avait déclaré qu'il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable et que les travaux dans ce domaine devraient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Bien qu'il y ait eu des partisans d'une telle approche souple, il avait été convenu dans l'ensemble que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans procéder à une étude plus approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

3. Afin de faciliter cette étude, la Commission avait décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue de l'élaboration d'une proposition de faisabilité qu'elle examinerait à sa trente-troisième session.

4. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait pris note de la recommandation qu'avait faite le Groupe de travail dans son rapport sur les travaux de sa session exploratoire (A/CN.9/469, par. 140), tenue à Vienne du 6 au 17 décembre 1999, et avait donné pour mandat à ce groupe d'élaborer un exposé détaillé des principaux objectifs et caractéristiques de base d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif présentant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients.

5. Il avait été convenu que le Groupe de travail devrait, dans l'accomplissement de sa tâche, garder à l'esprit les travaux qu'avaient entrepris ou achevés d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BAsD), la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau (IBA). Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat de la CNUDCI, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, avait organisé à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000, un colloque sur l'insolvabilité internationale.

6. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a pris note avec satisfaction du rapport du Colloque (A/CN.9/495) et s'est félicitée des travaux réalisés à ce jour, en particulier des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Elle a examiné les recommandations formulées lors du Colloque, en particulier concernant la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session. Elle a confirmé que celui-ci devrait être interprété de manière large pour permettre d'avoir un produit de travail suffisamment souple, qui prendrait la forme d'un guide législatif. Afin d'éviter que ce dernier n'ait un caractère trop général ou trop abstrait pour fournir les lignes directrices requises, elle a proposé que le Groupe de travail garde à l'esprit la nécessité d'être aussi précis que possible dans ses travaux. Il faudrait à cette fin inclure autant que possible des dispositions législatives types, même si celles-ci ne portaient que sur certaines des questions devant être traitées dans le Guide.

7. Lors de sa vingt-quatrième session, tenue à New York du 23 juillet au 3 août 2001, le Groupe de travail sur l'insolvabilité a entamé son travail en examinant la première version du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/504.

8. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-cinquième session à Vienne du 3 au 14 décembre 2001. Y ont assisté des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

9. Ont aussi assisté à la session des observateurs des États suivants: Antigua-et-Barbuda, Argentine, Australie, Bélarus, Bulgarie, Croatie, Cuba, Danemark, Indonésie, Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Nigéria, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, Slovaquie, Sri Lanka, Suisse, Turquie et Yémen.

10. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales suivantes: Association du barreau américain, American Bar Foundation, Banque asiatique de développement, Center of Legal Competence, Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Banque centrale européenne, Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention, Association internationale du barreau, Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International), International Insolvency Institute et Organisation de coopération et de développement économiques. Le Fonds monétaire international y a également assisté en qualité d'observateur.

11. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: Wisit WISITSORA-AT (Thaïlande)

Rapporteur: Jorge PINZON SANCHEZ (Colombie)

12. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.57);

b) Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.58); et

c) Commentaires de la Commercial Finance Association sur les procédures informelles d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.59).

13. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

II. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

14. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a poursuivi son travail d'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, en tenant compte des décisions prises par la Commission à ses trente-troisième (New York, 12 juin-7 juillet 2000)[1] et trente-quatrième (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001)[2] sessions et conformément à ce qu'il avait décidé à sa vingt-quatrième session (voir A/CN.9/504). Il est rendu compte des décisions et délibérations du Groupe de travail concernant le guide législatif au chapitre III ci-dessous.

15. Le secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces délibérations et décisions, une version révisée du projet de guide, qui serait présentée au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-sixième session (New York, 13-17 mai 2002) pour examen et nouvelle discussion.

III. EXAMEN DU PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Remarques générales

16. Le Groupe de travail a commencé son débat sur le projet de guide législatif par un examen général de la première partie et de l'introduction à la deuxième partie (A/CN.9/WG.V/WP.57). Pour ce qui est de la première partie, l'avis général a été que la référence, au paragraphe 14, à la définition du terme "tribunal" devrait être étoffée. Il a été indiqué qu'une section distincte traitant du cadre institutionnel nécessaire pour faciliter la mise en œuvre effective et efficace d'une loi sur l'insolvabilité était essentielle; aussi satisfaisante qu'elle puisse être, une loi sur l'insolvabilité ne pourrait jamais être effective ou efficace, si elle était rarement appliquée ou mal appliquée. On a toutefois fait observer que si l'on traitait du cadre institutionnel, il faudrait nécessairement aborder des questions sensibles, touchant la réforme du système judiciaire et, éventuellement, de la justice.

B. Première partie. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace

17. Il a été dit que les principaux objectifs pouvaient servir de critères pour déterminer les recommandations à faire figurer dans la deuxième partie du projet de guide et pour expliquer aux lecteurs de ce dernier comment avaient été prises des décisions de principe relatives aux diverses recommandations. On s'est toutefois quelque peu inquiété de ce qu'il y avait, entre les différents objectifs tels qu'ils étaient actuellement rédigés, une tension évidente qui risquait de les disqualifier comme critères. On a indiqué par exemple que l'objectif 1 — maximiser la valeur des actifs — risquait d'entrer en conflit avec l'objectif 2 — établir un équilibre entre liquidation et redressement — et que ce dernier était en réalité plus un moyen d'atteindre le premier qu'un objectif distinct d'un régime d'insolvabilité. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé de hiérarchiser les objectifs et d'examiner comment établir un équilibre entre eux.

C. Deuxième partie. Dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace

1. Introduction aux procédures d'insolvabilité

18. S'agissant des procédures décrites dans l'introduction à la deuxième partie du projet de guide (voir A/CN.9/WG.V/WP.57), il fallait, de l'avis général, traiter des procédures informelles ou extrajudiciaires des procédures dites "hybrides" (une réserve étant faite sur le point de savoir si ce terme était bien choisi pour désigner des procédures qui commençaient sous la forme de négociations extrajudiciaires informelles et devenaient à un certain moment des procédures judiciaires formelles. Quelle que soit la manière dont elles étaient décrites, il a été noté que les procédures hybrides commençaient de manière tout à fait informelle et que, même si le niveau d'accord nécessaire pour faire progresser les choses n'était pas atteint, on pourrait obtenir un soutien important de la part des créanciers en faveur du plan proposé. À ce stade, il était souvent souhaitable de pouvoir importer les résultats obtenus par la négociation informelle dans une procédure judiciaire formelle afin de créer un plan contraignant. On a dit qu'il fallait prévoir, dans la loi sur l'insolvabilité, la mise au point d'un mécanisme qui comprendrait les protections nécessaires pouvant permettre de convertir la procédure extrajudiciaire informelle en procédure formelle. Il a également été noté que ces procédures avaient évolué, dans la pratique, de manière à aborder les problèmes de structure du capital et non les dettes commerciales (dont il était supposé qu'elles pouvaient être gérées dans le cours des activités) et qu'elles s'appliquaient donc dans un nombre réduit de situations, sans se limiter pour autant à celles dans lesquelles il y avait des dettes internationales. Selon un avis, si, dans un cas particulier d'insolvabilité, les dettes non garanties étaient élevées, il ne serait peut-être pas indiqué d'envisager ce type de procédure, le montant de ces dettes risquant d'être trop important pour être pris en considération par le groupe des créanciers garantis.

[1] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 400 à 409.

[2] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 296 à 308.

19. On a fait observer que le moment auquel il pourrait être nécessaire de convertir la procédure informelle en une procédure judiciaire formelle pouvait différer selon les circonstances de l'espèce. Par exemple, si un moratoire était requis, s'il y avait un besoin de capitaux frais ou s'il était nécessaire de protéger la direction contre une éventuelle mise en cause pour des actes de gestion irréguliers, il faudrait peut-être le faire à un stade précoce. En revanche, si une procédure judiciaire formelle était nécessaire pour s'adresser aux créanciers s'opposant au plan proposé, la conversion pourrait intervenir plus tard. Il a été rétorqué que si une conversion de la procédure pouvait intervenir tôt, les problèmes des opposants ne se poseraient peut-être pas du tout.

20. Il a été noté que les procédures extrajudiciaires informelles jouissaient d'une faveur de plus en plus grande dans la pratique, bien que la diversité croissante des groupes de prêteurs les rende plus complexes et plus difficiles à mettre en œuvre. On a fait observer qu'elles opéraient dans "l'ombre de la loi", n'avaient pas d'effet contraignant et ne faisaient donc pas partie du cadre législatif d'une loi sur l'insolvabilité. En réponse à cette observation, on a dit qu'elles étaient néanmoins importantes, car elles avaient été imaginées pour faire face à certains types de situation du débiteur et remédier à certains inconvénients de la procédure judiciaire formelle, en matière de souplesse, de rapidité et de coût. De plus, du fait qu'elles faisaient partie des procédures dites "hybrides", les informations détaillées dont on disposait sur elles serviraient d'introduction à ces dernières, qui comportaient à la fois des éléments formels et informels, et elles pouvaient en outre aider utilement à déterminer comment les procédures informelles pourraient être intégrées aux procédures formelles. Il a été fait observer par ailleurs que le projet de guide n'abordait pas du tout les aspects internationaux de la procédure informelle.

21. L'avis a été exprimé que les deux types de procédures méritaient un traitement détaillé, peut-être dans un chapitre distinct du projet de guide. On a indiqué qu'il serait peut-être utile d'examiner dans ce chapitre à quels types de débiteurs et de créances ces procédures pourraient s'appliquer, comment elles pourraient être engagées, comment elles seraient surveillées, quelles mesures pourraient être nécessaires, comment elles pourraient être adoptées (procédures de vote et régime applicable aux créanciers minoritaires qui n'étaient pas d'accord avec le plan proposé, y compris par exemple leur droit d'être entendu, la validité du traitement préférentiel accordé à certains créanciers et les questions de fraude). On a proposé que le projet de guide indique clairement les différentes options entre lesquelles devrait choisir le débiteur, qu'il s'agisse de procédures de négociation informelle ou de procédures judiciaires formelles.

22. Selon un autre avis, la procédure "hybride" ou procédure judiciaire accélérée pourrait être incluse dans les parties du projet de guide traitant du redressement formel en tant qu'option supplémentaire fondée sur les mêmes normes et exigences que celles qui sont applicables pour l'approbation d'un plan de redressement élaboré de façon formelle. Il a été estimé que cette approche pouvait contribuer à l'accélération et encourager le recours à des négociations informelles. Il a été indiqué qu'un certain nombre d'organisations étudiaient le développement des procédures de ce type et que les délibérations du Groupe de travail pourraient peut-être tirer profit des résultats de ces travaux.

23. Pour ce qui est des procédures administratives, on a souligné que, du fait qu'elles avaient été élaborées en réponse à des défaillances financières systémiques et ne faisaient pas partie du régime usuel de l'insolvabilité, il n'y avait pas lieu de les traiter de façon plus détaillée ou de leur accorder plus d'importance qu'au paragraphe 45. Il a été suggéré d'introduire une mise en garde pour éviter que le projet de guide ne soit interprété comme préconisant la mise en place de telles procédures en vue d'un usage général. À cet égard, il a été noté que les procédures administratives soulevaient souvent des questions de transparence, notamment pour ce qui est de l'acquisition de prêts improductifs, et qu'il fallait mettre au point des règles détaillées pour assurer leur bon fonctionnement.

24. S'agissant de la relation entre la procédure de liquidation et la procédure de redressement, il a été suggéré que le projet de guide traite des limites requises pour garantir qu'il n'y ait pas d'abus, par exemple par un débiteur ou un créancier engageant les procédures successivement ou, si le seuil de liquidation était trop bas, par un créancier entamant une procédure contre un débiteur pour essayer de prendre le contrôle de ce dernier ou de ses actifs. Il a été suggéré également que le paragraphe 54 traite du cas où une entreprise en liquidation pourrait être vendue en vue de la poursuite des activités ou de celui où le redressement impliquait la vente des biens du débiteur ou le transfert des activités à une autre entreprise.

2. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité

A. Champ d'application du droit de l'insolvabilité[a]

25. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues pour déterminer quels débiteurs devraient être soumis au régime de l'insolvabilité.

26. Selon une proposition, le projet de guide devrait traiter de l'insolvabilité d'organismes caritatifs et d'autres organismes similaires. Il a été fait observer en réponse que cela ne serait pas conforme aux termes du mandat du Groupe de travail, qui était limité aux entreprises exerçant des activités commerciales. Il a été dès lors convenu de s'attacher exclusivement à l'insolvabilité d'entreprises commerciales, mais de mentionner dans le projet de guide que les législations nationales pourraient prévoir d'étendre le régime de l'insolvabilité à d'autres débiteurs que des entreprises commerciales.

27. Différents points de vue ont été exprimés quant à l'opportunité d'inclure les personnes physiques dans le champ d'application du droit de l'insolvabilité. Selon un avis, il n'y avait pas lieu en principe de faire de distinction en fonction de la forme juridique du débiteur — personne physique ou morale –, à condition que les pays soient

[a]Document de référence A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 1 à 9 et résumé et recommandations correspondants.

toujours en mesure de prévoir des dispositions s'appliquant spécifiquement aux débiteurs individuels exclusivement. L'accent devrait plutôt être mis sur l'exercice d'une activité commerciale, indépendamment de la forme juridique de l'entreprise pouvant mener cette activité. Il a été proposé de prévoir un seuil de créances pour les petites entreprises afin d'éviter la prolifération de petites procédures.

28. Selon un autre avis, seuls devraient être inclus les débiteurs constitués en société, compte tenu de la moindre importance, pour l'économie en général, de l'insolvabilité des entreprises individuelles ou personnelles. Un point de vue analogue reposait sur l'idée que le régime applicable à l'insolvabilité de personnes physiques soulevait un certain nombre de questions d'ordre politique et social (dont celle de la remise des dettes), qui étaient susceptibles d'être traitées de manière différente d'un système juridique à l'autre. De plus, le traitement de l'insolvabilité personnelle pouvait s'avérer particulièrement difficile lorsque l'enjeu était le redressement.

29. Selon le point de vue qui a prévalu à l'issue du débat, il fallait éviter les distinctions fondées sur la forme juridique du débiteur — personne physique ou morale. Il a été rappelé au Groupe de travail que toute décision à cet égard devrait être dûment reflétée dans le glossaire figurant dans l'introduction du projet de guide.

30. Il a été souligné que les paragraphes 5 à 7 de la section "Résumé et recommandations" traitaient de questions de compétence internationale qui, comme telles, se situaient hors du débat sur l'identification des débiteurs auxquels s'appliquerait le régime de l'insolvabilité. On a en outre fait observer qu'il ne serait pas opportun qu'un guide législatif propose aux États des restrictions ou des limites quant aux critères de compétence internationale dans le domaine de l'insolvabilité.

31. L'idée d'examiner dans le projet de guide les questions soulevées par une extension de la procédure à plusieurs débiteurs et aux dettes les concernant, ainsi que les principes à suivre pour régler ces questions, afin d'assurer un traitement équitable de l'insolvabilité de débiteurs dont la situation ou l'activité était liée, a reçu un certain appui.

B. Critères de demande et d'ouverture[b]

32. Selon un avis, le fait de présenter, au paragraphe 17 du commentaire, le critère comptable comme pouvant se substituer au critère de cessation générale des paiements pour l'ouverture d'une procédure de liquidation pourrait prêter à confusion. À cet égard, il a été noté qu'il fallait clairement distinguer la valeur comptable des éléments d'actifs de leur valeur marchande. La valeur marchande donnait une mesure plus fiable de la valeur de l'entreprise, tandis que la valeur comptable risquait de fausser celle-ci en raison de différences dans les pratiques comptables.

33. La question de la demande d'ouverture d'une procédure de liquidation a été examinée. Dans le cas de demandes présentées par des créanciers, il a été noté qu'un seul défaut de paiement ne devrait pas être suffisant pour permettre à un créancier d'engager une procédure de liquidation (voir par. 20 à 22 du commentaire). S'agissant de savoir si des créanciers détenteurs de créances non échues devraient pouvoir engager une procédure d'insolvabilité, la crainte a été exprimée que des créanciers n'abusent de cette faculté en menaçant d'engager une procédure d'insolvabilité afin de faire pression sur le débiteur pour négocier un paiement préférentiel (voir par. 20). À cet égard, il a été observé que le paragraphe 23 prévoyait que des créanciers détenteurs de créances non échues devraient peut-être pouvoir engager une procédure d'insolvabilité dans des circonstances exceptionnelles, notamment pour prévenir tout comportement abusif, comme une fraude du débiteur. Il a par ailleurs été dit que des organismes publics ne devraient pas recourir à une procédure d'insolvabilité dans la mesure où ils disposaient d'autres voies de droit pour faire échec à des actes illégaux ou des actes susceptibles d'être contraires à l'ordre public.

34. De même, on a signalé la nécessité d'introduire une certaine souplesse dans la section "Résumé et recommandations". Selon une opinion, s'il était possible d'appliquer les mêmes critères aux demandes de mise en liquidation et aux demandes de redressement, les critères concernant ces dernières devraient être plus larges, eu égard à l'objectif du projet de guide, qui était d'encourager l'ouverture rapide d'une procédure en toute bonne foi en vue de redresser l'entreprise avant que le débiteur ne soit surendetté (voir "Résumé et recommandations", par. 2 et 3). Suivant la même logique, on a également fait observer qu'il était préférable de fixer un délai souple dans lequel un tribunal devait se prononcer sur une demande présentée par les créanciers et que le fait de spécifier le nombre de jours dont disposait le tribunal pour rendre sa décision pourrait poser des problèmes d'ordre constitutionnel dans certains pays (voir "Résumé et recommandations", par. 4).

35. Il a été suggéré d'insérer, dans le premier paragraphe du résumé et des recommandations, un alinéa supplémentaire indiquant que les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité relatives aux critères de demande et d'ouverture avaient notamment pour objet d'assurer l'adoption de critères transparents et sûrs.

Coûts

36. L'ensemble des participants se sont accordés à reconnaître que la question des coûts devrait être abordée dans le projet de guide pour favoriser la réalisation d'un objectif primordial, à savoir assurer une procédure à la fois efficace et peu coûteuse. On a fait remarquer en particulier qu'il importait d'éviter que la procédure n'entraîne des frais trop lourds qui pourraient dissuader les créanciers d'agir et, partant, aller à l'encontre du but recherché.

37. On a souligné qu'il était souhaitable de préciser les types de dépenses que devrait recouvrir le terme "coûts". À cet égard, on a estimé qu'il fallait traiter les frais afférents à la demande séparément des frais des professionnels chargés d'administrer la masse ou d'autres dépenses afférentes à la procédure et que des critères devraient être définis pour le classement de ces différents coûts.

[31] Ibid., par. 10 à 39 et résumé et recommandations correspondants.

3. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

A. Masse de l'insolvabilité[c]

38. Le principe selon lequel la masse de l'insolvabilité devrait comprendre tous les biens dont le débiteur était propriétaire ou sur lesquels il avait un droit réel, y compris les biens sur lesquels les créanciers garantis avaient des droits, à la date de l'ouverture de la procédure, comme l'indiquait le paragraphe 43 du commentaire, a recueilli l'assentiment général. Selon un avis, cependant, le projet de guide devrait indiquer clairement que l'existence de ce droit de propriété ou de ce droit réel devrait être établie conformément au droit des biens applicable et non dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité. Selon un autre avis, le fait de déterminer l'existence de ces droits conformément au droit des biens applicable pouvait empêcher la mise en place d'un régime de l'insolvabilité efficace, et il ne faudrait donc pas adopter cette approche.

39. Pour les biens acquis après cette date, on a craint que le libellé du paragraphe 42 ne soit trop restrictif, en ce qu'il visait uniquement les biens acquis, "dans l'exercice de pouvoirs d'annulation ou dans le cours normal de la gestion des activités du débiteur". Aussi a-t-on proposé de reformuler le paragraphe pour indiquer que tout bien acquis par le débiteur entrerait dans la masse de l'insolvabilité quel que soit son mode d'acquisition.

40. L'idée d'aborder le régime applicable aux arrangements contractuels particuliers, comme les transferts réalisés à titre de garantie, les contrats de fiducie ou la consignation de marchandises, a été favorablement accueillie. À titre de remarque générale, il a été proposé d'examiner le lien étroit existant entre la question de l'extension de la masse de l'insolvabilité et le traitement de créances particulières, s'agissant notamment de savoir à quelles poursuites individuelles de créanciers devrait s'appliquer la suspension.

41. Selon un avis, le passage du paragraphe 43 qui faisait référence aux biens devant "être facilement retrouvés dans le bilan du débiteur" prêtait à confusion car les biens en question ne figuraient souvent pas au bilan. Il a donc été proposé de le supprimer.

42. S'agissant du redressement, le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait souligner clairement la nécessité d'inclure dans la masse tous les biens indispensables au succès de la procédure. Dans ce sens, il a également été proposé d'établir un lien explicite entre le contenu de la masse et l'objectif de la procédure (en distinguant liquidation et redressement). On a aussi suggéré de faire une distinction, dans le projet de guide, entre les droits de propriété ou autres (dont les sûretés) sur les biens, pour lesquels l'ouverture d'une procédure serait sans conséquence, et l'exercice de ces droits, qui pourrait être restreint aux fins de la procédure de redressement.

43. S'agissant du paragraphe 52, on a fait remarquer que la question de la faculté de vendre les biens devrait être examinée séparément de celle des modalités ou procédures applicables à une telle vente.

B. Protection de la masse de l'insolvabilité[d]

44. Le Groupe de travail a examiné la question de la suspension des poursuites individuelles et de son application dans la procédure d'insolvabilité. On a noté l'importance de la suspension pour préserver le statu quo et donner du temps pour qu'une décision soit prise concernant un redressement ou une liquidation à effectuer le plus tôt possible. L'avis a été exprimé que le projet de guide devrait insister sur l'importance d'une infrastructure judiciaire adéquate afin de faciliter la suspension.

45. À titre de remarque générale, on a fait observer que les paragraphes 62 et 63 du commentaire traitaient des types d'actions auxquelles s'appliquait la suspension, alors que la section "Résumé et recommandations" mettait l'accent sur les parties auxquelles elle s'appliquerait. Il a été suggéré que le résumé et les recommandations traitent des deux questions.

Paragraphe 1: clause relative à l'objet des dispositions

46. Un certain nombre de suggestions ont été faites au sujet de la rédaction de la clause énonçant l'objet des dispositions. On a indiqué que le sens de l'expression "diverses parties intéressées", à l'alinéa *a*, devrait être précisé. On a dit également que le membre de phrase "les types d'actions auxquelles doit s'appliquer", à l'alinéa *b*, avait un sens incertain et qu'il faudrait le supprimer afin d'élargir l'application du texte. Enfin, il a été proposé de fusionner les alinéas *b* et *c* et d'exposer à l'alinéa *d* les motifs de mainlevée d'une suspension.

Variantes 1 et 2: Application facultative et application automatique de la suspension

47. Le projet de résumé et de recommandations proposait deux variantes: la première traitant de l'application facultative de la suspension et la deuxième de son application automatique. Il a été suggéré de supprimer la variante 1 et de recommander l'application automatique de la suspension. À cet égard, on a fait observer que l'application facultative de la suspension par un tribunal, dont il était question dans la variante 1, pouvait être complexe et prendre du temps, ce qui comportait un risque de démembrement des biens du débiteur pendant que le tribunal l'envisageait, tandis que la suspension automatique renforçait la sécurité juridique et était plus prévisible. L'importance d'une suspension automatique dans le cas d'insolvabilités où intervenaient des créances indemnitaires a été soulignée.

48. Il a été noté que la suspension devrait s'appliquer automatiquement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais que cela n'aurait pas d'incidence sur le pouvoir discrétionnaire du tribunal de décider si la procédure devrait effectivement être ouverte. On a fait valoir en outre que les mesures provisoires (y compris éventuellement une

[c]Ibid., par. 40 à 52 et résumé et recommandations correspondants

[d]Ibid., par. 53 à 83 et résumé et recommandations correspondants.

suspension) qui pourraient s'appliquer entre le moment de la demande d'ouverture et celui de l'ouverture effective seraient disponibles uniquement à la discrétion du tribunal. À cet égard, il a été dit que l'on pourrait peut-être adopter la structure des articles 19 à 21 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Selon cette approche, la suspension pourrait être appliquée à titre provisoire entre le moment de la demande et celui de l'ouverture; elle s'appliquerait automatiquement dès l'ouverture à des actions spécifiées, des mesures supplémentaires pouvant être ordonnées à la discrétion du tribunal. Cette proposition a été appuyée.

49. S'il était vrai que, d'une manière générale, la suspension serait applicable par référence à l'ouverture de la procédure, on a indiqué qu'il faudrait employer dans le projet de guide une formulation plus précise. Il a été noté que, dans certains pays, la suspension prenait effet au moment où le tribunal prenait la décision d'ouvrir la procédure, dans d'autres au moment où cette décision devenait publique, et dans d'autres encore rétroactivement à la première heure du jour de l'ordonnance. On a fait observer que les règles relatives au moment auquel la suspension s'appliquait seraient importantes pour la protection de la masse et aussi pour ce qui était de l'application de la suspension aux paiements et de la nécessité de limiter au minimum le risque systémique.

Paragraphe 3: Mesures provisoires

50. Le Groupe de travail est convenu que des mesures provisoires devraient être disponibles pour la période séparant le moment de la demande d'ouverture de la procédure et celui de l'ouverture, et il a été suggéré que le projet de guide examine de façon plus approfondie les raisons pour lesquelles de telles mesures provisoires facultatives pourraient être nécessaires. Pour ce qui est de l'étendue des mesures provisoires disponibles, celles-ci devraient, selon un avis, être limitées aux actions en exécution.

Champ d'application de la suspension

51. En ce qui concerne le champ d'application de la suspension, diverses propositions ont été faites quant à ce qui pourrait être couvert et à qui elle devrait s'appliquer. Il a été noté que les recommandations, telles qu'elles étaient rédigées, prévoyaient l'application de la suspension aussi bien aux créanciers garantis qu'aux créanciers chirographaires, mais non aux tiers. On a fait observer qu'il faudrait peut-être examiner des actions contre la masse émanant de parties, telles que des personnes ayant subi un préjudice corporel, qui n'étaient pas des créanciers, ainsi que des administrateurs (en particulier lorsqu'ils avaient fourni des garanties concernant l'endettement du débiteur) et, en cas de redressement, de la direction (du moins jusqu'à ce que le plan de redressement soit approuvé). On a fait remarquer que cette approche exigerait qu'une distinction soit établie entre l'application de la suspension en cas de liquidation et en cas de redressement. Quant aux types d'actions qui devraient être couverts, on a indiqué que le texte de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale pourrait peut-être inspirer l'approche à adopter.

Paragraphes 5 et 6: durée de l'application de la suspension aux créanciers garantis et mainlevée de la suspension dans la liquidation

52. On a émis l'avis que le paragraphe 5 devrait prévoir comme règle par défaut l'application de la suspension aux créanciers garantis pour une courte durée à l'issue de laquelle ils pourraient essayer de faire exécuter leurs sûretés à moins que le représentant de l'insolvabilité ne demande au tribunal de proroger la suspension. Cette approche a recueilli un certain appui. Selon un autre avis, on pourrait peut-être faire une distinction entre la liquidation et le redressement, la suspension ne s'appliquant alors pour une courte durée que dans la liquidation. On a fait observer qu'il arrivait souvent que les créanciers garantis soient surgarantis et, s'ils cherchaient généralement à saisir toutes les occasions d'exécuter leurs sûretés et de sortir de la situation d'insolvabilité, il n'y avait pas de raison que la suspension ne continue pas à s'appliquer à eux pendant la durée de la procédure. Étant donné la charge administrative pesant sur le représentant de l'insolvabilité, on a estimé qu'une règle par défaut lui faisant obligation d'agir pour proroger la suspension pourrait constituer un fardeau supplémentaire inutile et favoriser les procès. On a fait valoir que le paragraphe 5, tel qu'il était actuellement rédigé, avait l'avantage de la souplesse en ce sens qu'il laissait le soin au tribunal de décider d'accorder un recours si le ou les créanciers garantis avaient subi un préjudice.

53. Le Groupe de travail a débattu de la mainlevée de la suspension appliquée aux créanciers garantis, telle qu'elle était mentionnée au paragraphe 6. Il a été noté, pour commencer, que si l'on faisait une exception pour les créanciers garantis on risquait de faciliter le démembrement de la masse de l'insolvabilité et, ce faisant, d'aller à l'encontre de l'objectif de la procédure d'insolvabilité et de la suspension, qui était d'assurer la protection de la masse. À ce titre, on a estimé qu'autoriser un créancier garanti à réaliser sa sûreté pouvait constituer une préférence qui ne pouvait être justifiée. On a aussi fait observer que, certains pays accordant le même niveau de priorité aux créances résultant de contrats de travail qu'aux créances garanties, les premières pourraient aussi bénéficier d'une mainlevée de la suspension. À cet égard, on a indiqué que quelques pays accordaient à certaines catégories de créances une "supériorité" pour une période donnée, notamment aux créances salariales, et que dans d'autres les contrats de travail bénéficiaient d'un traitement spécial en vertu de la législation du travail. L'opinion a été émise qu'il ne faudrait pas que l'exception mentionnée au paragraphe 6 se traduise par l'octroi aux créanciers garantis d'une priorité supplémentaire aux dépens d'autres créanciers. Si une mainlevée de la suspension devait être accordée, le projet de guide devrait énoncer clairement pour quels motifs, que ce soit l'insuffisance de protection, la diminution de la valeur de la sûreté, ou d'autres raisons.

54. On a exprimé l'avis que la protection potentiellement offerte aux créanciers garantis par le paragraphe 6 était acceptable dans l'ensemble. On a fait observer que, dans sa formulation actuelle, il fallait que chacun des critères énumérés dans ce paragraphe soit rempli pour que le créancier garanti bénéficie de la mainlevée. En revanche, pour le paragraphe 10, il suffisait apparemment de satisfaire à un seul critère. On a indiqué que si, à la lumière du débat

au sein du Groupe de travail, ces deux paragraphes étaient encore nécessaires, il faudrait peut-être examiner de plus près leur formulation.

Paragraphe 9: application de la suspension dans la procédure de redressement

55. Il a été fait observer que le paragraphe 9 traitait du principe de l'égalité des créanciers garantis et des créanciers chirographaires. On a émis l'avis que, puisque les premiers pouvaient demander une mainlevée de la suspension après un certain temps, alors que les seconds n'avaient pas cette possibilité, il faudrait peut-être réviser le paragraphe 9 pour refléter la position réelle des parties.

Paragraphe 10: mainlevée de la suspension applicable aux créanciers garantis

56. Il a été indiqué que si le redressement devait être un moyen décisif de satisfaire tous les créanciers, y compris les créanciers garantis, la suspension devrait s'appliquer à ces derniers jusqu'à l'approbation du plan comme moyen de réaliser un équilibre entre les créanciers garantis et les intérêts collectifs. Autoriser les créanciers garantis à faire lever la suspension avant l'approbation pourrait compromettre le redressement et porter préjudice à d'autres créanciers. De l'avis général, il était justifié d'accorder une mainlevée de la suspension aux créanciers garantis lorsque la possibilité de redressement n'était pas réaliste et que la procédure pouvait être convertie en liquidation. On a demandé ce qui se passait, du point de vue de la suspension, lorsqu'il y avait une telle conversion. Il a été répondu que, si les règles relatives à l'application étaient les mêmes pour les deux procédures, aucun problème ne se posait mais que, si elles étaient différentes, il faudrait que la loi sur l'insolvabilité aborde la question de savoir lesquelles s'appliqueraient.

57. On a fait observer que le paragraphe 5 proposait l'application de la suspension pour une période limitée, mais que cela n'apparaissait pas dans le texte du paragraphe 10, où il n'était pas fixé de limite à la durée de la suspension. On a évoqué la question connexe de l'abus potentiel par des débiteurs qui introduisaient des demandes répétées de redressement (dans des circonstances où il n'y avait pas de perspective d'approbation d'un plan de redressement) pour tenir les créanciers garantis à distance et on a suggéré d'inclure des clauses de sauvegarde. Il a été dit aussi qu'il serait peut-être préférable d'aborder la question de l'abus tactique dans la partie du projet de guide traitant du plan de redressement. On a également fait observer que le paragraphe 10 n'abordait pas la question de la "protection adéquate" du créancier garanti, alors qu'elle était soulevée au paragraphe 11. Il a été suggéré que cette notion soit développée et qu'elle renvoie, entre autres choses, à la possibilité pour le créancier garanti, non seulement de fixer la valeur des biens garantis à une date particulière, mais aussi d'obtenir des garanties de substitution ou d'autres types de protection.

C. Régime applicable aux contrats[e]

58. Le Groupe de travail a échangé des vues sur le régime applicable aux contrats n'ayant pas été entièrement exécutés par l'une ou l'autre partie à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

59. En ce qui concerne la structure générale du chapitre et les recommandations qui y étaient formulées, il a été suggéré de traiter, d'un côté, les questions de la continuation et de la résiliation des contrats et, de l'autre, celle de la cession. On s'est inquiété de ce que le terme "contrats" devrait recouvrir et il a été suggéré que des explications soient données dans le projet de guide. On a dit aussi que le mot "contrats" était peut-être inapproprié et qu'il faudrait parler plutôt d'"obligations qui sont maintenues ou auxquelles il est mis fin".

60. L'idée de mentionner, dans les recommandations, les critères en fonction desquels le représentant de l'insolvabilité devrait décider de la continuation ou de la résiliation d'un contrat a été soutenue, étant entendu que ce pouvoir était exercé exceptionnellement et que tout critère afférent à son exercice devait être lié à l'objectif de maximisation de la valeur des biens dans l'intérêt des créanciers. Il a toutefois été fait observer que l'inclusion de ces critères dans le corps des recommandations pourrait être une source d'incertitude et qu'en conséquence il faudrait plutôt les mentionner dans la section commentaire du projet de guide.

Paragraphe 1: clause relative à l'objet des dispositions

61. Le mot "intervenir" employé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de la section « Résumé et recommandations », pour désigner le pouvoir du représentant de l'insolvabilité soit de résilier soit de continuer des contrats a été jugé impropre car il pouvait faire penser à un pouvoir de modifier le contenu des contrats. Aussi a-t-il été proposé que cet alinéa fasse référence simplement au "pouvoir de résilier ou de continuer" ou qu'il soit rédigé de manière à ne pas mentionner quelle partie pourrait avoir la faculté d'exercer un tel pouvoir.

62. On s'est également inquiété de ce que l'exercice du pouvoir de résiliation ou de continuation des contrats soit limité au représentant de l'insolvabilité. Il a été fait observer qu'une telle limitation pourrait être excessive pour les systèmes juridiques dans lesquels aucun représentant de l'insolvabilité n'était nommé et où le débiteur restait en possession de la masse de l'insolvabilité. Une proposition selon laquelle on pourrait examiner ce cas de figure dans la section commentaire du projet de guide a bénéficié d'un certain appui. Une autre proposition, qui visait à modifier la définition de "représentant de l'insolvabilité" figurant dans le glossaire pour y englober le débiteur non dessaisi, a suscité des objections au motif qu'il fallait éviter de mentionner, dans les définitions générales, des instruments ou mécanismes propres à quelques systèmes juridiques seulement et que la notion de représentant de l'insolvabilité employée dans le projet de guide laissait apparemment supposer que cette fonction exigeait à la fois des qualifications et des compétences.

63. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a réaffirmé d'une manière générale que le projet de guide devrait se concentrer sur la procédure d'insolvabilité menée par une personne nommée par le tribunal ou agissant sous son contrôle.

[e]Ibid., par. 84 à 123 et résumé et recommandations correspondants.

Paragraphes 2 et 3: résiliation des contrats

64. S'agissant du paragraphe 2 du résumé et des recommandations qui traitait de la résiliation des contrats, il a été noté qu'il arrivait souvent dans la pratique qu'aucune décision ne soit prise à propos des contrats en cours parce qu'ils ne pouvaient tout simplement pas être exécutés et que, si l'on demandait qu'un choix explicite soit fait pour chaque contrat, il en résulterait une procédure excessivement coûteuse et lourde. Il a été suggéré que ce point soit repris dans le projet de guide comme principe de base de ce chapitre.

65. Selon un autre avis, il faudrait prévoir un délai spécifique dans lequel le représentant de l'insolvabilité serait tenu de prendre la décision de poursuivre ou de résilier un contrat, dans l'intérêt de la sécurité juridique. Ce délai devrait être raisonnablement court (une durée de quarante-cinq à soixante jours a été proposée) et s'accompagner d'une disposition par défaut selon laquelle tous les contrats pour lesquels aucune décision n'aurait été prise dans le délai seraient réputés résiliés.

66. Bien que cette proposition ait reçu un large appui, il a été souligné qu'une résiliation automatique par l'effet d'une disposition par défaut ne devrait s'appliquer qu'aux contrats qui non seulement étaient en cours au moment de l'ouverture mais dont le représentant de l'insolvabilité avait également connaissance. Aucun effet automatique ne serait acceptable lorsque le représentant de l'insolvabilité n'avait pas connaissance d'un contrat et n'était donc pas à même de faire un choix. En outre, l'absence de prise de décisions (c'est-à-dire résiliation ou poursuite des contrats) dans le délai prescrit aurait probablement des incidences sur les coûts et risquerait de poser des questions de responsabilité professionnelle si l'on constatait que la résiliation ou la poursuite était contraire à l'intérêt de la masse de l'insolvabilité.

67. Selon un autre avis, la question de la résiliation automatique devrait être traitée différemment dans le contexte de la liquidation et dans celui du redressement. En principe, la résiliation automatique serait acceptable dans une procédure de liquidation, alors que, dans un redressement, il fallait plus de souplesse pour éviter que l'absence de décision en temps voulu ne prive la masse d'un contrat qui pourrait être capital pour la procédure. Il a cependant été fait objection à la proposition d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à demander une prorogation du délai pour les contrats considérés comme pouvant être utiles à la masse, au motif que cela pourrait alourdir la charge administrative déjà supportée par le représentant de l'insolvabilité et serait en contradiction avec le besoin de souplesse.

Paragraphe 4: effet de la résiliation

68. Il a également été proposé que la question du contrôle des décisions du représentant de l'insolvabilité soit abordée dans une disposition large traitant des conséquences de ces décisions, y compris les dommages-intérêts, tels que mentionnés au paragraphe 4. À cet égard, les dommages-intérêts qui pourraient naître du fait de la résiliation de contrats devraient, selon l'avis qui a prévalu, être régis par les règles générales applicables aux dommages-intérêts, y compris pour la détermination de leur montant. Ces règles devraient s'appliquer étant entendu que l'efficacité des clauses d'indemnisation seraient soumises au contrôle du tribunal. La proposition selon laquelle ces dommages-intérêts devraient être traités comme des dettes de la masse de l'insolvabilité et être prioritaires n'a pas été appuyée au motif que de nombreuses créances dans l'insolvabilité découlaient de la rupture de contrats et le fait de leur donner la priorité leur conférerait un avantage excessif non étayé par des considérations de principe. Il a été également noté que, dans certains cas, il pouvait être justifié de limiter les prétentions nées de la résiliation, par exemple dans le cas d'un bail de longue durée où la période restant à courir pourrait donner lieu à la réclamation de sommes importantes et où le preneur avait en tout état de cause la possibilité d'atténuer ses pertes potentielles. Une situation similaire pourrait naître dans le cas des contrats de travail, où les salariés avaient souvent la possibilité de chercher un autre emploi.

Paragraphes 5 et 6: continuation des contrats

69. L'idée d'autoriser la compensation dans le cas de contrats autres que des contrats financiers a été en général appuyée. À titre de remarque générale, il a été dit que le pouvoir de continuation ou de résiliation donné au représentant de l'insolvabilité ne devrait pas s'appliquer aux contrats financiers, du fait de leurs incidences systémiques, et qu'il faudrait expliquer pourquoi dans le projet de guide. Il a en outre été suggéré d'indiquer expressément que les prêts méritaient un traitement particulier.

70. Selon un avis, il convenait, dans le droit de l'insolvabilité, de traiter les contrats de travail différemment des autres contrats, bien qu'il ait été observé qu'ils pouvaient relever d'autres lois accordant, par exemple, aux créances en résultant un traitement privilégié. Il a été dit également que la question de savoir s'il devrait incomber au tribunal de l'insolvabilité ou à un autre organe judiciaire ou administratif spécialisé de fixer le sort des contrats de travail et autres contrats analogues dans le cadre de l'insolvabilité relevait des législations internes et ne devait pas être abordée dans le projet de guide. Le Groupe de travail a réaffirmé que la question de la résiliation de certaines catégories de contrats conclus avec des parties en position de faiblesse, comme les contrats de travail, devrait être laissée à l'appréciation des législateurs de chaque pays et qu'il faudrait donc, dans le paragraphe 5, remplacer le verbe "devrait" par "peut". Le projet de guide pourrait, selon un avis, suggérer aux législateurs nationaux d'envisager un dispositif de protection de ces parties, comprenant éventuellement des organismes de sécurité sociale et autres similaires.

Paragraphe 7: clauses de résiliation

71. Plusieurs avis ont été exprimés quant au sort des clauses prévoyant que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut entraîner la résiliation du contrat. Tout en reconnaissant que le projet de guide devrait mentionner différents niveaux possibles d'invalidité, comme cela était actuellement prévu dans le paragraphe 7, il a été souligné que c'était à la loi et non au représentant de l'insolvabilité de déterminer la nullité ou l'inopposabilité d'une telle clause. En conséquence, la loi pouvait prévoir que de telles clauses étaient, soit inopposables au représentant de l'insolvabilité, soit nulles de plein droit. S'agissant du libellé,

il a été en outre proposé de remanier la formule liminaire du paragraphe 7 pour indiquer clairement que la résiliation en vertu de cette clause résultait de l'ouverture de la procédure et non de la clause elle-même.

Paragraphe 8: effet de la continuation

72. L'idée selon laquelle le paragraphe 8, relatif au régime des créances nées de contrats poursuivis par le représentant de l'insolvabilité, devrait être interprété comme signifiant que ces créances devraient être traitées comme une dette de la masse et être payées en priorité en tant que dépenses afférentes à l'administration de la masse a bénéficié d'un certain soutien. Selon un avis contraire, il n'était pas justifié d'accorder une priorité à de telles créances. Il a été également souligné que cette question était liée à celle du financement postérieur à l'ouverture de la procédure et pourrait donc être également traitée dans ce contexte.

Paragraphes 9 et 10: cession

73. S'agissant de la cession, le maintien de la disposition prévoyant la cession du contrat par le représentant de l'insolvabilité après approbation du tribunal, indépendamment de l'existence d'une clause d'incessibilité et de l'accord des parties, a été appuyé. On a cependant fait remarquer que la question devrait être régie par le droit général des contrats et non par des règles spéciales dans le cadre d'une loi sur l'insolvabilité. Selon cette approche, si les parties au contrat consentaient à la cession, celle-ci pourrait avoir lieu et, dans le cas contraire, aucune cession ne pourrait être effectuée. Il a été dit que si la disposition devait être maintenue à titre d'exception au droit général des contrats, il faudrait peut-être ajouter quelques précisions quant aux circonstances dans lesquelles une telle cession pourrait intervenir. L'idée de permettre au représentant de l'insolvabilité de passer outre à des clauses d'incessibilité dans les cas où de telles clauses étaient autorisées en vertu du droit général des contrats a été également appuyée. À cet égard, il a été souligné que l'expression "clauses d'incessibilité" devrait désigner aussi bien les clauses ayant pour effet de restreindre la cession que les clauses l'interdisant.

Paragraphe 11: exercice des pouvoirs du représentant de l'insolvabilité

74. Il a été recommandé que les règles énoncées aux paragraphes 9 à 11, prévoyant que le représentant de l'insolvabilité était habilité à décider de la résiliation, de la poursuite et de la cession des contrats sans avoir à obtenir l'approbation du tribunal, s'entendent sous réserve du droit des parties concernées de soumettre ces décisions au contrôle du tribunal et qu'elles soient adaptées en fonction du débat sur d'autres paragraphes de la section "Résumé et recommandations".

D. Actions en annulation[f]

75. Quelques suggestions ont été faites quant aux termes à employer dans le contexte des actions en annulation dans différentes langues, à la suite de quoi le Groupe de travail est convenu de concentrer son attention sur les questions de fond et de reporter à plus tard les problèmes de terminologie.

76. On a tout d'abord fait remarquer que le projet de guide devrait indiquer que les actions en annulation visaient spécifiquement à préserver l'intégrité de la masse et à assurer un traitement équitable des créanciers dans le cadre de l'insolvabilité et qu'elles n'étaient pas censées remplacer ou autrement modifier les moyens éventuellement prévus dans le droit civil ou commercial général pour protéger les intérêts des créanciers.

Paragraphe 1: clause relative à l'objet des dispositions

77. À cet égard, on a estimé que le fait de viser à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du résumé et des recommandations les deux motifs d'annulation sous la forme d'une alternative — la nature frauduleuse de l'opération ou l'atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers — risquait de prêter à confusion et qu'il fallait supprimer ces deux références. En réponse, on a fait observer que les opérations frauduleuses pouvaient être utilement mentionnées en tant qu'exemples concrets d'actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers, à condition qu'il soit indiqué soit dans le commentaire, soit dans la section "Résumé et recommandations", soit encore dans les deux, que les actions visant à faire annuler des opérations frauduleuses avaient pour but de permettre la reconstitution du patrimoine.

78. S'agissant du libellé de la disposition, on pouvait, selon un avis, le simplifier utilement dans la version anglaise en remplaçant le membre de phrase "the circumstances in which certain transactions which occurred prior to insolvency proceedings" par "the circumstances in which transactions prior to insolvency proceedings".

79. À l'encontre d'une proposition tendant à supprimer l'alinéa *c* du paragraphe 1, qui mentionnait le recouvrement de sommes d'argent ou d'actifs auprès de tiers comme l'un des objectifs des actions en annulation, on a fait valoir que cette disposition pourrait remplir une fonction pédagogique utile.

80. S'agissant de la relation entre les variantes 1 et 2, il a été proposé, dès lors que chacune traitait de problèmes différents qui se posaient dans le cadre des actions en annulation, que l'une et l'autre soient examinées par le Groupe de travail.

Paragraphe 2: opérations susceptibles d'annulation: Variantes 1 et 2

81. Les participants se sont déclarés satisfaits du degré de précision de la variante 1 quant aux catégories d'opérations à prendre en considération, aux circonstances entraînant la possibilité d'annulation et à la durée de la période suspecte s'appliquant respectivement à chacune de ces catégories. Il a été proposé que le paragraphe mentionne également les éléments essentiels des principales catégories d'opérations annulables (opérations frauduleuses, opérations à un prix sous-évalué et opérations préférentielles)

[f] Ibid., par. 124 à 151 et résumé et recommandations correspondants.

tels qu'ils étaient énoncés aux paragraphes 134, 135 et 136 du commentaire.

82. Différents avis ont été exprimés quant à la détermination de la période précédant l'ouverture de la procédure pendant laquelle les opérations seraient susceptibles d'annulation (la "période suspecte"). Selon un avis, il ne serait pas possible de fixer une période unique qui conviendrait à tous les cas pouvant se présenter dans la pratique, si bien qu'une approche souple était préférable. En réponse, on a fait observer qu'une période fixe était nécessaire aux fins de la sécurité juridique. Sans proposer de période spécifique, les participants sont convenus qu'il vaudrait mieux que cette période soit relativement courte et qu'il fallait préciser son point de départ.

83. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait faire une distinction entre, d'une part, la question de la détermination de la période suspecte et, d'autre part, la limite applicable au droit du représentant de l'insolvabilité d'engager une action en annulation.

84. L'idée de prévoir expressément l'annulation des opérations conclues avec des "personnes ayant un lien privilégié avec le débiteur" ou des "créanciers initiés" a été très favorablement accueillie. Il a été recommandé de préciser ce que recouvrait chacune des deux catégories, en complétant éventuellement le glossaire et en tenant compte du fait que des personnes autres que des personnes physiques pouvaient également avoir un "lien privilégié" avec le débiteur. On a toutefois proposé que ces opérations soient traitées dans un paragraphe distinct au lieu d'être mentionnées comme une des catégories d'opérations annulables, étant donné qu'il fallait élaborer des règles dérogatoires spéciales pour ces opérations, sous l'angle tant de la charge de la preuve que de la durée de la période suspecte.

Paragraphe 3: prorogation de la période suspecte

85. On s'est opposé à la faculté pour le tribunal de proroger la période suspecte, comme le prévoyait le paragraphe 3. On a estimé que le pouvoir d'appréciation ainsi conféré au tribunal pouvait faire planer une trop grande incertitude sur l'ensemble des opérations commerciales et aller à l'encontre des objectifs cruciaux de sécurité et de prévisibilité juridiques.

86. On a craint que la fixation de délais ne permette pas de régler le problème des opérations préjudiciables dissimulées par les parties qui étaient découvertes après l'expiration du délai d'exercice d'une action en annulation. En réponse, il a été noté que: *a*) le délai de prescription de l'action ne commencerait pas à courir avant que le représentant de l'insolvabilité n'ait connaissance de ces opérations, conformément aux règles générales applicables à la prescription; et *b*) qu'il était toujours possible, dans de tels cas, de recourir aux voies de droit prévues par d'autres lois que la loi sur l'insolvabilité, y compris en matière pénale.

Paragraphe 4 et 5: questions relatives à la charge de la preuve

87. Le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait donner des conseils sur la manière de traiter les questions relatives à la charge de la preuve se posant dans le cadre des actions en annulation. Il a été rappelé que, dans de nombreux systèmes juridiques, l'existence d'un ou de plusieurs éléments requis pour engager des actions en annulation était présumée, la charge de la preuve incombant dans ce cas au cocontractant du débiteur. En conséquence, il a été recommandé que le projet de guide précise clairement les éléments qui devaient être prouvés et ceux qui devaient être présumés et qu'il indique également, pour ces derniers, si la présomption avait un caractère réfragable. Selon un avis, il fallait toutefois se garder d'énoncer des conditions trop détaillées dans le projet de guide, en particulier sur des questions touchant à la procédure, car celles-ci pouvaient être réglées par les législations internes. À cet égard, il a été réaffirmé que le but d'un guide législatif, contrairement à une loi type, n'était pas d'être directif mais était plutôt de donner des orientations aux législateurs en mettant certains problèmes en évidence et en proposant différentes solutions possibles afin de recommander éventuellement une ou plusieurs d'entre elles.

88. S'agissant de l'alinéa *b* du paragraphe 5, il a été souligné que le fait d'exiger du cocontractant d'une opération présumée frauduleuse qu'il établisse la bonne foi du débiteur reviendrait à empêcher cette partie de s'opposer avec succès à l'annulation, dès lors qu'il risquait de lui être impossible d'apporter une telle preuve. Il a été en outre noté que cette solution était contraire à l'approche adoptée par un certain nombre de systèmes juridiques, dans lesquels la bonne foi était présumée, et seule la preuve de la mauvaise foi pouvait être exigée.

Paragraphe 6: non-engagement d'actions en annulation

89. L'idée d'inclure dans le projet de guide une discussion traitant du cas où le représentant de l'insolvabilité n'engageait pas d'action en annulation a été appuyée. Tout en approuvant le principe selon lequel les créanciers devaient être autorisés à exercer cette action, le Groupe de travail a recommandé de préciser dans le projet de guide, que ce soit dans le commentaire ou dans la section "Résumé et recommandations", que cette faculté devait être exercée dans l'intérêt exclusif de la masse de l'insolvabilité et de l'ensemble des créanciers. De plus, il devrait être précisé dans le projet de guide si les créanciers pourraient alors prétendre recouvrer sur la masse les frais éventuellement supportés pour engager l'action en annulation dans l'intérêt de celle-ci et si, dans l'affirmative, cette créance aurait un caractère prioritaire. En vue d'éviter toute action abusive des créanciers qui aboutirait à désorganiser la masse, l'approbation préalable du tribunal pourrait aussi être prévue.

90. Selon un avis différent, si le représentant de l'insolvabilité n'engageait pas d'action en annulation, cette inaction devrait plutôt entraîner des sanctions pénales ou administratives à son encontre, notamment son remplacement. Il a été précisé en réponse qu'il fallait faire une distinction selon les cas. L'inaction fautive ou de mauvaise foi (ou, plus généralement, non justifiée par des raisons suffisantes) ne devait pas être traitée de la même façon que l'inaction d'un représentant de l'insolvabilité qui estimerait que l'action en annulation serait vouée à l'échec et serait plutôt une source de frais pour la masse. En consé-

quence, le projet de guide devrait clairement préciser que c'est au tribunal qu'il incombe d'évaluer les raisons de l'inaction du représentant de l'insolvabilité. Il a été en outre proposé que le projet de guide aborde la question de l'exercice des actions en annulation dans les systèmes où il n'est pas prévu de représentant de l'insolvabilité ni d'autre autorité administrative.

Paragraphe 7: opérations ayant lieu après l'ouverture de la procédure

91. L'idée selon laquelle des opérations ayant lieu après l'ouverture de la procédure, actuellement visées au paragraphe 7, ne relevaient pas d'actions en annulation, a été bien accueillie. Des opérations intervenues après l'ouverture de la procédure pouvaient être réputées sans effet ou nulles, selon le système juridique considéré, tandis que les actions en annulation étaient généralement conçues comme un moyen de priver d'effet des actes accomplis avant l'ouverture de la procédure qui seraient préjudiciables aux créanciers mais qui seraient valables hors du cadre de l'insolvabilité. En conséquence, les opérations ayant lieu après l'ouverture de la procédure devraient faire l'objet d'une section différente du projet de guide et être éventuellement traitées différemment selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement. À cet égard, il a été notamment proposé de traiter cette question dans le cadre de l'administration de la masse, de la suspension, ou des pouvoirs du représentant de l'insolvabilité.

92. Sur le fond, il a été dit que la disposition devait viser plus spécifiquement les différents régimes susceptibles de s'appliquer à des opérations postérieures à l'ouverture de la procédure. Poser un principe général d'annulabilité a été jugé inapproprié, étant donné qu'il existait dans les différents systèmes juridiques une grande diversité de solutions, consistant notamment à soumettre ces opérations à un contrôle, voire à une approbation, du tribunal, ou à les reconnaître comme valables mais entraînant la substitution du représentant de l'insolvabilité. Dès lors, l'idée de remanier la disposition a été appuyée, dans le but de préciser certaines distinctions quant au type d'acte et au contexte (liquidation ou redressement) dans lequel il intervenait. À cet égard, il a été proposé de prévoir un système d'autorisations par le tribunal et de réserver un traitement plus favorable aux opérations menées dans le cours normal de l'activité.

4. Administration de la procédure

A. Droits et obligations du débiteur[3]

Remarques générales

93. On a souligné l'importance pour le projet de guide d'une section sur les devoirs du débiteur, car il était souvent capital pour le succès tant de la procédure de liquidation que de la procédure de redressement que ces devoirs soient remplis correctement (en particulier, le devoir de coopération avec le représentant de l'insolvabilité et les autres autorités supervisant la procédure).

94. Selon une opinion, il faudrait, à des fins de transparence et de prévisibilité, identifier et traiter spécifiquement les obligations secondaires qu'impliquait ce devoir de coopération. Ce pouvait être par exemple l'obligation, faite soit au débiteur soit aux dirigeants et administrateurs d'une entreprise insolvable, de ne pas quitter leur résidence habituelle ou de divulguer leur correspondance au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal, ou encore d'autres restrictions à la liberté personnelle. Il a été fait remarquer que ces restrictions et leur extension aux dirigeants et aux responsables de l'entreprise étaient indispensables pour éviter que la procédure ne soit perturbée par la pratique courante consistant, pour les débiteurs, à quitter l'établissement et, pour les administrateurs et les dirigeants de l'entreprise, à démissionner dès l'ouverture de la procédure. On a toutefois attiré l'attention sur la nécessité de faire en sorte que ces obligations secondaires soient proportionnées au but qu'elles visaient ainsi qu'à l'objectif général du devoir de coopération.

95. La proposition visant à compléter cette section par une énumération des sanctions qui s'appliqueraient si le débiteur manquait à ses devoirs a emporté l'adhésion générale.

Paragraphe 1: clause relative à l'objet des dispositions

96. Il a été proposé d'adopter pour le paragraphe 1 un libellé tel que "*a*) de faire en sorte que des informations complètes et pertinentes sur le débiteur, ses biens et ses affaires financières soient fournies en temps voulu au représentant de l'insolvabilité; *b*) d'identifier la ou les personnes auxquelles il incombe de fournir ces informations".

Paragraphe 2: droit d'être entendu

97. Le Groupe de travail est convenu qu'il était nécessaire de préserver le droit du débiteur d'être entendu pendant la procédure et qu'il fallait distinguer ce droit de tout droit de participer à cette procédure. Des propositions visant à limiter le droit d'être entendu aux "questions touchant les intérêts du débiteur", conformément à l'approche adoptée dans certains systèmes juridiques, ou à en déterminer la portée en fonction de la procédure (liquidation ou redressement) n'ont bénéficié d'aucun appui. Il a été fait observer que ce droit était énoncé dans l'intérêt du débiteur et pour sa protection et qu'il touchait à des questions fondamentales de droits constitutionnels, sur lesquelles la nature ou l'objectif de la procédure considérée étaient sans incidence.

98. Selon un avis, il était inutile de mentionner la nécessité d'empêcher le débiteur d'abuser du droit d'être entendu, car un tel abus était interdit en vertu des principes généraux du droit. Selon un autre avis, toutefois, une mention spécifique dans ce contexte pourrait être utile pour éventuellement dissuader le débiteur de toute tentative d'abus visant à empêcher la conduite rapide et efficace de la procédure.

99. On a estimé que le droit du débiteur de participer à la prise de décisions serait plus étendu dans un redressement que dans une liquidation et que le passage entre crochets devrait être complété en conséquence.

[3] Voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 152 à 170 et résumé et recommandations correspondants.

100. La proposition selon laquelle le débiteur devrait avoir le droit d'être informé des questions se rapportant à la procédure, que ce soit par le représentant de l'insolvabilité ou par le tribunal, a suscité des inquiétudes. D'une part, on a estimé que ce droit alourdirait excessivement l'administration de l'insolvabilité. D'autre part, on a fait observer que rien dans la loi ne devrait empêcher le débiteur de demander des informations au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal.

Paragraphe 3: obligations du débiteur

101. La proposition d'inclure dans le projet de guide une recommandation selon laquelle la loi devrait énoncer expressément les obligations du débiteur en précisant éventuellement le contenu de ces obligations et les personnes au profit desquelles elles devaient être exécutées a bénéficié d'un appui. Il a été proposé à ce propos d'introduire une nuance concernant les systèmes dans lesquels aucun représentant de l'insolvabilité n'était nommé. Il a été également proposé que l'obligation du débiteur de répondre aux demandes d'information adressées par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal soit clairement mentionnée comme un aspect particulier du devoir général d'information, afin d'en accroître l'efficacité.

102. Pour ce qui est de la forme, il a été estimé que la disposition pourrait être plus efficace si elle était reformulée et si le débiteur en devenait le sujet (à savoir "le débiteur coopère..."). L'emploi de l'adjectif "récentes", pour les informations que le débiteur doit fournir sur ses affaires, pourrait conduire à penser que de telles informations ne devaient être fournies qu'au moment de l'ouverture de la procédure, alors qu'en fait elles devaient également porter sur des périodes précédant cette ouverture. En conséquence, il faudrait demander aussi des informations "passées" et ajouter aussi que les informations ne devaient pas seulement être exactes et fiables, mais aussi "complètes".

103. Selon plusieurs délégations, l'obligation de fournir des informations au tribunal et aux autres organes s'occupant de l'insolvabilité devrait être étendue à toute personne ou entité pouvant être en mesure de fournir des informations, y compris les banques, les établissements financiers et les directeurs ou responsables de sociétés ayant un lien avec le débiteur. On a toutefois estimé que la question des limites du pouvoir du représentant de l'insolvabilité de demander des informations à des tiers était sensible, car il pourrait y avoir un conflit avec l'obligation de confidentialité ou des obligations analogues auxquelles ces parties étaient également soumises. De manière générale, on a fait observer qu'il fallait préciser dans le projet de guide si le pouvoir de demander des informations à des tiers, lorsqu'il était prévu, était aussi large que celui qui était donné au représentant de l'insolvabilité par rapport au débiteur. On a fait observer aussi qu'une telle extension pourrait être considérée comme un aspect particulier de la question générale du régime auquel étaient soumis les tiers dans une procédure d'insolvabilité et qu'il faudrait inclure dans le chapitre sur l'administration de la procédure une section traitant ces questions. Enfin, on a rappelé que la question des droits des tiers était traitée dans le projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait poursuivre l'examen de ce point à un stade ultérieur.

104. On a réaffirmé qu'il était nécessaire qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie des mesures en cas de non-exécution par le débiteur ou par un tiers de ses obligations, cela afin d'assurer l'efficacité desdites obligations. Les délégations ont divergé sur la manière de procéder, à savoir recommander que de telles mesures soient prévues ou proposer des types précis de mesures (y compris des sanctions pénales, l'interdiction de diriger ou gérer des associations professionnelles ou commerciales ou, pour les personnes physiques, l'impossibilité de bénéficier d'une remise de dette).

Paragraphe 4: informations à fournir

105. Il a été proposé de faire du paragraphe 4 le sous-alinéa *c* du paragraphe 3, puisqu'il précisait les manières de parvenir à l'objectif découlant des obligations du débiteur de coopérer et de fournir des informations.

106. Sur le fond, plusieurs opinions ont été exprimées quant au type d'informations devant être communiquées par le débiteur. Selon l'une d'entre elles, l'obligation de fournir des états financiers, des comptes et des livres comptables, devrait être mentionnée explicitement comme un aspect capital du devoir de fournir des informations. Il fallait en outre prévoir la communication de toutes les opérations, qu'elles puissent ou non faire l'objet d'actions en annulation, puisque ce n'était pas au débiteur de prendre une décision en la matière. Après un débat, un appui s'est dégagé en faveur de la proposition selon laquelle la mention de certains des documents à fournir pourrait être complétée par une disposition générale énonçant l'obligation du débiteur de soumettre une partie ou la totalité des informations que le représentant de l'insolvabilité pourrait raisonnablement exiger.

107. Si les membres du Groupe de travail se sont accordés sur la nécessité d'une communication en temps voulu de toutes les informations pertinentes, on a fait remarquer que l'obligation devrait s'appliquer pendant toute la procédure et qu'il faudrait donc supprimer à la dernière ligne du paragraphe la mention de l'ouverture de la procédure.

108. Un certain appui a été exprimé en faveur de la proposition selon laquelle le débiteur devrait être tenu de révéler toute relation en cours avec des personnes ayant des informations et des liens privilégiés avec son entreprise, sans préjudice toutefois de la nécessité de tenir compte des questions de confidentialité pouvant intervenir.

Paragraphe 5: sanctions

109. On s'est prononcé en faveur de mesures adéquates pour obtenir les informations nécessaires prévues dans le projet de guide, non seulement au cas où le débiteur ne s'acquitterait pas de son obligation, mais surtout en tant que grand principe de portée générale. À cet égard, le mot "autres" risquait de donner lieu à un malentendu et devrait par conséquent être supprimé.

110. Selon un avis, il serait approprié de traiter du pouvoir du représentant de l'insolvabilité de demander des informations à des parties autres que le débiteur et de les obtenir dans la section sur le débiteur. Selon un avis différent, la question relevait de la section sur les droits et obligations du représentant de l'insolvabilité. Le Groupe de travail a réaffirmé la nécessité pour le projet de guide de traiter spécifiquement de la position des tiers.

Paragraphe 6: confidentialité

111. Bien que l'on se soit accordé sur la nécessité d'assurer la confidentialité, en raison du caractère commercialement sensible de la plupart des informations concernant la procédure d'insolvabilité, il a été souligné que le projet de guide pourrait peut-être recommander aux législateurs de coordonner le droit de l'insolvabilité et le droit procédural à cet égard.

Paragraphe 7: gestion de l'entreprise débitrice — liquidation

112. D'une façon générale, on a estimé que la disposition devrait mettre l'accent sur la position du débiteur plutôt que sur celle du représentant de l'insolvabilité, conformément à l'objet de la section, et traiter du rôle du débiteur dans les deux types de procédures. Dans la liquidation, par exemple, le débiteur devrait transférer les actifs au représentant de l'insolvabilité (que cela se fasse automatiquement à l'ouverture ou exige une remise matérielle de la part du débiteur) et aider le représentant de l'insolvabilité à disposer des actifs.

Paragraphes 8 et 9: gestion de l'entreprise débitrice — redressement

113. On s'est déclaré favorable à une modification du paragraphe 8 pour l'aligner sur la discussion figurant aux paragraphes 154 à 160 du commentaire, afin de rendre compte des différentes options quant à la gestion dans le cadre du redressement. On a noté que la même suggestion pouvait être faite à propos du paragraphe 9.

114. Plusieurs craintes ont été exprimées au sujet de l'"arrangement de partage" mentionné dans les deux paragraphes au motif qu'il pourrait faire penser à une convention privée. Il a été souligné que dans la plupart des systèmes juridiques les droits et obligations, respectivement, du débiteur et du représentant de l'insolvabilité n'étaient pas une question dont convenaient les parties, mais étaient prévus par la loi et régis par elle. Il a été noté que l'interdiction de la vente d'actifs par le débiteur, à laquelle fait référence le paragraphe 8, ne reflétait pas de manière précise le pouvoir du débiteur de prendre toute mesure qui serait nécessaire dans le cours normal de ses activités. Une autre suggestion a été de fusionner les deux paragraphes.

115. Il a été suggéré que le projet de guide aborde la question de la responsabilité du débiteur, des directeurs et des gérants, et porte sur des points comme ceux qui sont abordés au paragraphe 170, et précise si la masse serait responsable de dommages éventuels causés par les actes de ces personnes et organes. Plus précisément, le projet de guide devrait indiquer que différents régimes de responsabilité s'appliqueraient suivant qu'il y avait eu fraude ou négligence. Il a été proposé d'inclure une recommandation spécifique sur la question de la responsabilité, indépendamment du fait que dans de nombreux systèmes juridiques les questions des responsabilités pouvaient être et étaient souvent régies par d'autres lois que la loi sur l'insolvabilité. Selon un autre avis, il vaudrait mieux aborder la question de la responsabilité dans le contexte des obligations du représentant de l'insolvabilité.

116. Pour ce qui est de l'obligation de rémunérer des professionnels ou des sociétés ayant effectué des travaux dans l'intérêt de la masse de l'insolvabilité, il a été convenu que ce principe devrait plutôt être abordé dans le cadre des obligations du représentant de l'insolvabilité.

B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité[4]

117. À l'ouverture du débat, il a été noté que la définition du terme "représentant de l'insolvabilité", dans le glossaire de la première partie du projet de guide, indiquait que le représentant de l'insolvabilité pouvait être une personne morale. La question a été posée de savoir comment les obligations énoncées dans la section "Résumé et recommandations" s'appliqueraient dans ce cas. En réponse, on a fait observer que, dans certains pays, il était de pratique courante de nommer aussi bien des personnes physiques que des personnes morales; lorsqu'une personne morale était nommée, c'était en général en raison de la compétence des personnes physiques qui feraient le travail pour elle, cette personne morale étant elle-même soumise à une réglementation. Il a également été noté que, dans les cas où le représentant de l'insolvabilité était un agent public, il fallait peut-être indiquer dans le projet de guide la manière dont sa nomination pouvait avoir une incidence sur des questions comme la responsabilité, la rémunération et les qualifications requises. On a dit aussi qu'en tout état de cause l'objectif fondamental de transparence devait être reflété dans les modes de nomination du représentant de l'insolvabilité et dans la conduite de la procédure par ce dernier. Selon un avis, toutefois, cette question concernait plus généralement l'ensemble de la procédure d'insolvabilité, y compris ceux qui y participaient.

Paragraphe 1: clause relative à l'objet des dispositions

118. S'agissant du libellé, il a été proposé de mentionner, à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de la section « Résumé et recommandations », le "représentant de l'insolvabilité" plutôt qu'une "personne" et de faire référence non seulement aux "fonctions" mais également aux "qualifications".

Paragraphe 2: nomination du représentant de l'insolvabilité

119. S'agissant des modalités de nomination du représentant de l'insolvabilité, il a été dit que d'autres exemples pouvaient être ajoutés dans le projet de guide, comme la nomination par le débiteur (ou les administrateurs du débi-

[4]Ibid., par. 171 à 186 et résumé et recommandations correspondants.

teur), dans certains cas sans l'autorisation du tribunal, mais avec des garanties analogues à celles visées au paragraphe 7, ou la nomination par les pouvoirs publics. On a également fait observer que, dans certains systèmes juridiques, le représentant de l'insolvabilité pouvait être un agent public ou un groupe d'experts, ce qui pouvait supposer des modes de nomination autres que ceux visés à l'alinéa *b* du paragraphe 1. On s'est demandé s'il fallait faire référence, dans la recommandation, à la nomination d'un représentant à titre provisoire; cet aspect devrait peut-être être traité dans la section relative à la suspension et aux mesures provisoires. On a cependant fait observer qu'il n'était pas simplement question de la durée de la nomination, mais plutôt d'une éventuelle différence de qualifications, d'expérience et de fonctions. On a noté que lorsqu'un représentant était ainsi nommé à titre provisoire, il ne pouvait l'être que par décision du tribunal à l'exclusion de tout autre moyen. On s'est demandé s'il était possible que, dans certains cas, aucun représentant de l'insolvabilité ne soit nommé.

Paragraphe 3: qualifications

120. Selon un avis, le mot "fiduciaires" n'étant connu que dans certains systèmes juridiques, il ne fallait pas l'employer dans le projet de guide, d'autant que la notion était déjà implicitement contenue dans celle d'obligations. De même, l'expression "compétente et capable" ("fit and proper") n'était couramment employée que dans certains systèmes et risquait d'être confondue avec la notion de compétence, alors qu'elle visait habituellement plutôt la moralité et l'intégrité. Il a été observé que dans certains systèmes juridiques, le mode de nomination déterminait les qualifications que devait avoir le représentant de l'insolvabilité (par exemple, lorsqu'il était nommé par les créanciers, il se pouvait qu'il doive être lui-même créancier).

Paragraphe 5: conflits d'intérêts

121. Il a été dit que le paragraphe 180 du commentaire devrait faire référence aux "relations antérieures ou existantes" et donner des exemples de ce que cette expression pouvait recouvrir, comme le fait d'être ou d'avoir été propriétaire de l'entreprise débitrice, d'avoir été en relations d'affaires avec le débiteur, ou de représenter le débiteur (dans le cas d'un professionnel). On a également estimé qu'il fallait tenir compte du degré de proximité dans les relations — par exemple appartenance à un cabinet ayant représenté le débiteur ou liens de parenté avec des personnes ayant été en relation avec lui. Un autre exemple cité était celui d'une loi interdisant à un représentant de l'insolvabilité nommé dans une procédure de redressement d'être nommé ou de poursuivre sa mission dans le cas où cette procédure était convertie en liquidation. On a fait observer que le paragraphe, tel que libellé, faisait simplement obligation au représentant de l'insolvabilité de révéler certaines circonstances, alors qu'il devrait aller plus loin en disposant qu'un représentant de l'insolvabilité ne pouvait exercer sa fonction lorsqu'il y avait conflit d'intérêts ou atteinte à son indépendance. En réponse, on a exprimé la crainte qu'il soit souvent difficile, sauf dans des cas manifestes, de déterminer s'il existait de fait un conflit d'intérêts ou une atteinte à l'indépendance alors que, si les circonstances réelles étaient révélées, le représentant pouvait en général être nommé. Suivant un autre point de vue, l'impartialité était non seulement souhaitable, mais essentielle et, en cas de nécessité, il pourrait être demandé au tribunal de trancher. Il a été dit également que tout représentant de l'insolvabilité dont la nomination était proposée devrait être tenu de révéler des conflits potentiels.

122. Une autre solution au problème du manque d'impartialité ou d'indépendance pourrait être de prévoir des sanctions spécifiques ou des mesures concernant la rémunération du représentant de l'insolvabilité. Il a été noté que certaines législations subordonnaient la nomination à la révélation des informations pertinentes, de telle sorte que, si un conflit surgissait après la nomination, des sanctions pourraient être appliquées.

Paragraphe 5: fonctions

123. Il a été proposé que les fonctions énumérées au paragraphe 173 du projet de guide soient reprises dans la section "Résumé et recommandations", afin de satisfaire à la recommandation selon laquelle les fonctions devraient être clairement spécifiées. Selon une opinion différente, l'énumération donnée au paragraphe 173 était trop longue et devrait soit comporter un renvoi au résumé et aux recommandations, soit être raccourcie par la création de catégories générales correspondant aux fonctions énumérées et l'établissement d'une distinction entre liquidation et redressement. Pour compléter la liste et faire en sorte qu'elle ne soit pas interprétée comme étant exhaustive, on pourrait ajouter, à la fin, les mots "comme spécifié par le tribunal". Selon une autre proposition, la liste devrait faire référence à la mission de gestion des opérations du débiteur, ainsi qu'à l'obligation de signaler aux autorités tout comportement délictueux dont le représentant de l'insolvabilité pourrait avoir connaissance. Il a été également rappelé que, lorsqu'il avait examiné les droits et obligations du débiteur, le Groupe de travail avait abordé des questions relatives au fonctionnement de l'entreprise du débiteur, y compris le contrôle et la vente de biens, qui pourraient être traitées dans le paragraphe 5.

Paragraphe 6: responsabilité

124. Il a été dit que la question de la responsabilité était particulièrement importante dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité et qu'il serait peut-être nécessaire de la traiter plus largement afin d'envisager non seulement les actes préjudiciables commis pendant la conduite de la procédure éventuellement par le représentant de l'insolvabilité, les créanciers et les tiers), mais aussi les fautes ayant entraîné l'insolvabilité et la responsabilité de l'autorité de nomination et de tiers. S'agissant du représentant de l'insolvabilité, il a été noté que la question de la responsabilité était étroitement liée à la nécessité d'attirer des professionnels qualifiés pour exercer cette fonction et d'encourager une conduite rapide et professionnelle de la procédure. Dans certains pays, il était présumé que le représentant de l'insolvabilité prendrait des décisions de gestion rationnelles et c'était au créancier ou à toute autre partie d'apporter la preuve contraire. Il a été également noté que les exigences en matière de preuve pouvaient varier selon la gravité de l'acte, par exemple selon qu'il s'agissait d'une faute légère ou d'une faute lourde. On a fait observer que certaines législations faisaient une distinction entre la responsabilité des

services du représentant de l'insolvabilité et la responsabilité personnelle du représentant lui-même et prévoyaient souvent le versement d'une indemnité financée sur les biens de la masse pour des mesures prises dans l'accomplissement de cette fonction. Bien qu'il s'agisse d'une question délicate, il a été dit que plus le projet de guide serait clair, plus il favoriserait des pratiques et un comportement professionnel appropriés. Selon un avis contraire, c'était au droit général qu'il incombait d'établir des normes et des sanctions pour les fautes professionnelles; le projet de guide devrait simplement comporter une formule générale semblable à celle figurant au paragraphe 6.

125. Il a été noté que le projet de guide mentionnait comme solution aux problèmes de responsabilité le recours à une caution et à une assurance responsabilité civile. On a fait observer que, si le cautionnement visait à couvrir des pertes patrimoniales de la masse, il serait en général insuffisant pour financer des dommages-intérêts, pour lesquels une assurance serait nécessaire. Il a été reconnu que, dans un certain nombre de pays, la solution de l'assurance risquait de ne pas être largement accessible et que d'autres solutions devraient peut-être être étudiées.

Rémunération du représentant de l'insolvabilité

126. Selon un avis, le projet de guide devrait traiter de la rémunération du représentant de l'insolvabilité. On a fait observer que la rémunération devrait être proportionnelle aux qualifications du représentant de l'insolvabilité et aux tâches qui lui incombaient et compenser la prise de risque de manière à attirer des professionnels qualifiés. S'agissant de savoir comment cette rémunération devrait être calculée, plusieurs méthodes ont été mentionnées: la rémunération pourrait être fixée à partir d'un barème approuvé, établi par un organisme public ou une association professionnelle, déterminée dans chaque cas par l'ensemble des créanciers ou le tribunal ou tout autre organe ou tribunal administratif, et être calculée sur le montant des dettes ou des biens de la masse (qui ne pouvait être évalué qu'à l'issue de la procédure une fois ceux-ci cédés et leur valeur déterminée). On pourrait énumérer les différentes méthodes dans le projet de guide tout en indiquant clairement que le caractère prioritaire de la rémunération du représentant de l'insolvabilité devrait être reconnu, et qu'une loi sur l'insolvabilité devrait traiter cette question et prévoir un mécanisme pour fixer cette rémunération.

127. On a noté que le paiement de la rémunération pourrait provenir de différentes sources. Lorsque la masse comprenait des biens non grevés de sûretés, le représentant de l'insolvabilité pourrait être payé sur la valeur de ces biens; il pourrait percevoir des frais supplémentaires sur les biens au titre de leur administration ou leur cession lorsque cette administration profitait aux créanciers; ou encore des frais supplémentaires pourraient être perçus sur les créanciers lorsqu'ils déposaient une demande d'ouverture, ce qui permettrait de financer au moins les dépenses initiales et l'accomplissement des fonctions essentielles. L'examen de la rémunération était une autre question dont il fallait tenir compte. Bien que celle-ci soit partiellement traitée dans les paragraphes 220 et 221 du commentaire, on devrait peut-être également l'aborder spécifiquement dans la partie consacrée au représentant de l'insolvabilité et prévoir à ce sujet un examen périodique pendant le déroulement de la procédure, ce qui permettrait de régler les problèmes (éventuellement par voie d'arbitrage entre le représentant de l'insolvabilité et les créanciers) à mesure qu'ils se posaient. On a également fait observer qu'il faudrait rattacher le problème de l'absence d'actifs (par. 175 et 176) à la question de la rémunération et peut-être l'étudier plus en détail en mentionnant le recours à des procédures simplifiées dans ce cas.

Paragraphe 7: motifs de révocation et de remplacement

128. Selon une opinion, les motifs de révocation énoncés au paragraphe 7 était trop restrictifs et la liste devrait être complétée de manière à tenir compte des besoins de la procédure, notamment de la nécessité de pouvoir remplacer le représentant de l'insolvabilité nommé lorsque la procédure exigeait une compétence particulière ou différente qu'il ne possédait pas. On a estimé qu'il fallait indiquer clairement, dans les motifs de révocation, le critère de diligence exigé en fonction des qualifications professionnelles ou de tout autre facteur et ajouter éventuellement les actes illégaux, les actes accomplis dans une situation impliquant un conflit d'intérêts et d'autres actes qui justifieraient la révocation.

129. On a fait remarquer que le paragraphe prévoyait la possibilité pour les créanciers de demander au tribunal la révocation du représentant de l'insolvabilité alors que dans la réalité il était fréquent que, dans d'importantes affaires d'insolvabilité, les petits créanciers ne puissent tout simplement pas exercer leurs droits parce qu'ils n'avaient pas un intérêt économique suffisant dans la procédure pour justifier le coût d'une telle demande. Pour remédier à cette difficulté, on pourrait peut-être envisager de financer cette dépense sur la masse, si la demande aboutissait.

Paragraphe 8: nomination d'un remplaçant

130. Des réserves ont été exprimées quant à la nécessité de conserver la deuxième phrase du paragraphe. Il a cependant été souligné que, puisque différentes approches étaient adoptées en la matière et que, dans certains systèmes, les biens étaient confiés au représentant de l'insolvabilité, la question de la succession devrait être envisagée.

131. Il a été proposé de faire du paragraphe 8 un alinéa du paragraphe 7 et d'ajouter, comme motif de nomination d'un remplaçant, la maladie et toute autre raison pouvant amener le représentant de l'insolvabilité à cesser ses fonctions. Il a également été proposé que, chaque fois que le représentant de l'insolvabilité était remplacé ou révoqué, on lui impose l'obligation de remettre les livres, pièces comptables et autres informations au successeur.

C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure[5]

132. Les participants sont généralement convenus que le projet de guide législatif devrait traiter de la nécessité de faciliter l'offre de financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le cadre d'un redressement, d'une ces-

[5]Ibid., par. 187 à 191 et résumé et recommandations correspondants.

sion de l'entreprise débitrice en vue d'une poursuite de l'activité, ou d'une liquidation des biens du débiteur, tout en tenant compte des diverses approches en matière de priorité adoptées dans différents systèmes juridiques.

Paragraphe 1: clause relative à l'objet des dispositions

133. Plusieurs propositions ont été faites en ce qui concerne l'objet des dispositions devant être indiqué au paragraphe 1. On a estimé que celles-ci devraient viser, notamment, à faciliter l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour la poursuite des activités ou la survie de l'entreprise du débiteur, à préserver ou augmenter la valeur des biens du débiteur et à accorder une protection appropriée aux personnes qui fournissent un tel financement ou aux personnes dont les droits sont lésés par celui-ci. Il a été proposé à cet égard d'indiquer qu'un objet de ces dispositions était de trouver un équilibre entre l'octroi de priorités de paiement, comme mesure d'incitation de nature à attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, et les droits des créanciers existants. Il a été suggéré en outre que l'on précise dans le projet de guide que la décision d'accorder un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait s'étendre également aux crédits commerciaux.

Paragraphe 2: offre de financement postérieur à l'ouverture de la procédure

134. Il a été dit que le paragraphe 2 devrait non seulement reconnaître la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, mais aussi encourager la prise d'une décision à un stade précoce pour savoir si ce nouveau financement était nécessaire ou si l'entreprise devait être liquidée, cette décision étant en fait la plus importante. Il a été noté que le paragraphe 191 du commentaire rappelait la discussion que le Groupe de travail avait eue à sa vingt-quatrième session sur la question de savoir s'il était souhaitable de faire une distinction entre les différentes étapes de la procédure d'insolvabilité pour déterminer la nécessité d'un financement. On a fait observer que l'octroi de nouveaux prêts entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture et l'ouverture effective de la procédure pouvait être déterminant pour le maintien de l'activité de l'entreprise. On a cité un exemple où de nouveaux prêts pouvaient être obtenus pendant cette période à condition d'être considérés comme "indispensables" pour le débiteur. On a estimé que l'offre de prêts pendant cette période pouvait être différente selon que la procédure était volontaire ou involontaire. Dans le cas d'une procédure involontaire, on a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la question avant l'ouverture de la procédure. Il a été dit que le financement postérieur à l'ouverture de la procédure avait aussi de l'importance, pour des raisons analogues, pendant la période comprise entre l'ouverture de la procédure et l'examen d'un plan de redressement. La question de l'octroi d'un financement pour la période postérieure à l'approbation du plan devait être traitée dans ce dernier.

135. On a estimé que, dans le cadre de la liquidation, il faudrait qu'un financement soit disponible non seulement dans les cas où l'entreprise devait être cédée en vue d'une poursuite de l'activité mais, plus généralement, pour permettre de payer les salaires ou le renouvellement des polices d'assurance, les loyers, la poursuite des contrats et d'autres dettes qui pourraient se justifier par la poursuite des activités ou la nécessité de préserver la valeur des biens.

136. S'il fallait faire une distinction entre les différentes étapes de la procédure pour lesquelles un nouveau financement pouvait être requis, on a indiqué que l'organe susceptible d'autoriser un tel financement pouvait être différent selon ces étapes. Avant l'approbation du plan, la décision d'autoriser le financement pourrait incomber au représentant de l'insolvabilité, tandis qu'après l'approbation les décisions pourraient être soumises au contrôle des créanciers ou du tribunal. Il a été souligné que l'octroi d'un financement après l'ouverture de la procédure était limité et soumis à autorisation en raison du préjudice pouvant être causé aux créanciers et que le projet de guide devrait indiquer clairement que l'octroi de nouveaux prêts ne devrait pas léser les droits existants des créanciers garantis. Quoi qu'il en soit, on a proposé que l'exigence d'une autorisation soit fonction du préjudice pouvant résulter ou des avantages découlant de l'octroi d'un nouveau financement et que seules les parties susceptibles d'être lésées aient la possibilité de s'opposer et d'être entendues.

Paragraphe 3: pouvoirs du représentant de l'insolvabilité

137. Un certain nombre de propositions de fond ont été faites à propos du paragraphe 3. On a dit pour commencer que ce paragraphe devrait être plus large et disposer que le représentant de l'insolvabilité pouvait obtenir un financement postérieur à l'ouverture si un tel financement était considéré comme nécessaire pour la préservation ou l'augmentation de la valeur des biens et non simplement pour la continuation de l'activité, ainsi que l'indique le texte actuel.

138. On a émis l'avis que le paragraphe 3, dans sa formulation actuelle, semblait donner un important pouvoir discrétionnaire au représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne les décisions d'autoriser le financement postérieur à l'ouverture de la procédure et de constituer une sûreté. On a fait observer d'une manière générale que dans de nombreux pays c'était au tribunal qu'il revenait de prendre ces décisions, et non au représentant de l'insolvabilité, mais il a été souligné que le tribunal devrait de toute manière se fier aux informations fournies par ce dernier pour ce qui est du besoin de financement supplémentaire. Demander au tribunal d'intervenir ne faisait qu'ajouter une étape au processus. Quant à la constitution d'une sûreté, on a indiqué que cela ne poserait un problème que dans les cas où le prêt ne serait pas remboursé. Selon un autre point de vue, le fait de prévoir dans le projet de guide législatif l'intervention à un stade précoce du tribunal dans les décisions d'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture pourrait promouvoir la transparence et donner des assurances supplémentaires aux prêteurs potentiels. Un moyen de concilier ces points de vue serait peut-être, a-t-on suggéré, de fixer le montant au-delà duquel il faudrait une autorisation, ou bien de ne demander une autorisation que dans les cas où il y avait objection à ce que proposait le représentant de l'insolvabilité pour l'obtention d'un financement.

Paragraphe 4: priorité

139. Le Groupe de travail est convenu que ce n'était pas au représentant de l'insolvabilité de décider du type de priorité à accorder en cas de financement postérieur à l'ouverture, mais à la loi sur l'insolvabilité. De l'avis général, on a estimé que, s'agissant de la priorité à accorder, le nouveau financement devrait être considéré comme une créance afférente à l'administration de la procédure, encore que l'on ait fait observer que les fournisseurs de biens et de services de l'entreprise insolvable devraient être encouragés à continuer d'approvisionner cette dernière et donc être payés en conséquence avant les créanciers garantis. À propos de biens et de services, on a également estimé que le mot "crédit" était trop restrictif et qu'il faudrait employer un terme plus général. Il a été noté que le paragraphe 4 devrait recommander aux pays qui accordent un degré de priorité plus élevé à certaines catégories de créances (par exemple le paiement des salariés) qu'aux créances afférentes à l'administration de la procédure ou aux créances non garanties de prévoir ou de mentionner ces priorités dans la loi sur l'insolvabilité.

Paragraphe 5: régime applicable aux sûretés existantes

140. Il a été dit dès le début de la discussion qu'il était nécessaire de préciser la différence entre les paragraphes 4 et 5; le paragraphe 4 ne traitait pas des sûretés existantes, tandis que le paragraphe 5 ne faisait référence qu'à ces dernières. On a émis l'avis que, comme il y avait généralement peu de chances que les créanciers titulaires d'une sûreté existante acceptent de consentir à un autre créancier une priorité sur la même sûreté, le paragraphe 5 semblait donner aux premiers un droit de veto qui pouvait avoir pour effet de favoriser la liquidation en mettant un obstacle à l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Selon une opinion différente, les créanciers garantis, dans certains systèmes, consentiraient cette priorité, car il était dans leur intérêt bien compris de le faire pour faciliter le redressement, éviter les litiges et accroître leurs chances d'être payés. On a indiqué que la différence d'approche dépendait peut-être de la faculté donnée ou non aux créanciers garantis d'exécuter leur sûreté en dehors de la procédure d'insolvabilité.

141. On a fait observer que, dans certains pays, le tribunal pouvait accorder une telle priorité s'il déterminait que le créancier garanti avait sur les biens une sûreté suffisante pour ne pas être lésé par la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture. Dans d'autres pays, le tribunal devait être convaincu que des conditions supplémentaires étaient remplies, notamment que le créancier garanti était avisé et qu'il avait la possibilité d'être entendu par le tribunal, que le débiteur pouvait prouver qu'il ne pouvait obtenir le financement nécessaire par aucun autre moyen et que les intérêts du créancier garanti seraient protégés de manière adéquate. Selon un autre avis, le paragraphe 5 devrait établir le principe général selon lequel les sûretés existantes ne devraient pas être affectées par les sûretés postérieures à l'ouverture sans le consentement des parties garanties, mais, en l'absence de consentement, le projet de guide devrait indiquer d'autres approches pour obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Il a été estimé d'autre part que les conditions de forme exigées pour le consentement devraient être déterminées par le droit interne général et non être stipulées dans le projet de guide.

D. Comité des créanciers[6]

Paragraphe 1: clause relative à l'objet des dispositions

142. On a estimé qu'il faudrait indiquer au moins que les dispositions relatives au comité des créanciers ont pour objet: *a*) de faciliter la participation de la collectivité des créanciers par voie de représentation; et *b*) de prévoir la nomination d'un comité et d'en déterminer les fonctions.

Paragraphe 2: nomination du comité des créanciers

143. Le Groupe de travail s'est accordé à reconnaître que la présence d'un comité des créanciers pourrait contribuer à la transparence de la procédure et qu'il était donc souhaitable d'encourager la nomination d'un tel comité et d'en renforcer le rôle. Il a été proposé, dans cette optique, de remplacer les mots "peut être" par "est". Selon un autre avis, il faudrait mettre l'accent sur la représentation des créanciers plutôt que sur la facilitation de la conduite de la procédure.

144. Bien qu'il y ait eu accord sur le libellé général de la disposition, plusieurs membres du Groupe de travail ont émis l'avis qu'il faudrait éviter d'employer les mots "représentation" et "représenter". Il a été fait observer que dans de nombreux systèmes juridiques ces mots recouvriraient des mécanismes et des effets juridiques particuliers qui ne s'appliqueraient pas aux comités de créanciers. On a donc suggéré d'utiliser une formulation plus neutre exprimant l'idée de représentation, telle que "aux fins de la procédure vis-à-vis du représentant de l'insolvabilité et du tribunal".

145. On a attiré l'attention sur le fait que des catégories différentes de créanciers avaient vraisemblablement des intérêts différents, voire divergents, et qu'il ne serait donc pas indiqué de prévoir la participation dans un même comité de toutes les catégories sur un pied d'égalité. En outre, comme les créanciers garantis détiendraient probablement la majeure partie des créances, à la fois par leur nombre et par le montant de leurs créances, il était également probable qu'un comité unique leur permettrait de s'imposer et de l'emporter sur les créanciers chirographaires, que le vote s'effectue sur la base du nombre des créanciers ou de la valeur des créances. En conséquence, afin de préserver à la fois le caractère représentatif et le bon fonctionnement du comité, on devrait prévoir des organes différents pour les différentes catégories de créanciers. On a également noté qu'il arrivait parfois que les créanciers ne souhaitent pas siéger au comité ou que le nombre de créanciers ne justifie pas la création d'un comité, auquel cas la collectivité des créanciers pouvait remplir les fonctions normalement exercées par le comité.

[6]Ibid., par. 192 à 212 et résumé et recommandations correspondants.

Paragraphe 3: fonctions du comité des créanciers

146. Malgré les différences pouvant exister entre divers systèmes juridiques, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait mentionner clairement les deux fonctions habituellement exercées par le comité des créanciers (consultation et supervision) et préciser ce qu'elles pouvaient impliquer. Selon un avis, il importait que le comité soit capable de représenter et de défendre activement les vues des créanciers et ne soit limité dans l'exercice de ces fonctions que par le tribunal — et non par le représentant de l'insolvabilité. Sur le plan de la forme, on a estimé que l'adjectif "spécialisés", employé pour qualifier les conseils devant être donnés par le comité, était en contradiction avec le caractère général de la fonction consultative dont était investi le comité et qu'il devrait par conséquent être supprimé.

147. Il a été proposé de remplacer les mots "à la demande du", dans la dernière phrase du paragraphe, par les mots "en collaboration avec", qui reflétaient mieux la relation entre le comité des créanciers et le représentant de l'insolvabilité. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé que le projet de guide: *a*) précise que, dans certains systèmes, le comité fonctionnerait en collaborant directement avec le tribunal et sous son contrôle; et *b*) indique quels mécanismes, éventuellement, s'appliqueraient en cas de conflit entre le comité et le représentant de l'insolvabilité.

Paragraphe 5: composition du comité des créanciers et sélection de ses membres

148. En ce qui concerne l'ordre des recommandations, on a fait observer qu'il faudrait traiter la structure du comité avant ses fonctions et, par conséquent, inverser les paragraphes 3 et 5.

149. À titre de remarque générale, on a souligné que le projet de guide devrait préciser la distinction entre, d'une part, le comité des créanciers, indépendamment de la structure et des prérogatives qu'il pourrait avoir dans différents systèmes juridiques, et, d'autre part, la collectivité ou l'assemblée des créanciers, et que les pouvoirs et fonctions attribués au premier ne devraient pas porter atteinte aux droits de la seconde de participer ou d'intervenir de toute autre manière dans la procédure d'insolvabilité.

150. On s'est déclaré favorable à ce que la participation soit limitée à un nombre restreint de créanciers, qui serait déterminé par les législateurs nationaux, dans le souci de préserver l'efficacité de fonctionnement du comité. La proposition d'exclure de la participation les créanciers ayant des conflits d'intérêts, de manière à assurer l'indépendance du comité, a bénéficié d'un appui. On a toutefois souligné que cette exclusion devrait s'appliquer non seulement aux créanciers ayant un lien privilégié avec le débiteur, mais aussi à tout créancier susceptible d'avoir un intérêt personnel qui risquerait d'influer sur son impartialité dans l'exercice des fonctions du comité, par exemple un concurrent du débiteur.

151. On a appuyé l'avis selon lequel le projet de guide devrait définir le mécanisme de désignation des membres du comité, qui pourrait être par exemple l'élection par la collectivité des créanciers ou la nomination par le tribunal, et prévoir le remplacement des membres n'ayant pas les compétences nécessaires ou ayant fait preuve de négligence ou d'inefficacité. Il a toutefois été souligné que dans certains systèmes juridiques le remplacement des membres du comité des créanciers était limité aux cas de négligence caractérisée et qu'une règle plus stricte risquait de décourager la participation des créanciers au comité.

152. La référence au "consentement à siéger", à la première phrase du paragraphe, a été jugée inutile, car il serait inconcevable de désigner comme membre du comité un créancier qui ne consentirait pas ni ne serait prêt à y siéger.

Paragraphe 4: appel à des consultants spécialisés

153. Le Groupe de travail est convenu que c'était au tribunal et non au représentant de l'insolvabilité qu'il appartenait d'approuver l'emploi de consultants spécialisés sur proposition du comité des créanciers. On a noté qu'il était important, pour préserver son indépendance, d'indiquer que le comité des créanciers serait responsable devant le tribunal et non devant le représentant de l'insolvabilité. Il a également été suggéré de mentionner l'impact économique positif qu'auraient sur la procédure la désignation et la participation d'un expert.

Paragraphe 6: obligations et responsabilité des membres du comité des créanciers

154. Selon l'avis qui a prévalu, il n'était pas nécessaire de mentionner explicitement l'obligation des membres du comité des créanciers d'agir de bonne foi, du fait que la bonne foi, en tant que principe général du droit, s'appliquerait à l'accomplissement de toutes tâches. On a de nouveau déclaré qu'il ne faudrait pas que la norme de responsabilité imposée aux membres du comité des créanciers soit excessive, afin de ne pas décourager la participation.

155. La proposition d'exclure explicitement de la participation au comité les créanciers ayant un conflit d'intérêts a également été réitérée. On a souligné que la question pourrait se poser en particulier dans le cas de créances vendues après l'ouverture sur le marché secondaire, et dont les détenteurs auraient probablement des intérêts différents de ceux des créanciers initiaux. À cet égard, on a émis l'avis que, lorsqu'un membre du comité vendait sa créance, l'acheteur ne devrait pas lui succéder automatiquement comme membre du comité des créanciers, mais devrait, pour y participer, remplir toutes les conditions requises.

156. On a estimé que l'expression "obligation fiduciaire" des membres du comité envers les créanciers ou les actionnaires ou les propriétaires de l'entreprise débitrice était de nature à induire en erreur dans certains systèmes juridiques. Aussi a-t-il été proposé de la remplacer par des termes plus neutres indiquant la base de la responsabilité éventuelle de ces membres. Un autre avis a été que la dernière phrase du paragraphe, prévoyant l'exclusion de toute obligation du comité des créanciers à l'égard des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise débitrice, ne rendait peut-être

pas compte avec précision de certaines situations, dans le cadre du redressement, où les actionnaires ou les propriétaires recevraient un paiement et où il faudrait prévoir une exception pour les créanciers ayant un intérêt économique dans l'issue de la procédure.

Paragraphe 7: prise de décisions du comité des créanciers

157. Bien que l'on ait fait observer qu'il ne serait peut-être pas approprié de recommander dans le projet de guide un mécanisme particulier de vote pour le comité, l'avis selon lequel ce dernier devrait être tenu d'établir un règlement régissant son fonctionnement et son processus décisionnel, lequel pourrait prévoir des règles différentes pour divers types de décisions, a été appuyé. On a indiqué, par exemple, que le comité des créanciers pourrait être chargé de négocier un plan au nom de la collectivité des créanciers et qu'il faudrait peut-être, pour décider s'il y avait lieu de soumettre à cette dernière un plan particulier, une majorité différente de celle qui était requise pour d'autres types de décisions. Une proposition connexe a été qu'en établissant des règles qui pourraient indiquer la proportion qui constituerait un vote majoritaire on ne devrait pas exiger l'unanimité, car cela risquerait de nuire au fonctionnement du comité et, en fin de compte, à la souplesse de la procédure. Selon un avis différent, il faudrait supprimer la disposition, étant donné la diversité des solutions qui pourraient être apportées dans les différents systèmes juridiques.

158. Il a été souligné que le paragraphe 7 traitait uniquement des décisions relevant des pouvoirs et des fonctions du comité des créanciers et qu'il ne visait pas à rendre ces décisions contraignantes pour la collectivité des créanciers ni à influer d'une autre manière sur leurs pouvoirs, par exemple le pouvoir d'approuver un plan de redressement. À cet égard, on a réaffirmé que les pouvoirs du comité des créanciers découlaient de ceux qui étaient confiés à la collectivité des créanciers. Il a été suggéré de faire ressortir la relation entre la collectivité des créanciers et le comité des créanciers dans la structure des recommandations, en inversant l'ordre des paragraphes traitant respectivement de la première (actuel paragraphe 8) et du second.

Paragraphe 8: vote de la collectivité des créanciers

159. Sans préjudice de ce qui serait décidé quant à l'ordre des paragraphes évoqué ci-dessus, il a été proposé que la recommandation relative à la collectivité des créanciers prévoie différentes règles de majorité pour différents types de décisions. Une règle de la majorité simple pourrait convenir pour la plupart des décisions, tandis qu'une majorité qualifiée serait plus appropriée pour des décisions plus importantes, comme celles qui concernaient le représentant de l'insolvabilité ou les questions de financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

160. On s'est déclaré favorable à l'idée de traiter des pouvoirs et du fonctionnement de la collectivité des créanciers dans une section distincte du projet de guide, par exemple dans un chapitre abordant les questions liées aux créanciers.

E. Créances des créanciers et régime à leur appliquer[7]

Paragraphe 1: clause relative à l'objet des dispositions

161. L'objet des dispositions sur le régime applicable aux créances des créanciers tel qu'il est énoncé au paragraphe 1 de la section « Résumé et recommandation » a été généralement approuvé. Il a été dit que l'alinéa *d* du paragraphe 1 aurait peut-être davantage sa place dans la clause énonçant l'objet des dispositions, dans la section sur l'ordre à établir aux fins de la répartition (chap. V.A).

162. Le Groupe de travail est convenu que l'alinéa *a* du paragraphe 1 devrait être rédigé en termes plus généraux et ne pas viser simplement le représentant de l'insolvabilité, afin de refléter les différentes possibilités existantes quant à savoir qui devait examiner les créances.

163. Le terme "*appeals*" employé dans la version anglaise à l'alinéa *b* du paragraphe 1 et dans d'autres paragraphes de la section "Résumé et recommandations" a été jugé impropre. Ce terme désignant, dans un certain nombre de systèmes juridiques, une voie de recours spécifique, l'emploi d'une formule plus neutre, comme "judicial recourse", a été appuyé.

164. S'agissant de l'alinéa *c* du paragraphe 1, il a été proposé de mentionner également d'autres catégories semblables de créances, comme les créances contestées, conditionnelles ou non monétaires, à condition toutefois que la liste ne prétende pas à l'exhaustivité.

Paragraphe 2: régime applicable aux créanciers étrangers

165. Il a été proposé d'aligner le libellé de la disposition sur la terminologie de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, dans laquelle la distinction entre créanciers nationaux et créanciers étrangers était fondée sur la résidence et non sur la nationalité.

166. En vue d'assurer l'égalité de traitement des créanciers étrangers, le Groupe de travail est convenu que la notification de la procédure devrait explicitement indiquer non seulement le délai de déclaration des créances, mais également toutes procédures et conditions de forme nécessaires pour cette déclaration, étant entendu que la définition de ces procédures devrait être laissée aux législations nationales. Il a néanmoins été estimé que l'objectif d'égalité de traitement des créanciers étrangers risquait d'être compromis si la comparution personnelle du créancier devant le représentant de l'insolvabilité était exigée, ce qui devait donc être découragé en ce qui concerne la déclaration des créances.

167. Il a été proposé, en particulier dans l'intérêt des créanciers étrangers, que la notification indique si la valeur de la créance serait examinée par rapport à la date de la demande d'ouverture, plutôt qu'à celle de l'ouverture même de la procédure, cela pouvant avoir une incidence sur la conversion de la monnaie dans laquelle la créance était libellée.

[7] Ibid., par. 213 à 252 et résumé et recommandations correspondants.

Paragraphes 3 et 5: déclaration des créances

168. Le Groupe de travail a constaté que la question de la date de la déclaration des créances était traitée non seulement au paragraphe 3 mais également dans les premières phrases du paragraphe 5 et qu'il convenait donc d'examiner conjointement les deux dispositions.

169. La proposition tendant à ce que les législateurs nationaux soient encouragés à prévoir la déclaration des créances, soit dans un délai déterminé après l'ouverture de la procédure, soit à tout moment avant la répartition, a été bien accueillie. Il a été souligné que les conséquences d'un défaut de déclaration de la créance dans le délai prévu devraient être expressément traitées et définies dans la loi, dès lors qu'il existait de nombreuses options possibles, dont le déclassement de ces créances. Pour mettre en évidence la nécessité de prévoir des sanctions dans la loi sur l'insolvabilité, il a été proposé de modifier le paragraphe 3 en remplaçant le verbe "peuvent" par "doivent". Il a également été proposé de traiter la question d'un déclassement contractuel des créances.

170. Il a été dit par ailleurs que ce n'était pas à la loi sur l'insolvabilité de déterminer quel régime de procédure et de fond s'appliquerait à une créance qui n'était pas déclarée dans la procédure d'insolvabilité mais que cette question relevait plutôt d'autres lois nationales pertinentes. Si l'extinction des créances non déclarées était acceptable lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoyait la libération du débiteur à la clôture de la procédure, dans d'autres cas, le défaut de déclaration ne porterait pas atteinte à la possibilité de faire exécuter ces créances, ou la partie de ces créances qui n'aurait pas été réglée au cours de la procédure, en vertu des règles générales de fond et de procédure une fois que la procédure d'insolvabilité serait achevée. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé que la question soit traitée dans le cadre de l'examen de la remise des dettes, qui faisait actuellement l'objet du paragraphe 298 du commentaire. On a également estimé que les créances, y compris celles qui étaient garanties, devraient être déclarées à un stade précoce de la procédure afin que le débiteur et le représentant de l'insolvabilité puissent déterminer l'importance des créances antérieures à l'ouverture qui étaient opposables à la masse de l'insolvabilité.

171. Plusieurs inquiétudes ont été exprimées à propos de la dernière phrase du paragraphe, qui prévoyait qu'un créancier garanti ne devrait faire valoir ses créances que lorsqu'il avait renoncé à sa sûreté ou que la valeur de sa créance était supérieure à celle de la garantie. On a fait observer que le fait de subordonner la déclaration à la condition que la valeur de la créance excède celle de la sûreté risquait d'être source d'une grande insécurité, étant donné que l'évaluation pouvait être faite en fonction de différents critères (par exemple valeur dans l'insolvabilité ou valeur marchande) et à différents moments. Il était en outre nécessaire, selon un avis, de prévoir que l'obligation de déclarer une créance s'appliquait à tous les créanciers, garantis ou non garantis, afin que le représentant de l'insolvabilité soit informé de toutes les créances garanties et du montant des créances en cours. Selon un autre point de vue, la déclaration des créances garanties ne pouvait être évitée que pour les sûretés résultant de l'inscription sur un registre public. Le Groupe de travail est convenu qu'il devrait être recommandé dans le projet de guide que le régime applicable aux créanciers garantis aux fins de la déclaration des créances soit clairement énoncé dans la loi sur l'insolvabilité.

172. La référence, dans la première phrase du paragraphe 5, aux créances devant être déclarées "sur la masse" risquait, selon un avis, de prêter à confusion car elle pouvait laisser entendre qu'il était nécessaire de déclarer des créances nées après l'ouverture de la procédure. En réponse, il a été précisé que le paragraphe 5 n'était censé viser que la déclaration de créances nées avant l'ouverture de la procédure et qu'en conséquence les mots "sur la masse" devraient être supprimés.

173. Il a été proposé que le régime applicable aux créanciers étrangers, dont il était question dans la troisième phrase du paragraphe, fasse l'objet d'un paragraphe distinct.

Paragraphe 4: liste des créanciers et état des créances

174. Selon un point de vue, le débiteur devrait aider le représentant de l'insolvabilité à dresser la liste des créanciers, car c'était là un aspect important de son obligation générale de coopérer dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, s'agissant tant de la liquidation que du redressement. Il a été observé que, dans certains systèmes juridiques, l'établissement d'une liste de créanciers était une condition à laquelle était subordonné le dépôt d'une demande d'ouverture de la procédure par le débiteur.

175. Plusieurs avis ont été exprimés quant aux conséquences que subiraient les créanciers non mentionnés par le débiteur sur la liste. À ce propos, il a été dit que l'on pourrait préciser dans le projet de guide que la liste, telle qu'établie soit par le débiteur soit par le représentant de l'insolvabilité à partir des informations fournies par le débiteur à l'ouverture de la procédure, serait susceptible de révision et de modifications à un stade ultérieur de la procédure. À cet égard, le Groupe de travail a admis que le contrôle de la liste par le représentant de l'insolvabilité et, en dernier ressort, par le tribunal, devrait être maintenu.

176. La question a été posée de savoir s'il était nécessaire qu'un créancier déclare une créance lorsque le débiteur présentait une liste admettant cette créance. Selon un avis, si l'on considérait une créance comme admise sur cette base, on courrait le risque que le débiteur n'utilise sa faculté de reconnaître une ou plusieurs créances particulières au détriment de l'égalité de traitement des créanciers.

Paragraphe 6: créances exclues

177. À titre d'observation générale, il a été précisé que c'était au droit matériel et procédural général, et non à la loi sur l'insolvabilité ou au représentant de l'insolvabilité, de déterminer quelles créances il convenait d'exclure. Il a été proposé que le représentant de l'insolvabilité examine toutes les créances en cours à inscrire sur la liste conformément au droit matériel et procédural applicable.

S'agissant du libellé, il a été proposé de supprimer le verbe "peuvent" qui risquait de laisser penser à tort que le représentant de l'insolvabilité avait un pouvoir discrétionnaire à l'égard de ces créances.

178. L'exemple des dettes de jeu a été jugé mal choisi, car le jeu était traité différemment dans le cadre du droit matériel de différents systèmes juridiques. Il a été dit que les créances fiscales étrangères devraient être traitées conformément à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

179. Plusieurs points de vue ont été exprimés quant à l'opportunité d'aborder dans le projet de guide le régime applicable à des catégories spécifiques de créances, dont *a*) des amendes ou autres créances (administratives) qui pouvaient être exclues de la procédure d'insolvabilité en raison de leur montant disproportionné à celui de la masse de l'insolvabilité; *b*) des créances qui n'étaient pas exigibles à l'ouverture de la procédure; *c*) des dommages-intérêts à valeur répressive; *d*) des créances dont le montant n'était pas déterminé à l'ouverture de la procédure, comme des créances de dommages-intérêts ou des créances éventuelles résultant d'atteintes à l'environnement; et *e*) des créances contestées.

180. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait se garder de faire figurer dans le projet de guide une liste de créances exclues et recommander à la place que de telles créances soient clairement définies et énumérées dans la loi interne.

Paragraphe 7: preuve des créances

181. S'agissant du droit du créancier d'apporter la preuve de sa créance au moyen d'une déclaration, éventuellement faite sous serment, il a été estimé que cette approche constituerait une exception à la règle générale qui veut que chaque créancier apporte la preuve de la créance qu'il déclare, la question devant d'ailleurs plutôt être traitée et régie par les lois internes de procédure. Selon un autre avis, cette disposition, si elle était maintenue, devrait être complétée par des précisions quant aux circonstances permettant son application. Selon un autre point de vue, le destinataire d'une déclaration ou d'une déclaration sous serment affirmant l'existence d'une créance serait le tribunal et non le représentant de l'insolvabilité.

182. Il a été observé que le recours à une déclaration sous serment ou une déclaration du même type comme moyen de preuve n'était pas reconnu dans tous les systèmes juridiques. Il a été en outre noté qu'en tant que moyen de preuve une déclaration sous serment était coûteuse et donc de moins en moins employée même dans les systèmes où elle était admise. À titre d'observation générale, il a été rappelé au Groupe de travail que plus le projet de guide serait détaillé, notamment pour ce qui est des questions de procédure, plus il serait difficile de le rendre acceptable dans différents systèmes juridiques. Il a donc été proposé d'élargir la portée de la disposition en permettant à chaque créancier d'apporter la preuve de sa créance par écrit sans comparaître personnellement devant le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal. À cet égard, il a été réaffirmé que des instructions précises quant au mode de preuve des créances, ainsi qu'à toute autre condition de forme applicable, devraient être fournies aux créanciers dans le cadre de la notification de l'ouverture de la procédure.

183. Il a été par ailleurs proposé que toute fausse déclaration de créances soit expressément sanctionnée.

Paragraphe 8: admission et rejet des créances

184. En ce qui concerne l'admission des créances, il a été convenu qu'elle ne devrait pas intervenir automatiquement mais qu'il faudrait une décision du représentant de l'insolvabilité. En conséquence, le passage faisant référence dans la deuxième phrase du paragraphe aux créances pouvant être admises automatiquement devrait être supprimé. La proposition visant à recommander dans le projet de guide que le représentant de l'insolvabilité prenne sa décision rapidement, en particulier lorsque la créance était étayée par des documents adéquats, a bénéficié d'un certain soutien. L'idée de prévoir une admission automatique à titre d'exception pour les créances inscrites sur un registre public n'a pas recueilli de suffrages, non plus que la proposition d'établir une distinction selon que la créance pouvait ou non être immédiatement exécutée.

185. On a également estimé qu'il ne serait pas indiqué de se fonder sur des livres et pièces comptables pour admettre des créances, car il était improbable que ces documents soient correctement tenus, du moins lorsqu'il s'agissait du débiteur. On a fait observer que l'expression "livres et pièces comptables" pourrait également englober les livres et pièces comptables du créancier et que ceux-ci pourraient servir d'éléments de preuve conformément aux règles générales en matière de preuve, étant entendu que l'admission serait toujours subordonnée à l'approbation du représentant de l'insolvabilité. Il a été dit que ce dernier pourrait décider plus rapidement de l'admission ou du rejet de créances lorsque celles-ci étaient suffisamment attestées par des livres et pièces comptables.

186. Le fait de mentionner, à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 8, le droit de contester l'admission ou le rejet d'une créance, risquait, a-t-on dit, d'encourager les actions en justice, mais cette opinion n'a pas été partagée. On s'est déclaré favorable à ce que le droit de contestation ne soit pas limité aux créanciers ou au représentant de l'insolvabilité, mais étendu à toute partie intéressée, par exemple aux créanciers dont les créances étaient contestées, au comité des créanciers et au débiteur. À cet égard, il a été également précisé que les créanciers dont les créances avaient été admises étaient en droit de contester l'admission d'autres créances. On a aussi suggéré de donner dans le projet de guide des détails sur les procédures de contestation, lesquelles pourraient notamment prendre la forme d'une audience devant un juge.

Paragraphe 9: admission provisoire des créances

187. Du fait que l'admission provisoire des créances pouvait avoir des conséquences importantes pour la procédure, en particulier lorsqu'un droit de vote était accordé aux créanciers dont les créances étaient provisoirement admises, le Groupe de travail est convenu que la question méritait une attention particulière dans le projet de guide.

188. Plusieurs avis ont été exprimés sur ce que recouvraient les différentes catégories de créances mentionnées au paragraphe 9 comme pouvant être admises provisoirement. Il a été convenu que le projet de guide devrait préciser: *a*) si la notion de "créances d'un montant indéterminé" engloberait les créances non monétaires; et *b*) si les "créances contestées" désignaient les créances faisant l'objet d'une instance en dehors de la procédure d'insolvabilité ou plutôt les créances contestées dans le cadre de cette procédure.

189. On s'est déclaré favorable à l'admission provisoire des créances conditionnelles et des créances non encore échues à la date de l'ouverture de la procédure. Il a été précisé toutefois que les créances non encore échues ne devraient pas être admises sur la base de leur valeur nominale, mais plutôt sur la base d'une valeur réduite correspondant à la période restant à courir jusqu'à l'échéance.

190. La proposition d'inclure dans le projet de guide, par souci de clarté, un examen général des créances remplissant les conditions requises pour être admises, puis un examen des créances qui, bien que ne satisfaisant pas à ces conditions, pourraient être admises provisoirement, a été soutenue. Il a en outre été souligné que chaque catégorie mentionnée au paragraphe 9 soulevait différents problèmes de fond et de procédure sur lesquels il faudrait peut-être se pencher.

191. Beaucoup ont été favorables à ce que la décision initiale concernant l'admission provisoire des créances incombe au représentant de l'insolvabilité et non au tribunal, sans préjudice du droit d'une partie opposante de saisir ce dernier. Afin d'accélérer la procédure, il a été proposé d'indiquer que le projet de guide adopte un principe général selon lequel le tribunal ne devrait intervenir qu'en cas de stricte nécessité.

192. S'agissant des effets d'une admission provisoire, plusieurs membres ont été d'avis que le projet de guide devrait identifier les droits accordés à un créancier dont la créance avait été admise à titre provisoire. Une suggestion a été que cela soit limité au droit d'être entendu devant le tribunal. On a estimé qu'en aucun cas les créanciers dont les créances étaient provisoirement admises ne devraient avoir le droit de participer à une répartition.

193. On a fait observer que le droit de faire réexaminer une évaluation était lié au droit de contestation prévu au paragraphe 8 et qu'il serait peut-être préférable d'aborder cette question dans une disposition unique. Tout en reconnaissant que le paragraphe 9 ne prétendait pas traiter des procédures d'évaluation, on a estimé qu'il serait bon d'examiner ces questions dans le projet de guide et d'indiquer les critères appropriés.

Paragraphe 10: effets de l'admission d'une créance

194. On a tout d'abord fait remarquer que le chapeau du paragraphe pourrait laisser croire que tous les droits des créanciers dépendaient de l'admission de leurs créances. Or, cela serait en contradiction avec le fait que tous les créanciers ayant déclaré une créance étaient au moins habilités à participer à la première assemblée des créanciers. Il faudrait donc modifier le texte en conséquence.

195. En ce qui concerne la portée du paragraphe, on a proposé de préciser que le mot "assemblée" désignait l'assemblée générale des créanciers et qu'un créancier dont la créance était admise devrait avoir tous les droits et exercer toutes les fonctions de cette assemblée, et non simplement le droit de voter. De l'avis général, ces droits et fonctions devraient au moins être les suivants: *a*) approbation ou rejet d'un plan de redressement; *b*) élection des membres du comité des créanciers; et *c*) rôle consultatif dans la nomination du représentant de l'insolvabilité.

196. D'autres propositions ont porté sur le pouvoir de l'assemblée générale des créanciers de prendre des décisions sur les questions suivantes: *a*) la relation entre la liquidation et le redressement; *b*) la répartition des biens de la masse de l'insolvabilité; *c*) le financement postérieur à l'ouverture de la procédure; *d*) la rémunération des professionnels; *e*) le traitement des procédures judiciaires qui étaient en cours et auxquelles le débiteur participait au moment de l'ouverture de la procédure; *f*) la poursuite de l'activité par le débiteur; ou *g*) l'accord sur une restructuration accélérée. Enfin, un avis a été qu'il serait souhaitable d'inclure une disposition générale autorisant les législateurs nationaux à prévoir d'autres fonctions pour l'assemblée des créanciers, sans préjudice de la nécessité d'établir un équilibre entre ces pouvoirs et fonctions et ceux des autres organes et de préserver la souplesse de la procédure.

197. Outre les fonctions de l'assemblée générale des créanciers, il a été suggéré que le projet de guide traite de la relation entre cette dernière et le comité des créanciers (lorsque cet organe était constitué lors de la procédure d'insolvabilité) et indique quels pouvoirs de l'assemblée générale pourraient être délégués au comité.

198. S'agissant de l'alinéa *a* du paragraphe 10, on a proposé d'ajouter que l'admission d'une créance donnait au créancier le droit de participer à la nomination d'un comité des créanciers.

199. Plusieurs observations ont été faites à propos de l'alinéa *b* du paragraphe 10. On a fait remarquer que les mots "payer le créancier lors de la répartition" risquaient de renvoyer uniquement à une liquidation et qu'il faudrait donc également parler du paiement effectué conformément à un plan de redressement. On a dit par ailleurs que la référence à l'admission établissant le "montant" de la créance que devrait payer le représentant de l'insolvabilité n'était pas suffisante et devrait être complétée par une référence à la "priorité" de la créance.

Paragraphe 11: droit à compensation

200. Différentes vues ont été exprimées sur le point de savoir s'il était nécessaire de traiter des droits à compensation dans le contexte de la masse de l'insolvabilité (comme cela est fait aux paragraphes 116 à 120 du commentaire) ou dans les deux sections.

201. En réponse à la proposition de soumettre la compensation à la suspension pour donner au représentant de l'insolvabilité la possibilité d'examiner les créances respectives, on a indiqué que les divers systèmes juridiques avaient des règles de fond et des mécanismes procéduraux

différents concernant la compensation. Étant donné le caractère sensible de la question, on a estimé qu'il n'était pas possible de s'entendre sur une solution unique. Il a néanmoins été souligné que la compensation impliquait une exception importante à l'égalité de traitement des créanciers et qu'il fallait en traiter. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait préciser si et dans quelle mesure les règles générales relatives à la compensation pourraient être affectées par la loi sur l'insolvabilité en présentant les diverses options disponibles sans suggérer une règle particulière. On a noté la nécessité d'indiquer qu'il fallait préserver le fonctionnement du système de compensation pour la compensation financière globale.

Paragraphe 12: créances déclarées par les initiés et les actionnaires

202. Plusieurs membres ont estimé que la référence aux "actionnaires" de l'entreprise débitrice était trop étroite, car elle visait une forme particulière de société, et qu'il fallait un terme plus large pouvant comprendre tous les types possibles de parties prenantes (que ce soit dans des sociétés ou par actions des sociétés de personnes). Quant au sens du mot "initié", il a été proposé de préciser à qui il était censé s'appliquer.

203. Pour ce qui est du régime de fond à appliquer à ces personnes, l'avis a été émis qu'il faudrait limiter leurs droits de vote. Selon un avis différent, toutes les créances détenues par des initiés ou des parties prenantes devraient être déclassées. On a rétorqué que le déclassement de toutes ces créances pourrait décourager les initiés et les parties prenantes de fournir un financement au profit du débiteur, ce qui réduirait sensiblement les chances de nombreux débiteurs d'obtenir des capitaux frais et de redresser leur situation financière. Aussi a-t-on suggéré que le déclassement ne s'applique qu'en cas de comportement irrégulier avéré. Selon une autre suggestion, une décision à cet égard devrait être prise soit par le représentant de l'insolvabilité soit par le tribunal après examen des circonstances dans lesquelles le prêt avait été accordé. Une autre suggestion encore a été que l'on applique le déclassement aux créances liées à une capitalisation insuffisante de l'entreprise débitrice et non aux prêts accordés à une société en difficulté financière.

204. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que la question devrait être de nouveau examinée à un stade ultérieur lorsqu'un texte spécifique aura été rédigé.

5. Liquidation et répartition

A. Ordre à établir aux fins de la répartition[8]

205. Il a été tout d'abord proposé de modifier le titre de la section ("Liquidation et répartition") pour bien montrer que celle-ci traitait principalement de la répartition du produit de la réalisation des biens à la liquidation et non de questions spécifiques touchant à la liquidation. Selon une opinion, le projet de guide devait faire une distinction entre les cas où l'entreprise cessait ses activités et où ses biens étaient cédés et les cas où elle était maintenue en activité mais où certains de ses éléments étaient cédés à un repreneur, la section devant être axée uniquement sur les cas de vente forcée. L'autre cas de figure devrait être examiné dans le cadre de la cession de biens, question qui n'était traitée en détail dans aucune autre partie du projet de guide. On a estimé qu'il fallait indiquer clairement dans le projet de guide que le représentant de l'insolvabilité devait répartir le produit rapidement et ne pas retarder le paiement pour essayer de maximiser le montant à répartir en raison de fluctuations sur le marché considéré et que la répartition pouvait se faire sous la forme de paiements provisionnels.

206. Plusieurs suggestions ont été faites à propos de l'ordre dans lequel les paiements seraient effectués aux différentes catégories de créanciers. Certains membres du Groupe de travail se sont inquiétés de l'inclusion des créances garanties et du but effectivement visé à cet égard. On a estimé également qu'il fallait revoir le classement des catégories de créances énumérées au paragraphe 2 comme suit: d'abord les dépenses du représentant de l'insolvabilité, puis les autres créances afférentes à l'administration de la procédure d'insolvabilité, et enfin les créances nées avant l'ouverture de la procédure, telles que les créances garanties. Il a également été dit qu'aucune distinction ne devrait être établie entre les différents types de créances afférentes à l'administration de la procédure. On a noté qu'il faudrait prendre en compte d'autres catégories de créances, telles que les créances de tiers dont les biens étaient détenus par le débiteur, les créances bénéficiant d'un régime spécial en droit interne, telles que les créances salariales ou fiscales, et les créances pouvant être réglées autrement que par un paiement. Selon une opinion, le projet de guide devrait recommander, de façon générale, que l'octroi de priorités de paiement soit limité au minimum et que, lorsque de telles priorités étaient accordées par une loi autre que celle sur l'insolvabilité, les législateurs soient encouragés, pour plus de prévisibilité, à les énumérer dans la loi sur l'insolvabilité. On a également souligné la nécessité d'examiner le traitement du reliquat de fonds dans les cas où le débiteur était solvable et où une répartition était possible, notamment entre les propriétaires et les actionnaires, la question étant de savoir si les intérêts sur d'autres créances passeraient avant cette répartition. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est généralement convenu que le projet de guide devrait, non pas présenter un classement des créances aux fins de la répartition, mais plutôt donner des exemples de types de créances que les législateurs pourraient éventuellement prendre en compte.

207. On a appelé l'attention sur le fait que les dispositions du paragraphe 3, selon lesquelles les créances d'une même catégorie occupaient le même rang et devaient être réglées intégralement avant la catégorie suivante, étaient certes applicables pour certains types de créances, mais pas dans le cas des créances garanties.

B. Remise des dettes[9]

208. Il a été fait observer que la situation d'un débiteur individuel par rapport à la remise des dettes après la clôture de la procédure variait d'un système juridique à l'autre.

[8]Ibid., par. 253 à 255 et résumé et recommandations correspondants.

[9]Ibid., par. 256 à 260 et résumé et recommandations correspondants.

Selon un avis, le projet de guide devait mentionner les différentes options possibles allant d'une libération automatique du débiteur au maintien d'un contrôle du tribunal. On a estimé qu'il fallait citer davantage d'exemples des différentes approches au paragraphe 258 du commentaire. Entre autres facteurs pouvant déterminer le traitement accordé à une dette particulière, on a noté que la conduite du débiteur durant la procédure d'insolvabilité pourrait être pris en considération et qu'un lien direct pourrait être établi avec le devoir de coopération du débiteur. Ainsi, la remise des dettes pourrait ne pas s'appliquer à certaines catégories de dettes si, par exemple, elles n'ont pas été divulguées par le débiteur.

6. Plans de redressement[10]

Paragraphe 1: clause relative à l'objet des dispositions

209. Différents avis ont été exprimés quant à l'objet des dispositions ayant trait au plan de redressement, tel qu'il est énoncé au paragraphe 1 de la section « Résumé et recommandations ». L'idée de viser la nécessité de fournir des informations suffisantes, sous l'angle tant de la situation du débiteur que du traitement des créanciers dans le cadre du plan, afin de permettre aux créanciers de prendre une décision en connaissance de cause a été approuvée.

210. Selon un autre avis, la disposition telle qu'elle était rédigée risquait de faire double emploi, étant donné que la plupart des questions visées dans les alinéas *a* à *f* du paragraphe 1 étaient spécifiquement traitées dans les recommandations qui suivaient. En outre, nombre de ces questions se rapportaient aux mécanismes et dispositifs techniques d'exécution du plan plutôt qu'à l'objet des dispositions. Il a donc été proposé de remplacer la disposition par une déclaration générale indiquant que les dispositions relatives au plan de redressement avaient pour objet de faciliter l'élaboration, la présentation et l'approbation d'un plan de redressement.

211. Un accueil favorable a été réservé à l'idée de fonder la disposition relative à l'objet sur l'affirmation générale figurant dans le préambule de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, selon laquelle son objectif est de "faciliter le redressement des entreprises en difficulté financière, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois". Il fallait en outre viser l'objectif d'une optimisation de la valeur des biens.

212. À supposer que la structure du paragraphe soit maintenue, on a appuyé l'idée d'ajouter une disposition entre les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 pour préciser que l'effet obligatoire du plan était subordonné à son approbation.

213. Pour l'alinéa *a*, il a été proposé de faire expressément référence, dans le libellé, aux créanciers garantis et non garantis.

214. Pour l'alinéa *b*, il a été proposé que les parties prenantes de l'entreprise débitrice figurent aussi parmi les catégories éventuellement touchées par un plan. Il a été dit par ailleurs que la référence à "tous" les créanciers était inexacte, dès lors que tous ne subiraient pas nécessairement une modification de leurs droits ou de leur situation en vertu d'un plan. Selon un point de vue différent, cependant, le mot "tous" pouvait utilement souligner l'effet obligatoire d'un plan approuvé à l'égard des créanciers opposants.

215. La mention, à l'alinéa *f* du paragraphe 1, de la remise des dettes a suscité plusieurs critiques, puisque celle-ci n'était que l'une des multiples solutions qui pouvaient être proposées dans le cadre d'un plan de redressement et qu'elle n'était pas censée être un objectif du redressement.

216. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la structure de la disposition devrait être maintenue, à condition que soient bien distingués l'objet et les techniques d'exécution du plan et que soient visées toutes les questions susceptibles de se poser dans le cadre d'un plan.

Paragraphe 2: moment de la présentation du plan

217. À titre d'observation préliminaire, il a été proposé, pour bien indiquer dans le projet de guide que tant le paragraphe 2 que le paragraphe 3 traitaient de plans non encore approuvés, de parler de "proposition de plan". Selon un avis contraire, le mot "plan" était couramment entendu comme désignant un plan de redressement tout au long des différentes phases de la procédure et, sous réserve qu'il soit clairement employé, il n'y avait pas lieu de modifier cette terminologie dans le projet de guide.

218. Le Groupe de travail est convenu que la question du moment de la présentation du plan et celle de l'auteur du plan devaient faire l'objet de deux paragraphes distincts.

219. L'idée selon laquelle le projet de guide devait recommander la présentation du plan en temps utile a été approuvée par le Groupe de travail, bien que différents avis aient été exprimés quant à l'opportunité de fixer un délai déterminé de présentation. On a préconisé que le délai soit déterminé par la loi en vue de préserver les objectifs généraux de prévisibilité et de transparence. Selon un avis différent, il était préférable d'adopter une approche plus souple permettant au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité de déterminer ce délai. Des solutions intermédiaires ont été par ailleurs proposées, tendant à ce que le tribunal puisse être autorisé à fixer ce délai dans les limites prévues par la loi, ou à ce que le tribunal soit autorisé à prolonger les délais prévus par la loi.

Paragraphe 3: élaboration du plan

220. Pour ce qui est du mécanisme destiné à déterminer qui pourrait élaborer un plan, on a fait valoir que le fait d'autoriser différentes parties à présenter des propositions simultanément permettrait d'accroître l'efficacité de la procédure, alors que celle-ci risquait d'être allongée inutilement si les propositions étaient présentées successivement. Selon un avis contraire, il faudrait, pour avoir un processus ordonné, donner à une partie, que ce soit le débiteur ou une autre partie, une courte période d'exclusivité pour proposer un plan, après quoi, s'il ne l'avait pas fait ou si

[10]Ibid., par. 261 à 299 et résumé et recommandations correspondants.

le plan proposé avait peu de chances de réussir, cette possibilité serait donnée aux autres parties. On a émis l'avis que pour encourager le débiteur à demander rapidement l'ouverture d'une procédure, c'était à lui que devrait être donnée l'exclusivité.

221. Bien qu'il ait été dit que la formulation d'un plan par le débiteur n'étant pas prévue par tous les systèmes juridiques, il n'y avait pas lieu de la mentionner, l'idée qui a prévalu était que le projet de guide devrait refléter différentes possibilités, dont la présentation par le débiteur, par les créanciers, par le représentant de l'insolvabilité seul ou en coopération avec le débiteur, ainsi que par toute autre partie intéressée, tel un concurrent du débiteur. Il a été proposé que la disposition visant la présentation du plan lors du dépôt de la demande soit rédigée en termes facultatifs et non contraignants.

222. On s'est inquiété de ce que le débiteur ait la faculté ou l'obligation de consulter "les créanciers et le représentant de l'insolvabilité" avant de proposer un plan, comme cela est envisagé à la deuxième phrase du paragraphe 3. On a estimé que des consultations avec les créanciers risquaient de créer des situations de conflit d'intérêts et que seules devraient être envisagées des consultations avec le représentant de l'insolvabilité. Selon un avis similaire, bien que des consultations préalables avec les créanciers puissent augmenter les chances d'approbation du plan proposé, il serait plus approprié qu'elles soient menées par le représentant de l'insolvabilité que par le débiteur. Selon un autre avis, la collaboration était le meilleur moyen de parvenir à un plan acceptable.

223. En ce qui concerne l'établissement d'un lien entre un plan de redressement négocié et approuvé par le débiteur et les créanciers dans un cadre extrajudiciaire et la proposition d'un plan de redressement dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité par le débiteur, il a été suggéré que ces deux questions soient traitées séparément dans le projet de guide, en raison de la situation financière du débiteur: dans certains systèmes d'insolvabilité, des procédures extrajudiciaires n'étaient possibles que si le débiteur n'était pas insolvable.

Paragraphe 4: contenu du plan

224. Le Groupe de travail a appuyé dans l'ensemble l'opinion selon laquelle la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le contenu d'un plan de redressement, de manière que soient précisées ses conséquences essentielles pour les diverses catégories de créanciers ainsi que pour les autres parties intéressées. Quant au contenu lui-même, il y a eu un certain nombre de propositions, notamment pour que soient abordées des questions telles que: i) les catégories de créanciers et le traitement prévu de chacune d'entre elles (y compris, le cas échéant, l'échelonnement des paiements); ii) le traitement des contrats, y compris des contrats de travail; et iii) la vente éventuelle de l'entreprise dans son ensemble ou toute modification envisagée du capital de la société insolvable.

225. On a également appuyé la proposition d'inclure dans une déclaration à communiquer en même temps que le plan, plutôt que dans le plan lui-même, les renseignements descriptifs figurant entre crochets et en italique dans la deuxième phrase du paragraphe. La déclaration devrait indiquer, entre autres, le détail de l'actif et du passif du débiteur, le traitement proposé des créanciers, le paiement qu'il est proposé d'accorder aux créanciers et le plan du débiteur après le redressement (continuation de l'activité de l'entreprise ou liquidation des biens du débiteur).

Paragraphe 5: catégories de créanciers

226. On a exprimé la crainte que la référence à la "nature et [au] contenu" des droits comme critère de répartition des créanciers en catégories ne soit trop étroite et l'on a suggéré de mentionner les priorités ou obligations liées aux créances ou bien la nature et l'importance des créances.

227. Il a été souligné que, dans la mesure où certains systèmes juridiques regroupaient en une seule catégorie le nombre souvent élevé de créanciers détenant des créances d'un faible montant, ce qui permettait souvent d'accélérer la procédure, on pourrait mentionner cette approche dans le projet de guide.

Paragraphe 6: approbation du plan

228. En ce qui concerne les alinéas *a* et *b* du paragraphe 6, on a appuyé l'avis selon lequel la référence aux catégories prêtait à confusion, du fait qu'elle pouvait susciter des doutes quant à la relation entre les catégories, question qui était abordée au paragraphe 8 et qu'il faudrait préciser.

229. Il a été suggéré de préciser que seuls les créanciers dont les créances avaient été admises pouvaient voter.

230. Selon un avis, les termes "a une incidence", à l'alinéa *a*, étaient mal choisis, car la procédure d'insolvabilité avait une incidence sur tous les créanciers, et l'intention était ici de faire référence aux cas dans lesquels les droits des créanciers garantis et prioritaires pourraient être modifiés, soit parce que la loi en prévoyait la possibilité, soit parce que les créanciers acceptaient qu'ils le soient. Cette modification peut porter, par exemple, sur le prolongement de la période de remboursement de la dette et de l'intérêt.

231. Il a été suggéré que l'on précise le terme "créancier garanti" en donnant une définition, car l'expression pouvait désigner des situations différentes dans les divers systèmes juridiques. On a souligné aussi que les droits et obligations des créanciers garantis étaient essentiellement individuels et qu'il était peut-être inapproprié de les considérer comme une catégorie distincte.

232. À propos de l'alinéa *b*, il a été suggéré de parler de créanciers "ordinaires" au lieu de créanciers "chirographaires".

233. Selon un avis, l'approbation d'un plan par la majorité des actionnaires, dont il est question à l'alinéa *c*, ne conviendrait que dans les situations où le débiteur était solvable, car autrement les actionnaires auraient une mise réduite à néant et n'auraient pas le droit de voter ou de participer autrement à une distribution des actifs. Il a donc été suggéré de supprimer cette disposition. Selon un avis

contraire, le droit de vote des actionnaires devrait être préservé comme moyen de contrôle des directeurs et gérants de la société. Selon un autre avis, le traitement des actionnaires devrait être abordé de manière détaillée dans une section plus générale consacrée au traitement de leurs créances.

234. Rappelant une discussion antérieure au sujet du paragraphe 12 de la section sur les créances des créanciers (voir par. 202 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu que le terme "actionnaires" devrait être remplacé par un terme susceptible d'englober tous les types possibles de parties prenantes (par exemple dans des sociétés par actions ou des sociétés de personnes).

Paragraphe 7: majorités requises

235. Selon un avis partagé par quelques participants, le paragraphe, tel que rédigé, était trop précis, le projet de guide devant plutôt proposer différentes options, compte tenu des indications fournies au paragraphe 279 du commentaire, et préciser quelles solutions n'étaient pas souhaitables, comme l'unanimité ou la majorité simple du nombre des créanciers. En plus de déterminer ce qui pourrait constituer une majorité suffisante pour l'approbation du plan, la partie relative au résumé et aux recommandations devrait aussi, selon un avis, traiter de la manière dont les créanciers pourraient voter (soit en personne lors d'une réunion de la collectivité des créanciers, soit par correspondance ou tout autre moyen). On a fait observer que les modalités de vote pourraient à leur tour influencer la majorité requise; dans le cas d'un vote par correspondance, une majorité simple pourrait suffire, alors que pour un vote lors d'une assemblée de créanciers, une majorité qualifiée pourrait être nécessaire. Selon un autre avis, le représentant de l'insolvabilité aurait peut-être un rôle à jouer afin d'obtenir l'approbation nécessaire et, éventuellement, faire contrepoids aux intérêts des créanciers majoritaires.

Paragraphe 8: imposition du plan aux créanciers opposants

236. On a fait observer que le paragraphe, tel que rédigé, ne distinguait pas clairement les cas où des créanciers d'une catégorie particulière ne votaient pas comme la majorité des créanciers de cette catégorie et les cas où une ou plusieurs catégories de créanciers ne votaient pas comme la majorité des catégories. On a suggéré que ces deux questions fassent l'objet de paragraphes distincts, le premier concernant le traitement des créanciers opposants dans une catégorie particulière et le second — lié au rôle du tribunal visé au paragraphe 9 — concernant le traitement des catégories opposantes.

237. Tout en reconnaissant qu'il était essentiel pour la mise en œuvre du redressement que les créanciers puissent être liés par un plan de redressement approuvé à la majorité requise, les participants ont noté l'existence de différentes approches à cet égard. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le vote à la majorité requise, à la fois des créanciers au sein d'une catégorie et des catégories de créanciers, liait tous les créanciers sans aucune autre formalité, telle que l'approbation ou l'homologation d'un tribunal. Dans d'autres lois, en raison de son caractère contractuel, le plan de redressement ne pouvait être imposé à tous les créanciers, en particulier à ceux qui ne l'avaient pas approuvé et ceux qui n'avaient pas part au vote sur une décision judiciaire.

Paragraphe 9: homologation du plan

238. Reconnaissant les différentes approches exprimées dans le cadre de l'examen du paragraphe 8 sur la nécessité d'une homologation judiciaire du plan, le Groupe de travail s'est demandé ce que le tribunal pourrait être tenu de prendre en considération pour procéder à cette homologation. Selon un point de vue, le tribunal devrait seulement vérifier un certain nombre d'éléments comme la régularité du processus d'approbation; que les créanciers avaient reçu au moins autant, dans le cadre du plan, que ce qu'ils auraient reçu dans le cadre d'une liquidation; lorsque des catégories de créanciers opposants pouvaient être liées par le plan, que des créanciers de catégories supérieures avaient été intégralement désintéressés avant tout paiement à des créanciers de catégories inférieures, sauf accord contraire de leur part; et la légalité du plan. L'idée qu'il pourrait être demandé au tribunal d'examiner la faisabilité économique du plan a suscité des craintes, en particulier si cela devait obliger le tribunal à nommer des experts et approfondir l'examen de questions économiques. Il convenait de distinguer cette situation de la question, examinée au paragraphe 289 du commentaire, de la possibilité pour le tribunal d'examiner le caractère réalisable du plan, sans approfondir les aspects économiques.

239. Il a été observé que lorsque l'exécution du plan était subordonnée à son homologation par le tribunal, celle-ci n'exigeait pas nécessairement de longues procédures ni une analyse intégrale et détaillée du plan, mais elle pouvait être décidée de manière à limiter les frais au minimum et accélérer l'exécution.

Paragraphe 10: opposition de créanciers

240. Il a été observé que dans certains systèmes dans lesquels une homologation judiciaire n'était pas prévue, le paragraphe 10 offrait à des créanciers lésés la possibilité, indispensable, de contester l'approbation du plan. Il a été également dit que le paragraphe pourrait aborder la question du réexamen de la décision du tribunal homologuant un plan approuvé.

241. L'idée que le paragraphe devrait mentionner les motifs pour lesquels le plan pouvait être contesté a été relativement bien accueillie, ces motifs pouvant être par exemple: que les conditions de l'homologation n'avaient pas été remplies; que le plan prévoyait des paiements inférieurs à ce qu'ils seraient dans le cadre d'une liquidation; ou que la procédure d'approbation n'avait pas été régulière. Selon un autre point de vue, ces motifs devraient être limités aux cas de fraude afin d'éviter l'éventualité d'une interruption abusive de l'exécution du plan. On a également fait observer que le paragraphe devrait indiquer clairement à quel moment le plan pourrait être contesté (c'est-à-dire entre l'approbation et l'homologation ou après l'homologation).

Paragraphe 11: supervision de l'exécution du plan

242. Il a été proposé de prévoir une disposition limitant la durée pendant laquelle le tribunal ou un autre contrôleur pourrait intervenir lorsque l'exécution devait se dérouler sur de longues années.

Paragraphe 14: fin du plan

243. S'agissant de la conversion en une procédure de liquidation, il a été dit que cela ne devrait pas requérir une demande totalement nouvelle qui se traduirait par de nouveaux retards et des procédures inutiles. Une solution proposée était d'autoriser la présentation, durant la procédure de redressement, d'un plan de liquidation prévoyant la vente des biens. Il a cependant été noté que lorsque l'exécution du plan échouait très longtemps après l'ouverture de la procédure de redressement, une nouvelle procédure pouvait être nécessaire. Il a été également dit que la question de la conversion devrait être traitée de façon plus générale comme s'appliquant à tout moment durant la procédure de redressement et visant des situations comme celle dans laquelle le débiteur n'avait pas sincèrement l'intention d'entreprendre un redressement lorsqu'il y avait une diminution continue de l'actif sans perspective de redressement; ou lorsque le débiteur manquait aux obligations qui lui incombaient dans le cadre de la procédure.

7. Examen d'autres questions

A. Redressement extrajudiciaire et procédure accélérée de redressement

244. Le Groupe de travail a examiné une note du secrétariat sur les redressements extrajudiciaires et procédures judiciaires accélérées de redressement qui avait été établie sur la base des délibérations antérieures du Groupe de travail, comme suit:

> "Les restructurations extrajudiciaires et les procédures judiciaires accélérées de redressement se sont révélées un moyen à la fois efficace et économique de restructurer les dettes des entreprises en difficulté financière et, de ce fait, peuvent constituer des outils précieux parmi les différentes procédures d'insolvabilité auxquelles peuvent recourir les milieux d'affaires d'un pays. Une restructuration extrajudiciaire suppose généralement des négociations entre le débiteur et une ou plusieurs catégories de créanciers. En cas d'opposition ou de "résistance" d'une minorité de créanciers concernés, ceux-ci ne peuvent être liés que si une procédure de redressement est ouverte conformément à la loi sur l'insolvabilité et si un plan de redressement intégrant les conditions de la restructuration est homologué par le tribunal. Les avantages de la restructuration extrajudiciaire peuvent être préservés à condition de pouvoir accélérer la procédure de redressement dans ce cas.
>
> "Les restructurations extrajudiciaires devraient être encouragées, non parce que le système d'insolvabilité formel d'un pays est déficient, inefficace ou peu fiable, mais plutôt en raison des avantages qu'elles peuvent offrir en tant que complément d'un système d'insolvabilité formel assurant l'équité et la sécurité. Les procédures judiciaires accélérées pourraient être utilisées lorsqu'un nombre important de créanciers sont parvenus à un accord avec le débiteur mais qu'il n'y a pas eu unanimité.
>
> *"Procédures extrajudiciaires*
>
> "Il a été proposé d'inclure dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité une étude des différentes procédures autres que les procédures de redressement ordinaires prévues dans la loi sur l'insolvabilité auxquelles il devrait être normalement recouru pour remédier aux difficultés financières ou à l'insolvabilité d'une entreprise. Cette étude devrait notamment viser les textes qui ont été élaborés pour faciliter le déroulement de la phase extrajudiciaire de ces procédures, tels que les Principes d'INSOL International pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers, ainsi que les relations entre ces procédures informelles et les procédures de redressement prévues dans la loi sur l'insolvabilité.
>
> "Les restructurations extrajudiciaires concernent essentiellement la restructuration des dettes dues aux prêteurs et à d'autres créanciers institutionnels. Toutefois, elles font aussi fréquemment intervenir de gros créanciers non institutionnels, généralement lorsque l'engagement de ces créanciers est si important qu'une restructuration efficace est impossible sans leur participation.
>
> "Une autre caractéristique essentielle des restructurations extrajudiciaires est que, généralement, toutes les catégories de créanciers n'y participent pas. Les créanciers non institutionnels (autres que ceux mentionnés dans le paragraphe précédent) sont habituellement désintéressés soit dans le cours normal des affaires soit intégralement dans le cadre du plan de redressement. Ces créanciers ne s'opposeront probablement pas à la restructuration proposée et il n'est donc pas nécessaire qu'ils aient leur mot à dire dans la procédure.
>
> *"Procédures de redressement accélérées*
>
> "L'intervention d'un tribunal pour mettre en œuvre une restructuration qui a été négociée à l'amiable devient nécessaire lorsque le débiteur et la majorité souhaitent lier une minorité de créanciers opposants. Dès lors qu'il s'agit de modifier les droits contractuels de ces créanciers contre leur gré, cela ne peut être fait que dans le cadre d'une procédure judiciaire leur garantissant le respect de formes régulières.
>
> "Dans la plupart des systèmes juridiques existants, une modification de droits contractuels exige que la restructuration extrajudiciaire soit convertie en une procédure de redressement ordinaire conforme aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité, à laquelle participent tous les créanciers. Le temps est généralement un facteur capital dans le redressement d'une entreprise et des lenteurs (inhérentes à une procédure d'insolvabilité ordinaire) peuvent souvent compromettre un redressement efficace. Il importe donc que le tribunal tire parti de

toute négociation et de tous travaux éventuellement menés avant l'ouverture d'une procédure de redressement dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité et que celle-ci l'autorise à accélérer cette procédure.

"Le projet de guide devrait traiter de la mise en œuvre — au moyen d'une procédure formelle — d'une restructuration précédemment négociée à l'amiable et proposer l'insertion, dans la loi sur l'insolvabilité, de dispositions visant à faciliter des procédures de redressement accélérées qui prévoiraient:

"*a*) Une procédure plus rapide. Par exemple, si un plan informel ou d'autres documents remplissant les conditions de forme posées par la loi sur l'insolvabilité ont été négociés d'une manière informelle et qu'une forte majorité les approuve, le tribunal pourrait ordonner la tenue immédiate d'une réunion ou d'une audience, selon le cas, ce qui constituerait un gain de temps et d'argent;

"*b*) Une dispense d'une partie de la procédure formelle. Par exemple, si une majorité suffisante de créanciers d'une catégorie particulière — généralement les créanciers institutionnels — a approuvé, de manière informelle, un plan de redressement conformément aux règles de vote prévues dans la loi sur l'insolvabilité et si l'application de ce plan ne porte pas atteinte aux droits des autres créanciers, le tribunal pourrait ordonner une réunion ou une audience de cette classe de créanciers seulement.

"L'intention n'est toutefois pas de recommander que les créanciers opposants et d'autres parties se voient accorder, dans le cadre de procédures judiciaires accélérées de redressement, une protection moindre que celle prévue dans la loi sur l'insolvabilité pour les procédures de redressement ordinaires. Les règles procédurales applicables aux procédures de redressement accélérées doivent offrir foncièrement les mêmes garanties et protections que celles qui sont prévues pour les procédures de redressement ordinaires.

"Il faudra peut-être modifier d'autres lois pour encourager les restructurations extrajudiciaires et les procédures de redressement accélérées ou en tenir compte. Ainsi faudrait-il peut-être revoir les dispositions qui exigent l'unanimité pour l'approbation d'un aménagement de la dette en dehors d'une procédure d'insolvabilité, celles qui rendent les dirigeants responsables des opérations effectuées durant la période de négociation d'une restructuration extrajudiciaire, celles qui ne reconnaissent pas les obligations découlant de financements accordés pendant cette période et celles qui limitent la conversion de dettes en prises de participation".

245. La proposition de traiter ces procédures dans le projet de guide a été généralement appuyée. En particulier, on s'est déclaré favorable à l'inclusion dans le projet de guide d'un examen des procédures extrajudiciaires informelles, y compris un examen des circonstances dans lesquelles on pourrait recourir à de telles procédures, des parties qui pourraient y participer et des mécanismes existants propres à faciliter leur conduite. Pour ce qui est des procédures judiciaires accélérées, on a appuyé l'idée d'établir comment la procédure extrajudiciaire pourrait être intégrée dans la procédure accélérée de redressement et il a été estimé qu'il fallait préciser davantage la proposition en indiquant notamment les situations dans lesquelles une telle procédure pourrait être utilisée, les critères qui déclencheraient son utilisation et les garanties qu'il faudrait inclure pour les créanciers.

246. Le secrétariat a été prié de préciser davantage la proposition pour examen par le Groupe de travail à une réunion ultérieure.

B. Champ d'application du droit de l'insolvabilité

247. Le Groupe de travail a examiné les paragraphes relatifs au champ d'application du droit de l'insolvabilité sur la base de ses délibérations antérieures comme suit:

"Les dispositions relatives à l'éligibilité et à la compétence ont pour objet de déterminer:

"*a*) Quels types de débiteurs peuvent être soumis au droit de l'insolvabilité;

"*b*) Quels types de débiteurs doivent faire l'objet d'un traitement particulier et devraient par conséquent relever d'un régime spécial de l'insolvabilité et être exclus du régime général;

"[*c*) Quels débiteurs ont un lien suffisant avec le présent État pour être soumis à ses lois sur l'insolvabilité.]

"1. Éligibilité

"*a*) Une loi sur l'insolvabilité devrait régir la procédure d'insolvabilité de tous les débiteurs ayant une activité commerciale [y compris des entreprises publiques ayant une activité commerciale].

"*b*) Les banques, les compagnies d'assurance et d'autres entités spécifiées qui sont soumises à une réglementation spéciale et à un régime spécial d'insolvabilité peuvent être exclues du champ d'application du droit général de l'insolvabilité.

"2. Compétence

"*a*) Une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par ou contre un débiteur si le centre des intérêts principaux ou l'établissement de ce dernier est situé dans l'État adoptant.

"*b*) En l'absence de preuve contraire, le centre des intérêts principaux, pour une personne morale, est présumé se trouver dans l'État où elle a son siège statutaire.

"*c*) En l'absence de preuve contraire, le centre des intérêts principaux, pour une personne physique, est présumé se trouver dans l'État où elle a sa résidence habituelle".

248. Il a été suggéré, dans la section traitant de la compétence, de remplacer les mots "par ou contre" un débiteur par les mots "vis-à-vis" d'un débiteur, car le lien était simplement le débiteur. Le caractère volontaire ou invo-

lontaire de la demande a été traité dans les paragraphes relatifs à la demande d'ouverture et à l'ouverture de la procédure.

C. Demande d'ouverture et ouverture

249. Le Groupe de travail a examiné les paragraphes traitant de la demande d'ouverture et de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité qui avaient été révisés sur la base de ses délibérations antérieures comme suit:

"L'objet des dispositions relatives à la demande et aux critères d'ouverture d'une procédure sont:

"*a*) De faciliter l'accès des débiteurs, des créanciers et des organismes publics à la loi sur l'insolvabilité;

"*b*) De permettre aux demandes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité d'être déposées et traitées de manière rapide, efficace et peu coûteuse;

"*c*) De faciliter l'accès aux procédures d'insolvabilité qui sont les mieux adaptées à la situation financière du débiteur;

"*d*) De protéger les débiteurs et les créanciers contre un éventuel recours abusif à la loi sur l'insolvabilité et d'établir des garanties de base.

"1. Une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est présentée au tribunal par:

"*a*) Un débiteur qui peut démontrer qu'il est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou que son passif dépasse la valeur de son actif];

"*b*) Un ou plusieurs créanciers qui ont des créances sur le débiteur qui sont [venues à échéance et non payées par le débiteur] ou qui peuvent démontrer que le débiteur [est dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance ou que son passif dépasse la valeur de son actif];

"[c) Un organisme public ou non public sur la base de [...]].

"2. La demande d'ouverture d'une procédure devrait établir que le débiteur est insolvable et, dans le cas d'une demande d'ouverture d'une procédure de redressement, devrait démontrer que le débiteur a des perspectives raisonnables de redressement.

"*a*) Dans le cas d'une demande volontaire présentée par le débiteur, la [demande devrait déclencher automatiquement l'ouverture de la procédure] [le tribunal se prononce sans tarder sur l'ouverture de la procédure d'insolvabilité];

"*b*) Dans le cas d'une demande involontaire,

"i) Le débiteur en est promptement avisé;

"ii) Le débiteur a le droit de répondre à la demande; et

"iii) Le tribunal se prononce sans tarder sur l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

"3. Le tribunal peut rejeter une procédure [ou la convertir] s'il est établi qu'elle est abusive.

"4. Dans le cas d'une demande volontaire présentée par le débiteur, une notification de l'ouverture de la procédure doit être adressée aux créanciers.

"*a*) Une notification de l'ouverture de la procédure doit être adressée aux créanciers individuellement, sauf si le tribunal considère que, dans les circonstances, une autre forme de notification serait plus appropriée. [Une notification devrait également être adressée aux créanciers connus qui n'ont pas d'adresse dans le présent État. Aucune commission rogatoire ou autre formalité n'est requise. [*Note au Groupe de travail: faut-il répéter ici les dispositions de la Loi type?*]

"*b*) La notification aux créanciers devrait:

"i) Indiquer tout délai applicable pour la déclaration de leurs créances et spécifier le lieu où elle peut être faite;

"ii) Indiquer si les créanciers garantis doivent déclarer leurs créances dans la mesure où celles-ci sont ou ne sont pas couvertes par la valeur de la sûreté;

"iii) Contenir toutes autres informations devant figurer dans une telle notification aux créanciers conformément à [*la loi de l'État et les ordonnances du tribunal*]".

250. Des craintes ont été exprimées à propos de l'inclusion au paragraphe 2 de l'obligation de démontrer que le débiteur avait des perspectives raisonnables de redressement. Il a été suggéré d'inclure au paragraphe 3 la possibilité de sanctions lorsque des demandes étaient faites sans motifs valable.

251. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas achevé l'examen des paragraphes révisés relatifs à la demande d'ouverture et à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

E. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-cinquième session

(A/CN.9/WG.V/WP.57) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Page*
Remarques générales	1-9	290
Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	10-57	291
Introduction	10-14	291
1. Structure et champ d'application du Guide	10-12	292
2. Terminologie employée dans le Guide et rôle des définitions	13-14	292
3. Glossaire	—	292
Première partie. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel	15-22	294
1. Maximiser la valeur des actifs	15	294
2. Établir un équilibre entre liquidation et redressement	16	294
3. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation	17	294
4. Prévoir l'ouverture rapide et efficace de la procédure et le règlement impartial de l'insolvabilité	18	294
5. Prévenir le démembrement prématuré des actifs du débiteur par les créanciers	19	295
6. Prévoir une procédure transparente qui encourage, par des mesures d'incitation, la collecte et la diffusion d'informations	20	295
7. Reconnaître les droits des créanciers existants et respecter les créances prioritaires dans le cadre d'une procédure prévisible	21	295
8. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale	22	295
Deuxième partie. Dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel	23-57	295
I. Introduction aux procédures d'insolvabilité	23-57	295
A. Caractéristiques générales d'un régime d'insolvabilité	23-25	295
B. Types de procédures d'insolvabilité	26-49	296
1. Liquidation	29-32	296
2. Redressement	33-49	297
C. Relation entre la procédure de liquidation et la procédure de redressement	50-57	300

[*Les chapitres II à VI de la deuxième partie du projet de guide législatif sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.*]

REMARQUES GÉNÉRALES

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition et les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale, ainsi que ses solides relations de travail avec des organisations internationales ayant des compétences et des intérêts particuliers dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission constituait une instance appropriée pour examiner les questions posées par ce dernier. Elle était instamment priée d'envisager de confier à un groupe de travail l'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière.

2. La Commission s'est dite consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. Selon une opinion, le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur décisif

dans les cotes de solvabilité internationales. On s'est toutefois déclaré préoccupé par les difficultés que risquaient d'entraîner des travaux à l'échelon international dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car cela supposait des choix sociopolitiques difficiles et potentiellement divergents. Étant donné ces difficultés, on a émis la crainte que ces travaux n'aboutissent pas. On a déclaré qu'il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable et que les travaux dans ce domaine devraient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Cette notion d'approche souple a certes reçu un écho favorable, mais il a été dans l'ensemble convenu que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans procéder à une étude plus approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

3. Afin de faciliter cette étude, la Commission a décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue de l'élaboration d'une proposition sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre, laquelle lui serait soumise à sa trente-troisième session. Cette session du Groupe de travail a eu lieu à Vienne du 6 au 17 décembre 1999.

4. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission a pris note de la recommandation que le Groupe de travail avait formulée dans son rapport (A/CN.9/469, par. 140) et lui a donné pour mandat de présenter un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients.

5. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait, ce faisant, tenir dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BAsD), la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau. Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat de la CNUDCI a organisé à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, un colloque sur l'insolvabilité internationale.

6. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission était saisie du rapport du Colloque (A/CN.9/495).

7. La Commission a pris note du rapport avec satisfaction et s'est félicitée des travaux réalisés à ce jour, en particulier de la tenue du Colloque sur l'insolvabilité internationale et des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Elle a examiné les recommandations formulées lors du Colloque, en particulier concernant la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session. Elle a confirmé que le mandat devait être interprété de manière large de façon que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif. Afin d'éviter que le guide législatif ne soit trop général ou trop abstrait pour apporter les orientations requises, la Commission a indiqué que le Groupe de travail devrait avoir à cœur d'être aussi précis que possible dans ses travaux. À cette fin, des dispositions législatives types, ne serait-ce que sur certaines des questions devant être traitées dans le guide, devraient autant que possible être élaborées.

8. À sa vingt-quatrième session, qui a eu lieu à New York du 23 juillet au 3 août 2001, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a commencé l'examen du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/504.

9. Le présent rapport contient l'introduction, un glossaire, la première partie (Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel et le chapitre premier de la deuxième partie (Dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel) du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Les chapitres II à VI de la deuxième partie sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.

PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Introduction

1. Structure et champ d'application du Guide

10. Le présent Guide a pour objet de faciliter l'élaboration d'un cadre juridique efficace et rationnel pour les questions d'insolvabilité. Les orientations qu'il propose visent à réaliser un équilibre entre, d'une part, les dispositions nécessaires pour encourager le recours et l'accès, à un stade précoce, à un régime d'insolvabilité en vue de tirer le meilleur parti des actifs corporels et incorporels d'une entité commerciale d'une manière équitable et équilibrée pour les parties intéressées et éviter toute dépréciation imputable à des retards, et, d'autre part, divers objectifs d'intérêt général.

11. Le présent rapport et le document A/CN.9/WG.V/WP.58 contiennent le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Dans le rapport figurent l'introduction, des remarques d'ordre terminologique, un glossaire, un exposé des principaux objectifs d'un régime d'insolvabilité ainsi que le chapitre premier (Introduction aux procédures d'insolvabilité) de la deuxième partie du Guide. Le document contient les chapitres II à VI de cette deuxième partie, qui portent sur les principales dispositions de fond d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel. Chaque sujet est traité dans deux sections. La première fait un exposé analytique des questions soulevées en ce qui concerne tant

la liquidation que le redressement, examine différentes considérations de principe et compare diverses approches. La seconde résume les objectifs des dispositions législatives sur chaque sujet et formule des recommandations sur les approches pouvant être adoptées. Cette seconde section contiendra aussi des dispositions législatives illustrant la façon d'appliquer les recommandations.

12. Le Guide n'aborde pas les questions intéressant les aspects internationaux du droit de l'insolvabilité, comme le traitement des créanciers étrangers. Ces questions sont traitées dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qu'il est recommandé de considérer en complément du présent Guide. Ce dernier ne vise nullement à modifier ou à réviser les dispositions de la Loi type.

2. Terminologie employée dans le Guide et rôle des définitions

13. Les définitions des termes qui suivent visent à fournir des orientations aux lecteurs du Guide. En effet, de nombreux termes comme "créancier garanti", "liquidation" et "redressement" peuvent avoir des sens fondamentalement différents selon les pays. En les définissant dans le Guide, on peut faire en sorte que les concepts auxquels ils renvoient soient clairs et généralement compris. Les définitions des termes figurant dans le projet de guide n'ont pas encore été examinées par le Groupe de travail et contiennent plusieurs variantes possibles qui figurent entre crochets.

Emploi du terme "tribunal" dans le Guide

14. Le projet de guide part du principe que l'on s'appuie sur un contrôle judiciaire tout au long de la procédure d'insolvabilité, ce contrôle pouvant notamment se traduire par la faculté, pour le tribunal, d'ouvrir la procédure d'insolvabilité, de nommer le représentant de l'insolvabilité, de superviser ses activités et de prendre des décisions au cours de la procédure. Bien que ce postulat soit valable en tant que principe général, d'autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas en mesure de suivre les affaires d'insolvabilité (que ce soit faute de ressources ou d'expérience sur la question), ou qu'on préfère confier le contrôle à un organe administratif. Par souci de simplicité, le terme "tribunal" est employé ici dans le même sens qu'à l'alinéa *e* de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, à savoir qu'il désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure d'insolvabilité.

3. Glossaire

Action en annulation: Action visant à faire annuler ou à autrement priver d'effet certaines opérations. Les opérations susceptibles d'être annulées sont notamment les suivantes: *a*) celles entre un débiteur et un créancier ayant pour effet de créer une préférence en faveur de ce créancier au préjudice de l'ensemble des créanciers [à l'exception des actes accomplis dans le cours normal des affaires] intervenues [pendant une période déterminée] avant l'ouverture de la procédure; ou *b*) celles dans lesquelles les actifs d'un débiteur ont été transférés sans contrepartie équitable; ou *c*) celles dans lesquelles les actifs d'un débiteur ont été transférés de manière frauduleuse.

Centre des intérêts principaux: Lieu où le débiteur administre ses intérêts de manière habituelle, vérifiable comme tel par des tiers.

Clause dite de "cram-down": Mécanisme par lequel l'approbation d'un plan de redressement par une catégorie de créanciers peut être utilisée pour imposer le plan aux autres catégories sans leur consentement.

Comité des créanciers: Organe représentatif dont les membres sont désignés par [le tribunal] [le représentant de l'insolvabilité] [l'ensemble des créanciers] pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers et doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans la loi sur l'insolvabilité.

Compensation: Opération dans laquelle la créance monétaire d'une partie est compensée (contrebalancée) par une créance monétaire de l'autre partie sur la première. Peut être invoquée comme exception pour s'opposer, en tout ou en partie, au paiement d'une créance monétaire.

Compensation monétaire de groupe: Il peut s'agir, sous une forme, de la compensation (voir ce terme) de choses fongibles non monétaires (comme des titres ou des marchandises livrables le même jour) valant règlement et, sous une forme plus importante, de la résiliation par un cocontractant de contrats ouverts avec le débiteur, suivie d'une compensation des pertes et gains respectifs (compensation avec déchéance du terme).

Concordat: [Dans le cadre d'un redressement,] accord entre le débiteur et les [la majorité des] créanciers par lequel les créanciers conviennent avec le débiteur et entre eux du versement par le débiteur d'un montant inférieur à la somme due pour les désintéresser totalement ou encore d'une remise partielle, d'un étalement des dettes ou de la redéfinition des conditions de remboursement.

Contrats en cours: Contrats existants [qui ne sont pas ou pas entièrement exécutés] à l'ouverture de la procédure.

Créance: Droit susceptible d'exécution sur une somme d'argent ou des actifs.

Créance garantie: Créance assortie d'une sûreté constituée en garantie d'une dette, réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur à l'échéance.

Créance prioritaire: Créance qui est payée sur les actifs disponibles avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires.

Créancier garanti: Créancier détenant, soit une sûreté constituée sur la totalité ou une partie des actifs du débiteur, soit une sûreté sur un actif déterminé conférant au créancier une priorité sur les autres créanciers relativement aux actifs grevés.

Créancier postérieur à l'ouverture de la procédure: Créancier dont la créance est née après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Débiteur: Personne ou entité exerçant une activité commerciale qui remplit les conditions pour faire l'objet, et fait l'objet, d'une procédure d'insolvabilité, à l'exclusion d'entités soumises à un régime d'insolvabilité spécial [notamment les établissements bancaires et financiers, les compagnies d'assurance et [*autres*]].

Décharge: Ordonnance du tribunal libérant un débiteur de toutes les obligations qui étaient visées ou auraient pu être visées par la procédure d'insolvabilité, y compris les contrats qui ont été modifiés dans le cadre d'un redressement.

Décision de l'insolvabilité: Décision du tribunal d'ouvrir une procédure d'insolvabilité [et de nommer un représentant de l'insolvabilité] (voir aussi "ouverture de la procédure").

Demande d'ouverture: Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité présentée par le débiteur; un ou plusieurs créanciers; le ministère public; le tribunal de l'insolvabilité se saisissant d'office.

Entreprise viable: Entreprise susceptible d'être maintenue en activité et faisant l'objet d'une cession comme un tout en fonctionnement dans le cadre d'une liquidation, par opposition à la vente séparée des différents actifs.

Établissement: Tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services (alinéa *f* de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale).

Garantie: Actif grevé d'une sûreté au profit d'un ou de plusieurs créanciers, qui ont le droit de le vendre en cas de défaillance du débiteur (voir créance garantie).

Insolvabilité: [État du débiteur qui est [susceptible de se trouver] dans l'incapacité ou qui n'est plus en mesure d'acquitter ses dettes et autres obligations exigibles] ou [situation dans laquelle le passif du débiteur excède la valeur de son actif] ou [état du débiteur qui cesse de façon générale d'acquitter ses dettes et autres obligations exigibles, ou en suspend le paiement, faute de liquidités suffisantes] ou [état du débiteur qui cesse de payer des dettes importantes et critiques, comme le loyer, les salaires et les cotisations de sécurité sociale].

Liquidation: Procédure par laquelle les actifs d'un débiteur sont rassemblés, réalisés et répartis au profit [de la masse de l'insolvabilité et] des créanciers, y compris des actionnaires [après quoi la personne morale est dissoute], soit par des ventes séparées des différents actifs ou la vente de la totalité ou de l'ensemble ou de l'essentiel des actifs du débiteur dans les unités de production en activité, soit cédée en tant qu'entreprise viable.

Masse de l'insolvabilité: Actifs du débiteur sur lesquels le représentant de l'insolvabilité exerce un contrôle et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité; [biens et droits appartenant au débiteur à la date et après l'ouverture de la procédure qui sont susceptibles d'une évaluation monétaire] [et qui constituent l'actif disponible pour désintéresser les créanciers] ou [biens et droits appartenant au débiteur qui sont susceptibles d'une évaluation monétaire] [et constituent le gage commun des créanciers].

Ouverture de la procédure: [Date à partir de laquelle les effets de l'insolvabilité sont applicables] ou [date à laquelle la décision judiciaire ouvrant la procédure d'insolvabilité prend effet, qu'il s'agisse ou non d'une décision définitive].

Pari passu: Principe suivant lequel les créanciers d'une même catégorie sont traités sur un pied d'égalité [et sont payés proportionnellement sur les actifs de la masse].

Passif garanti: [Montant global des créances garanties] ou [créances des créanciers garantis].

Passif non garanti: Montant global des créances non assorties d'une sûreté.

Période d'observation: [Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité unitaire (voir deuxième partie)], période durant laquelle doit être établie la possibilité ou l'impossibilité de mener à bien un redressement.

Plan de redressement: Plan visant au redressement de l'entreprise [et au sauvetage du débiteur] présenté par [le débiteur] [les créanciers] [le représentant de l'insolvabilité] [et confirmé par le tribunal], traitant de questions comme le calendrier de la procédure, les engagements à souscrire, les conditions de paiement et les sûretés à offrir aux créanciers, les actions en annulation à engager et le traitement des contrats en cours, notamment des contrats de travail.

Préférence: Traitement qu'une entité insolvable accorde à un créancier en effectuant un paiement ou d'autres opérations qui placent celui-ci dans une situation plus favorable qu'elle ne l'aurait été autrement.

Privilège: Priorité sur l'ensemble des créanciers, y compris les créanciers garantis, accordée aux prêteurs octroyant un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

Procédure d'insolvabilité: Procédure collective qui suppose le dessaisissement [partiel ou total] du débiteur et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité [aux fins de la liquidation ou du redressement de l'entreprise] [et qui recouvre tant la procédure de liquidation que la procédure de redressement].

Procédure involontaire: Procédure d'insolvabilité ouverte à la demande des créanciers ou par le ministère public ou [*autres*].

Procédure volontaire: Procédure d'insolvabilité ouverte à la demande du débiteur.

Redressement: Processus de restructuration d'une entité insolvable dans le but [d'assurer le sauvetage du débiteur et] de rétablir la prospérité financière et la viabilité de l'en-

treprise par différents moyens, pouvant comprendre la remise des dettes, le rééchelonnement des dettes, la conversion de dettes en capital et la vente totale ou partielle de l'entreprise en tant qu'entreprise viable.

Règles de priorité: Règles déterminant l'ordre dans lequel le produit de la réalisation des actifs est réparti entre les créanciers et les actionnaires.

Représentant de l'insolvabilité: Personne [ou entité] nommée par le tribunal qui est chargée d'administrer le patrimoine du débiteur [et d'aider et de veiller à la gestion de l'entreprise] en vue soit de la liquidation soit du redressement de l'entreprise; ou personne [ou entité] nommée par le tribunal de l'insolvabilité à laquelle sont transférés les pouvoirs [des organes de direction] du débiteur concernant l'administration, la vente ou la disposition [des actifs] de la masse de l'insolvabilité à compter de l'ouverture de la procédure, et qui agit sous le contrôle du tribunal. Le représentant dispose notamment, sans aucune limitation, des pouvoirs ci-après: déterminer ou aider à déterminer l'état des créances; réaliser [les actifs de] la masse de l'insolvabilité; procéder à la répartition du produit entre créanciers; engager des actions en annulation.

Représentant provisoire de l'insolvabilité: Personne ou entité nommée par le tribunal de l'insolvabilité en cas de crise grave du débiteur empêchant l'exploitation normale de son entreprise, qui est chargée d'assurer provisoirement la poursuite de l'activité en raison de la suspension du débiteur ou des organes de direction du débiteur (éventuellement dans la perspective d'un redressement).

Réserve de propriété (financement avec réserve de propriété): Clause d'un contrat de fourniture de marchandises par laquelle le fournisseur reste propriétaire des marchandises jusqu'à ce qu'elles soient payées.

Superprivilège: Priorité entraînant le paiement des créances qui en bénéficient avant celui des créances d'administration.

Suspension des poursuites: Suspension de la faculté des créanciers d'engager ou de poursuivre des actions individuelles judiciaires, administratives ou autres aux fins d'exécuter et de recouvrer leurs créances, d'obtenir la possession d'actifs compris dans la masse de l'insolvabilité, ou de créer, parfaire ou réaliser une sûreté sur un actif compris dans la masse.

Tribunal: Autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure d'insolvabilité (alinéa *e* de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale).

Première partie. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

1. Maximiser la valeur des actifs

15. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir, comme alternative à la liquidation de l'entreprise débitrice, la possibilité d'un redressement, dans le cadre duquel les créanciers ne recevraient pas moins, à leur corps défendant, que dans la liquidation, et où la poursuite de l'activité permet de maximiser la valeur de l'entreprise pour la société et pour les créanciers. Pour ces derniers, la valeur maximale peut souvent être obtenue par le redressement, et non par la liquidation.

2. Établir un équilibre entre liquidation et redressement

16. Un régime d'insolvabilité doit concilier les avantages que présente le recouvrement des créances à court terme par voie de liquidation (solution souvent préférée par les créanciers garantis) et ceux qu'offre le maintien du débiteur en tant qu'entreprise viable par voie de redressement (solution souvent préférée par les créanciers chirographaires) ainsi que d'autres considérations d'ordre social, comme l'encouragement du développement d'une classe d'entrepreneurs et la préservation des emplois. La formulation en termes généraux d'un "arrangement" ou d'un "dispositif" visant à maximiser le taux de recouvrement et à limiter au minimum les effets de l'insolvabilité et couvrant un éventail de techniques possibles de règlement de l'insolvabilité éviterait de privilégier implicitement une technique par rapport à une autre.

3. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation

17. Un régime d'insolvabilité devrait traiter équitablement les créanciers qui se trouvent dans la même situation, qu'ils soient étrangers ou nationaux. Traiter équitablement ne signifie pas traiter tous les créanciers de la même façon, mais d'une manière qui tienne compte des différents accords qu'ils ont passés avec le débiteur, ainsi que des prérogatives conférées par la loi à certains détenteurs de créances ou de droits réels. Le régime de l'insolvabilité devrait traiter les problèmes de fraude et de favoritisme qui peuvent surgir en cas de difficultés financières, en prévoyant la possibilité de faire annuler les actes portant atteinte au principe du traitement équitable des créanciers.

4. Prévoir l'ouverture rapide et efficace de la procédure et le règlement impartial de l'insolvabilité

18. Il convient de traiter et de régler l'insolvabilité d'une manière ordonnée, rapide et efficace, afin de ne pas perturber inutilement les affaires et les activités du débiteur et de réduire au minimum le coût de la procédure. À cette fin, la loi devrait faciliter l'accès à la procédure en soumettant des critères clairs et objectifs, prévoir un moyen commode de recenser, de regrouper, de préserver et de recouvrer des biens devant servir à apurer les dettes, permettre au débiteur et à ses créanciers de participer de la manière la plus rapide et la plus économique possible, prévoir une structure appropriée pour la supervision et l'administration de la procédure et aboutir finalement à l'extinction effective des obligations financières du débiteur.

5. Prévenir le démembrement prématuré des actifs du débiteur par les créanciers

19. Un régime d'insolvabilité devrait permettre un règlement ordonné et prévenir le démembrement prématuré des actifs du débiteur par les créanciers engageant des poursuites individuelles pour recouvrer leurs créances. Ces actions réduisent souvent la valeur totale des actifs disponibles pour payer toutes les créances opposables au débiteur et peuvent empêcher le redressement de l'entreprise. Une suspension des poursuites des créanciers laisse un répit au débiteur, permet d'examiner soigneusement sa situation financière et facilite à la fois la maximisation de la valeur de la masse et le traitement équitable des créanciers. Il faudra peut-être prévoir un mécanisme pour éviter qu'une suspension ne porte atteinte aux droits des créanciers garantis.

6. Prévoir une procédure transparente qui encourage, par des mesures d'incitation, la collecte et la diffusion d'informations

20. Une procédure efficace et rationnelle permettra à ceux qui sont chargés de l'administrer et de la superviser (tribunaux, organes administratifs, représentant de l'insolvabilité) et les créanciers d'évaluer la situation financière du débiteur et de déterminer la solution la plus appropriée. La loi sur l'insolvabilité devrait assurer l'accès à des informations suffisantes sur la situation du débiteur, en prévoyant des mesures d'incitation pour encourager celui-ci à divulguer ses positions ou, au besoin, des sanctions s'il ne le fait pas. La loi sur l'insolvabilité devrait être transparente et prévisible, pour permettre aux créanciers et prêteurs potentiels de comprendre le déroulement de la procédure et de mesurer les risques liés à leur statut de créanciers en cas d'insolvabilité. Dans la mesure du possible, une loi sur l'insolvabilité devrait clairement indiquer toutes les dispositions des autres lois pouvant avoir une incidence sur la conduite de la procédure.

7. Reconnaître les droits des créanciers existants et respecter les créances prioritaires dans le cadre d'une procédure prévisible

21. Le fait de reconnaître et de faire exécuter, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, les droits différents que les créanciers ont en dehors de l'insolvabilité apportera de la certitude sur le marché et facilitera l'octroi de crédits. Il importe d'énoncer des règles claires pour déterminer l'ordre de priorité des créances existantes et des créances postérieures à la procédure de sorte que les prêteurs sachent à quoi s'en tenir, que cet ordre puisse être systématiquement suivi, que la procédure inspire confiance et que tous les participants soient en mesure d'adopter des mesures appropriées pour gérer le risque.

8. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale

22. Pour favoriser la coordination entre les pays et faciliter la fourniture d'une aide dans l'administration d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger, les lois sur l'insolvabilité devraient contenir des règles sur l'insolvabilité internationale, notamment sur la reconnaissance des procédures étrangères, en incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

Deuxième partie. Dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

I. Introduction aux procédures d'insolvabilité[1]

A. Caractéristiques générales d'un régime d'insolvabilité

23. Lorsqu'un débiteur ne peut faire face à ses dettes et engagements exigibles, il est nécessaire de prévoir un mécanisme juridique permettant de régler collectivement les créances en cours au moyen de tous ses actifs (corporels ou incorporels). Toute une gamme d'intérêts doit être prise en compte par ce mécanisme juridique: ceux du débiteur, des propriétaires et de la direction de l'entreprise débitrice, des créanciers plus ou moins munis de sûretés à des degrés variables, des salariés, de l'administration fiscale, des garants et des créanciers chirographaires; entrent aussi en ligne de compte les organismes publics, commerciaux et sociaux et les pratiques ayant un rapport avec la conception du mécanisme et avec le cadre institutionnel nécessaire à son fonctionnement. La plupart des systèmes juridiques prévoient différents types de procédures (que l'on peut désigner sous le terme générique de "procédures d'insolvabilité") qui peuvent être engagées pour régler cette situation. Bien qu'elles aient toutes pour objectif de résoudre les difficultés financières du débiteur, elles peuvent revêtir différentes formes comportant des éléments formels et informels, pour lesquelles la terminologie employée n'est pas toujours uniforme.

24. Pour élaborer une loi efficace et rationnelle sur l'insolvabilité, il faudra examiner une série de questions portant sur le fond ou d'ordre institutionnel. Les questions de fond, qui sont examinées en détail dans la deuxième partie du présent Guide, sont les suivantes:

a) L'identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité et de ceux auxquels un régime d'insolvabilité spécial peut être applicable;

b) La détermination du moment où la procédure d'insolvabilité peut être ouverte et du type de procédure qui peut être ouverte, de la partie qui peut en demander l'ouverture et du point de savoir si les critères d'ouverture devraient différer en fonction de la partie qui demande celle-ci;

c) La mesure dans laquelle le débiteur devrait être autorisé à conserver le contrôle de l'entreprise après l'ouverture de la procédure ou s'il devrait être dessaisi et si une partie indépendante (appelée dans le présent Guide le représentant de l'insolvabilité) devrait être nommée pour superviser et gérer l'entreprise débitrice;

[1] Le chapitre I s'inspire des travaux de la Banque asiatique de développement, du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale.

d) La protection des actifs du débiteur contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité. La question de savoir, lorsqu'une suspension s'applique à l'engagement d'une action ou à la poursuite d'actions déjà engagées par des créanciers, du fait de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, si elle devrait aussi s'appliquer aux créanciers garantis et, dans l'affirmative, comment la valeur de leurs sûretés sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

e) La mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité sera habilité à modifier les clauses des contrats conclus par le débiteur avant l'ouverture de la procédure et s'il pourra le faire uniquement dans le cas de contrats n'ayant pas reçu un début d'exécution ou aussi dans celui de contrats en cours;

f) La mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité peut annuler certains types d'opérations qui sont frauduleuses ou qui lèsent, pour quelque autre raison, les intérêts des créanciers;

g) L'élaboration du plan de redressement et les restrictions éventuelles à imposer au contenu du plan, la partie habilitée à élaborer ce dernier et les conditions requises pour son approbation et son exécution;

h) Le classement des créanciers aux fins de la répartition du produit de la liquidation;

i) [...].

25. Outre ces questions spécifiques, il faudra aussi examiner la question plus générale de savoir si la loi sur l'insolvabilité l'emportera sur d'autres lois, par exemple, sur les dispositions du droit du travail qui prévoient certaines protections en faveur des salariés, sur les lois qui restreignent les possibilités de recours à la compensation et à la compensation globale, sur les lois qui restreignent les conversions de créances en prises de participation et sur les lois qui imposent un contrôle des changes ou un contrôle des investissements étrangers lorsque celles-ci peuvent avoir une incidence sur le contenu du plan de redressement (voir A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 113 et 114 et 228 à 230, Contrats de travail et salariés; par. 116 à 123, Compensation, compensation globale et contrats financiers; et par 272 à 274, Contenu [du plan de redressement]).

B. Types de procédures d'insolvabilité

26. Les deux principaux types de procédures sont la liquidation (qui est généralement une procédure formelle) et le redressement (qui peut être soit une procédure formelle soit une procédure informelle ou encore, dans certains cas, une combinaison des deux). La distinction traditionnelle entre ces deux types de procédures est néanmoins quelque peu artificielle et risque de susciter une polarisation excessive et d'introduire des rigidités. Elle ne permet pas de prendre en compte, par exemple, les cas qu'il est difficile de ranger dans l'un ou l'autre type, c'est-à-dire ceux dans lesquels une approche souple à l'égard de la situation financière du débiteur a des chances de donner le meilleur résultat, tant pour le débiteur que pour les créanciers, pour ce qui est de la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité (ce qui peut nécessiter la combinaison de divers types de procédures, parfois à la fois formelles et informelles). De plus, la distinction entre les procédures traditionnelles de liquidation et de redressement n'est pas toujours très nette. Par exemple, on qualifie parfois de "redressement" un mode particulier de sauvegarde, voire d'augmentation de la valeur de la masse dans le cadre d'une procédure de liquidation. C'est le cas, par exemple, lorsque la loi prévoit un mode de liquidation par voie de cession de l'entreprise à un repreneur. Dans une telle situation, le terme "redressement" indique simplement qu'on a recours à une technique autre que la liquidation traditionnelle (c'est-à-dire la vente pure et simple des actifs) afin de tirer de la masse de l'insolvabilité la valeur la plus élevée possible.

27. Pour ces raisons, il est souhaitable que le législateur ne se contente pas de prévoir le choix entre une procédure de liquidation strictement traditionnelle et un seul type de procédure de redressement. La notion de redressement peut recouvrir divers types d'arrangements dans le détail desquels la loi sur l'insolvabilité n'a pas besoin d'entrer. Il peut suffire que le régime du redressement permette d'obtenir un meilleur résultat que si l'entreprise devait être liquidée (en fait, le redressement peut déboucher sur la liquidation ou la vente de l'entreprise).

28. Dans son analyse des éléments essentiels d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel, le présent Guide se focalise sur une procédure de liquidation, d'une part, et une procédure de redressement, d'autre part. Il ne s'agit pas ce faisant d'indiquer une préférence pour des types particuliers de procédures ni une préférence pour telle ou telle modalité d'intégration des différentes procédures dans la loi sur l'insolvabilité. Au contraire, le Guide cherche à faire ressortir et comparer les éléments essentiels des différents types de procédures et à promouvoir une approche axée sur la maximisation du résultat pour les parties impliquées dans une procédure d'insolvabilité. Le législateur peut atteindre cet objectif en incorporant dans la loi sur l'insolvabilité les éléments formels traditionnels d'une façon qui assure le maximum de souplesse et permette le recours à des procédures informelles lorsque celles-ci ont des chances d'être les plus efficaces.

1. Liquidation

29. Le type de procédure qualifié de "liquidation" prévoit généralement la prise en charge des actifs du débiteur par une autorité publique (généralement, mais pas nécessairement, un tribunal agissant par l'intermédiaire d'une personne nommée à cette fin), en vue de mettre un terme à l'activité commerciale du débiteur, de réaliser les actifs non monétaires et d'en répartir le produit au prorata entre les créanciers. Cette procédure aboutit généralement à la liquidation ou à la disparition du débiteur en tant qu'entité commerciale bien que, dans certains cas, les actifs puissent faire l'objet d'une cession globale à un repreneur. D'autres termes tels que *bankruptcy*, *winding-up*, faillite, *quiebra*, *Konkursverfahren* sont utilisés pour désigner ce type de procédure.

30. Ce type de procédure tend à avoir dans sa conception, son acceptation et son application un caractère quasi

"universel". Elle se déroule normalement suivant le schéma ci-après[2]:

a) Saisine d'un tribunal ou d'un autre organe compétent soit par l'entreprise soit par un ou plusieurs créanciers;

b) Décision de liquidation de l'entité;

c) Nomination d'une personne indépendante chargée de conduire et d'administrer la liquidation;

d) Cessation de l'activité de l'entreprise;

e) Dessaisissement des propriétaires et des dirigeants et licenciement des salariés;

f) Vente des actifs de l'entreprise;

g) Décisions sur les créances;

h) Répartition des fonds disponibles entre les créanciers (suivant un certain ordre de priorité); et

i) Dissolution de l'entreprise.

31. Un certain nombre de considérations juridiques et économiques justifient la procédure de liquidation. En général, une entité commerciale qui n'est pas compétitive dans une économie de marché n'a pas sa place sur le marché et devrait en être éliminée. L'un des principaux signes du manque de compétitivité d'une entreprise est le fait qu'elle devient insolvable. Plus précisément, le recours à une procédure de liquidation peut être considéré comme une façon de régler les problèmes entre créanciers (lorsque les actifs d'un débiteur insolvable ne sont pas suffisants pour désintéresser tous les créanciers, chacun d'eux aura intérêt à essayer de récupérer sa créance avant que d'autres créanciers ne fassent de même) et d'imposer une discipline qui est un élément essentiel d'une relation débiteur-créanciers durable. Une procédure de liquidation ordonnée et efficace cherche à régler les problèmes entre créanciers en mettant en branle une procédure collective qui vise à éviter les actions qui, tout en étant considérées par les différents créanciers comme servant au mieux leurs intérêts, aboutissent en fait à une perte de valeur pour l'ensemble des créanciers. Les procédures collectives sont conçues de façon à assurer un traitement équitable aux créanciers et à maximiser la valeur des actifs du débiteur dans l'intérêt de tous les créanciers. On parvient normalement à ce résultat en imposant une suspension à la faculté des créanciers d'opposer leurs droits individuels au débiteur et en nommant une personne indépendante qui a essentiellement pour mission de maximiser la valeur des actifs du débiteur avant distribution aux créanciers.

32. La procédure de liquidation est aussi un important facteur de discipline qui est un élément essentiel d'une relation débiteur-créanciers durable. Elle peut offrir, par exemple, un mécanisme ordonné et relativement prévisible d'exécution des droits des créanciers. Non seulement elle apporte aux créanciers un élément de prévisibilité lorsqu'ils décident d'octroyer des crédits mais aussi, d'une manière plus générale, elle favorise les intérêts de tous les acteurs économiques en facilitant l'offre de crédit et le développement des marchés financiers.

[2]Voir "Law and policy reform at the Asian Development Bank", Report on RETA 5795: insolvency law reforms in the Asian and Pacific region, Asian Development Bank, 2000, par. 35.

2. Redressement

a) *Procédures de redressement formelles*

33. Au lieu de la liquidation, on peut envisager une procédure qui vise à sauver l'entreprise et non à mettre fin à ses activités. Cette procédure, qui peut revêtir plusieurs formes et qui est sans doute moins universelle dans sa conception, son acceptation et son application que la liquidation, est désignée par un certain nombre de termes différents: redressement (*reorganization*), *rescue*, *restructuring*, *turnaround*, *rehabilitation*, *arrangement*, *composition*, concordat préventif de faillite, *suspensión de pagos*, *administración judicial de empresas* et *Vergleichsverfahren*. Par souci de simplicité, le terme "redressement" est utilisé dans le projet de guide dans un sens large pour renvoyer au type de procédures dont l'objectif ultime est de permettre au débiteur de surmonter ses difficultés financières et de reprendre ou de continuer des activités commerciales normales.

34. L'une des raisons pour lesquelles il convient d'inclure le redressement dans une loi sur l'insolvabilité est que le régime de la liquidation ne convient pas dans tous les cas: toutes les entreprises en situation d'échec sur un marché compétitif ne doivent pas nécessairement être liquidées. Une entreprise qui a des perspectives raisonnables de survie (c'est-à-dire qui exerce une activité potentiellement rentable) devrait se voir redonner une chance, en particulier lorsque l'on peut démontrer qu'il est plus intéressant et, par conséquent, plus avantageux à long terme pour les créanciers de maintenir son activité essentielle et d'autres de ses composantes. Les procédures de redressement visent à accorder un répit à l'entreprise pour surmonter ses problèmes temporaires de liquidités ou un problème plus permanent de surendettement et à lui donner, si nécessaire, la possibilité de restructurer ses opérations et ses relations avec les créanciers. Lorsque le redressement est possible, il a généralement la préférence des créanciers si la valeur tirée de la poursuite des activités de l'entreprise a des chances d'améliorer les perspectives de recouvrement de leurs créances. Le redressement, toutefois, n'implique pas que l'entité sera complètement remise sur pied ou que ses créanciers seront totalement désintéressés. Il ne signifie pas non plus nécessairement que les propriétaires et la direction de l'entreprise insolvable maintiendront et préserveront leurs positions respectives. En général, cependant, le redressement implique que, quel que soit le type de plan, de dispositif ou d'arrangement convenu, les créanciers recevront au bout du compte un montant plus élevé que si l'entreprise devait être liquidée.

35. Ce résultat peut être obtenu en ayant recours à des procédures qui peuvent prendre différentes formes. Il peut s'agir d'un simple accord concernant les créances (désigné sous le nom de concordat) par lequel, par exemple, les créanciers conviennent de recevoir un certain pourcentage de leurs créances et de se considérer ainsi pleinement, complètement et définitivement désintéressés. Les créances se trouvent donc réduites et l'entreprise, redevenue solvable, peut poursuivre ses activités. Il peut aussi s'agir d'une procédure complexe prévoyant, entre autres: la restructuration des dettes de l'entreprise insolvable (extension de la durée du prêt et du délai de remboursement, report du paiement des intérêts ou changement de l'identité des prêteurs); une

partie des créances peut être convertie en prises de participation moyennant une réduction (ou même la disparition) des participations existantes; les actifs non essentiels peuvent être vendus; et il peut être mis fin aux activités non rentables. Le choix du mode de redressement est généralement fonction de la taille de l'entreprise et de la complexité de la situation du débiteur.

36. Bien que la procédure de redressement ne soit pas aussi universelle que la liquidation et risque de ce fait de ne pas suivre un modèle commun, un certain nombre d'éléments clefs ou essentiels peuvent être dégagés[3]:

a) Soumission volontaire de l'entité au processus, lequel peut comporter ou non une procédure judiciaire et un contrôle ou une surveillance judiciaire;

b) Interdiction ou suspension automatique et obligatoire des actions et des poursuites contre le patrimoine de l'entité, opposable à tous les créanciers pendant une période limitée;

c) Continuation de l'activité de l'entité, par la direction en place, par un administrateur indépendant ou par les deux à la fois;

d) Élaboration d'un plan contenant des propositions quant au traitement des créanciers, des actionnaires ou associés et de l'entité elle-même;

e) Examen, mise aux voix et acceptation du plan par les créanciers;

f) Éventuellement, homologation judiciaire du plan accepté; et

g) Exécution du plan.

37. Si les avantages du redressement sont généralement acceptés, la mesure dans laquelle on a recours, pour atteindre ses objectifs, à des procédures formelles, varie selon les pays. Il est généralement reconnu que l'existence d'une procédure de liquidation peut faciliter le redressement d'une entreprise, soit par la voie d'une procédure de redressement formelle, soit par des moyens informels dans le cadre d'une procédure extrajudiciaire (l'existence du régime formel incitant à la fois les créanciers et les débiteurs à rechercher un accord approprié). En fait, dans de nombreux pays, le redressement est en grande partie opéré de façon informelle "dans l'ombre" du régime d'insolvabilité formel. Il y a toutefois souvent une corrélation entre la gravité des difficultés financières que connaît le débiteur et la complexité de la solution appropriée. Si, par exemple, une seule banque est impliquée, il est probable que le débiteur pourra négocier avec elle de façon informelle et résoudre ses difficultés sans faire intervenir ses créanciers commerciaux. Lorsque la situation financière est plus complexe et exige la participation d'un grand nombre de créanciers de type différent, un plus grand formalisme peut être nécessaire pour trouver une solution qui satisfasse les intérêts et objectifs divers de ces créanciers.

38. Malgré la fréquence des arrangements informels, les procédures de redressement formelles peuvent constituer un mécanisme de redressement des entreprises servant les intérêts de tous les acteurs économiques. En premier lieu, puisque dans un redressement extrajudiciaire il faut l'unanimité des créanciers, le recours à une procédure formelle peut aider à la restructuration en ce qu'il permet au débiteur et à une majorité de créanciers d'imposer un plan à une minorité de créanciers qui n'y est pas favorable, en particulier lorsque des créanciers campent sur leurs positions pendant les négociations informelles. En deuxième lieu, l'économie moderne a considérablement réduit la mesure dans laquelle la valeur d'une entité peut être maximisée par voie de liquidation. Dans les cas où le savoir-faire technique et la clientèle sont plus importants que les actifs corporels, la préservation des ressources humaines et des relations d'affaires sont des éléments essentiels de la valeur qui ne peuvent être réalisés par voie de liquidation. En troisième lieu, les procédures de redressement ont plus de chance de servir l'intérêt économique à long terme, puisqu'elles encouragent les débiteurs à y recourir avant que leurs difficultés financières ne deviennent trop graves. Enfin, des considérations sociales et politiques militent en faveur de l'existence de procédures de redressement qui protègent, par exemple, les salariés d'une entreprise en difficulté.

b) *Procédures informelles de redressement*

39. Des procédures informelles ont été imaginées il y a quelques années par le secteur bancaire comme alternative aux procédures formelles de redressement. Menée et influencée par des banques et des établissements financiers opérant internationalement, la procédure informelle s'est progressivement étendue à un nombre considérable de pays. Son application a généralement été limitée aux entreprises en situation financière difficile ou insolvables ayant des dettes importantes envers des banques et des établissements financiers. L'objectif est de parvenir à un accord à la fois entre les prêteurs et entre le prêteur et le débiteur en vue du redressement de l'entité débitrice, avec ou sans la réorganisation du financement. Le redressement informel peut être un moyen de conférer de la souplesse aux systèmes d'insolvabilité, de limiter le recours à l'infrastructure judiciaire, d'inciter les créanciers à réagir plus rapidement qu'ils ne pourraient le faire normalement dans le cadre de régimes judiciaires et d'éviter l'opprobre qui est souvent associée à l'insolvabilité. Elle s'appuie néanmoins sur l'existence du système judiciaire pour appliquer des sanctions qui contribuent à son succès. À moins que le débiteur, sa banque et les créanciers financiers saisissent l'occasion pour se regrouper et ouvrir la procédure informelle, le débiteur ou les créanciers peuvent invoquer la loi sur l'insolvabilité formelle, avec le risque de dommages que cela comporte à la fois pour le débiteur et pour ses créanciers.

40. Les procédures extrajudiciaires peuvent prendre diverses formes, allant d'une procédure tout à fait informelle fondée sur des principes non contraignants visant à favoriser une négociation collective en dehors du système judiciaire (bien que s'appuyant sur l'existence d'un système judiciaire efficace et bien conçu pour inciter les parties à négocier) à l'utilisation d'un mécanisme judiciaire pour faire exécuter un plan arrêté par voie de négociations informelles et pour y lier les créanciers. Lorsque les négociations se déroulent dans un cadre extrajudiciaire et que le débiteur et la majorité des créanciers approuvent le plan, une procédure accélérée peut être utilisée pour l'homologuer.

[3]Ibid., par. 41.

41. Questions à aborder:

[*Conditions d'efficacité des procédures informelles et conduite de ces procédures*]

[*A/CN.9/504, par. 161: On a noté qu'il y avait un recoupement entre certaines de ces considérations et l'élaboration par le Groupe de travail d'un guide législatif sur les procédures judiciaires d'insolvabilité et qu'il faudrait examiner comment le tout pouvait s'articuler. Il a été proposé en particulier que le projet de guide passe en revue les différentes options, en examinant les avantages et les inconvénients de chacune et en indiquant comment elles pourraient être intégrées dans un régime de redressement. On a signalé à cet égard qu'il existait une corrélation entre le degré de difficulté financière du débiteur et la complexité de la solution proposée. Par exemple, lorsque des banques étaient concernées, le débiteur pouvait probablement négocier de manière informelle avec elles et résoudre ses difficultés sans faire intervenir les créanciers commerciaux. Lorsque la situation financière était plus complexe et nécessitait l'intervention de nombreuses catégories différentes de créanciers, un plus grand formalisme pouvait s'imposer. On a avancé que cette approche pouvait constituer un moyen de présenter les différentes procédures aux législateurs. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait tenir compte de ces considérations lors de l'examen des sections du projet de guide consacrées au redressement, et en particulier que le thème des procédures accélérées de redressement pour mettre en œuvre des restructurations comme celles dont il est question dans le document A/CN.9/ WG.V/WP.55 (y compris les mécanismes internationaux et nationaux) devrait être abordé dans le projet de guide*.]

i) Procédures tout à fait informelles

42. Questions à aborder:

[*A/CN.9/504, par. 159: S'agissant des procédures tout à fait informelles, il a été suggéré que le Groupe de travail tienne compte des travaux entrepris par d'autres organisations (Groupe de spécialistes du crédit (Lenders Group) d'INSOL International) pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers (présentée dans le document A/CN.9/WG.V/WP.55) et d'autres principes directeurs similaires.*]

43. Une méthode dite "de Londres", repose sur des principes directeurs non contraignants adressés par la Banque d'Angleterre aux banques commerciales, qui sont instamment invitées à soutenir leurs débiteurs en situation financière difficile. Les décisions relatives à l'avenir à long terme des débiteurs ne devraient être prises que sur la base d'informations complètes, partagées entre toutes les banques et les autres parties qui participeraient à un accord sur ce point. Des moratoires et accords de cession de rang facilitent l'obtention de moyens temporaires de trésorerie et les banques et les autres créanciers essaient de s'entendre pour décider collectivement si un ballon d'oxygène devrait être donné à la société débitrice et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

ii) Procédures administratives

44. Questions à aborder:

[*A/CN.9/504, par. 160: S'agissant des procédures administratives, trois types d'approches ont été évoqués et il a été suggéré que le Guide analyse les exemples correspondants et examine les circonstances dans lesquelles ces approches s'étaient révélées utiles et dans quels cas il pourrait être indiqué de les suivre dans l'avenir. On a souligné en particulier qu'elles avaient facilité les choses lorsque les tribunaux n'avaient pas toutes les compétences pour traiter la question ou étaient simplement dépassés par l'ampleur de l'échec du système.*]

45. Ces dernières années, un certain nombre de pays touchés par la crise ont mis au point des formes "structurées" semi-officielles de procédures informelles, largement inspirées par l'État ou les banques centrales, pour traiter les problèmes financiers systémiques au sein du système bancaire. Ces procédures ont été élaborées selon un modèle similaire. Premièrement, chacune prévoit un organe qui est chargé d'encourager et, en partie, de coordonner et d'administrer une réorganisation informelle afin de fournir l'incitation et la motivation nécessaires à la mise en place des procédures informelles. Deuxièmement, chaque procédure s'appuie sur un accord entre banques commerciales en vertu duquel les participants acceptent de suivre une série de "règles" concernant les entreprises débitrices qui ont des dettes envers une ou plusieurs des banques et qui peuvent participer à la procédure. Les règles indiquent les procédures à suivre et les conditions à imposer en cas de tentative de redressement de l'entreprise. Dans certains des pays, une entreprise débitrice qui cherche à négocier un redressement informel est tenue d'accepter que ces règles s'appliquent. Troisièmement, des délais sont fixés pour diverses parties de la procédure et, dans certains cas, des accords de principe peuvent être soumis au tribunal compétent en vue d'un redressement formel prévu par la loi. De plus, un pays a créé un organisme public qui a des pouvoirs extrêmement étendus lui permettant d'acquérir des prêts improductifs auprès du secteur bancaire et financier puis d'imposer des procédures extrajudiciaires à une entreprise débitrice défaillante, y compris un redressement forcé ou imposé.

iii) Procédures hybrides

46. Questions à aborder:

[*A/CN.9/504, par. 159: Quant aux procédures combinant des éléments judiciaires et extrajudiciaires, le Groupe de travail pourrait examiner comment celles-ci avaient été mises en place dans le monde et, en particulier, quel rôle jouaient les autorités judiciaires et administratives et à quel stade elles intervenaient*.]

47. Certains pays ont adopté ce que l'on peut appeler des procédures antérieures à l'insolvabilité, qui sont en fait des hybrides de procédures extrajudiciaires et judiciaires de redressement. Dans un pays, des règlements ont été publiés qui permettent au tribunal d'approuver un plan de redressement en vertu de la loi sur l'insolvabilité, même si le soutien requis des créanciers comme condition de l'approbation du tribunal a été obtenu par un vote qui a eu lieu avant

l'ouverture de la procédure formelle de redressement. De tels règlements "préemballés" de l'insolvabilité visent à réduire au minimum le coût et la durée du redressement formel tout en donnant la possibilité d'approuver un plan de redressement qui n'a pas l'appui unanime des créanciers.

48. Dans un autre pays, la loi dispose que pour faciliter la conclusion d'un règlement amiable avec ses créanciers, un débiteur peut demander au tribunal de nommer un conciliateur. Le conciliateur n'a pas de pouvoir particulier, mais il peut demander au tribunal d'imposer une suspension des poursuites à tous les créanciers s'il estime qu'une telle mesure est de nature à faciliter la conclusion d'un accord de règlement. Pendant la période de suspension, le débiteur ne peut faire aucun paiement pour s'acquitter de créances antérieures (à l'exception des salaires) ou acte de disposition étranger à la gestion normale de l'entreprise. La procédure se termine lorsqu'un accord est conclu soit avec tous les créanciers soit (sous réserve de l'approbation du tribunal) avec les principaux d'entre eux; dans ce dernier cas, le tribunal peut maintenir la suspension pour tous les créanciers non participants en accordant au débiteur une période de grâce qui peut atteindre jusqu'à deux ans.

49. Questions à aborder:

[*A/CN.9/WG.V/WP.55, par. 22 et 23: [Une autre approche est fondée sur] un cadre légal permettant une procédure rapide d'insolvabilité en vue d'une restructuration volontaire des dettes découlant d'emprunts (créances et obligations d'établissements de prêts) de sociétés internationales insolvables. Cette procédure reposerait sur l'approbation de la restructuration par une majorité qualifiée de créanciers dans chaque catégorie concernée et sur un examen judiciaire du caractère adéquat de la restructuration qui serait évaluée par rapport à des normes internationales appropriées en la matière. Les principales caractéristiques de cette approche sont les suivantes: possibilité de déclarer un bref moratoire pour permettre de mener à bien des discussions sur la restructuration volontaire; soumission de la restructuration à l'approbation des créanciers avant l'ouverture de la procédure judiciaire; approbation par une majorité de 75 % du nombre et de la valeur des créances dans chacune des catégories des créanciers concernées; procédures accélérées d'insolvabilité aux fins d'homologation de la restructuration par un tribunal compétent en la matière afin de lier les créanciers dissidents; et critères juridiques minima pour l'homologation de la restructuration par le tribunal.*]

C. Relation entre la procédure de liquidation et la procédure de redressement

50. Dans certaines circonstances, le meilleur moyen de traiter les problèmes résultant de l'insolvabilité d'un débiteur est de liquider tous ses actifs et d'en répartir ensuite le produit entre les créanciers. Dans d'autres circonstances, cependant, la liquidation n'est peut-être pas le meilleur moyen de maximiser la valeur des ressources de l'entreprise insolvable. En réalité, comme on l'a noté plus haut, une liquidation pure et simple des actifs ne permet souvent aux créanciers de ne recouvrer qu'une fraction de la valeur nominale de leurs créances. Dans ce cas, le redressement de l'entreprise, en vue de préserver l'emploi et le fond commercial, peut s'avérer plus efficace pour maximiser la valeur des créances et permettre aux créanciers de bénéficier d'un traitement plus favorable, voire d'être intégralement désintéressés. Cela peut être particulièrement vrai lorsque, par exemple, la valeur de l'entreprise est fondée sur des actifs incorporels (comme des droits de propriété intellectuelle) plutôt que sur des actifs corporels.

51. Des raisons liées au contexte politique et social d'un système juridique expliquent parfois aussi la préférence donnée au redressement par rapport à la liquidation. Certains pays considèrent qu'une procédure de redressement répond à l'intérêt général, non seulement en encourageant les débiteurs à y recourir avant que leurs difficultés financières ne deviennent trop graves, mais aussi en leur donnant une "seconde chance", ce qui en définitive favorise le développement économique et la croissance. Étant donné l'importance attachée à ces objectifs politiques et sociaux dans certains systèmes juridiques, de nombreux pays reconnaissent qu'un régime efficace de l'insolvabilité doit comporter à la fois des procédures de liquidation et de redressement.

52. Bien que de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient à la fois une procédure de liquidation et une procédure de redressement, la structure du processus conduisant au choix de l'une ou de l'autre peut être très différente. Certaines lois prévoient une procédure d'insolvabilité souple et unitaire pouvant aboutir soit à la liquidation soit au redressement, selon les particularités d'espèces. D'autres prévoient deux procédures distinctes, comportant chacune des conditions d'accès et d'ouverture, ainsi que différentes possibilités de conversion de l'une en l'autre.

53. Les législations qui traitent la liquidation et le redressement comme deux procédures distinctes se fondent sur diverses considérations de principe en matière sociale et commerciale et visent différents objectifs. Toutefois, un nombre important de questions étant communes à ces deux procédures, il y a entre elles de nombreux liens et chevauchements, aussi bien sous l'angle procédural qu'en ce qui concerne les questions de fond, comme le montrera la discussion dans la deuxième partie.

54. Lorsque deux procédures distinctes sont prévues, le choix de celle qui sera utilisée devrait, au moins en théorie, dépendre de la question de savoir si l'entreprise du débiteur insolvable est ou non viable. Mais dans la pratique, il est souvent impossible, à l'ouverture de l'une ou l'autre procédure, d'évaluer de manière définitive la viabilité financière de l'entreprise. Il est donc nécessaire que la loi établisse des liens entre les deux procédures, pour permettre la conversion de l'une en l'autre dans des cas particuliers et d'instituer des dispositifs destinés à prévenir tout recours abusif à la procédure d'insolvabilité, par exemple l'ouverture d'une procédure de redressement dans le but d'éviter ou de retarder la liquidation.

55. Pour ce qui est du choix de la procédure, certains pays prévoient que la partie qui demande l'ouverture de la procédure d'insolvabilité a le choix au départ entre la liquidation et le redressement. Lorsqu'une procédure de liquidation est engagée par un ou plusieurs créanciers, la loi

prévoit souvent un mécanisme permettant au débiteur d'en demander la conversion en redressement quand cela est possible. Lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure de redressement, de sa propre initiative ou par suite de l'assignation en liquidation d'un créancier, il devrait, logiquement, être statué d'abord sur la demande de redressement. Pour protéger les créanciers, certaines législations relatives à l'insolvabilité prévoient toutefois la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation dès lors qu'il est constaté que le redressement a peu de chances d'aboutir. Un autre mécanisme de protection des créanciers peut être de fixer la durée maximale d'une procédure de redressement lorsqu'elle est accordée contre le gré des créanciers.

56. En règle générale, bien qu'elles soient couramment présentées comme distinctes, les procédures de liquidation et de redressement sont normalement utilisées l'une à la suite de l'autre. En d'autres termes, une procédure de liquidation ne sera engagée que si le redressement a peu de chances de réussir ou si les efforts de redressement ont échoué. Certains régimes d'insolvabilité reposent sur le postulat général qu'une entreprise devrait être redressée et que la procédure de liquidation ne peut être ouverte qu'en cas d'échec de toutes les tentatives de redressement. Dans les régimes d'insolvabilité qui prévoient la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation, une demande à cette fin peut être présentée par le débiteur, par les créanciers ou par le représentant de l'insolvabilité, suivant les conditions fixées par la loi. Il peut s'agir notamment de l'impossibilité pour le débiteur d'acquitter à l'échéance les dettes nées après l'engagement de la procédure; du rejet du plan de redressement par les créanciers ou le tribunal; d'un manquement du débiteur aux obligations résultant d'un plan approuvé; ou d'une tentative du débiteur de frauder ses créanciers. S'il est souvent possible de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation, la plupart des régimes d'insolvabilité ne permettent pas de reconvertir ensuite celle-ci en redressement.

57. Étant donné la difficulté de décider d'emblée si le débiteur devrait faire l'objet d'une procédure de liquidation plutôt que de redressement, certains pays ont été conduits à revoir leur législation relative à l'insolvabilité et à remplacer les procédures distinctes par une procédure "unitaire". Selon cette conception, il y a une période initiale (généralement appelée "période d'observation" qui, dans les législations en vigueur, peut durer jusqu'à trois mois), pendant laquelle il n'existe aucune présomption quant à la décision qui sera prise en définitive — redresser l'entreprise ou la liquider. Le choix entre ces deux éventualités n'intervient qu'une fois qu'il a été décidé si le redressement est possible ou non. L'avantage fondamental de cette solution tient à sa simplicité sur le plan procédural. Une procédure unitaire simple, permettant d'envisager une réorganisation et un redressement, peut également avoir pour effet d'encourager les débiteurs à y recourir dès qu'ils connaissent des difficultés financières, augmentant ainsi les chances de succès d'un redressement.

F. Rapport du Secrétaire général sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-cinquième session

(A/CN.9/WG.V/WP.58) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Page*
Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	1-299	302
Deuxième partie. Éléments essentiels d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel	1-299	302
II. Demandes d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité	1-39	302
A. Champ d'application du droit de l'insolvabilité	1-9	302
1. Remarques générales	1-9	302
2. Champ d'application du droit de l'insolvabilité: résumé et recommandations	—	304
B. Critères de demande et d'ouverture	10-39	304
1. Remarques générales	10-39	304
2. Critères de demande d'ouverture et d'ouverture d'une procédure: résumé et recommandations	—	309
III. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	40-151	310
A. Masse de l'insolvabilité	40-52	310
1. Remarques générales	40-52	310
2. Masse de l'insolvabilité: résumé et recommandations	—	311
B. Protection de la masse de l'insolvabilité	53-83	312
1. Remarques générales	53-83	312
2. Protection de la masse de l'insolvabilité: résumé et recommandations	—	316

		Paragraphes	*Page*
C.	Traitement des contrats	84-123	317
1.	Remarques générales	84-123	317
2.	Traitement des contrats: résumé et recommandations	—	322
D.	Actions en annulation	124-151	323
1.	Remarques générales	124-151	323
2.	Actions en annulation: résumé et recommandations	—	326
IV.	Administration de la procédure	152-252	327
A.	Droits et obligations du débiteur	152-170	327
1.	Remarques générales	152-170	327
2.	Droits et obligations du débiteur: résumé et recommandations	—	330
B.	Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité	171-186	330
1.	Remarques générales	171-186	330
2.	Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité: résumé et recommandations	—	333
C.	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	187-191	333
1.	Remarques générales	187-191	333
2.	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure: résumé et recommandations	—	334
D.	Comité des créanciers	192-212	335
1.	Remarques générales	192-212	335
2.	Comité des créanciers: résumé et recommandations	—	337
E.	Créances des créanciers et traitement à leur accorder	213-252	337
1.	Remarques générales	213-252	337
2.	Créances des créanciers et traitement à leur accorder: résumé et recommandations	—	343
V.	Liquidation et répartition	253-260	344
A.	Ordre à établir aux fins de la répartition	253-255	344
1.	Remarques générales	253-255	344
2.	Ordre à établir aux fins de la répartition: résumé et recommandations	—	344
B.	Décharge	256-260	344
1.	Remarques générales	256-260	344
2.	Décharge: résumé et recommandations	—	345
VI.	Plan de redressement	261-299	345
1.	Remarques générales	261-299	345
2.	Plan de redressement: résumé et recommandations	—	350

[*L'introduction, la première partie et le chapitre premier de la deuxième partie du projet de guide sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.57*]

PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Deuxième partie. Éléments essentiels d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

II. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité

A. Champ d'application du droit de l'insolvabilité

1. Remarques générales

a) *Débiteurs devant être visés par un régime d'insolvabilité*

1. Lorsqu'on élabore un régime général d'insolvabilité, il importe avant tout de déterminer quels débiteurs pourront y être soumis. Les débiteurs qui en seront exclus ne bénéficieront pas des protections qu'il offre et ne seront pas non plus soumis à la discipline qu'il impose. Les critères d'admissibilité indiqueront les catégories de débiteurs dont l'entreprise peut faire l'objet d'une procédure de liquidation ou de redressement ainsi que toute entreprise devant être exclue du champ d'application du régime. À cet égard, se pose la question de savoir si ce dernier devrait établir une distinction entre particuliers et entités commerciales, car l'insolvabilité est associée, pour chacune de ces catégories, à des considérations de politique générale mais aussi à des comportements sociaux et autres différents. Ainsi, les politiques concernant l'endettement et l'insolvabilité personnels dénotent souvent des comportements culturels qui ne jouent pas autant lorsqu'il s'agit d'entités commerciales. On peut citer à cet égard la façon dont l'endettement personnel est perçu; l'aide à la gestion du surendettement; les effets sur le statut des

particuliers faillis; et la remise de dettes. Les politiques relatives à l'insolvabilité des entités commerciales seront, en revanche, fondées sur des considérations économiques et commerciales telles que l'importance du rôle de ces entités dans l'économie et la nécessité de tenir compte de ces considérations dans les procédures d'insolvabilité applicables.

2. En conséquence, il faudra peut-être envisager la possibilité d'établir, dans le droit de l'insolvabilité, une distinction entre les différentes catégories d'entités exerçant des activités commerciales et d'indiquer de quelle branche de ce droit (insolvabilité des personnes physiques ou des personnes morales) relèveront les activités commerciales personnelles ou individuelles (y compris, par exemple, celles des sociétés en participation et des entrepreneurs individuels). On peut se fonder sur différents critères pour faciliter ce classement, notamment sur la nature de l'activité, le montant des dettes et le lien entre ces derniers et l'activité commerciale. Toutefois, l'expérience d'un certain nombre de pays montre que, si les activités commerciales des entrepreneurs individuels font partie intégrante de l'activité commerciale en général, il est souvent préférable de les soumettre au régime de l'insolvabilité personnelle car, en définitive, le dirigeant d'une entreprise individuelle [entreprise n'ayant pas de personnalité morale propre] est indéfiniment responsable des dettes de son entreprise. Dans ces cas, se pose également la délicate question de l'extinction des dettes (libération du débiteur de tout ou partie de certaines dettes après la clôture de la procédure) et de la saisie des salaires perçus après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, de même que des problèmes personnels, tels que les règlements dans les procédures de divorce. En outre, le fait de soumettre les particuliers au régime d'insolvabilité des entités commerciales risque d'en gêner l'application car l'insolvabilité est généralement mal perçue. Il est donc souhaitable de tenir compte de ces différents points pour l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité destinée aux entreprises. Le présent Guide n'aborde pas ces distinctions mais se concentre sur la conduite de l'activité commerciale, quel que soit le cadre choisi à cette fin.

3. Un régime général d'insolvabilité peut s'appliquer à toutes formes d'entités, de droit privé et de droit public, exerçant des activités commerciales, en particulier aux entreprises publiques qui opèrent sur le marché en tant qu'entités commerciales distinctes et sont soumises par ailleurs aux mêmes règles commerciales et économiques que les entités de droit privé. Le fait qu'une entreprise appartienne à l'État ne saurait en soi être un motif suffisant pour justifier son exclusion de l'application du droit général de l'insolvabilité. L'application de ce droit à ces entités a l'avantage de les soumettre à la discipline du marché et de montrer clairement que le soutien financier de l'État ne sera pas illimité. Il peut y avoir une exception à la règle générale lorsque l'État a adopté une politique visant à garantir explicitement les engagements de ces entreprises. Dans les cas où le traitement des entreprises publiques s'inscrit dans le cadre d'un changement de politique macroéconomique, par exemple l'instauration de vastes programmes de privatisation, une législation indépendante régissant les questions pertinentes, y compris l'insolvabilité, peut se justifier.

4. Bien qu'il puisse être souhaitable d'étendre la protection et la discipline d'un régime d'insolvabilité au plus grand nombre possible d'entités, un traitement distinct peut être accordé à certaines d'entre elles, par exemple pour des considérations d'intérêt général se rattachant à la protection des consommateurs ou parce qu'ayant un caractère spécialisé — comme les banques et compagnies d'assurance, les entreprises de services publics et les sociétés de courtage en valeurs mobilières ou en produits de base —, car elles sont souvent soumises à une réglementation détaillée. Le présent Guide n'examine pas expressément les considérations particulières associées à l'insolvabilité de cette catégorie d'entités.

b) *Applicabilité du droit de l'insolvabilité*

i) Centre des intérêts principaux

5. Le débiteur doit non seulement entrer dans la catégorie des entreprises admissibles, mais aussi avoir un lien suffisant avec l'État hôte pour être soumis à sa législation sur l'insolvabilité.

6. Bien que certaines lois sur l'insolvabilité appliquent des critères tels que l'établissement principal, la CNUDCI a adopté, dans la Loi type sur l'insolvabilité internationale (ci-après la "Loi type de la CNUDCI"), la notion de "centre des intérêts principaux" du débiteur pour déterminer le lieu de la "procédure principale" pour ce débiteur. Ce terme est également employé dans le projet de convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international et dans le règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil de l'Union européenne du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. La Loi type de la CNUDCI ne le définit pas; le règlement du Conseil de l'Union européenne (13e considérant) indique qu'il devrait correspondre au "lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". Un critère approprié serait celui qui est retenu au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI et à l'article 3 du règlement du Conseil de l'Union européenne, à savoir que, sauf si la preuve contraire peut être apportée, le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé(e) être le centre de ses intérêts principaux. Un débiteur ayant le centre de ses intérêts principaux dans un État devrait être soumis au droit de l'insolvabilité de ce dernier.

7. Nonobstant l'adoption du critère du "centre des intérêts principaux", il peut arriver qu'un débiteur ayant des actifs dans plus d'un État satisfasse aux conditions requises pour être soumis au droit de l'insolvabilité de plusieurs États, en raison des différents critères d'ouverture ou des différentes interprétations du même critère, d'où la possibilité de procédures dans chacun de ces États. Il serait alors indiqué d'avoir une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI pour régler les questions de coordination et de coopération.

ii) Établissement

8. Certaines lois disposent qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. Le terme "établissement" est défini à l'article 2

de la Loi type de la CNUDCI comme désignant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services". L'article 2 du règlement du Conseil de l'Union européenne contient une définition similaire, qui ne fait toutefois pas référence aux "services". En substance donc, un établissement est un lieu où s'exerce une activité sans être nécessairement le centre des intérêts principaux. La définition est importante pour la structure générale de la Loi type de la CNUDCI car elle détermine les procédures susceptibles d'être considérées uniquement comme des procédures non principales, une procédure principale supposant l'existence d'un centre des intérêts principaux. De même, le règlement du Conseil dispose qu'une procédure d'insolvabilité secondaire peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement, mais que l'application de cette procédure sera limitée aux actifs du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État.

iii) Présence d'actifs

9. Certaines lois prévoient qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par ou contre un débiteur qui possède ou a possédé des actifs sur le territoire de l'État sans exiger que ce débiteur y ait un établissement ou le centre de ses intérêts principaux. À cet égard, il conviendrait de faire une distinction entre liquidation et redressement. Si la présence d'actifs peut être un motif approprié pour ouvrir une procédure de liquidation de ces actifs, elle n'est pas suffisante pour justifier l'ouverture d'une procédure de redressement. En tant que critère, la présence d'actifs risque de poser des problèmes de multiplicité de juridiction, à savoir l'ouverture de plusieurs procédures, et des questions de coordination entre ces procédures et de coopération qui pourraient faire entrer en jeu la Loi type de la CNUDCI.

2. Champ d'application du droit de l'insolvabilité: résumé et recommandations

1. Les dispositions relatives au champ d'application du droit de l'insolvabilité ont pour objet de déterminer:

a) Quels débiteurs peuvent être soumis au droit de l'insolvabilité;

b) Quels débiteurs doivent faire l'objet d'un traitement particulier et devraient par conséquent relever d'un régime spécial d'insolvabilité et être exclus du régime général;

c) Quels sont les critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant.

2. Une loi sur l'insolvabilité devrait régir les procédures d'insolvabilité de [tous les débiteurs] [toutes les entités commerciales ou dotées de la personnalité morale] ayant une activité commerciale [y compris les entreprises publiques ayant une activité commerciale].

3. Les banques, les compagnies d'assurance et d'autres entités spécifiées qui sont soumises à une réglementation spéciale et à un régime spécial d'insolvabilité peuvent être exclues du champ d'application du droit général de l'insolvabilité.

4. Une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par ou contre un débiteur si le centre des intérêts principaux de ce dernier est situé dans l'État adoptant.

5. En l'absence de preuve contraire, le centre des intérêts principaux, pour une personne morale, est présumé se trouver dans l'État où elle a son siège statutaire.

6. En l'absence de preuve contraire, le centre des intérêts principaux, pour une personne physique, est présumé se trouver dans l'État où elle a sa résidence habituelle.

7. Une procédure de liquidation peut être ouverte par ou contre un débiteur si ce dernier a un établissement dans l'État adoptant, mais devrait être limitée aux actifs du débiteur qui sont situés dans cet État.

B. Critères de demande et d'ouverture

1. Remarques générales

10. Il est essentiel, lorsque l'on élabore une loi sur l'insolvabilité, d'adopter certains critères pour la demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure. En posant les conditions à remplir pour présenter une demande d'ouverture, ces critères aident à déterminer quelles entités peuvent être soumises aux mécanismes de protection et de discipline de la procédure et qui peut former une telle demande.

11. En principe, il est souhaitable que l'accès à la procédure d'insolvabilité soit commode, peu coûteux et rapide, de manière à inciter les entreprises en difficulté financière ou insolvables à s'y soumettre volontairement. Il est également souhaitable d'assurer une certaine souplesse en proposant différents types de procédures, en facilitant l'accès à la procédure la plus adaptée à un débiteur particulier et en permettant la conversion entre les différentes procédures. Un accès restrictif peut décourager tant les débiteurs que les créanciers, tandis qu'un retard peut avoir un effet préjudiciable sur la valeur des actifs et les chances de succès de la procédure, en particulier dans les cas de redressement. La facilité d'accès doit être contrebalancée par des mesures appropriées visant à prévenir tout abus. Un débiteur qui n'a pas de difficultés financières peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité afin de tirer parti des mesures de protection prévues par la loi, comme la suspension automatique des poursuites, alors qu'il n'est pas dans l'impossibilité de rembourser intégralement ses créanciers. De même, des créanciers qui sont des concurrents du débiteur peuvent se servir de la procédure pour déstabiliser l'entreprise de ce dernier et ainsi prendre un avantage sur lui.

12. Les conditions spécifiques à remplir avant qu'une procédure d'insolvabilité puisse être ouverte varient selon les législations. Un certain nombre prévoient plusieurs critères différents et font également une distinction entre les critères d'ouverture applicables à la liquidation et ceux applicables au redressement, de même qu'entre les demandes présentées par un débiteur et celles présentées par un créancier.

a) *Liquidation*

13. Les lois sur l'insolvabilité prévoient généralement qu'une procédure de liquidation peut être engagée par le débiteur (procédure souvent dite "volontaire"), par un ou plusieurs créanciers (procédure souvent dite "involontaire") ou encore de plein droit lorsque l'inexécution par le débiteur d'une obligation légale déclenche automatiquement une telle procédure (également dite "involontaire").

14. Un critère largement retenu pour l'ouverture d'une procédure de liquidation est celui des liquidités ou des flux de trésorerie, qui suppose que le débiteur a généralement cessé ses paiements ou qu'il n'est pas en mesure de rembourser ses dettes à l'échéance. Ce critère vise à déclencher la procédure à un stade suffisamment précoce des difficultés financières du débiteur pour limiter autant que possible la dispersion des biens et éviter une course aux actifs entre les créanciers qui provoquerait le démembrement de l'entreprise du débiteur au détriment de l'ensemble des créanciers. Le fait d'autoriser l'ouverture de la procédure seulement à un stade ultérieur, lorsque le débiteur peut démontrer que ses difficultés financières se sont aggravées, par exemple lorsque son bilan fait apparaître un passif supérieur à l'actif, permet seulement d'interrompre une course entre créanciers qui a déjà commencé.

15. Un problème lié au critère de cessation générale des paiements, à savoir l'ouverture d'une procédure de liquidation d'une entité n'ayant qu'un problème passager de liquidités ou de trésorerie, peut être réglé par des dispositions prévoyant le rejet de cette procédure ou sa conversion en une autre procédure (par exemple en une procédure de redressement, voir sect. I.C, par. 56). On peut parer à d'autres abus éventuels également en prévoyant le rejet ou la conversion de la procédure, l'imposition de sanctions ou le versement de dommages-intérêts à la partie victime de l'abus. Ces mesures pourraient être appliquées, notamment, lorsqu'un débiteur utilise l'insolvabilité pour se protéger contre un créancier unique ou pour temporiser et priver les créanciers du paiement rapide de l'intégralité des dettes, ou lorsqu'un créancier demande une procédure d'insolvabilité en lieu et place d'une procédure de recouvrement de créances (ce type de procédure n'étant peut-être pas très développé), ou encore pour tenter d'exclure une entreprise viable du marché ou pour obtenir des paiements préférentiels.

16. La manière dont le critère de cessation générale des paiements est appliqué varie selon les législations sur l'insolvabilité. Dans certains pays, ce critère est le point de départ soit d'une procédure de liquidation soit d'une procédure de redressement et, lorsque la première est choisie, elle peut ultérieurement être convertie en procédure de redressement. Dans d'autres, il peut déclencher uniquement une procédure de redressement qui ne peut être convertie en procédure de liquidation que si l'impossibilité de redresser l'entité est établie. Une troisième approche consiste à utiliser ce critère pour ouvrir une procédure unitaire (voir sect. I.C, par. 57), le choix entre liquidation et redressement n'étant fait qu'après une période d'évaluation.

17. Une solution autre que l'adoption du critère de cessation générale des paiements serait celle de la méthode du bilan, dans laquelle un excédent du passif sur l'actif est le signe de difficultés financières plus graves. Cette méthode peut donner une mesure inexacte de l'insolvabilité lorsque les normes comptables et les techniques d'évaluation aboutissent à des résultats qui ne reflètent pas la juste valeur marchande des actifs du débiteur ou lorsque les marchés ne sont pas suffisamment développés ou stables pour établir cette valeur. De plus, en tant que critère d'ouverture, elle peut entraîner des retards et des difficultés en matière de preuve, car elle exigerait généralement qu'un expert examine les livres, pièces comptables et données financières pour déterminer la juste valeur marchande de l'entité, ce qui est particulièrement difficile lorsque la comptabilité n'est pas dûment tenue ou facilement accessible. De ce fait, cette méthode conduit souvent à ouvrir une procédure une fois qu'il n'est plus possible de redresser l'entreprise. En outre, ce critère d'ouverture ne reflète pas nécessairement l'aptitude du débiteur à désintéresser collectivement ses créanciers lorsqu'il poursuit son activité et peut compromettre l'objectif de maximisation de la valeur des actifs. La méthode du bilan peut certes aider à définir l'insolvabilité, mais, pour les raisons exposées ci-dessus, n'est peut-être pas suffisamment fiable pour la définir à elle seule.

i) Demande présentée par le débiteur

18. De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent le critère de "cessation générale des paiements" à la demande de liquidation formée par le débiteur. Lorsque le critère retenu est l'insolvabilité imminente, la possibilité de déposer une demande peut être limitée au débiteur. Dans la pratique, un débiteur présentera généralement une demande en dernier ressort, quand il n'est plus à même de payer ses dettes, et, souvent, le respect de ce critère n'est pas strictement vérifié. Tenant compte de cette pratique, certaines lois autorisent les débiteurs à former une demande sur simple déclaration de leur situation financière (qui, dans le cas d'une personne morale, peut être faite par les administrateurs ou d'autres membres d'un organe directeur) sans spécifier de critère particulier de difficulté financière.

19. Une question liée à la demande formée par le débiteur est de savoir si ce dernier devrait ou non être tenu de demander l'ouverture d'une procédure à un stade déterminé de ses difficultés financières. L'adoption d'une disposition sur ce point ne fait pas l'unanimité. L'imposition d'une telle obligation peut permettre, dans le cas d'une liquidation, de protéger les intérêts des créanciers en empêchant que les actifs du débiteur soient davantage dispersés et, dans le cas d'un redressement, d'accroître les chances de réussite en favorisant des mesures précoces. Mais elle peut aussi poser des problèmes pratiques difficiles à résoudre, à savoir quand et comment l'obligation s'appliquera, en particulier lorsqu'un retard dans le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure formelle pourrait engager la responsabilité personnelle de membres de l'entreprise débitrice, de ses administrateurs ou des membres de son organe directeur. Le débiteur risque alors d'être découragé de chercher des solutions informelles à ses difficultés financières, telles qu'un accord de redressement amiable, qui seraient peut-être plus appropriées dans certains cas. L'adoption de mesures incitatives (telles qu'une protection contre des actions en recouvrement) peut être un moyen plus efficace d'encourager les débiteurs à engager rapidement une procédure.

ii) Demande présentée par les créanciers

20. L'application du critère de cessation générale des paiements aux demandes d'ouverture formées par les créanciers risque de poser des problèmes en matière de preuve. Si les créanciers seront sans doute en mesure de montrer que le débiteur n'a pas payé une ou plusieurs de leurs créances, il ne leur sera peut-être pas aussi facile d'apporter la preuve d'une cessation générale des paiements. Pratiquement, il faut qu'ils soient en mesure d'apporter une preuve, sous une forme relativement simple, établissant une présomption d'insolvabilité du débiteur, mais il ne faut pas leur imposer une charge de la preuve déraisonnablement lourde. Un critère raisonnablement commode et objectif, qui permettrait de préciser celui de cessation générale des paiements pour établir des exigences minimales en matière de preuve auxquelles les créanciers pourraient satisfaire serait peut-être le défaut de paiement par un débiteur d'une créance venue à échéance dans un délai spécifié après présentation d'une demande écrite de paiement. Toutefois, les créanciers détenant des créances non échues ont de toute évidence un intérêt légitime dans l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, plus particulièrement lorsqu'il s'agit de détenteurs de créances à long terme qui ne pourront peut-être jamais prétendre à l'ouverture d'une procédure si le critère retenu est l'échéance de la dette, mais dont les créances peuvent être affectées par les activités du débiteur. Néanmoins, l'établissement d'un critère permettant à ce type de créanciers de demander l'ouverture d'une procédure peut poser des difficultés en matière de production de preuves, en particulier sur la situation financière du débiteur. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise les créanciers détenant des créances non échues à demander l'ouverture d'une procédure, il faut peut-être trouver un compromis entre les problèmes de preuve et la nécessité d'assurer un accès commode, peu coûteux et rapide à la procédure.

21. Les législations sur l'insolvabilité traitent diversement la question de la demande d'ouverture d'une procédure émanant de créanciers. Certaines exigent que cette demande soit présentée par plusieurs créanciers (et parfois que ce soit des créanciers chirographaires détenant des créances non contestées); d'autres exigent que les créanciers détiennent des créances échues et représentent un certain montant de créances (ou qu'il y ait à la fois un nombre spécifié de créanciers et un montant déterminé de créances); d'autres enfin prévoient (dans le cas d'une demande présentée par un créancier unique) que le débiteur doit fournir au tribunal des informations permettant à celui-ci d'établir si le défaut de paiement résulte d'un litige avec le créancier ou est la preuve d'une pénurie de liquidités.

22. Si l'on exige que la demande soit présentée par plusieurs créanciers, c'est souvent par volonté de réduire au minimum le risque d'abus de la part d'un créancier unique qui chercherait à utiliser la procédure d'insolvabilité en guise de mécanisme de recouvrement de créances, en particulier lorsque les montants en jeu sont peu élevés. Mais il faudra peut-être concilier cet objectif avec la nécessité d'assurer un accès rapide et commode à la procédure. En outre, on peut régler les problèmes d'abus en tenant compte du montant de la créance du créancier unique (bien que le fait de spécifier un montant particulier de créances ne soit peut-être pas toujours une technique de rédaction optimale, en raison des variations de la valeur des monnaies qui peuvent rendre nécessaire une modification de la loi) ou en adoptant une procédure similaire à celle qui est décrite ci-dessus, à savoir exiger que le débiteur fournisse des informations au tribunal. On peut également résoudre le problème en prévoyant certaines conséquences, comme le versement de dommages-intérêts pour le préjudice causé au débiteur, lorsque que la demande du créancier constitue un abus de procédure.

23. Lorsque les créances doivent être venues à échéance pour qu'une demande puisse être présentée, il peut être souhaitable d'assouplir légèrement cette exigence afin de tenir compte de circonstances exceptionnelles dans lesquelles une procédure d'insolvabilité devrait être ouverte même si les créances ne sont pas échues, à savoir, par exemple, lorsqu'il est manifeste que le débiteur accorde un traitement préférentiel a certains créanciers ou lorsqu'il agit de manière frauduleuse en ce qui concerne sa situation financière et, dans le cas d'un redressement, lorsque que la procédure est ouverte pour appliquer un accord préalablement négocié.

iii) Demande présentée par les pouvoirs publics

24. Une loi sur l'insolvabilité peut donner à un organisme public (normalement le ministère public ou l'équivalent) ou à un autre organe de contrôle le pouvoir non exclusif d'engager une procédure de liquidation contre toute entité qui cesse ses paiements ou, d'une façon plus générale dans certains pays, s'il est considéré que cette procédure est dans l'intérêt général. Dans ce dernier cas, la preuve de la pénurie de liquidités peut ne pas être nécessaire, ce qui permet à l'État de mettre fin à l'activité d'entreprises, par ailleurs saines, qui se sont livrées à certaines opérations, par exemple de nature frauduleuse ou criminelle. Si l'exercice d'un tel pouvoir de police peut se justifier dans certaines circonstances, il est manifestement souhaitable d'éviter tout abus (comme le fait qu'il y soit recouru trop systématiquement) et de veiller à ce qu'il soit exercé conformément à des directives claires. En règle générale, les pouvoirs publics seraient seulement habilités à engager une procédure de liquidation, bien que, dans des cas particuliers, ils puissent convertir la procédure de liquidation en procédure de redressement, sous certaines conditions, par exemple que l'activité commerciale soit licite et que la gestion de l'entité soit reprise par un représentant de l'insolvabilité ou un organisme public.

[*A/CN.9/504, par. 35: En conséquence, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait inclure certains critères permettant de déterminer les situations justifiant qu'il soit usé de ce pouvoir et donnant les indications sur la manière dont celui-ci devrait être exercé, afin de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente.*]

b) *Redressement*

i) Demande présentée par le débiteur

25. L'un des objectifs de la procédure de redressement est de créer un cadre qui encourage les débiteurs à s'attaquer à leurs difficultés financières à un stade précoce. Dans

cette logique, il faudrait peut-être établir un critère d'ouverture qui n'oblige pas les débiteurs à attendre d'être en cessation générale des paiements (en d'autres termes de ne plus avoir de liquidités) pour présenter une demande, mais qui les autorise à engager une procédure lorsque leur situation financière est telle qu'ils deviendront insolvables si rien n'est fait pour y remédier. Les législations sur l'insolvabilité traitent diversement les demandes présentées par les débiteurs. Certaines ne subordonnent pas l'ouverture de la procédure de redressement à un critère de fond: le débiteur peut présenter une demande quand il le souhaite. D'autres, y compris celles qui ont une approche unitaire (voir sect. I.C, par. 57), précisent que le débiteur peut former une demande s'il estime qu'il ne sera pas en mesure, dans l'avenir, de payer ses dettes à l'échéance.

26. On peut objecter qu'un tel assouplissement des critères d'ouverture risque d'inciter les débiteurs à abuser de la procédure. Par exemple, un débiteur qui n'est pas en difficulté financière pourrait engager une procédure et présenter un plan de redressement dans le but de s'affranchir d'obligations onéreuses, telles que celles découlant de contrats de travail, ou de temporiser et de priver les créanciers du paiement rapide de l'intégralité de leurs créances. Le risque de tels abus dépend de la manière dont sont conçus les éléments de la procédure de redressement, comme les critères d'ouverture, les modalités d'élaboration du plan de redressement et le contrôle que le débiteur exerce sur son entreprise une fois la procédure ouverte. Un moyen de se prémunir contre le risque d'abus de la part du débiteur pourrait être de prévoir dans la loi des dispositions autorisant le tribunal compétent à rejeter la demande ou rendant le débiteur responsable envers les créanciers des frais liés à la contestation de la demande et l'obligeant à réparer tout préjudice causé par cette dernière.

ii) Demande présentée par les créanciers

27. Si, dans l'ensemble, les lois sur l'insolvabilité prévoient qu'une procédure de liquidation peut être engagée par un créancier ou par un débiteur, il n'y a pas de consensus en ce qui concerne la possibilité pour un créancier de demander l'ouverture d'une procédure de redressement. Une telle procédure ayant notamment pour objectif de donner aux créanciers la possibilité de présenter la valeur de leurs créances grâce à la poursuite des activités de l'entité et au redressement de cette dernière, il peut être souhaitable de ne pas donner au seul débiteur le pouvoir de l'engager. La possibilité pour les créanciers de prendre l'initiative est également étroitement liée à la question de savoir s'ils peuvent proposer un plan de redressement (voir ci-dessous sect. VI, Plan de redressement). Un certain nombre de pays considèrent que les créanciers, étant souvent les premiers bénéficiaires d'un redressement mené avec succès, devraient avoir la possibilité de proposer un tel plan. Si l'on suit cette approche, il semble raisonnable de prévoir que les créanciers puissent présenter eux aussi une demande de procédure de redressement.

28. Si l'on admet que les créanciers peuvent demander le redressement de l'entreprise débitrice, les avis diffèrent néanmoins quant aux critères d'ouverture. Selon un avis, il est difficile de justifier l'application du même critère aux demandes formées par les créanciers et à celles émanant des débiteurs. En effet, non seulement il est difficile pour les créanciers de prouver que l'entreprise satisfait au critère de pénurie prévisible de liquidités, mais il semblerait également déraisonnable, d'une manière générale, d'ouvrir une quelconque forme de procédure d'insolvabilité contre la volonté du débiteur, à moins que les créanciers ne puissent démontrer que leurs droits ont déjà été lésés. Les critères d'ouverture pourraient exiger que les créanciers démontrent, par exemple, que des liquidités seraient disponibles pour financer la gestion de l'entreprise au jour le jour, que la valeur des actifs est suffisante pour que le redressement puisse être mené à bien et que le taux de recouvrement des créances serait plus élevé que dans le cas d'une liquidation. Un des inconvénients de cette solution est qu'elle oblige les créanciers à procéder, ou à être en mesure de procéder à une évaluation approfondie de l'entreprise avant de présenter leur demande. Afin de remédier aux difficultés que les créanciers peuvent rencontrer pour obtenir les informations nécessaires, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir que, lorsqu'une demande est présentée par les créanciers, la situation financière du débiteur soit évaluée par un organisme indépendant. Une telle disposition aurait peut-être l'avantage de garantir qu'une procédure ne soit ouverte que dans les cas appropriés. Il faudrait toutefois veiller à ce que ces exigences supplémentaires ne retardent pas l'ouverture de la procédure, ce qui compromettrait la maximisation de la valeur des actifs et les chances de succès du redressement.

29. La question de la complexité ou de la simplicité des critères d'ouverture est étroitement liée aux conséquences de l'ouverture et de la conduite de la procédure d'insolvabilité. Dans les systèmes où une suspension s'applique automatiquement à l'ouverture, l'aptitude de l'entreprise à poursuivre son activité et à être redressée avec succès peut être évaluée après l'ouverture. Dans d'autres systèmes, cette information peut être nécessaire avant le dépôt d'une demande, car le choix de la procédure de redressement présuppose qu'elle sera plus profitable aux créanciers que la liquidation.

30. Pour les raisons susmentionnées, il serait peut-être indiqué d'appliquer le même critère à l'engagement d'une procédure de liquidation et d'une procédure de redressement par les créanciers (à savoir la cessation générale des paiements, voir ci-dessus par. 14 à 20). Ce critère semblerait convenir aussi bien dans les cas de dualité des procédures que de procédure unitaire (voir sect. I.C), car l'application d'un critère différent ne dépend pas tant du type de procédure engagée que de l'auteur de la demande (débiteur ou créancier). Il y aurait exception lorsqu'un débiteur ou un créancier ne serait autorisé à engager une procédure de liquidation qu'une fois établie l'impossibilité du redressement. Dans ce cas, le critère d'ouverture de la procédure de liquidation ne serait pas la cessation générale des paiements, mais la constatation qu'un redressement ne peut être mené à bien.

31. Comme dans le cas de la liquidation, on pourrait, parmi les critères applicables aux demandes de redressement formées par les créanciers, exiger que celles-ci soient introduites par un certain nombre de créanciers ou par des créanciers détenant un certain montant de créances exigibles, ou les deux.

c) Questions de procédure

i) La décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité

32. Un certain nombre de questions de procédure se posent, la première ayant trait aux modalités d'ouverture de la procédure d'insolvabilité lorsqu'une demande a été présentée. Dans de nombreux pays, c'est normalement à un tribunal compétent qu'il appartient de déterminer, au vu de la demande, si les conditions requises ont été remplies. Parfois, cette décision est également prise par l'organe administratif approprié, lorsque celui-ci joue un rôle central de supervision dans la procédure d'insolvabilité. La question fondamentale, cependant, n'est pas tant de savoir qui prend la décision d'ouverture de la procédure que ce qu'il faut faire pour parvenir à la décision. Des conditions d'admissibilité conçues pour faciliter un accès précoce et facile à la procédure d'insolvabilité, non seulement faciliteront l'examen par le tribunal de la demande en simplifiant les choses et en l'aidant à prendre une décision en temps voulu, mais seront également de nature à réduire le coût de la procédure et accroître la transparence et la prévisibilité (voir première partie, principaux objectifs). La question du coût peut revêtir une importance particulière dans le cas de l'insolvabilité de petites et moyennes entités commerciales.

33. Certaines lois sur l'insolvabilité font une distinction entre demandes volontaires et involontaires. Une demande volontaire émanant d'un débiteur peut faire office de reconnaissance de l'insolvabilité et conduire à l'ouverture automatique de la procédure, à moins qu'il puisse être démontré que le débiteur abuse de la procédure pour échapper à ses créanciers. Dans le cas d'une demande involontaire, le tribunal est tenu d'examiner si les critères d'ouverture ont été respectés avant de prendre une décision. Dans d'autres lois, le tribunal est tenu, que la demande soit volontaire ou involontaire, non seulement d'établir si les conditions d'admissibilité ont été remplies mais aussi d'évaluer la situation financière du débiteur pour déterminer si la procédure demandée est appropriée en l'espèce. Un moyen de réduire la complexité potentielle de cette évaluation est d'indiquer, en premier lieu, que l'évaluation doit être faite après l'ouverture, quand le tribunal peut bénéficier de l'assistance du représentant de l'insolvabilité et d'autres experts et, en second lieu, de prévoir la possibilité d'une conversion entre liquidation et redressement. Si l'évaluation à effectuer est complexe et que le délai entre la demande et l'ouverture risque d'être long, il y a également un risque que d'autres dettes soient contractées pendant cette période du fait que le débiteur poursuit son activité et peut laisser les dettes commerciales s'accumuler pour préserver sa trésorerie.

ii) Fixation d'un délai pour la décision d'ouverture

34. Lorsqu'un tribunal est tenu de prendre une décision concernant l'ouverture, il est souhaitable qu'il le fasse rapidement pour assurer à la fois la certitude et la prévisibilité du processus de décision et la conduite efficace de la procédure sans retard. Un moyen d'atteindre ces objectifs clefs peut être d'indiquer un délai, une fois qu'une demande a été présentée, pendant lequel doit être prise la décision d'ouverture. Bien que cette approche puisse contribuer à la certitude et à la transparence pour le débiteur et pour les créanciers, elle ne comporte pas que des avantages. Il se peut qu'un délai imposé ne soit pas suffisamment souple pour tenir compte des circonstances d'un cas particulier, qu'il soit fixé arbitrairement, sans tenir compte des ressources dont dispose l'organe chargé de la supervision de la procédure d'insolvabilité ou des priorités locales, et qu'il soit difficile de le faire respecter par l'organe de décision. Pour ces raisons, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité adopte une approche souple insistant sur les avantages d'une décision rapide et donnant des indications sur ce qui est raisonnable, tout en reconnaissant les contraintes et les priorités locales.

[*Note au Groupe de travail: Y a-t-il une distinction entre demandes volontaires et involontaires pour ce qui est des délais d'examen par le tribunal?*]

iii) Notification d'ouverture

35. La notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est fondamentale pour plusieurs des principaux objectifs d'un régime d'insolvabilité: elle assure la transparence de la procédure et l'égalité d'information des créanciers en cas de procédure volontaire. Il peut toutefois y avoir des circonstances exceptionnelles dans lesquelles il peut être prévu, avec l'accord du tribunal, de ne pas aviser le débiteur parce que cela est impossible ou que la notification risque d'aller à l'encontre de l'objet d'une demande particulière.

36. Dans le cas d'une demande volontaire émanant d'un débiteur, les créanciers ou d'autres personnes concernées ont un intérêt direct à recevoir notification de la procédure ainsi que la possibilité de contester les présomptions d'admissibilité et d'insolvabilité (éventuellement dans un délai déterminé pour éviter que la procédure ne se prolonge inutilement). La question se pose toutefois de savoir à quel moment les créanciers devraient être avisés — lorsque la demande est déposée ou à l'ouverture. Dans certaines circonstances, il peut être nécessaire de considérer, à côté de l'intérêt pour les créanciers de savoir que la demande a été faite, le risque d'affecter inutilement la position du débiteur en cas de rejet de la demande ou la tentation pour les créanciers de prendre des mesures de dernière minute pour faire exécuter leurs créances. Une solution pourrait être d'aviser les créanciers à l'ouverture de la procédure.

37. Dans le cas d'une demande volontaire émanant d'un créancier, en revanche, le débiteur devrait avoir le droit d'être avisé immédiatement et avoir la possibilité d'être entendu et de contester les allégations des créanciers quant à sa position financière (voir ci-dessous sect. IV.A, Droits et obligations du débiteur).

38. Outre la question du moment auquel la notification devrait être faite, il peut être nécessaire qu'une loi sur l'insolvabilité traite des modalités de cette notification et des informations à y faire figurer pour qu'elle soit efficace. Les modalités pourraient porter sur la partie tenue de faire la notification (par exemple le tribunal ou la partie qui présente la demande) et sur la manière dont les informations peuvent être communiquées. S'il est possible d'aviser directement les créanciers connus, par exemple, la néces-

sité d'informer les créanciers non connus a conduit le législateur à inclure une disposition exigeant que la demande soit portée à leur connaissance dans une publication officielle de l'État ou dans un journal national à caractère commercial ou à grand tirage (voir Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, art. 14). Les informations à faire figurer dans la notification peuvent comprendre le moment où les créanciers peuvent déclarer leurs créances, comment et où ils peuvent le faire, quels créanciers peuvent déclarer leurs créances (la question étant de savoir si les créanciers garantis ont besoin de faire une telle déclaration, voir ci-dessous, par. 234 à 239, Créances de créanciers).

iv) Coûts

[*Note au Groupe de travail: Les questions de coûts devraient-elles être abordées dans le Guide?*]

39. Les demandes de procédures émanant tant des débiteurs que des créanciers peuvent donner lieu au paiement de droits. Différentes approches peuvent être adoptées pour ce qui est du niveau des droits imposé. Par exemple, ceux-ci peuvent contribuer à couvrir les dépenses de fonctionnement du système d'insolvabilité. Toutefois, lorsque leur montant est trop élevé, il peut avoir un rôle dissuasif et aller à l'encontre de l'objectif d'un accès commode, peu coûteux et rapide à la procédure d'insolvabilité. En revanche, s'il est très faible, il risque d'être insuffisant pour dissuader les demandes abusives. Il est donc souhaitable de trouver un équilibre entre ces objectifs.

2. Critères de demande d'ouverture et d'ouverture d'une procédure: résumé et recommandations

1. L'objet des dispositions d'une loi sur l'insolvabilité relatives à la demande et aux critères d'ouverture d'une procédure sont:

a) De faciliter l'accès des débiteurs insolvables, des créanciers et des organismes publics à la loi sur l'insolvabilité;

b) De permettre aux demandes de procédure d'insolvabilité d'être déposées et traitées de manière rapide, efficace et peu coûteuse;

c) De faciliter l'accès aux procédures d'insolvabilité qui sont les mieux adaptées à la situation financière du débiteur;

d) D'établir des garanties de base pour protéger aussi bien les débiteurs et les créanciers contre un éventuel recours abusif à la loi sur l'insolvabilité.

2. Une demande de procédure de liquidation peut être présentée par:

a) Un débiteur, auquel cas celui-ci devrait démontrer qu'il est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou que son passif dépasse la valeur de son actif];

b) Un ou plusieurs créanciers qui détiennent des créances [venues à échéance et non payées par le débiteur] [actuellement dues et exigibles]; ou par un ou plusieurs créanciers ne détenant pas de créances venues à échéance mais pouvant démontrer que le débiteur [est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou que son passif dépasse la valeur de son actif]];

[*c*) Un organisme public ou non public sur la base de [...]].

3. Une demande de procédure de redressement peut être présentée par:

a) Un débiteur, auquel cas celui-ci devrait démontrer qu'il est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou que son passif dépasse la valeur de son actif];

b) Un ou plusieurs créanciers détenant des créances [échues et non payées par le débiteur] [actuellement dues et exigibles] [et les créanciers pouvant démontrer que l'entreprise peut poursuivre son activité et être redressée avec succès] ou par un ou plusieurs créanciers ne détenant pas de créances échues mais pouvant démontrer que le débiteur [est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou que son passif dépasse la valeur de son actif]];

[*c*) Un organisme public ou non public prescrit sur la base de [...]].

4. Une demande d'ouverture d'une procédure devrait être présentée au tribunal. Une demande volontaire devrait établir une présomption sérieuse d'insolvabilité et déclencher automatiquement l'ouverture de la procédure. Dans le cas d'une demande volontaire, le tribunal devrait prendre une décision aussi rapidement que possible et en tout état de cause dans un délai de [...] jours à compter de la date de la demande. Il peut rejeter une procédure [ou la convertir] s'il est établi qu'elle est abusive.

5. Une demande émanant d'un ou de plusieurs créanciers ou d'un organisme public tels qu'indiqués aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus devrait être notifiée au débiteur et aux autres créanciers au moment où elle est présentée. La notification au débiteur devrait comprendre: [...]. [*Notification aux créanciers: voir par. 8.*]

6. Dans le cas d'une demande émanant d'un débiteur, une notification de l'ouverture de la procédure devrait être adressée aux créanciers.

7. Une notification de l'ouverture de la procédure devrait être adressée aux créanciers individuellement, sauf si le tribunal considère que, dans les circonstances, une autre forme de notification serait plus appropriée. [Une notification devrait également être adressée aux créanciers connus qui n'ont pas d'adresse dans le présent État. Aucune commission rogatoire ou autre formalité similaire n'est requise.] [*Note au Groupe de travail: Faut-il répéter ici les dispositions de la Loi type?*]

8. La notification aux créanciers devrait:

a) Indiquer tout délai applicable pour la déclaration de leurs créances et spécifier le lieu où elle peut être faite;

b) Indiquer si les créanciers garantis doivent déclarer leurs créances dans la mesure où celles-ci sont ou ne sont pas couvertes par la valeur de la sûreté;

c) Contenir toutes autres informations devant figurer dans une telle notification aux créanciers conformément à [*la loi de l'État et les ordonnances du tribunal*].

III. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

A. Masse de l'insolvabilité

1. Remarques générales

40. Une étape fondamentale, dans la procédure d'insolvabilité, est l'identification, le recouvrement, la protection et la disposition des actifs appartenant au débiteur. De nombreux systèmes d'insolvabilité placent les actifs du débiteur insolvable sous un régime spécial. Le présent Guide emploie le thème "masse" dans son sens fonctionnel pour désigner les actifs du débiteur qui sont contrôlés par le représentant de l'insolvabilité et soumis à la procédure d'insolvabilité. Il y a des différences importantes dans l'interprétation de la notion de "masse de l'insolvabilité" selon les pays. Dans certains d'entre eux, la loi sur l'insolvabilité dispose que la propriété des actifs est transférée au responsable désigné. Dans d'autres, le débiteur reste propriétaire légal des actifs, mais ses pouvoirs de les administrer et d'en disposer sont limités (par exemple la disposition, y compris par constitution de sûretés, peut exiger le consentement du représentant de l'insolvabilité).

41. Quelle que soit la tradition juridique applicable, une loi sur l'insolvabilité devra définir clairement les actifs qui sont soumis à la procédure d'insolvabilité (et, par conséquent, inclus dans la notion de "masse" lorsque ce terme est employé) et comment ils seront affectés par cette procédure, car il y aura des conséquences pour sa portée et sa conduite et, en particulier dans le cas d'un redressement, pour ses chances de succès. Un énoncé clair assurera la transparence et la certitude pour les créanciers et pour le débiteur.

a) *Actifs à inclure dans la masse*

42. La masse devrait en principe inclure les actifs du débiteur à la date où s'ouvre la procédure d'insolvabilité ainsi que les actifs acquis par le représentant de l'insolvabilité et par le débiteur après cette date, que ce soit dans l'exercice de pouvoirs d'annulation (voir section III.D, Actions en annulation) ou dans le cours normal de la gestion des activités du débiteur.

43. La masse devrait comprendre en principe tous les actifs sur lesquels le débiteur a un droit, qu'ils soient ou non en sa possession à la date de l'ouverture de la procédure, à savoir tous les actifs corporels et incorporels. Les actifs corporels devraient être facilement retrouvés dans le bilan du débiteur, sous forme d'encaisse, d'équipement, de stocks, de travaux en cours, de comptes bancaires, d'effets à recevoir et d'immeubles. Les actifs devant entrer dans la catégorie des actifs incorporels peuvent être définis différemment dans différents États, en fonction de la législation, mais peuvent inclure des droits de propriété intellectuelle, des droits contractuels, des titres et instruments financiers, et [...] [sur lesquels le débiteur a un droit]. Dans le cas des personnes physiques, la masse peut également comprendre des actifs tels que les droits sur une succession auxquels le débiteur peut prétendre ou auxquels il a droit à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou encore qui naissent pendant cette procédure.

44. Questions à aborder:

[*A/CN.9/504, paragraphe 46: [...] On a également estimé qu'il était nécessaire de mentionner les arrangements contractuels particuliers, tels que les transferts réalisés à titre de garantie, les arrangements fiduciaires et la consignation de marchandises.*]

b) *Actifs pouvant être exclus de la masse*

i) Lorsque l'insolvable est une personne physique

45. Dans le cas de l'insolvabilité d'une personne physique, certains actifs peuvent être exclus de la masse, par exemple ceux qui se rapportent à des revenus acquis après le dépôt de la demande en échange de la fourniture de services personnels, les actifs nécessaires à la subsistance du débiteur et les actifs personnels et domestiques. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit des exclusions pour les actifs d'une personne physique, ces exclusions devraient être clairement identifiées et leur nombre limité au minimum nécessaire pour préserver les droits personnels du débiteur et lui permettre de mener une vie productive.

ii) Actifs grevés d'une sûreté

46. Les actifs grevés d'une sûreté sont traités différemment selon les lois sur l'insolvabilité. Nombre d'entre elles prévoient qu'ils sont inclus dans la masse de l'insolvabilité, l'ouverture de la procédure entraînant différents effets. Certaines imposent des restrictions à l'exécution des sûretés détenues par les créanciers ou des tiers (par exemple en les soumettant à l'application d'une suspension ou à d'autres effets découlant de l'ouverture de la procédure), alors que dans d'autres l'insolvabilité est sans incidence sur la sûreté et les créanciers peuvent faire exécuter leurs droits légaux et contractuels (voir ci-dessous sect. III.B, Protection de la masse de l'insolvabilité). Certaines lois exigeant que tous les actifs soient soumis à la procédure dans un premier temps autorisent leur distraction si l'existence d'un préjudice est prouvée. Lorsque les actifs grevés d'une sûreté doivent être inclus dans la masse, la loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement que cette inclusion ne portera pas atteinte aux droits des créanciers garantis.

47. L'exclusion des actifs grevés d'une sûreté peut avoir l'avantage d'accroître l'offre de crédit car les créanciers garantis auraient l'assurance que leurs intérêts ne seraient pas lésés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Toutefois, il faut peut-être mettre, en face de cet avantage, ceux qui peuvent découler de la soumission de tous les actifs du débiteur à la procédure dès son ouverture, en par-

ticulier dans le cas d'un redressement mais également lorsque l'entreprise doit être cédée en tant qu'entreprise viable dans le cadre d'une liquidation. Cette approche, non seulement peut aider à assurer l'égalité de traitement des créanciers mais aussi s'avérer indispensable à la procédure de redressement lorsque l'actif grevé est un élément central de l'entreprise; par exemple, lorsque des équipements de production sont essentiels pour les activités de l'entreprise débitrice, cette dernière ne peut être redressée que s'ils peuvent être conservés pour la procédure. La question de savoir si tel ou tel actif est essentiel à l'entreprise, quand elle se pose, pourrait être tranchée par le représentant de l'insolvabilité ou éventuellement par le comité des créanciers.

iii) Actifs appartenant à des tiers

48. Des difficultés peuvent se poser lorsqu'il s'agit de déterminer si un actif appartient à l'entreprise débitrice ou à un tiers et si les actifs d'un tiers qui sont en la possession du débiteur, dans le cadre d'accords d'utilisation, de location ou de licence au moment de l'ouverture de la procédure, devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité. Dans certains cas, ces actifs peuvent être indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise, en particulier dans le cadre d'un redressement mais également, dans une moindre mesure, dans certaines procédures de liquidation, et il sera avantageux que la loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme permettant de les soumettre à la procédure d'insolvabilité. Certaines lois traitent cette question en indiquant les catégories d'actifs devant entrer dans la masse de l'insolvabilité. D'autres l'abordent dans le cadre des dispositions relatives au traitement des contrats, lorsque le débiteur est en possession de l'actif en vertu d'un arrangement contractuel, et elles peuvent par exemple limiter le droit de résilier ledit contrat ou encore empêcher le propriétaire de réclamer ses actifs en cas d'insolvabilité (voir ci-dessous sect. III.C, Traitement des contrats).

49. Les actifs utilisés par le débiteur, tout en étant soumis à un contrat de location dans lequel le bailleur conserve la propriété, méritent peut-être une attention particulière. Dans les pays où le financement avec réserve de propriété (le financier est propriétaire de l'actif, à la différence d'une hypothèque ou d'une sûreté) est très important, il peut être nécessaire de respecter le titre de propriété du créancier et d'autoriser que l'actif soit séparé de la masse (sous réserve des règles énoncées concernant le traitement des contrats: le droit de distraction peut être restreint si le représentant de l'insolvabilité ratifie le contrat de location). D'autres lois en revanche prévoient la possibilité pour le tribunal d'ordonner un moratoire qui empêche les tiers de réclamer leurs actifs pendant une période déterminée après l'ouverture de la procédure. Il peut être souhaitable de concilier ces deux approches de manière à maximiser la valeur des actifs et à faire en sorte que la distraction de l'actif considéré n'empêche pas la cession de l'entreprise en tant qu'entreprise viable ou son redressement. Il peut aussi parfois être nécessaire d'examiner de près ces accords de financement pour déterminer si la location ne dissimule pas en réalité un accord de prêt garanti, auquel cas le bailleur serait soumis aux mêmes restrictions que le prêteur garanti.

c) *Récupération des actifs*

50. L'identification des actifs qui seront soumis à la procédure exige parfois que le représentant de l'insolvabilité prenne des dispositions pour récupérer les actifs de la masse qui ont été indûment transférés ou ont été transférés au moment de l'insolvabilité, ce qui a entraîné une violation du principe *pari passu* (selon lequel les créanciers de la même catégorie sont traités sur un pied d'égalité et sont payés proportionnellement sur les actifs de la masse). La plupart des systèmes juridiques prévoient un moyen d'annuler des opérations antérieures et de recouvrer la valeur des actifs correspondants lorsque ces opérations se traduisent par un traitement préférentiel de certains créanciers ou ont un caractère frauduleux, ou encore ont été accomplies en vue de léser les droits des créanciers (voir ci-dessous sect. III.D, Actions en annulation). La faculté de récupérer des actifs ou leur valeur peut également s'appliquer aux transferts réalisés par le débiteur après l'ouverture de la procédure, lorsque ces transferts n'ont pas été autorisés par le représentant de l'insolvabilité.

d) *Disposition des actifs*

51. Lorsque les actifs ont une valeur négative ou insignifiante, ou lorsqu'ils ne sont pas essentiels au redressement, il peut être conforme à l'objectif de maximisation d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à les abandonner, à condition que cet abandon ne porte pas atteinte à certains intérêts généraux supérieurs. L'abandon d'actifs permettra de réduire les frais de procédure imputés à la masse.

52. Questions à examiner:

[*Modalités de vente des actifs et faculté de vendre des actifs libérés de toute sûreté réelle, charge ou autre forme de sûreté*].

2. Masse de l'insolvabilité: résumé et recommandations

1. Les dispositions relatives à la masse de l'insolvabilité ont pour objet d'identifier les actifs qui seront soumis au contrôle du représentant de l'insolvabilité et feront l'objet de la procédure d'insolvabilité.

2. Au moment de l'ouverture de la procédure, la masse de l'insolvabilité devrait comprendre:

a) Les actifs sur lesquels le débiteur a un droit réel à la date de l'ouverture de la procédure, à savoir les actifs corporels et incorporels, que ceux-ci soient en possession du débiteur ou grevés d'une sûreté en faveur d'un créancier;

b) Les actifs acquis après l'ouverture de la procédure, qu'ils l'aient été dans l'exercice de pouvoir d'annulation ou dans le cours normal des affaires.

3. Lorsque le débiteur est une personne physique, la loi sur l'insolvabilité peut spécifier quels actifs nécessaires pour préserver ses droits personnels devraient être exclus de la masse de l'insolvabilité.

4. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir un mécanisme permettant de conserver dans la masse de l'insolvabilité des actifs appartenant à un tiers qui sont en la possession du débiteur à la date d'ouverture de la procédure ainsi que les actifs grevés d'une sûreté lorsque ceux-ci sont essentiels à la procédure. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir également la protection du propriétaire des actifs dans les cas où l'existence d'un préjudice est prouvée. [Les actifs appartenant à un tiers qui sont en la possession du débiteur dans le cadre d'un arrangement contractuel peuvent être inclus sous réserve d'autres dispositions de la loi, telles que celles régissant la continuation et la résiliation des contrats et l'application de la suspension.]

B. Protection de la masse de l'insolvabilité

1. Remarques générales

53. L'un des objectifs essentiels d'un régime d'insolvabilité efficace est la mise en place d'un mécanisme de protection garantissant que les actions des diverses parties intéressées n'amoindriront pas la valeur des actifs de la masse. Celle-ci doit surtout être protégée contre le débiteur et ses créanciers. La manière dont la masse peut être protégée contre les actions du débiteur est examinée ci-dessous à la section IV.A, Droits et obligations du débiteur.

a) *Protection de la masse contre les créanciers et les tiers*

54. En ce qui concerne les créanciers, l'un des principes fondamentaux de la loi sur l'insolvabilité est la reconnaissance du caractère collectif de la procédure, qui exige de préserver les intérêts de tous les créanciers contre l'action individuelle de l'un d'entre eux. De nombreux régimes d'insolvabilité prévoient l'imposition d'un mécanisme qui empêche les créanciers de faire exécuter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant une partie ou toute la durée de la procédure de liquidation ou de redressement, reconnaissant ainsi le caractère collectif de la procédure et préservant les intérêts collectifs des créanciers. Selon son champ d'application, un tel mécanisme est un moratoire ou une suspension. Le présent Guide emploie le terme "suspension" dans une acception large, désignant à la fois une suspension des poursuites et un moratoire visant à retarder l'engagement des poursuites.

55. En règle générale, l'application d'une suspension dans le cadre de la liquidation peut assurer une administration équitable et ordonnée de la procédure, le représentant de l'insolvabilité ayant ainsi un délai suffisant pour éviter une vente forcée qui ne permet pas de maximiser la valeur des actifs à liquider ainsi que la possibilité de voir si l'entreprise peut être cédée en tant qu'entreprise viable. Dans le cadre d'une procédure de redressement, une suspension des poursuites laisse au débiteur un répit pour organiser ses affaires et du temps pour préparer un plan de redressement et prendre les autres mesures nécessaires pour en assurer le succès, par exemple se défaire des activités non rentables ou des contrats onéreux. De ce fait, elle a un impact plus grand et, par conséquent, plus important que dans la liquidation et peut inciter fortement les débiteurs à demander l'ouverture d'une procédure de redressement. D'un autre côté, l'ouverture de la procédure et l'application d'une suspension avertit tous ceux qui traitent avec le débiteur que l'avenir de l'entreprise est incertain, ce qui peut entraîner une crise de confiance et susciter des incertitudes quant aux conséquences que l'insolvabilité aura pour eux, en tant que fournisseurs, clients et salariés de l'entreprise.

56. L'un des principaux problèmes dans la conception d'une loi efficace sur l'insolvabilité est de savoir comment concilier les avantages immédiats que l'entité tire de l'application rapide d'une suspension globale visant à limiter les actions des créanciers et les avantages à plus long terme qu'entraîne le fait de limiter l'incidence d'une telle suspension sur les relations contractuelles avec les créanciers.

57. L'étendue des droits qui sont touchés par la suspension varie considérablement selon les pays. La nécessité de suspendre les actions engagées par des créanciers chirographaires contre le débiteur ou ses actifs n'est guère contestée. L'application de la suspension aux créanciers garantis, en revanche, peut être plus délicate et exige de concilier des intérêts concurrents, notamment: honorer les engagements commerciaux et les contrats; respecter l'ordre de priorité des créanciers garantis en ce qui concerne leurs droits sur la sûreté; préserver la valeur des sûretés; veiller à ce que les créanciers soient payés sur les actifs de la masse au prorata de leurs créances; maximiser la valeur des actifs pour tous les créanciers; et, le cas échéant, redresser avec succès une entreprise viable.

b) *Mesures provisoires*

58. Entre la date de dépôt d'une demande d'ouverture par le débiteur ou le créancier et la date à laquelle la procédure d'insolvabilité est effectivement ouverte, les actifs du débiteur risquent d'être dispersés. Lorsqu'il forme la demande d'ouverture, le débiteur peut être tenté de transférer des actifs hors de l'entreprise et les créanciers, en prenant connaissance de la demande, peuvent intenter une action contre le débiteur pour devancer l'effet d'une suspension pouvant être imposée dès l'ouverture de la procédure.

59. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent le tribunal à ordonner des mesures visant à protéger la masse entre la date de dépôt de la demande et celle de l'ouverture de la procédure, soit à la demande des créanciers soit d'office. Ces mesures provisoires peuvent consister à nommer un représentant provisoire de l'insolvabilité; interdire au débiteur de disposer des actifs; mettre sous séquestre la totalité ou une partie des actifs du débiteur; suspendre l'exécution des sûretés contre le débiteur; suspendre toute action visant à distraire les actifs d'un débiteur, qu'elle soit engagée par un créancier garanti ou par le bénéficiaire d'une réserve de propriété; ou encore empêcher les créanciers d'engager des poursuites individuelles pour faire exécuter leurs créances. Du fait que ces mesures sont provisoires par nature et qu'elles sont prises avant que l'on ait déterminé si les critères d'ouverture sont satisfaits, les créanciers requérants peuvent être tenus par le tribunal de prouver qu'elles sont nécessaires et, dans certains cas, de fournir un cautionnement pour les frais ou préjudices pouvant en découler.

c) *Application d'une suspension: questions de procédure*

i) Champ d'application de la suspension

60. Certains pays adoptent le principe selon lequel la suspension, pour être efficace, doit être très large, s'appliquer à tous les recours et à toutes les procédures contre le débiteur et ses actifs, qu'ils soient administratifs, judiciaires ou extrajudiciaires, et empêcher les créanciers chirographaires comme les créanciers garantis d'exercer des droits d'exécution et les pouvoirs publics d'exercer des droits de priorité. [*Question à traiter plus en détail: mesure dans laquelle les organismes publics échappent à la décision du tribunal ou distinction faite entre l'action des pouvoirs publics visant à faire appliquer des pouvoirs de police ou des pouvoirs réglementaires et celle visant à faire respecter des intérêts pécuniaires*]. Les types d'actions susceptibles d'être suspendues pourraient être les suivants: ouverture ou poursuite d'actions ou de procédures contre le débiteur ou en rapport avec ses actifs; ouverture ou poursuite de procédures d'exécution concernant les actifs du débiteur, y compris l'exécution d'une décision de justice ou d'une sûreté; récupération par tout propriétaire ou bailleur de biens utilisés par le débiteur, occupés par celui-ci ou en sa possession; paiement ou constitution d'une sûreté pour une dette contractée avant la date de l'ouverture de la procédure; droit de transférer, de grever ou de disposer de toute autre manière d'actifs du débiteur; et cessation, suspension ou interruption de la fourniture de services essentiels au débiteur (par exemple eau, gaz, électricité et téléphone). L'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale prévoit, par exemple, que l'ouverture des actions ou des procédures individuelles visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue et que les mesures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues.

61. Dans le cas de la liquidation, où la suspension s'applique souvent aux procédures judiciaires engagées contre le débiteur, certaines lois prévoient que ces procédures peuvent être poursuivies si nécessaire. Le paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale prévoit, par exemple, que l'application de la suspension à l'ouverture ou à la poursuite d'actions ou de procédures individuelles contre le débiteur n'affecte pas le droit d'engager des actions ou des procédures individuelles dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur. D'autres lois, en revanche, n'appliquent pas la suspension aux procédures judiciaires en cas de redressement. Dans certains pays, la suspension ne touche pas les actions intentées par les salariés contre le débiteur mais s'applique à toute mesure d'exécution découlant de ces actions.

62. La loi sur l'insolvabilité doit indiquer clairement les actions qui sont soumises ou non à la suspension, que celles-ci puissent être engagées par les créanciers (y compris les créanciers privilégiés, tels que les salariés, les titulaires de privilèges par effet de la loi ou les organismes publics) ou des tiers (tels qu'un bailleur ou un propriétaire de biens en possession du débiteur, ou encore utilisés ou occupés par ce dernier).

63. Il peut y avoir lieu aussi d'examiner la nécessité d'autres exemptions, notamment pour les droits à compensation et la compensation globale des contrats financiers (voir ci-dessous sect. III.C, Traitement des contrats), ou encore les exemptions visant à protéger l'intérêt général ou à prévenir les abus, tels que le recours à une procédure d'insolvabilité pour masquer des activités illégales.

ii) Application discrétionnaire ou automatique de la suspension

64. Il faut se demander pour commencer si la suspension s'applique automatiquement ou à la discrétion du tribunal. Des considérations de politique locale et des facteurs tels que l'existence d'informations financières fiables ou la possibilité pour le débiteur et les créanciers d'accéder à un organe judiciaire indépendant ayant l'expérience des procédures d'insolvabilité peuvent faire pencher dans un sens ou dans l'autre. L'application discrétionnaire peut permettre d'adapter la suspension aux besoins de l'espèce (en ce qui concerne le débiteur, ses actifs et ses créanciers) et éviter d'appliquer une suspension inutilement ou de porter inutilement atteinte aux droits des créanciers garantis. Toutefois, afin d'éviter tout retard, de ne pas avoir à saisir le tribunal, de pouvoir maximiser la valeur des actifs et d'assurer que la procédure d'insolvabilité soit non seulement équitable et ordonnée, mais également transparente et prévisible, on peut faire valoir que la suspension devrait s'appliquer automatiquement. La suspension automatique est une caractéristique de nombreux régimes modernes d'insolvabilité.

iii) Date à laquelle s'applique la suspension

65. Une question liée aux modalités d'application est de savoir à quelle date la suspension s'appliquera dans le cas tant de la liquidation que du redressement et si la loi sur l'insolvabilité devrait établir une distinction, à cette fin, entre les demandes émanant d'un débiteur et celles formées par un créancier.

66. Ces questions peuvent être abordées différemment. Une approche peut consister à appliquer la suspension dès le dépôt d'une demande de liquidation ou de redressement, que cette demande soit formée par un débiteur ou un créancier, ce qui évite d'avoir à examiner s'il existe des mesures provisoires ou conservatoires pouvant s'appliquer pendant la période entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. Une fois la procédure ouverte, la suspension continuerait de s'appliquer dans le cas du redressement. Dans le cas de la liquidation, elle pourrait continuer de s'appliquer de manière discrétionnaire, lorsque les actifs doivent être vendus séparément. Si l'entreprise doit être cédée en tant qu'entreprise viable, toutefois, il peut être avantageux pour l'administration de la procédure de continuer à appliquer la suspension après l'ouverture.

67. Une seconde approche peut consister à établir une distinction selon que la demande est formée par le débiteur ou par le créancier. Dans le cas d'une demande émanant d'un créancier la suspension s'appliquerait — qu'il s'agisse d'une procédure de liquidation ou de redressement — après l'ouverture, le tribunal pouvant prendre des mesures provisoires ou conservatoires pour la période entre

le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. Dans le cas d'une demande émanant du débiteur, la suspension pourrait s'appliquer automatiquement dès le dépôt de la demande — qu'il s'agisse d'une procédure de liquidation ou de redressement —, ce qui empêcherait les créanciers d'engager des actions, en particulier des procédures d'exécution, contre le débiteur avant l'ouverture de la procédure.

d) Application de la suspension aux créanciers chirographaires

68. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que, dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, la suspension s'applique aux créanciers chirographaires pendant toute la procédure.

e) Application de la suspension aux créanciers garantis

69. Les créanciers demandent généralement une sûreté afin de protéger leurs intérêts en cas de défaillance du débiteur. Pour que cet objectif soit atteint, on peut faire valoir que, lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, sa réalisation immédiate par le créancier ne devrait pas être retardée ou empêchée. Le créancier garanti, après tout, a négocié l'obtention d'une sûreté correspondant à une certaine valeur en garantie de sa créance. C'est pourquoi l'adoption de toute mesure susceptible de rendre incertaine la faculté de recouvrer des créances ou de réduire la valeur des sûretés, telle que l'application d'une suspension aux créanciers garantis, doit être soigneusement examinée. Une telle mesure risque, en dernière analyse, non seulement de nuire à l'autonomie des parties et à la nécessité d'honorer les engagements commerciaux, mais aussi de compromettre l'offre de crédit à des taux abordables: à mesure que diminue la protection offerte par les sûretés, il peut être nécessaire d'accroître le prix du crédit pour compenser l'augmentation du risque.

70. Certaines lois sur l'insolvabilité reconnaissent néanmoins que, dans certains cas, le fait d'autoriser les créanciers garantis à séparer librement leur sûreté des autres actifs faisant l'objet de la procédure peut aller à l'encontre des principaux objectifs de la procédure. Dans le cadre d'un redressement, lorsque des actifs essentiels au fonctionnement de l'entreprise débitrice sont grevés d'une sûreté, l'exécution des créances, par les créanciers garantis, à l'ouverture de la procédure risque d'empêcher le débiteur de continuer à exploiter son entreprise pendant qu'il élabore un plan de redressement. Il en va de même, quoique dans une moindre mesure, dans le cadre d'une procédure de liquidation. En règle générale, lorsque le représentant de l'insolvabilité a pour tâche de regrouper et de réaliser des actifs et d'en répartir le produit entre les créanciers sous la forme de dividendes, le créancier garanti peut être autorisé à réaliser librement sa sûreté malgré la liquidation. Il y aura toutefois des cas où le représentant de l'insolvabilité sera peut-être à même d'obtenir un meilleur résultat, permettant de maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt collectif des créanciers, si la suspension est appliquée pour restreindre la faculté de séparer la sûreté. Il en est ainsi, en particulier, lorsqu'il est possible de céder l'entreprise en tant qu'entreprise viable, mais cela peut être vrai aussi dans des cas où, les actifs devant être vendus séparément, un certain délai est nécessaire pour organiser la vente la plus rentable possible au profit de tous les créanciers chirographaires.

71. Lorsque la suspension s'étend aux sûretés, la loi sur l'insolvabilité peut comporter des mesures garantissant qu'il ne sera pas porté atteinte à ces droits garantis. Ces mesures peuvent avoir trait à la durée de la suspension, à la préservation de la valeur de la sûreté, au paiement d'intérêts et à la possibilité de lever la suspension lorsque la sûreté n'est pas suffisamment protégée ou qu'elle n'est pas nécessaire à la cession de la totalité de l'entreprise ou d'une partie de ses unités de production.

i) Liquidation

72. Dans le cas d'une procédure de liquidation, différentes approches sont adoptées à l'égard de l'application de la suspension aux créanciers garantis. Certaines lois sur l'insolvabilité les excluent du champ d'application de la suspension, au motif que, lorsque les actifs doivent être liquidés, il faudrait donner la préférence à la protection des droits de ces créanciers. Lorsque cette approche est adoptée, une certaine souplesse peut être nécessaire pour tenir compte des cas où l'entreprise peut être cédée en tant qu'entreprise viable dans le cadre de la liquidation. Certaines des lois sur l'insolvabilité qui n'appliquent pas la suspension aux créanciers garantis s'attachent à encourager le débiteur et les créanciers à mener des négociations avant l'ouverture de la procédure pour s'entendre sur la marche à suivre. Lorsqu'ils y parviennent, l'application d'une suspension aux créanciers garantis n'est peut-être pas nécessaire. D'autres lois prévoient l'application automatique de la suspension aux créanciers garantis dès l'ouverture de la procédure de liquidation, mais seulement pour une courte période, par exemple trente ou soixante jours, sauf lorsque la sûreté est essentielle à la cession de l'entreprise en tant qu'entreprise viable (auquel cas la suspension peut être prorogée). Pendant cette période, le représentant de l'insolvabilité peut accomplir ses tâches et évaluer l'actif et le passif de l'entreprise. Une autre approche consiste à appliquer la suspension aux créanciers garantis pour la durée de la procédure, sauf si un tribunal ordonne la mainlevée lorsqu'il peut être démontré que la valeur de la sûreté diminue.

73. Lorsque la suspension a effet pendant une durée déterminée, la loi peut prévoir sa prorogation à la demande du représentant de l'insolvabilité, s'il peut être démontré que cette prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs (l'entité ou des unités de cette entité ont des chances raisonnables d'être cédées comme entreprise viable) à condition de ne pas causer un préjudice déraisonnable aux créanciers garantis. Afin d'offrir une protection supplémentaire et d'éviter que la suspension ne soit appliquée pour une période indéterminée ou inutilement longue, la loi sur l'insolvabilité peut limiter la période pendant laquelle la suspension peut être prorogée.

ii) Redressement

74. Dans les procédures où il existe une réelle possibilité de redresser l'entreprise, il est souhaitable que la suspension ait une portée très large, voire générale. Dans certains cas, il peut être également opportun d'appliquer

cette suspension aux créanciers munis d'une sûreté pour la durée de la procédure afin d'en assurer le bon déroulement sans que les actifs puissent être dissociés avant la fin du redressement. Toutefois, pour éviter les retards et favoriser une conclusion rapide de la procédure, il peut aussi être avantageux de limiter l'application de la suspension à la durée qui serait raisonnablement nécessaire pour l'approbation d'un plan de redressement; il n'est pas souhaitable de suspendre les poursuites pour une période incertaine ou inutilement longue. Une telle limitation aurait en outre l'avantage d'offrir aux créanciers garantis un certain degré de sécurité et de prévisibilité quant à la durée pendant laquelle l'exercice de leurs droits sera restreint. Lorsque la sûreté considérée n'est pas essentielle au redressement ou que le créancier peut apporter d'autres justifications, le droit de l'insolvabilité peut prévoir la levée de la suspension (voir par. 81 ci-dessous).

f) *Protection des créanciers garantis*

i) Préservation de la valeur économique des créances garanties

75. Bien qu'il faille s'attendre, dans une procédure de redressement, à une légère érosion de la situation des créanciers garantis, il n'est pas souhaitable qu'un seul créancier garanti ou groupe de créanciers garantis assume exclusivement ou principalement le fardeau.

76. Une série de mesures permettant de remédier à l'effet négatif de la suspension des poursuites sur les créanciers garantis dans une procédure de liquidation est celle qui vise à maintenir la valeur économique des créances garanties pendant la durée de la suspension (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Une méthode consiste à préserver la valeur de la sûreté elle-même, étant entendu que, lors de la liquidation, le produit de la vente de la sûreté sera distribué directement au créancier à hauteur de la fraction garantie de sa créance. Cette méthode peut exiger l'adoption d'un certain nombre de mesures.

77. Pendant la période de suspension, il est possible que la valeur de la sûreté détenue par le créancier se déprécie, ce qui risque d'avoir une incidence sur le rang de priorité accordé à celui-ci, au moment de la répartition, ce rang dépendant en effet de la valeur de la sûreté. Certaines législations sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité doit dédommager les créanciers garantis soit en leur offrant une sûreté de remplacement soit en leur versant périodiquement une somme correspondant au montant de la dépréciation. Certains pays qui préservent la valeur de la sûreté suivant les modalités décrites autorisent également le versement d'intérêts pendant la durée de la suspension, mais seulement si la valeur de la sûreté dépasse celle de la créance garantie. Cette solution peut encourager les prêteurs à demander des sûretés adéquates qui dépasseront la valeur de leurs créances. Dans certains cas, le représentant de l'insolvabilité peut juger nécessaire d'utiliser ou de vendre des actifs grevés avant la liquidation afin de maximiser la valeur de la masse. Par exemple, dans la mesure où il estime que la valeur de la masse peut être maximisée si l'entreprise continue d'être temporairement exploitée, il peut souhaiter vendre des stocks qui sont partiellement grevés. Ainsi, dans les cas où la protection des créanciers garantis est assurée par le maintien de la sûreté, il peut être souhaitable que le droit de l'insolvabilité donne au représentant de l'insolvabilité le choix entre la remise au créancier d'une sûreté de remplacement équivalente et le paiement de l'intégralité de la créance garantie.

78. Un autre moyen de protéger les intérêts des créanciers garantis est de préserver la valeur de la fraction garantie de la créance. Dès l'ouverture de la procédure, l'actif grevé fait l'objet d'une évaluation, sur la base de laquelle est déterminée la valeur de la fraction garantie de la créance. Cette valeur reste fixe pendant toute la procédure et, lors de la répartition consécutive à la liquidation, le créancier garanti bénéficie d'une créance de premier rang à hauteur de cette valeur. Durant la procédure, le créancier garanti pourrait également recevoir le taux d'intérêt contractuel sur la fraction garantie en compensation des retards imposés par la procédure. Le versement d'intérêts est limité, dans certaines législations sur l'insolvabilité, aux cas dans lesquels la valeur de la sûreté dépasse le montant de la créance, faute de quoi la compensation pour retard risque de réduire les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires.

79. S'il est bon de préserver les sûretés par divers moyens, les mesures prises à cette fin risquent d'être complexes et coûteuses et d'exiger du tribunal qu'il prenne des décisions commerciales difficiles sur la question de la protection appropriée. Lorsqu'une telle approche est adoptée, il peut être souhaitable que la législation sur l'insolvabilité énonce des principes directeurs permettant de déterminer quand et comment les créanciers détenant certains types de sûretés sur les actifs du débiteur seraient fondés à bénéficier des différentes mesures de protection décrites ci-dessus.

ii) Restitution de la sûreté

80. Dans la liquidation [et le redressement], il peut être nécessaire d'autoriser la restitution des actifs grevés au créancier garanti, lorsque la validité de la sûreté a été établie et que les actifs grevés sont sans valeur pour la masse de l'insolvabilité ou ne peuvent être réalisés dans un délai raisonnable par le représentant de l'insolvabilité.

iii) Levée de la suspension

81. Dans la procédure de liquidation comme dans celle de redressement, il peut être indiqué, dans certains cas, de prévoir des exceptions, c'est-à-dire d'autoriser la levée de la suspension ou l'arrêt de son application, notamment lorsque la valeur de la sûreté détenue par le créancier n'est pas préservée, lorsqu'une telle protection n'est pas possible ou serait trop lourde pour la masse, ou encore lorsque la sûreté n'est pas nécessaire au redressement. Dans de tels cas, la loi sur l'insolvabilité pourrait autoriser le créancier garanti à demander la levée de la suspension ou le représentant de l'insolvabilité à libérer la sûreté sans en demander l'autorisation au tribunal.

82. Si les dispositions relatives à la levée de la suspension visent principalement les intérêts des créanciers garantis, certaines législations sur l'insolvabilité prévoient que la levée peut être accordée à un créancier chirographaire, par exemple pour qu'une décision puisse être rendue dans

un autre for lorsque la procédure judiciaire y est déjà bien avancée et qu'il serait utile de la mener à terme ou encore pour qu'une action contre un assureur du débiteur puisse être poursuivie.

g) *Restrictions à la disposition des actifs par le débiteur*

83. Outre les mesures visant à protéger la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers et des tiers, les lois sur l'insolvabilité prévoient généralement des dispositions destinées à limiter la mesure dans laquelle le débiteur et le représentant de l'insolvabilité peuvent disposer des actifs de la masse. Cette question est traitée dans les sections ci-après consacrées au traitement des contrats, aux droits et obligations du débiteur ainsi qu'aux droits et obligations du représentant de l'insolvabilité.

2. Protection de la masse de l'insolvabilité: résumé et recommandations

1. Les dispositions relatives à la protection de la masse de l'insolvabilité ont pour objet:

a) De prévoir un mécanisme, par exemple la suspension des poursuites, qui empêchera que les actions des diverses parties intéressées ne réduisent la valeur de la masse;

b) De déterminer les types d'actions auxquelles doit s'appliquer la suspension;

c) De déterminer à quelles parties s'appliquera la suspension et dans quelles conditions, notamment comment, à partir de quand et pour quelle durée;

d) [...].

Variante 1: Application discrétionnaire de la suspension

2. Tant dans la procédure de liquidation que dans celle de redressement, le tribunal peut, à la demande d'une partie intéressée, préserver les intérêts des créanciers et d'autres personnes en rendant des ordonnances appropriées indiquant quelles actions engagées contre le débiteur doivent être suspendues. La suspension pourrait être appliquée, à la discrétion du tribunal, à la fois aux créanciers chirographaires et aux créanciers garantis, ou encore de manière discrétionnaire aux créanciers garantis et de manière automatique aux créanciers chirographaires.

3. En cas d'application discrétionnaire de la suspension, il peut être nécessaire de prévoir, dans le droit de l'insolvabilité, des mesures visant à encourager le recours à des négociations avant l'ouverture de la procédure afin d'obtenir le meilleur résultat pour tous les créanciers.

Variante 2: Application automatique de la suspension

Liquidation

2. Une suspension prendrait [automatiquement] effet à l'égard des créanciers garantis et des créanciers chirographaires:

a) Lorsque la demande est présentée par le débiteur, dès [le dépôt de cette demande] [l'ouverture de la procédure];

b) Lorsque la demande est présentée par un ou plusieurs créanciers, dès [le dépôt de cette demande] [l'ouverture de la procédure].

3. Lorsque la suspension s'applique dès l'ouverture de la procédure, le tribunal peut, à la demande d'une partie intéressée, préserver les intérêts des créanciers et d'autres personnes en rendant les ordonnances provisoires appropriées. Le tribunal peut notamment ordonner: [...].

4. Une suspension applicable aux créanciers chirographaires devrait durer pendant toute la procédure de liquidation.

5. Lorsque la suspension prend effet dès le dépôt de la demande, le tribunal peut ordonner, à l'ouverture de la procédure, que cette suspension s'applique aux créanciers garantis pendant une période de [trente à soixante jours]. À l'expiration de cette période, le représentant de l'insolvabilité peut demander que la suspension soit prorogée pour une période de [... jours] à condition de démontrer que cette prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs au profit de tous les créanciers et que les créanciers garantis ne subiront pas un préjudice déraisonnable.

6. Un créancier garanti peut demander au tribunal la levée de la suspension s'il est en mesure de démontrer qu'il a subi un grave préjudice (par exemple la valeur économique de la sûreté n'est pas protégée de manière appropriée). Un représentant de l'insolvabilité peut libérer la sûreté lorsqu'il établit que la protection de la valeur de cette dernière n'est pas possible ou constituera une charge trop lourde pour la procédure d'insolvabilité; que les actifs grevés sont sans valeur pour la masse ou ne peuvent être réalisés dans un délai raisonnable; et que la sûreté n'est pas essentielle à la vente de l'ensemble de l'entreprise.

Redressement

7. Les considérations liées à la date de prise d'effet de la suspension sont les mêmes pour le redressement que pour la liquidation.

8. Lorsque la suspension prend effet dès le dépôt de la demande, elle continuerait de s'appliquer automatiquement après l'ouverture de la procédure et ne serait pas laissée à la discrétion du tribunal, sauf lorsqu'il s'agit de la lever pour certains créanciers.

9. La suspension devrait s'appliquer également aux créanciers garantis et aux créanciers chirographaires, sous réserve de mainlevée et [pendant la durée de la procédure] [pendant la durée qui est raisonnablement nécessaire pour l'approbation du plan de redressement].

10. Un créancier garanti peut demander la levée de la suspension s'il est en mesure de démontrer qu'il a subi

un grave préjudice (par exemple la valeur économique de la sûreté n'est pas protégée de manière appropriée). La suspension peut cesser de s'appliquer lorsque le représentant de l'insolvabilité établit que la protection de la valeur de la sûreté n'est pas possible ou constituera une charge trop lourde; que les actifs grevés sont sans valeur pour la masse ou ne peuvent être réalisés dans un délai raisonnable; ou encore que la sûreté n'est pas nécessaire à la procédure de redressement.

11. Lorsque la suspension s'applique aux créanciers garantis, le droit de l'insolvabilité devrait prévoir des mesures particulières relatives à la protection de leurs sûretés.

C. Traitement des contrats

1. Remarques générales

84. À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le débiteur sera inévitablement partie à au moins un contrat qui n'a pas encore été entièrement exécuté par l'une ou l'autre partie, voire les deux.

85. Aucune règle spéciale n'est nécessaire dans le cas où une partie s'est pleinement acquittée de ses obligations. Si c'est le débiteur qui n'a pas pleinement ou pas du tout exécuté ses obligations, la demande d'exécution ou de dommages-intérêts du cocontractant devra logiquement être présentée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Si c'est le cocontractant qui n'a pas pleinement ou pas du tout exécuté ses obligations, le représentant de l'insolvabilité pourra lui demander l'exécution ou le versement de dommages-intérêts. Lorsque les deux parties n'ont pas pleinement ou pas du tout exécuté leurs obligations, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut intervenir sur les contrats, en décidant soit de les dénoncer et de les résilier, soit de les continuer (et éventuellement de les céder par la suite). Il est souhaitable que le représentant de l'insolvabilité [la masse] soit tenu de payer toute prestation reçue au titre du contrat jusqu'à ce que soit décidée la continuation ou la résiliation de ce dernier.

86. À mesure qu'une économie se développe, une part croissante de sa richesse repose sur des contrats, plus que sur des biens immeubles. C'est pourquoi le traitement des contrats dans la procédure d'insolvabilité revêt une importance capitale. Deux difficultés majeures se posent dans l'élaboration de principes juridiques en la matière. La première tient au fait que les contrats diffèrent de tous les autres actifs du débiteur insolvable en ce qu'ils sont généralement attachés à des engagements ou à des droits, à savoir que le débiteur doit souvent s'acquitter d'une obligation ou effectuer un paiement pour bénéficier de droits qui constituent des actifs potentiellement précieux. De ce fait, des décisions délicates doivent être prises concernant le traitement qui sera le plus rentable pour la masse. En règle générale, c'est au représentant de l'insolvabilité qu'incombent ces décisions. Dans certaines législations, l'approbation d'un tribunal est également requise.

87. Afin de maximiser la valeur des actifs de la masse, de réduire les engagements et, dans le cas d'un redressement, de permettre à l'entité de survivre et de poursuivre son activité dans toute la mesure possible sans interruption, il peut être nécessaire de tirer parti des contrats qui sont avantageux et augmentent la valeur de la masse et de dénoncer ceux qui sont trop lourds à gérer ou qui coûtent plus qu'ils ne rapportent. Par exemple, dans le cas d'un contrat prévoyant l'achat par le débiteur d'une marchandise particulière à un prix égal à la moitié du prix du marché au moment de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité aurait évidemment avantage à continuer à acheter à ce prix inférieur et à vendre au prix du marché. Le cocontractant souhaiterait naturellement se délier de ce qui est devenu un contrat non rentable, mais, dans de nombreux systèmes, il n'y sera pas autorisé, bien qu'il puisse être fondé à recevoir l'assurance que le prix du contrat lui sera payé intégralement.

88. Il faut peut-être néanmoins apprécier ces objectifs par rapport à plusieurs intérêts concurrents, tels que les préoccupations sociales liées à certains types de contrats — par exemple les contrats de travail (voir par. 113 et 114 ci-dessous) — et l'effet de la faculté pour le représentant de l'insolvabilité de modifier les termes des contrats non exécutés sur la prévisibilité des relations commerciales et financières et sur le coût du crédit et l'offre de crédits (plus le pouvoir d'intervention du représentant de l'insolvabilité sur les contrats est étendu, plus le crédit risque d'être onéreux et difficile à obtenir). La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de résilier les contrats de travail, par exemple, peut être limitée si l'on craint que la liquidation ne soit utilisée comme moyen d'éliminer expressément la protection offerte aux salariés par ces contrats. D'autres catégories de contrats exigeant un traitement particulier sont notamment les opérations sur les marchés financiers (voir par. 121 ci-dessous) et les contrats pour services personnels, dans lesquels l'identité de la partie exécutante, que ce soit le débiteur ou un employé du débiteur, revêt une importance particulière. À cet égard, une question connexe est de savoir dans quels cas un représentant de l'insolvabilité peut modifier les termes des contrats exigeant un traitement particulier.

89. La deuxième difficulté tient à l'extrême diversité des types de contrats: simples contrats de vente de marchandises; contrats de location à court ou à long terme de biens meubles ou immeubles; contrats extrêmement complexes de franchise ou de construction et d'exploitation de grandes installations, etc. De plus, le débiteur peut être acheteur ou vendeur, bailleur ou locataire, donneur ou preneur de licence, prestataire ou utilisateur dans le cadre d'un contrat, si bien que les problèmes se posant dans l'insolvabilité risquent d'être très différents selon le côté où l'on se place. Une solution commune est d'énoncer des règles générales pour toutes les catégories de contrats, puis des exceptions pour certains contrats particuliers, comme cela est indiqué ci-dessous.

90. En cas de faillite, les contrats se répartissent en deux catégories: les contrats conclus par le débiteur avant l'insolvabilité et les contrats conclus après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Pour les premiers (contrats conclus avant l'insolvabilité), l'inexécution donne naissance, dans de nombreuses législations, à une créance non garantie généralement payée sur une base proportionnelle,

tandis que pour les seconds (contrats conclus après l'ouverture de la procédure), elle donne habituellement lieu à une créance de premier rang sur les fonds disponibles, qui de ce fait est payée dans son intégralité en tant que frais d'administration de l'insolvabilité (voir ci-dessous sect. V.A, Ordre à établir aux fins de la répartition). Cette distinction s'efface lorsque le représentant de l'insolvabilité cherche à exécuter un contrat conclu avant l'insolvabilité après avoir établi que les bénéfices nets seront supérieurs en cas d'exécution qu'en cas d'inexécution. S'il opte pour la continuation, il fait effectivement sien le contrat conclu par le débiteur et, dans de nombreuses législations, toute inexécution ultérieure donnera également naissance à une créance de premier rang considérée comme frais d'administration.

91. Quelles que soient les règles adoptées en ce qui concerne la continuation et la résiliation, il est souhaitable que tout droit de poursuivre ou de résilier un contrat soit limité au contrat dans son ensemble, de manière à éviter que le représentant de l'insolvabilité puisse choisir de continuer certaines parties du contrat et d'en résilier d'autres.

a) *Continuation*

92. La question de la continuation des contrats est traitée différemment selon les lois sur l'insolvabilité. Certaines d'entre elles exigent que le représentant de l'insolvabilité prenne une décision concernant la continuation dans un certain délai, faute de quoi le contrat est réputé résilié. Dans d'autres lois, l'ouverture de la procédure est sans incidence sur les contrats de sorte que les obligations contractuelles lient toujours les parties et les règles générales du droit des contrats continuent de s'appliquer à moins que le droit de l'insolvabilité ne prévoit expressément l'application d'autres règles, comme la résiliation et l'annulation des clauses de résiliation automatique (voir par. 103 à 109 ci-dessous).

93. Les contrats continués sont traités comme des obligations courantes dont l'entité insolvable doit s'acquitter et toutes les obligations contractuelles de la masse deviennent des obligations postérieures à l'ouverture de la procédure. En cas de défaut d'exécution du débiteur au moment où est demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la question de fond est de savoir s'il est équitable d'obliger le cocontractant à continuer de traiter avec un débiteur insolvable lorsqu'il y a déjà eu manquement avant l'insolvabilité. Certaines législations sur l'insolvabilité prévoient que les contrats peuvent être continués à condition que le représentant de l'insolvabilité répare tout défaut d'exécution et donne l'assurance que le contrat sera exécuté à l'avenir en fournissant, par exemple, un cautionnement ou une garantie.

94. Les créances nées de l'exécution du contrat après l'ouverture de la procédure sont considérées, dans un certain nombre de législations, comme des frais d'administration (voir ci-dessous sect. IV.C, Financement postérieur à l'ouverture de la procédure) et se voient accorder la priorité au moment de la répartition. Du fait que l'octroi de cette priorité constitue un risque potentiel pour les autres créanciers (qui seront payés après les créanciers prioritaires), il est souhaitable de ne continuer que les contrats qui seront rentables et ceux qui sont essentiels à la poursuite des activités du débiteur. En cas de rupture par le représentant de l'insolvabilité d'un contrat qui a été continué, la partie ayant subi un préjudice en raison de cette rupture pourra être fondée à se prévaloir des droits et recours prévus dans le contrat conformément au droit commun et à recevoir des dommages-intérêts, qui pourraient également être considérés comme des frais d'administration (à la différence d'une créance non garantie).

i) Redressement

95. Dans le cas d'un redressement, dont l'objectif est de permettre à l'entité de survivre et de poursuivre ses activités dans la mesure du possible, la faculté de continuer des contrats qui sont rentables pour l'entreprise et augmentent la valeur de la masse peut être cruciale.

96. De nombreux contrats contiennent une clause prévoyant que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité constitue un défaut d'exécution donnant au cocontractant le droit inconditionnel de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée ou quelque autre droit. Certaines législations consacrent de telles clauses: le représentant de l'insolvabilité pourra poursuivre le contrat uniquement si le cocontractant ne choisit pas, ou peut être convaincu de ne pas choisir, de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée. Là où le cocontractant a la faculté de résilier le contrat, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir un mécanisme qui peut être utilisé pour le convaincre de continuer le contrat, par exemple en disposant qu'il sera payé en priorité pour les services fournis après l'ouverture de la procédure (dans certaines législations, il peut s'agir d'une disposition générale qui considère les frais occasionnés après l'ouverture de la procédure comme une créance de premier rang ayant priorité sur les actifs non grevés).

97. L'approche consistant à faire respecter les clauses de résiliation trouve de nombreuses justifications: le fait qu'il est souhaitable que les engagements commerciaux soient honorés; la nécessité d'empêcher le débiteur d'exécuter exclusivement les contrats rentables et d'annuler les autres (avantage dont ne dispose pas le cocontractant innocent); l'effet de l'annulation de ces clauses sur la compensation globale; l'idée qu'une entreprise insolvable ne sera généralement pas en mesure de payer, si bien que le fait de retarder la résiliation des contrats risque seulement d'accroître l'encours de ses dettes; la nécessité pour les créateurs de propriété intellectuelle de contrôler l'utilisation de cette dernière; l'effet sur les activités du cocontractant de la résiliation d'un contrat en ce qui concerne les biens incorporels en général; et le fait qu'il est inopportun de contraindre le cocontractant à accepter le transfert du contrat à un tiers qu'il ne connaît peut-être pas ou avec lequel il ne souhaite peut-être pas traiter.

98. Suivant une seconde approche, le représentant de l'insolvabilité peut continuer le contrat malgré les objections du cocontractant. En d'autres termes, toute clause prévoyant qu'un quelconque défaut d'exécution consécutif à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ouvre au cocontractant le droit de résilier le contrat ou d'en exiger l'exé-

cution anticipée est annulée par le seul effet de la loi. L'annulation des clauses de résiliation et d'exécution anticipée dans une procédure de redressement peut être essentielle au succès de cette dernière lorsque, par exemple, le contrat porte sur la location de biens indispensables ou sur l'utilisation de droits de propriété intellectuelle associée à un produit. Elle peut également permettre d'accroître le potentiel de gains de l'entreprise; de réduire le pouvoir de négociation d'un fournisseur essentiel; et de tirer parti, pour les créanciers, de la valeur des contrats du débiteur. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit la possibilité d'annuler les clauses de résiliation, les créanciers risquent d'être tentés, pour se prémunir contre une telle annulation, de résilier le contrat avant que soit demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (en invoquant un défaut d'inexécution du débiteur autre que celui consécutif à l'ouverture de la procédure). On peut, pour atténuer ce risque, habiliter le représentant de l'insolvabilité à rétablir ces contrats, à condition que les obligations antérieures et postérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité aient été remplies.

99. Bien que des dispositions autorisant l'annulation des clauses de résiliation aient été introduites dans certains pays, de telles dispositions ne sont pas encore de règle dans le droit de l'insolvabilité. Il y a inévitablement des tensions entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice, ce qui exige de préserver les contrats, et la crainte de générer l'incertitude et des frais supplémentaires dans les opérations commerciales en créant de multiples exceptions aux règles générales. Même si la question mérite de bien peser le pour et le contre, il est des cas où la faculté pour le représentant de l'insolvabilité de poursuivre des contrats sera essentielle à la conduite et au succès de la procédure de redressement et, dans une moindre mesure peut-être, de la procédure de liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en tant qu'entreprise viable. On peut contrebalancer les effets négatifs de l'autorisation de l'annulation des clauses de résiliation en prévoyant le dédommagement des créanciers pouvant démontrer qu'ils ont subi un préjudice ou une perte en raison de la continuation du contrat.

ii) Liquidation

100. La continuation des contrats est peut-être moins nécessaire dans le cas d'une liquidation que dans celui d'un redressement, sauf lorsque le contrat est susceptible d'accroître la valeur de l'entreprise ou d'un actif particulier ou de faciliter la vente de cette dernière en tant qu'entreprise viable. Un contrat de location, par exemple, dans lequel le loyer est inférieur au taux du marché et dont l'expiration est encore lointaine, peut s'avérer essentiel dans tout projet de vente de l'entreprise ou peut être cédé pour accroître la valeur de la masse.

101. On pourrait invoquer, en faveur de l'annulation des clauses de résiliation dans le cadre de la liquidation, la nécessité de maintenir l'entreprise intacte pour maximiser sa valeur vénale ou accroître son potentiel de bénéfices; le besoin de tirer parti, pour les créanciers, de la valeur du contrat au lieu d'y renoncer au profit du cocontractant; et l'opportunité d'impliquer toutes les parties dans la liquidation définitive de l'entreprise. [*Autres motifs?*]

iii) Exceptions

102. On distingue généralement deux catégories d'exceptions au pouvoir du représentant de l'insolvabilité de poursuivre des contrats. La première est celle où, le représentant de l'insolvabilité étant habilité à annuler des clauses de résiliation, des exceptions spécifiques peuvent être prévues pour certains types de contrats, notamment des contrats financiers à court terme (par exemple des accords de swap et des contrats à terme). La seconde catégorie est celle où, quel que soit le traitement accordé aux clauses de résiliation par la loi sur l'insolvabilité, le contrat ne peut être poursuivi parce qu'il stipule la fourniture par le débiteur de services personnels non substituables (par exemple un chanteur d'opéra).

b) *Résiliation*

i) Liquidation

103. Pour les raisons examinées dans l'introduction ci-dessus, il est souhaitable qu'un représentant de l'insolvabilité ait le pouvoir de résilier un contrat dans lequel les deux parties n'ont pas intégralement exécuté leurs obligations.

104. On peut adopter différents mécanismes pour cette résiliation. Selon une première approche, le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre des dispositions pour résilier le contrat, par exemple en notifiant au cocontractant que le contrat va être résilié. Cette approche risque de ne pas assurer à la procédure la sécurité, la prévisibilité et l'efficacité voulues, si le représentant de l'insolvabilité n'agit pas rapidement pour résilier le contrat et s'il laisse la question en suspens pendant un certain temps. Elle risque aussi d'entraîner l'accumulation de dépenses inutiles (par exemple, la location de biens meubles ou immeubles par le débiteur peut entraîner des frais d'administration considérables si le contrat n'est pas rapidement résilié).

105. Suivant une seconde approche, le contrat peut être considéré comme automatiquement résilié si le représentant de l'insolvabilité ne choisit pas de le continuer dans un délai déterminé, lequel peut être plus long dans le cas du redressement que dans celui de la liquidation. Cette approche vise à assurer la sécurité aux deux parties. Elle exige que le représentant de l'insolvabilité prenne rapidement des dispositions concernant les contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure et offre, à l'autre partie, un certain degré de certitude quant à la continuation du contrat dans un délai raisonnable après l'ouverture de ladite procédure. [*Autres motifs?*]

106. En cas de résiliation, le cocontractant est dispensé d'exécuter le reste du contrat, le seul problème délicat étant de calculer le montant du préjudice résultant de cette résiliation. Le cocontractant devient un créancier chirographaire titulaire d'une créance égale au montant du préjudice subi. Lorsqu'un contrat a été exécuté durant la procédure avant d'être résilié, le cocontractant peut détenir à la fois des créances nées de l'exécution pendant la période antérieure à la résiliation (qui seront éventuellement considérées comme des frais d'administration) et des créances en dommages-intérêts pour le préjudice découlant de la résiliation.

ii) Redressement

107. Dans le cas d'un redressement, on peut accroître les chances de réussite en autorisant le représentant de l'insolvabilité à dénoncer des contrats trop lourds à gérer, notamment lorsque le coût d'exécution est supérieur aux bénéfices escomptés ou lorsque, dans un contrat de location en cours par exemple, le loyer est supérieur au prix du marché.

108. Toutefois, si l'on peut raisonnablement supposer, dans le cas d'une liquidation, que l'absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité implique très probablement une décision de résiliation, cette supposition n'est peut-être pas toujours valable dans le cas d'un redressement. Il est peut-être indiqué, dans le cas du redressement, d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à prendre une décision concernant la résiliation jusqu'à l'approbation du plan de redressement, à condition que toute prestation reçue au titre du contrat soit payée et que le cocontractant ait la possibilité d'exiger une décision anticipée si cela est nécessaire ou s'il le souhaite. Il est bon d'indiquer clairement dans le plan, le traitement accordé à certains contrats, en y insérant éventuellement une disposition selon laquelle les contrats pour lesquels rien n'est précisé devraient être considérés comme automatiquement résiliés lors de l'approbation du plan.

iii) Exceptions

109. Quelle que soit l'étendue des pouvoirs de résiliation conférés au représentant de l'insolvabilité, des exceptions peuvent être nécessaires pour certains contrats. Les contrats de travail constituent une exception majeure au pouvoir de résiliation (voir par. 113 et 114 ci-dessous). Il pourrait être indiqué d'appliquer une limite similaire dans les cas où le débiteur est le bailleur ou franchiseur ou octroie une licence en propriété intellectuelle et où la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes. Lorsque le débiteur est locataire, il peut être souhaitable de fixer un plafond pour les dommages-intérêts (soit en indiquant une somme d'argent soit en précisant la période pour laquelle les dommages-intérêts peuvent être demandés) de sorte que la créance au titre d'un contrat de location à long terme ne soit pas disproportionnée par rapport à celles des autres créanciers. Les bailleurs peuvent généralement compenser leurs pertes en relouant le bien.

c) *Cession*

110. La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de poursuivre et de céder des contrats en dépit de dispositions prévoyant la résiliation en cas d'insolvabilité ou de restrictions concernant les transferts stipulés dans le contrat peut être très avantageuse pour la masse et, partant, pour les bénéficiaires du produit réparti après la liquidation. Il peut aussi exister des cas, par exemple lorsque le prix de location figurant au contrat est inférieur au prix du marché, où la résiliation du contrat peut entraîner un gain exceptionnel pour le cocontractant. Si le contrat peut être poursuivi et cédé, c'est la masse de l'insolvabilité, et non le cocontractant, qui bénéficiera de la différence entre le prix figurant au contrat et le prix du marché.

111. Toutefois, cette faculté peut porter atteinte aux droits du cocontractant et soulever des questions de préjudice, surtout lorsque le cocontractant n'intervient que peu ou pas du tout dans le choix du cessionnaire. Cette question est traitée différemment selon les législations. Certaines législations sur l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres exigent l'accord du cocontractant ou de toutes les parties au contrat initial pour que le contrat puisse être cédé ou ménagent, dans le cas où le cocontractant n'accepte pas la cession, la possibilité pour le représentant de l'insolvabilité de céder le contrat avec l'autorisation du tribunal lorsqu'il peut être démontré que le cocontractant refuse de donner son consentement sans raison valable. D'autres encore permettent la cession à condition que le représentant de l'insolvabilité démontre au cocontractant que le cessionnaire peut exécuter le contrat de façon satisfaisante. Le représentant de l'insolvabilité est alors libre de céder le contrat au profit de la masse. Cette approche va dans le sens de celle qui a été adoptée dans le projet de convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (art. 9). La dernière possibilité revêt, pour certains pays, une importance cruciale dans la procédure de liquidation, alors que, pour d'autres pays, elle est totalement étrangère et interdite.

112. Quels que soient les pouvoirs conférés au représentant de l'insolvabilité pour céder les contrats, certains ne peuvent être cédés parce qu'ils exigent l'exécution de services personnels irremplaçables ou parce que la cession est interdite par la loi. Ainsi, certains pays interdisent la cession de contrats de marché public.

d) Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, résilier et céder des contrats

Contrats de travail

113. Les contrats de travail constituent une exception majeure s'ils sont particulièrement importants dans le redressement, mais ils le sont aussi dans la liquidation lorsque le représentant de l'insolvabilité tente de vendre l'entreprise en tant qu'entreprise viable. Il pourra en obtenir un meilleur prix s'il est en mesure de résilier des contrats de travail onéreux ou d'opérer les compressions d'effectifs nécessaires. Toutefois, la relation entre salariés et employeur soulève certains des problèmes les plus difficiles du droit de l'insolvabilité. N'entre pas en jeu simplement le contrat lui-même, qui est fondamentalement un contrat en cours comme n'importe quel autre, mais aussi les dispositions généralement contraignantes, étrangères au droit de l'insolvabilité, qui protègent les salariés. Ces dispositions peuvent porter, par exemple, sur les points suivants: rupture abusive du contrat de travail; salaire minimal; congés payés; temps de travail maximal; congé de maternité; égalité de traitement et non-discrimination. Le problème est généralement de savoir dans quelle mesure ces dispositions auront un impact sur l'insolvabilité, dès lors qu'elles soulèvent des questions beaucoup plus larges que la résiliation du contrat et la priorité des créances monétaires. C'est pourquoi un certain nombre de pays ont adopté des régimes spéciaux pour la protection des créances des salariés en cas d'insolvabilité (voir sect. IV.E, Créances des créanciers et leur traitement) et, afin d'éviter

que la procédure d'insolvabilité ne soit utilisée pour supprimer la protection accordée aux salariés, limitent expressément la faculté du représentant de l'insolvabilité de résilier les contrats de travail, par exemple à des cas bien déterminés comme celui d'une rémunération excessive par rapport à celle qui a normalement cours pour le même travail. Dans certains pays, la loi prévoit le maintien des salariés dans l'entreprise en cas de reprise de cette dernière en tant qu'entreprise viable, à la fois dans l'hypothèse d'une liquidation et dans celle d'un redressement, ou uniquement dans l'hypothèse d'un redressement.

114. Dans l'intérêt de la transparence du régime d'insolvabilité, il est souhaitable d'énoncer clairement dans la loi les limites imposées aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant ces types de contrat.

e) *Renonciation à des actifs onéreux*

115. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que, outre son pouvoir de résilier des contrats, le représentant de l'insolvabilité a celui de renoncer à d'autres actifs de la masse lorsque ceux-ci sont grevés au point que les conserver exigerait des dépenses excessives, ou lorsqu'ils sont invendables ou difficilement vendables ou engendreraient une obligation onéreuse. Comme dans le cas de la résiliation d'un contrat, le droit à renonciation peut être accompagné d'une disposition concernant les demandes de dommages-intérêts pour préjudice subi du fait de la renonciation et de dispositions autorisant le transfert de la propriété de l'actif à une personne autre que le débiteur.

f) *Compensation, compensation globale et contrats financiers*[1]

i) Compensation

116. L'une des questions importantes qui se posent lorsque est rédigée une législation sur l'insolvabilité est de savoir comment traiter un créancier qui, à la date de la demande d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, se trouve également être débiteur de la masse. Si le principe fondamental de l'égalité de traitement des créanciers qui se trouvent dans une situation analogue est appliqué, la solution est relativement simple: le représentant de l'insolvabilité pourra recevoir la totalité des sommes dues par le créancier, qui sera désintéressé lors de la liquidation de la masse. Cependant, une autre solution est de permettre au créancier, dans ces circonstances, de faire valoir ses droits à compensation à l'encontre de la masse une fois déposée la demande de liquidation, de sorte que, selon le montant de sa dette envers la masse, il sera ou non complètement désintéressé.

117. Il peut être indiqué de prévoir un droit de compensation dans la législation sur l'insolvabilité pour plusieurs raisons. La première tient à l'équité: nonobstant l'importance que revêt l'égalité de traitement des créanciers, on considère injuste qu'un débiteur refuse de payer un créancier alors même qu'il insiste pour que ce créancier le paie. En outre, nombre de cocontractants étant des banques, le droit à compensation est particulièrement avantageux pour le secteur bancaire et est donc considéré, en raison du grand rôle qu'elles jouent dans la création du crédit, comme présentant un intérêt général pour l'économie. En raison de leurs fonctions essentielles (accorder des prêts et recevoir des dépôts), les banques qui ont consenti des prêts à un débiteur insolvable constatent souvent qu'elles ont envers ce débiteur des obligations financières sous forme de dépôts. La possibilité d'exercer un droit à compensation une fois la procédure ouverte doit permettre aux banques de compenser leurs créances non acquittées avec les dépôts du débiteur, même si ces créances réciproques ne sont pas encore exigibles. La compensation permet au créancier d'échapper aux difficultés que provoque l'insolvabilité du débiteur et contribue donc à éviter les effets en cascade de la faillite ainsi qu'à réduire les risques et les coûts des opérations et, par voie de conséquence, le coût du crédit.

118. L'autorisation de la compensation présente certes des avantages, mais il peut être nécessaire de tenir compte également de certains des arguments avancés à son encontre. Dans le cadre de l'insolvabilité, la compensation est une violation du principe *pari passu* car un créancier ayant un droit à compensation reçoit l'intégralité de sa créance. La compensation peut réduire à néant les actifs d'un débiteur et empêcher le redressement en particulier lorsque le débiteur perd l'accès à ses comptes bancaires ou aux liquidités se trouvant sur ses comptes bancaires et [*autres?*].

119. La position internationale concernant la compensation est complexe. Un petit nombre de pays ne l'autorisent pas, sauf pour certaines opérations et pour les compensations sur compte courant. Quelques pays ont élargi les compensations d'opérations et adopté une législation sur la compensation globale qui s'applique uniquement à certains contrats. Parmi les pays qui autorisent traditionnellement la compensation, un petit nombre impose une suspension de la procédure de redressement, tout en permettant une exemption pour les contrats financiers. D'autres législations sur l'insolvabilité ne traitent pas la question de la compensation.

120. Sur un certain nombre de points importants il existe une interaction entre le droit à compensation et d'autres règles de l'insolvabilité. Par exemple, le droit qu'a un créancier de demander une compensation sera annulable si le moment où le crédit a été fourni au débiteur ou reçu par ce dernier tombe dans la période suspecte pertinente et si le débiteur était alors insolvable ou a été rendu insolvable par la compensation. Ce droit peut aussi être annulable lorsqu'il naît après la demande d'ouverture de la procédure. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise de manière générale une dérogation aux clauses de résiliation, permettant ainsi au représentant de l'insolvabilité de poursuivre des contrats non exécutés, le créancier pourra exercer des droits à compensation sur les créances monétaires réciproques uniquement si le droit de passer outre à la clause de résiliation s'accompagne expressément du droit pour un créancier de résilier le contrat et du droit de compenser ces

[1] Les informations figurant dans cette section sont largement reprises du document intitulé *Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces: Principales questions*, Département juridique, Fonds monétaire international, 1999, p. 31 et 32, et du document intitulé *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*, Banque mondiale, avril 2001, par. 121 à 125.

créances. Cela est particulièrement important dans le contexte des opérations financières à court terme.

ii) Contrats financiers et compensation globale

121. Selon la façon dont on y aborde les questions relatives au traitement des contrats et des droits à compensation, un régime d'insolvabilité peut ou non prévoir des dispositions concernant certains types de contrats financiers à court terme, dont les contrats sur dérivés (swaps de monnaies ou de taux d'intérêt par exemple). Les contrats-cadres, de plus en plus normalisés, qui régissent ces opérations particulières contiennent normalement des dispositions qui permettent à une partie, dès la déclaration de l'insolvabilité de l'autre partie, de procéder à la compensation globale (voir glossaire) de ses profits et pertes et impayés au titre d'opérations distinctes. De telles clauses de compensation avec déchéance du terme (voir glossaire), qui visent toutes les obligations de paiement indépendantes, ne sont d'ordinaire valables en cas d'insolvabilité de l'une des parties que si la législation sur l'insolvabilité permet, d'une part, la résiliation (ou "liquidation") de toutes les opérations en cours dans le cadre du contrat en cas d'insolvabilité d'une partie et, d'autre part, la compensation par la partie solvable de ses créances avec les obligations de la partie insolvable.

122. Dans un certain nombre de pays, la législation sur l'insolvabilité ne cumule pas ces deux règles. S'agissant de la résiliation, certains pays autorisent le représentant de l'insolvabilité à continuer le contrat en dépit des clauses de résiliation qu'il contient. S'agissant de la compensation, un certain nombre de pays n'autorisent pas celle des créances financières indépendantes non encore échues à l'ouverture de la procédure.

123. De nombreux pays où il n'existe pas de règles générales autorisant à la fois la résiliation et la compensation ont prévu des exceptions aux règles normalement applicables en matière d'insolvabilité afin spécifiquement de permettre la compensation globale avec déchéance du terme pour les contrats financiers. Ces exceptions sont justifiées par l'importance croissante de ce type d'opérations sur le marché financier mondial et par le fait que la possibilité d'y recourir se trouverait restreinte en l'absence de sécurité concernant la possibilité de compensation globale en cas d'insolvabilité de l'une des parties. Nonobstant ces importants avantages, on doit reconnaître que de telles exceptions rendent la loi plus complexe et aboutissent à accorder un traitement préférentiel à certaines catégories de créanciers.

2. Traitement des contrats: résumé et recommandations

1. L'objet des présentes dispositions est le suivant:

a) Permettre au représentant de l'insolvabilité d'intervenir sur des contrats que le débiteur comme son cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés, afin de maximiser la valeur des actifs et de réduire le passif de la masse;

b) Indiquer dans quelle mesure et dans quels cas le représentant de l'insolvabilité est habilité à intervenir sur des contrats;

c) Identifier les contrats sur lesquels le représentant de l'insolvabilité ne devrait pas intervenir;

d) [...].

2. Le représentant de l'insolvabilité peut résilier les contrats qu'à la fois le débiteur et le cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés.

3. Deux approches peuvent être adoptées en ce qui concerne le moment auquel la résiliation peut prendre effet:

a) Lorsque le représentant de l'insolvabilité la notifie [avantages et inconvénients découlant du paragraphe 104 à inclure ici]; ou

b) Automatiquement si le représentant de l'insolvabilité (ou le tribunal) n'a pas pris la décision de poursuivre le contrat dans un délai déterminé, lorsque ledit délai peut être prorogé ou réduit par le tribunal [avantages et inconvénients découlant du paragraphe 105 à inclure ici].

4. La résiliation donne naissance à une créance non garantie pour le préjudice qui en découle.

5. Dans une procédure d'insolvabilité, le droit de résilier certaines catégories de contrats, y compris les contrats de travail, les contrats financiers et [...], devrait être limité. Les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant ces contrats devraient être énoncés clairement dans la loi sur l'insolvabilité.

6. Le représentant de l'insolvabilité peut choisir de poursuivre les contrats qui seront avantageux pour l'entreprise et ajouteront de la valeur à la masse de l'insolvabilité, à l'exception des contrats financiers, des contrats qui ne peuvent être poursuivis parce qu'ils impliquent la fourniture par le débiteur de services personnels irremplaçables et [...]. Les dispositions relatives à la poursuite et à la cession devraient être accompagnées d'une disposition prévoyant l'indemnisation du cocontractant s'il a subi un préjudice découlant de la défaillance.

7. Lorsqu'une clause du contrat a pour effet d'entraîner la résiliation de celui-ci à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité:

a) La clause peut être considérée comme nulle et non avenue par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal; ou

b) La loi sur l'insolvabilité peut prévoir la nullité de cette clause; ou

c) La clause de résiliation automatique ne peut être invoquée comme moyen de défense contre la demande d'exécution du contrat faite par le représentant de l'insolvabilité.

8. Les contrats que le représentant de l'insolvabilité poursuit deviennent des obligations de la masse à compter de l'ouverture de la procédure.

9. Sauf pour ce qui est des contrats qui ne peuvent être cédés parce qu'ils exigent la fourniture de services

personnels irremplaçables ou parce que la cession est interdite par la loi, le représentant de l'insolvabilité peut considérer qu'une clause d'incessibilité est nulle et céder un contrat poursuivi sous réserve de l'accord de toutes les parties au contrat initial.

10. Lorsque les parties ne donnent pas leur assentiment à la cession, le tribunal peut néanmoins approuver cette dernière si elle présente un avantage pour l'entreprise et ajoute de la valeur à la masse de l'insolvabilité et s'il considère que le cessionnaire peut exécuter les obligations contractuelles.

11. Sauf pour ce qui est des catégories de contrats spéciaux sur lesquels il a des pouvoirs limités, le représentant de l'insolvabilité devrait être habilité à exercer ses pouvoirs en matière de résiliation, de poursuite et de cession des contrats sans avoir à obtenir l'approbation du tribunal ou des créanciers, étant entendu que cet exercice serait soumis au contrôle du tribunal à la demande d'une partie intéressée.

D. Actions en annulation

1. Remarques générales

124. Il peut s'écouler beaucoup de temps entre le moment où un débiteur se rend compte qu'il ne peut éviter une procédure d'insolvabilité (qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement) et celui où une telle procédure est ouverte. Pendant cette période, le débiteur a amplement la possibilité de tenter de dissimuler des actifs à ses créanciers, de souscrire des engagements fictifs, de consentir des libéralités à des parents et à des amis ou de payer certains créanciers à l'exclusion d'autres. Dans la perspective de la procédure d'insolvabilité qui s'ouvrira en définitive, de tels actes ont pour résultat de défavoriser l'ensemble des créanciers chirographaires, qui n'ont pas été parties et ne bénéficient pas d'une sûreté, et de compromettre l'objectif de traitement équitable de tous les créanciers.

125. De nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui s'appliquent rétrospectivement et qui visent à défaire et annuler les opérations passées auxquelles le débiteur insolvable était partie et qui ont eu pour effet soit de réduire la valeur nette de l'entreprise (par exemple le don d'actifs ou leur transfert ou leur vente à un prix inférieur à leur juste valeur marchande) ou d'enfreindre le principe d'une juste répartition entre les créanciers de la même catégorie (par exemple le paiement d'une créance à un créancier non garanti ou l'octroi d'une sûreté à un créancier n'en étant pas muni par ailleurs alors que les autres créanciers chirographaires ne sont pas payés). Un des principaux objectifs des pouvoirs d'annulation est de faire en sorte que les créanciers reçoivent une juste part des actifs du débiteur insolvable conformément aux priorités établies pour les paiements. Nonobstant cet objectif, il est important de garder à l'esprit que de nombreuses opérations pouvant faire l'objet d'une annulation sont parfaitement normales et acceptables lorsqu'elles sont effectuées en dehors du contexte d'une insolvabilité, mais deviennent suspectes si elles coïncident avec l'imminence de l'ouverture d'une telle procédure.

126. Les règles en matière d'annulation font l'objet de nombreux débats, portant principalement sur leur efficacité dans la pratique et sur les règles quelque peu arbitraires qui sont nécessaires pour définir, par exemple, les délais pertinents et la nature des opérations à inclure. Toutefois, les dispositions relatives à l'annulation peuvent être importantes pour le droit de l'insolvabilité non seulement parce que le principe général sur lequel elles sont fondées est rationnel, mais aussi parce qu'elles peuvent permettre un recouvrement au profit de l'ensemble des créanciers et que des clauses de cette nature contribuent à créer un code de conduite commerciale équitable et s'inscrivent dans le cadre d'un corpus de normes de nature à assurer la bonne gestion des entités commerciales.

127. Comme cela est le cas pour un certain nombre de dispositions essentielles d'une loi sur l'insolvabilité, il est souhaitable de parvenir à un équilibre, lorsqu'on élabore des dispositions concernant les pouvoirs d'annulation, entre des intérêts sociaux concurrents, tels que l'utilité de pouvoirs forts pour maximiser la valeur des actifs de la masse au profit de tous les créanciers et le risque de compromettre la prévisibilité et la sécurité contractuelles. Lorsque, dans ce dosage, une opération particulière se révèle préjudiciable, elle peut devenir juridiquement "annulable", c'est-à-dire sans effets sur le plan juridique, de sorte que les biens dont a disposé le débiteur, ou leur valeur, peuvent être recouvrés par un représentant de l'insolvabilité au profit de l'ensemble des créanciers.

128. Différentes approches sont adoptées concernant la définition des opérations sujettes à annulation. L'une d'elles privilégie le recours à des critères objectifs généraux permettant de déterminer si les opérations sont annulables. Il s'agit par exemple de savoir si l'opération a été effectuée pendant une période déterminée antérieure à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (souvent appelée "période suspecte") ou si l'opération revêt l'une des caractéristiques générales prévues par la loi (par exemple dispositions exigeant l'apport d'une contrepartie appropriée). Des critères généraux peuvent être simples à appliquer, mais ils peuvent aussi, si l'on s'en remet exclusivement à eux, aboutir à des résultats arbitraires, si bien que des opérations légitimes et utiles effectuées pendant la période spécifiée risquent d'être annulées tandis que des opérations frauduleuses ou préférentielles non comprises dans cette période pourront être sauvegardées.

129. Une autre approche met l'accent sur l'application de critères subjectifs au cas par cas, notamment: a-t-on la preuve que le débiteur avait l'intention de dissimuler des actifs aux créanciers? était-insolvable au moment où l'opération a été effectuée? le cocontractant avait-il connaissance de l'insolvabilité? Il pourra être nécessaire, si l'on adopte cette approche, d'examiner de façon assez détaillée l'intention des parties à l'opération ainsi que ce qui constitue le cours normal des affaires entre elles. Dans certains pays, ce type d'approche a abouti à un grand nombre de litiges et entraîné des coûts importants pour la masse de l'insolvabilité. Afin d'éviter de tels coûts, certaines lois prévoient une courte durée pour la période suspecte, par exemple trois à quatre mois, associée à une règle arbitraire qui veut que toutes les opérations effectuées pendant cette période soient suspectes sauf s'il y a eu échange plus ou

moins simultané de contreparties entre les parties à l'opération.

130. Que la loi sur l'insolvabilité adopte l'une ou l'autre approche ou encore une solution intermédiaire visant à concilier les deux, il est généralement admis que des règles plus strictes doivent s'appliquer aux opérations liées avec des parties (à savoir des personnes qui ont une relation d'affaire ou un lien familial étroit avec le débiteur ou ses créanciers, celles-ci étant parfois appelées initiés). Un régime plus strict peut se justifier par le fait que ces parties ont plus de chances d'être favorisées ou sont souvent les premières à savoir quand le débiteur est effectivement insolvable.

a) *Catégories d'opérations devant être annulables*

131. Le terme "opération" est employé pour désigner généralement les nombreux moyens de disposer d'actifs, notamment le transfert, le paiement, la constitution d'une sûreté ou d'une garantie, la création d'une obligation, la conclusion d'un prêt, la renonciation d'un droit ou la libération d'une obligation.

132. On distingue dans la plupart des systèmes juridiques trois catégories courantes d'opérations annulables: les opérations visant à frauder les créanciers, les opérations à un prix sous-évalué et les opérations avec certains créanciers qui pourraient être considérées comme préférentielles. Certaines opérations peuvent revêtir les caractéristiques de plusieurs de ces catégories, selon les circonstances particulières de chaque contrat. Notamment des opérations qui semblent préférentielles peuvent relever davantage de la catégorie des opérations frauduleuses si elles ont lieu alors que l'insolvabilité du débiteur est imminente ou ne laissent pas au débiteur suffisamment d'actifs pour mener ses activités. De même, les opérations à un prix sous-évalué peuvent être préférentielles lorsqu'elles sont conclues avec des créanciers, mais non lorsqu'elles le sont avec des tiers. Pour la détermination des catégories d'opérations devant être annulées, la loi sur l'insolvabilité peut examiner plus particulièrement les conséquences de l'opération et la relation entre les parties concernées. Cette approche peut s'avérer utile lorsque, par exemple, les dirigeants de l'entité débitrice ont cherché à régler, pendant la période précédant l'ouverture de la procédure, tous les engagements qu'ils avaient personnellement garantis. Même si ces paiements peuvent sembler acceptables, il peut être nécessaire d'en étudier les effets.

133. Ces trois catégories d'opérations sont susceptibles d'annulation pour plusieurs raisons, à savoir: pour empêcher la fraude (par exemple, les opérations visant à dissimuler des actifs au profit ultérieur du débiteur ou encore des responsables, propriétaires ou dirigeants de l'entreprise débitrice); pour empêcher le favoritisme, lorsque le débiteur souhaite avantager certains créanciers aux dépens des autres; pour empêcher une baisse subite de la valeur de l'entité commerciale immédiatement avant qu'elle ne soit placée sous contrôle judiciaire; et pour favoriser le règlement amiable — les créanciers sauront que les opérations ou les saisies d'actifs réalisées à la dernière minute peuvent être annulées et seront donc plus enclins à collaborer avec un débiteur pour parvenir à un règlement efficace sans l'intervention d'un tribunal.

i) Opérations frauduleuses

134. Sont frauduleuses les opérations effectuées par la direction de l'entreprise du débiteur dans l'intention de faire échouer, d'entraver ou de retarder le recouvrement des créances par la soustraction des actifs et leur transfert à un tiers lorsque ce dernier avait connaissance de cette intention. Contrairement aux autres opérations examinées dans la présente section, on ne peut annuler automatiquement les opérations frauduleuses en se référant à une période suspecte déterminée en tant que critère objectif car il est nécessaire de prouver l'intention du débiteur. S'agissant de prouver l'intention dans la pratique, si le débiteur ne peut expliquer l'objectif commercial d'une opération particulière qui réduit la valeur de la masse, il peut être relativement facile de montrer que ladite opération est frauduleuse. Lors de l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité, il peut être bon, comme cela est indiqué ci-dessus, de ne pas perdre de vue que les opérations potentiellement frauduleuses au regard du droit sur l'insolvabilité sont souvent parfaitement valables en dehors de ce droit.

ii) Opérations à un prix sous-évalué

135. Des opérations peuvent être annulées lorsque la contrepartie reçue par le débiteur à l'occasion du transfert d'un actif à un tiers a été soit symbolique, soit nettement inférieure à la valeur réelle de l'actif ainsi transféré et lorsque l'opération a été effectuée pendant une période déterminée précédant l'ouverture de la procédure. Selon certaines lois, il faut aussi avoir constaté que le débiteur était insolvable au moment du transfert ou l'est devenu en raison de ce dernier. Entrent dans cette catégorie les opérations tant avec des créanciers qu'avec des tiers.

iii) Opérations préférentielles

136. Les opérations préférentielles sont susceptibles d'annulation lorsqu'elles ont été réalisées au titre d'une créance au cours d'une période déterminée généralement courte précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'à leur issue le créancier reçoit une part des actifs du débiteur supérieure à la proportion que lui attribue la loi. De nombreux pays exigent également une preuve de l'insolvabilité ou de l'imminence de l'insolvabilité au moment où l'opération a eu lieu. L'application des dispositions sur l'annulation à ces catégories d'opérations s'explique par le fait que, lorsque de telles opérations sont réalisées à une date très rapprochée de l'ouverture d'une procédure, il est probable que le débiteur soit insolvable. Celles-ci portent en outre atteinte au principe essentiel du traitement équitable des créanciers.

137. Peuvent entrer dans cette catégorie les opérations effectuées après le dépôt d'une demande de procédure, mais avant l'ouverture de cette dernière, à moins qu'elles n'aient été autorisées par les dispositions de la loi sur l'insolvabilité. Il peut être souhaitable de disposer, dans la loi sur l'insolvabilité, que ces opérations, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, sont considérées comme nulles, et non pas comme annulables, dans le but d'éviter les litiges. Bien que les dons puissent être, dans certains cas, totalement inno-

cents et permis par la loi, ils peuvent aussi être déloyaux pour les créanciers et de ce fait annulables en tant qu'opérations frauduleuses, à un prix sous-évalué ou préférentielles. Une compensation, bien que n'étant pas annulable en tant que telle, peut être considérée comme préjudiciable lorsqu'elle intervient peu de temps avant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'elle a pour effet de modifier le solde des créances entre les parties en créant ainsi une préférence ou encore lorsqu'elle implique le transfert ou la cession de créances entre créanciers pour accumuler les compensations. Une compensation est également susceptible d'annulation lorsqu'elle est réalisée dans des circonstances irrégulières, par exemple, en l'absence de contrat entre les parties à l'opération.

138. En réponse à une allégation d'opération préférentielle, il peut être démontré que l'opération, bien qu'apparemment irrégulière, était en fait compatible avec la pratique commerciale normale et, en particulier, le cours normal des affaires entre les parties. Par exemple, un paiement effectué à la réception de marchandises qui sont livrées et réglées régulièrement ne sera probablement pas annulé même s'il intervient à une date proche de l'ouverture de la procédure, alors que le paiement d'une créance échue depuis longtemps pourrait l'être. Ce principe encourage les fournisseurs de marchandises et de services à continuer de traiter avec un débiteur qui peut rencontrer des difficultés financières passagères mais dont l'entreprise reste viable.

139. Les sûretés valables en vertu des lois autorisant l'octroi d'une sûreté aux créanciers peuvent être annulées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en tant qu'opérations frauduleuses, préférentielles ou à un prix sous-évalué. Par exemple, la constitution d'une sûreté immédiatement avant l'insolvabilité, bien que valable par ailleurs, peut être considérée comme ayant favorisé injustement un créancier au détriment des autres. Lorsqu'une sûreté peut être constituée sur la base d'une contrepartie antérieure ou d'une créance existante (ce que certains systèmes juridiques autorisent et d'autres non), elle peut également être frappée de nullité au motif qu'elle favorise injustement le créancier.

b) *Établissement de la période suspecte*

140. Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient expressément la période suspecte (par exemple tant de jours ou de mois avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) pendant laquelle chacune de ces catégories d'opérations serait susceptible d'annulation. Dans d'autres lois, la période suspecte est définie rétrospectivement par le tribunal après l'ouverture de la procédure. Le tribunal fonde alors souvent sa décision sur le moment où le débiteur a cessé de payer ses dettes normalement ("cessation des paiements"). À cet égard, il s'agit de savoir si la période suspecte spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité peut être prorogée par le tribunal dans certains cas, par exemple lorsque les opérations réalisées en dehors de ladite période dans des circonstances douteuses ont entraîné une diminution de la masse. Si un tel pouvoir d'appréciation introduit une certaine souplesse dans la détermination des opérations devant entrer dans le champ d'application des dispositions relatives à l'annulation, il peut aussi retarder la procédure et ne permet pas aux créanciers de savoir de manière claire et certaine quels types d'opérations sont susceptibles d'annulation. Si des opérations peuvent être dénouées à la discrétion du tribunal lorsqu'elles ont eu lieu à n'importe quel moment avant l'ouverture de la procédure, la sécurité dans les opérations commerciales et financières risque de s'en trouver réduite.

141. Certains systèmes peuvent avoir une période suspecte unique pour toutes les catégories d'opérations annulables, tandis que d'autres ont des périodes différentes en fonction de facteurs tels que le caractère intentionnel (autrement dit frauduleux) du préjudice causé aux créanciers, la qualité d'initié du bénéficiaire (personne ayant une relation d'affaire ou un lien familial étroit avec le débiteur ou ses créanciers). Du fait que les opérations frauduleuses supposent une conduite intentionnellement illicite, de nombreuses lois sur l'insolvabilité ne limitent pas la période pendant laquelle ces opérations doivent avoir eu lieu pour être annulées. D'autres prévoient une période suspecte très longue (de un à six ans par exemple), à compter de la date d'ouverture de la procédure.

142. Lorsque des opérations préférentielles ou à un prix sous-évalué mettent en cause des créanciers qui ne sont pas des initiés, la période suspecte peut être relativement brève et ne pas dépasser quelques mois par exemple. Toutefois, lorsque des initiés sont en cause, de nombreux pays appliquent des règles plus strictes, qui peuvent prévoir notamment la fixation de périodes suspectes plus longues, un renversement de la charge de la preuve et la suppression de la condition selon laquelle le débiteur doit être insolvable au moment de l'opération ou le devenir à la suite de cette dernière.

c) *Responsabilité des autres parties à une opération annulée*

143. Pour chaque type d'opération, se pose la question de savoir si le cocontractant peut être exonéré de toute responsabilité et si l'annulation de l'opération est souhaitable. Une telle décision peut, dans chaque cas, dépendre de divers facteurs et il faudra trouver un équilibre entre, d'une part, la nécessité d'appliquer un traitement équitable aux parties innocentes et, d'autre part, les difficultés de prouver la motivation et la connaissance de la situation ainsi que le préjudice occasionné aux créanciers, quel qu'ait été l'état d'esprit du cocontractant.

144. Dans le cas d'opérations frauduleuses, par exemple, il sera tenu compte de la mesure dans laquelle le cocontractant a payé une valeur adéquate et avait connaissance de l'intention réelle du débiteur de frauder les créanciers. Dans le cas d'opérations à un prix sous-évalué, il s'agira de savoir si le cocontractant était ou non un initié et avait connaissance de l'insolvabilité effective ou imminente, ou si le débiteur risquait de devenir insolvable du fait de cette opération. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent des moyens de défense, comme le fait que le cocontractant ait fourni une contrepartie et n'ait pas eu connaissance de faits cruciaux, tandis que d'autres exigent la restitution de l'actif que le cocontractant ait ou non effectivement fourni une contrepartie, tout en prévoyant néanmoins une certaine protection.

145. Dans le cas d'opérations préférentielles, différentes approches peuvent être adoptées. Selon l'une d'elles, lorsque le créancier a agi de bonne foi et ne savait pas que le débiteur était insolvable au moment de l'opération ou l'est devenu du fait de cette dernière, il n'est pas tenu responsable et l'opération n'est pas annulée. Une autre approche aboutit au même résultat lorsque l'opération a eu lieu à peu près en même temps que la création de la créance, a été suivie de la fourniture d'une contrepartie, ou a eu lieu dans le cours normal des activités.

146. Lorsque des initiés sont en cause, on peut adopter des règles plus strictes et limiter leur faculté de faire valoir leurs droits dans le cadre de la procédure ou encore subordonner leurs créances à toutes les autres.

d) *Opérations nulles et annulables*

147. Lorsqu'une opération entre dans l'une quelconque de ces catégories, elle sera, en vertu des lois relatives à l'insolvabilité, soit nulle de plein droit, soit annulable, en fonction du critère adopté pour chaque catégorie. Par exemple, lorsque la loi ne vise que les opérations ayant lieu pendant une période déterminée sans fixer de critère subjectif, elle peut prévoir que ces opérations seront nulles. Toutefois, même si l'opération est nulle, il se peut que le représentant de l'insolvabilité doit intenter une action pour récupérer les actifs auprès du cocontractant.

148. Dans les lois où l'opération est annulable, le représentant de l'insolvabilité est tenu de déterminer si l'annulation profitera à la masse, compte tenu des éléments de chaque catégorie d'opération annulable ainsi que du délai nécessaire pour récupérer les actifs concernés ou leur valeur et des éventuels frais de justice. Ce pouvoir d'appréciation serait généralement soumis à l'obligation de maximiser la valeur des actifs de la masse, la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pouvant être engagée s'il ne le fait pas.

149. Si le représentant de l'insolvabilité n'intente pas d'action en annulation pour certaines opérations, les lois relatives à l'insolvabilité adoptent différentes solutions concernant la conduite des actions en annulation et les modalités possibles de financement lorsque les actifs de la masse sont insuffisants. S'agissant de la conduite des actions, certaines lois autorisent un créancier ou le comité des créanciers à agir pour obliger le représentant de l'insolvabilité à engager une action en annulation lorsqu'il apparaît qu'une telle action profiterait à la masse. D'autres lois autorisent également un créancier ou le comité des créanciers à engager cette action, lorsque les autres créanciers sont d'accord. Lorsque ce type d'action est autorisé, certaines lois disposent alors que les actifs ou la valeur récupérés par le créancier entrent dans la masse; d'autres prévoient que tout ce qui est récupéré peut être utilisé tout d'abord pour désintéresser le créancier ayant engagé l'action.

150. En ce qui concerne les modalités possibles de financement, certains pays allouent des fonds publics au représentant de l'insolvabilité pour qu'il engage l'action en annulation. Dans d'autres, ces actions doivent être financées sur la masse de l'insolvabilité, ce qui peut avoir pour effet d'empêcher la récupération des actifs qui ont été soustraits précisément pour qu'il n'en reste pas suffisamment pour financer de telles actions. Certaines lois autorisent le représentant de l'insolvabilité à céder l'action à titre onéreux à un tiers ou à demander à un prêteur de lui avancer des fonds pour engager l'action. Le recours à ces mécanismes se justifie par le fait que la disponibilité de ressources publiques aux fins du financement d'actions en annulation diffère considérablement d'un pays à un autre. En outre, lorsque de telles actions ne peuvent être financées par des actifs de la masse, ces mécanismes peuvent constituer, dans des cas appropriés, un moyen efficace de rétablir la valeur de ladite masse.

e) *Questions relatives à la charge de la preuve*

151. Les lois sur l'insolvabilité énoncent des règles différentes en ce qui concerne l'établissement des éléments nécessaires à une action en annulation. Certaines font obligation au débiteur de prouver que l'opération n'entre dans aucune catégorie d'opérations annulables. D'autres obligent le représentant de l'insolvabilité ou toute autre personne autorisée à contester l'opération, par exemple un créancier, à prouver l'existence de chaque élément justifiant une action en annulation. D'autres encore autorisent le renversement de la charge de la preuve, notamment lorsqu'il est difficile pour le représentant de l'insolvabilité d'établir que le débiteur avait effectivement l'intention de frauder les créanciers, sauf à recourir à des indices extérieurs, des faits objectifs ou d'autres éléments de preuve indirecte. C'est alors à l'autre partie qu'il incombe de prouver la bonne foi du débiteur.

2. Actions en annulation: résumé et recommandations

1. Les dispositions relatives à l'annulation ont pour objet:

a) D'énoncer les circonstances dans lesquelles certaines opérations antérieures à la procédure d'insolvabilité dont fait l'objet le débiteur peuvent être considérées comme préjudiciables aux créanciers parce qu'elles étaient frauduleuses ou portaient atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers;

b) De permettre au représentant de l'insolvabilité d'engager une action pour faire annuler ces opérations;

c) De permettre le recouvrement de sommes d'argent ou d'actifs auprès d'autres personnes parties à des opérations qui ont été annulées; et

d) De permettre que les obligations du débiteur découlant d'opérations annulées soient déclarées inexécutables.

Variante 1

2. Le représentant de l'insolvabilité peut engager une action en justice pour faire annuler:

a) Les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers [quelle que soit la date à laquelle ces opérations ont eu lieu] [lorsque l'opération a eu lieu dans les [...] années qui précèdent immédiatement l'ouverture de la procédure];

b) Les opérations à un prix sous-évalué qui ont eu lieu dans les [...] [mois] [années] précédant immédiatement l'ouverture de la procédure [à un moment où le débiteur était insolvable ou qui ont rendu ce dernier insolvable];

c) Les opérations préférentielles avec des créanciers qui ont eu lieu dans les [...] mois précédant immédiatement l'ouverture de la procédure [à un moment où le débiteur était insolvable ou qui ont rendu ce dernier insolvable];

d) Les opérations à un prix sous-évalué avec des personnes ayant un lien avec le débiteur ou les opérations préférentielles avec des créanciers initiés qui ont eu lieu dans les [...] [mois] [années] précédant immédiatement l'ouverture de la procédure [à un moment où le débiteur était insolvable ou qui ont rendu ce dernier insolvable].

Variante 2

2. Une autre solution serait de prévoir que les opérations à un prix sous-évalué comme les opérations préférentielles pourraient être automatiquement annulées par référence uniquement à une période suspecte déterminée.

3. Les périodes mentionnées au paragraphe 2 de la variante 1 peuvent être prorogées par le tribunal.

4. Une loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour justifier l'annulation ainsi que les moyens de défense possibles contre cette action.

5. S'agissant des opérations frauduleuses, deux approches sont possibles:

a) Le représentant de l'insolvabilité est en mesure d'établir l'intention véritable du débiteur au moyen d'indices extérieurs, de faits objectifs ou d'autres éléments de preuve indirecte; ou

b) Le cocontractant est tenu d'établir la bonne foi du débiteur.

6. Une loi sur l'insolvabilité peut prévoir d'autres solutions dans les cas où le représentant de l'insolvabilité n'engage pas d'action en annulation. Elle peut notamment autoriser les créanciers ou le comité des créanciers à engager l'action ou [*autres mesures à inclure*].

7. Les opérations ayant lieu après l'ouverture de la procédure devraient être nulles sauf si elles sont autorisées par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal et si les actifs sont transférés sous réserve qu'ils puissent être récupérés.

IV. Administration de la procédure

A. Droits et obligations du débiteur

1. Remarques générales

a) *Contrôle de la gestion de l'entreprise débitrice*

i) Liquidation

152. Une fois la procédure de liquidation ouverte, la conservation de la masse nécessite des mesures globales visant à protéger celle-ci non seulement contre les actions des créanciers (voir ci-dessus par. 54 à 82), mais également contre l'entreprise débitrice ou ses dirigeants ou propriétaires[2]. C'est pourquoi de nombreuses lois sur l'insolvabilité dessaisissent le débiteur de tout droit de gérer ou d'exploiter l'affaire, un représentant de l'insolvabilité étant nommé pour assumer l'ensemble des responsabilités correspondantes y compris, le cas échéant, le droit d'agir en justice au nom de la masse et de recevoir tous paiements destinés au débiteur. Lors de l'ouverture de la procédure de liquidation, toute mesure prise par le débiteur qui est préjudiciable à la masse serait normalement nulle.

153. Lorsqu'il est établi que le moyen le plus efficace de liquider la masse est de céder l'entreprise en tant qu'entreprise viable, certaines législations prévoient que le représentant de l'insolvabilité doit superviser et contrôler l'ensemble des activités du débiteur, lequel est autorisé à accroître la valeur de la masse et à faciliter la vente des actifs en continuant d'exercer des fonctions et d'offrir ses conseils. Cette solution peut se justifier par le fait que le débiteur connaît bien son entreprise ainsi que le marché ou le secteur d'activités correspondant et qu'il entretient une relation suivie avec les créanciers. Dans cette solution, tout transfert des actifs du débiteur effectué après l'ouverture de la procédure et non autorisé par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal sera nul et les actifs ainsi transférés susceptibles d'être récupérés (voir ci-dessus sect. III.D, Actions en annulation). Le représentant de l'insolvabilité peut, en l'occurrence, être tenu responsable des actes illicites commis par le débiteur pendant la période où il exerce un contrôle sur l'entreprise.

ii) Redressement

154. S'agissant de la procédure de redressement, les avis sont partagés sur la question de savoir dans quelle mesure le dessaisissement du débiteur est la solution la plus appropriée et quel rôle le débiteur peut encore jouer. Le débiteur aura souvent une connaissance directe et intime des affaires de l'entreprise et du secteur d'activité dans lequel elle opère. Cette connaissance est particulièrement importante dans le cas des entreprises individuelles et des socié-

[2]Étant donné que la loi sur l'insolvabilité vise les activités de différents types d'entités, qu'il s'agisse de personnes physiques, de sociétés en participation ou d'une autre forme de société, il convient de se demander à propos du maintien du débiteur dans ses fonctions quel sera le rôle des dirigeants ou des propriétaires de l'entreprise débitrice selon les circonstances. Pour plus de commodité, le Guide parle uniquement du "débiteur", ou de l'"entreprise débitrice", ces termes étant toutefois censés désigner la direction et les propriétaires de l'entreprise, le cas échéant.

tés en participation de petite taille et peut justifier qu'on laisse la direction poursuivre les activités de l'entreprise et intervenir dans la prise de décisions à court terme en matière de gestion. Elle peut également permettre au représentant de l'insolvabilité d'exercer ses fonctions avec une compréhension plus directe et plus complète du fonctionnement de l'entreprise débitrice. Pour des raisons analogues, le débiteur est souvent bien placé pour proposer un plan de redressement susceptible d'être approuvé par les créanciers et le tribunal. En pareils cas, son dessaisissement total, indépendamment de sa part de responsabilité dans les difficultés financières de l'entreprise, non seulement peut décourager l'esprit d'entreprise et la prise de risques et dissuader les débiteurs d'engager une procédure de redressement à un stade précoce mais risque également de compromettre les chances de succès de ce type de procédure.

155. S'il est souhaitable que le débiteur continue de jouer un rôle, on doit peut-être aussi tenir compte d'un certain nombre d'inconvénients éventuels. Il se peut que les créanciers ne lui fassent pas confiance en raison de ses difficultés financières (et de la part de responsabilité que la direction peut avoir dans cette situation), confiance qui devra donc être rétablie si l'on veut redresser l'entreprise avec succès. Le fait de permettre au débiteur de continuer à gérer l'entreprise sans contrôle suffisant sur ses pouvoirs risque d'exacerber non seulement la méfiance mais également l'hostilité des créanciers. Un système perçu comme étant trop favorable au débiteur peut amener les créanciers à se désintéresser de la procédure et à refuser d'y participer, ce qui peut alors rendre difficile la surveillance de la conduite du débiteur lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que cette surveillance soit exercée par les créanciers. Il peut aussi favoriser les conflits dans la procédure d'insolvabilité, ce qui ne ferait qu'accroître les dépenses et les retards. Un débiteur peut avoir ses propres projets, qui sont incompatibles avec les objectifs du régime de l'insolvabilité et, en particulier, avec l'objectif de maximisation des bénéfices en faveur des créanciers. Pour réussir, la procédure de redressement peut exiger que l'on apporte des changements auxquels les dirigeants en place ne sont peut-être pas favorables et que ceux-ci aient les connaissances et l'expérience leur permettant d'utiliser la loi sur l'insolvabilité pour remédier aux difficultés financières de l'entreprise. Un autre facteur dont il faut tenir compte à cet égard est le caractère volontaire ou involontaire de la procédure (le débiteur pouvant se montrer dans le second cas hostile envers les créanciers).

156. Les législations sur l'insolvabilité adoptent différentes solutions pour concilier ces éléments antagoniques. L'une d'elles consiste à appliquer les mêmes règles que pour la liquidation, à savoir dessaisir entièrement le débiteur de la gestion de l'entreprise et remplacer celui-ci par le représentant de l'insolvabilité. Ce dessaisissement total peut néanmoins désorganiser l'entreprise et nuire à son fonctionnement à un stade critique de sa survie.

157. Une autre solution est de prévoir une répartition des fonctions entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, le second supervisant les activités du premier et approuvant les opérations importantes, tandis que le débiteur resterait chargé de la gestion de l'entreprise au jour le jour. Cette solution devra sans doute être étayée par des règles relativement précises pour clarifier la division des tâches entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur et déterminer avec certitude la façon dont le redressement sera opéré. Elle peut également s'appuyer sur une règle autorisant les créanciers à prendre les dispositions nécessaires pour que l'arrangement ainsi convenu soit dûment et rigoureusement appliqué. Toutefois, lorsque de tels pouvoirs sont conférés aux créanciers ou au comité des créanciers, il peut être nécessaire de prévoir des mesures pour prévenir les abus éventuels de créanciers cherchant à faire échouer la procédure de redressement ou à exercer une influence indue. On pourrait assurer la protection voulue en imposant, par exemple, un vote par une majorité appropriée de créanciers avant d'autoriser ceux-ci à prendre des dispositions pour être libérés de l'arrangement.

158. Lorsque cette solution est adoptée et qu'il est démontré que le débiteur a commis de graves fautes de gestion ou a détourné des actifs ou encore que le redressement n'est plus un objectif réaliste, il peut être souhaitable que le débiteur soit dessaisi par le tribunal, agissant d'office ou sur l'initiative du représentant de l'insolvabilité, voire des créanciers ou du comité des créanciers.

159. Une troisième solution est de permettre au débiteur de garder les rênes de son entreprise, le tribunal n'ayant donc pas à nommer un représentant indépendant lors de l'ouverture de la procédure (formule dite du "débiteur en possession"). Cette solution aurait l'avantage d'accroître les chances de réussite du redressement, si l'on peut s'en remettre au débiteur pour qu'il poursuive ses activités en toute honnêteté et obtienne la confiance et la coopération des créanciers. Elle peut toutefois comporter des inconvénients. Ainsi, la formule peut être utilisée dans des cas où le résultat risque manifestement d'être infructueux, autrement dit pour retarder l'inévitable si bien que les actifs de l'entreprise continuent d'être dispersés, avec le risque que la direction agisse de façon irresponsable, voire frauduleuse, pendant la période où elle reste en place, compromettant ainsi les chances de redressement et portant atteinte à la confiance des créanciers. On peut aplanir ces difficultés en adoptant certaines mesures de protection, par exemple en nommant un représentant de l'insolvabilité pour surveiller le débiteur ou en mettant en place un mécanisme qui permette au tribunal (d'office ou à la demande des créanciers) de remplacer le débiteur par un représentant de l'insolvabilité ou de convertir la procédure en liquidation, tout en confiant aux créanciers un rôle suffisant dans la surveillance ou le contrôle du débiteur. Cela étant, il s'agit d'une solution complexe qui nécessite un examen approfondi non seulement parce qu'elle exige des règles de gestion strictes et des moyens institutionnels considérables mais aussi parce qu'elle a une incidence sur plusieurs autres aspects de la conception d'un régime d'insolvabilité.

160. Pour aider le débiteur à s'acquitter de ses obligations en rapport avec la procédure dans son ensemble, certaines lois l'autorisent à faire appel aux spécialistes dont il peut avoir besoin (comptables, avocats, experts, etc.), sous réserve d'une autorisation. Selon les lois, celle-ci est accordée soit par le représentant de l'insolvabilité, soit par le tribunal ou les créanciers.

161. Questions à examiner:

[*A/CN.9/504, par. 94: Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il serait souhaitable de faire une distinction entre, d'une part, la période s'écoulant entre l'engagement de la procédure et l'approbation du plan de redressement et, d'autre part, la période postérieure à cette approbation. On a estimé que, pour la première, il serait approprié que la législation énonce des règles précises et prévoie l'intervention d'un représentant indépendant, mais qu'une formule plus souple, faisant une place plus large à l'autonomie des parties, serait peut-être souhaitable pour la deuxième et pendant toute la durée d'exécution du plan de manière à accroître les chances de réussite.*]

b) *Communication de renseignements*

162. Pour faciliter une évaluation détaillée et objective des activités du débiteur, en particulier de ses besoins immédiats de trésorerie, pour déterminer l'opportunité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, pour se rendre compte de la viabilité à long terme de l'entreprise et pour savoir si la direction est suffisamment compétente pour continuer à diriger l'entreprise, on aura généralement besoin de renseignements sur le débiteur, son actif et son passif, sa situation financière et ses affaires. Dans les deux types de procédure d'insolvabilité, mais surtout dans le cas d'un redressement, il est souhaitable pour permettre cette évaluation que le débiteur reste tenu de divulguer des informations détaillées au sujet de ses affaires commerciales et financières pendant une période relativement longue, et pas seulement pendant la période qui suit immédiatement l'ouverture de la procédure. Ces informations détaillées peuvent être: des projections des profits et pertes; le détail des flux de trésorerie; des renseignements sur la stratégie commerciale; les tendances dans le secteur d'activité considéré; ainsi qu'une description des causes de la situation financière du débiteur et la divulgation des opérations antérieures susceptibles d'être annulées conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à l'annulation. Bien qu'il ne soit sans doute pas nécessaire de fournir, dans la loi sur l'insolvabilité, une liste exhaustive des informations à communiquer, cette solution permettrait de donner des indications sur le type de renseignements souhaité. À cet égard, certaines lois prévoient des tableaux normalisés énumérant les différents éléments d'information requis. Ces tableaux doivent être remplis par le débiteur (sous peine de sanctions s'il fournit des informations fallacieuses ou mensongères) ou par une personne ou un administrateur indépendant.

163. Pour que les informations fournies puissent être utilisées aux différentes fins mentionnées, il faut qu'elles soient à jour, complètes, exactes et fiables; il est aussi souhaitable d'exiger qu'elles soient communiquées dès que possible après l'ouverture de la procédure. Si le débiteur peut respecter cette exigence, la confiance des créanciers dans son aptitude à continuer de gérer l'entreprise s'en trouvera renforcée.

164. Lorsque le débiteur n'est pas une personne physique, ce sont les responsables et d'autres personnes compétentes de l'entreprise débitrice qui peuvent fournir les informations au représentant de l'insolvabilité. Une autre solution consiste à exiger que le débiteur lui-même (lorsqu'il s'agit d'une personne physique) ou un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise débitrice se fassent représenter et prennent part à une réunion générale des créanciers pour répondre aux questions, sauf dans les cas où cela n'est matériellement pas possible, les intéressés ne se trouvant pas en un lieu où les réunions des créanciers peuvent se tenir.

165. Les renseignements requis sont souvent commercialement sensibles (comme les secrets professionnels) et il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité comporte des dispositions permettant de protéger les informations confidentielles pour éviter qu'elles ne soient utilisées de manière déloyale par les créanciers ou d'autres parties en mesure de les exploiter.

166. En cas de rétention d'information, il peut s'avérer nécessaire de prévoir un mécanisme qui oblige à communiquer les données pertinentes, tel que la "mise en examen" du débiteur par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité. Dans des cas plus graves de rétention de l'information, un certain nombre de pays appliquent des sanctions pénales.

167. Outre l'obligation expresse de fournir des renseignements, une loi sur l'insolvabilité peut faire obligation au débiteur de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'exercice de ses fonctions.

c) *Droit d'être entendu*

168. Afin de préserver ce qui, dans certains pays, est considéré comme un droit fondamental du débiteur et d'assurer à ce dernier un traitement équitable et impartial, mais également de faire en sorte qu'il ait confiance dans la procédure d'insolvabilité, il est souhaitable de lui donner le droit d'être entendu au cours de la procédure et de participer à la prise de toutes les décisions nécessaires dans le cadre de cette dernière. Ce droit est conforme aux dispositions d'accords internationaux et régionaux, telles que l'article 14 du Pacte international de 1976 relatif aux droits civils et politiques et l'article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

169. Lorsque l'exercice de ce droit risque d'entraîner des formalités et des frais susceptibles d'entraver le déroulement de la procédure sans être directement bénéfique au débiteur, il peut être bon de le limiter aux cas dans lesquels le débiteur se trouve affecté tant dans sa situation financière que dans ses droits personnels. Il se peut, par exemple, que lorsque le débiteur ne se trouve plus dans le pays où a lieu la procédure et qu'il ne donne pas suite ou refuse de donner suite à toutes les tentatives raisonnables du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal pour entrer en contact avec lui, l'obligation absolue de l'entendre entrave sérieusement le déroulement de la procédure, voire la rende impossible. S'il est sans doute souhaitable d'exiger que tous les efforts raisonnables soient faits pour autoriser le débiteur à être entendu, il faut peut-être aussi, dans la loi sur l'insolvabilité, faire en sorte que l'exercice de ce droit ne donne pas lieu à des abus pouvant compromettre la procédure.

d) *Responsabilité du débiteur*

170. Lorsque l'entreprise est solvable, les dirigeants sont généralement comptables en premier lieu à ses propriétaires et leurs relations avec les créanciers seront régies par les arrangements contractuels conclus entre eux. Mais lorsque l'entreprise devient insolvable, la situation change et les créanciers y deviennent financièrement de véritables parties prenantes, supportant tout risque de perte découlant de la poursuite des activités par le débiteur. La conduite des propriétaires et des dirigeants d'une entreprise est avant tout une question de droit et de politique générale extérieure au régime de l'insolvabilité. Il n'est pas souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité serve à combler des lacunes dans ce domaine de la réglementation ou à veiller à l'application des principes de bonne gestion, bien que certaines législations sur l'insolvabilité puissent exiger que la procédure d'insolvabilité soit ouverte à un stade précoce des difficultés financières (voir ci-dessous sect. II.B, Critères de demande d'ouverture et d'ouverture de la procédure"). Si les actes antérieurs de personnes ayant un lien avec une entreprise insolvable ont causé un préjudice ou une perte aux créanciers (par exemple en raison d'une fraude ou d'un comportement irresponsable), il peut être indiqué de prévoir, dans la loi sur l'insolvabilité, la possibilité d'une réparation, ce qui peut impliquer d'aborder la question des pouvoirs d'enquête et d'examen.

2. Droits et obligations du débiteur: résumé et recommandations

1. Les dispositions relatives aux droits et obligations du débiteur ont pour objet [...].

2. Dans une procédure de liquidation comme dans une procédure de redressement, le débiteur devrait avoir le droit [d'être entendu sur toute question concernant la procédure] [de participer à la prise de décisions] à condition que l'exercice de ce droit ne donne pas lieu à un abus de procédure risquant d'empêcher le déroulement rapide de cette dernière.

3. Dans une procédure de liquidation comme dans une procédure de redressement, les obligations du débiteur devraient être clairement spécifiées dans la loi. Elles pourraient être les suivantes:

a) Obligation générale de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider à s'acquitter de sa mission;

b) Obligation de fournir au tribunal, au représentant de l'insolvabilité et, lorsqu'il y a lieu, au comité des créanciers des informations récentes, exactes et fiables sur sa situation financière et ses affaires en général.

4. Les informations devant être fournies par le débiteur seraient notamment les suivantes: [*état de l'actif et du passif; informations concernant les causes de sa situation financière et les opérations antérieures susceptibles d'être annulées en application des dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à l'annulation et [...]*]. Des informations supplémentaires particulièrement utiles pour la procédure de redressement seraient notamment les suivantes: [*projections des profits et pertes; détail des flux de trésorerie; stratégie commerciale; tendances dans le secteur d'activité considéré*]. Ces informations devraient être fournies dès que possible après l'ouverture de la procédure.

5. Lorsque le débiteur ne fournit pas les informations nécessaires, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir d'autres mesures pour obtenir celles-ci, par exemple en faisant obligation au débiteur de soumettre ses actifs et son activité à un examen du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal.

6. Lorsque les informations fournies par le débiteur sont commercialement sensibles, la loi sur l'insolvabilité devrait inclure des règles de confidentialité pour les protéger.

7. Dans une procédure de liquidation, la gestion [de la masse de l'insolvabilité] [de l'entreprise débitrice] devrait être assurée par le représentant de l'insolvabilité. Lorsqu'il est établi que le moyen le plus efficace de liquider la masse est de céder l'entreprise en tant qu'entreprise viable, le représentant de l'insolvabilité devrait superviser l'activité de cette dernière, en avoir le contrôle général et pouvoir demander à ses dirigeants de l'aider dans la gestion des activités si cette aide est bénéfique à la procédure.

8. Dans une procédure de redressement, la gestion [de la masse de l'insolvabilité] [de l'entreprise] peut être assurée sur la base d'un arrangement de partage des tâches entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, dans lequel ce dernier supervise [la masse] [l'entreprise], en a le contrôle général et approuve les opérations importantes, le débiteur continuant à gérer l'entreprise au jour le jour, mais ne pouvant pas disposer des actifs de la masse de l'insolvabilité ni contracter des obligations liant la masse. La loi sur l'insolvabilité devrait énoncer des règles précises sur la manière de répartir les tâches entre les parties à cet arrangement.

9. En cas d'arrangement instituant un partage des tâches entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur et lorsqu'il est démontré que le débiteur a commis de graves fautes de gestion ou a détourné des actifs ou encore que le redressement n'est plus un objectif réaliste, le débiteur pourrait être totalement dessaisi par le tribunal, agissant d'office ou sur l'initiative du représentant de l'insolvabilité, des créanciers ou du comité des créanciers, ou la procédure pourrait être convertie en une procédure de liquidation.

B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité

1. Remarques générales

171. Les lois sur l'insolvabilité utilisent différents termes pour désigner la personne chargée d'administrer la procédure d'insolvabilité, notamment administrateur judiciaire,

syndic de faillite, liquidateur, mandataire liquidateur, mandataire de justice, administrateur-séquestre, curateur ou encore commissaire. Dans le présent Guide, le terme employé est "représentant de l'insolvabilité" afin de désigner cette personne au sens large sans faire de distinction entre les différentes fonctions qu'elle peut exercer. Le représentant de l'insolvabilité peut être une personne physique ou, dans certains pays, une société ou autre type de personne morale distincte. Qu'il soit nommé par des créanciers, le tribunal, une administration, un organisme public ou une autorité officielle ou encore le débiteur, le représentant de l'insolvabilité joue un rôle capital dans l'application de la loi sur l'insolvabilité, se voyant conférer certains pouvoirs sur le débiteur et ses actifs et ayant pour mission de préserver lesdits actifs et leur valeur et de veiller à ce que la loi soit appliquée avec efficacité et en toute impartialité.

172. Étant en principe celui qui dispose du plus grand nombre de renseignements sur la situation du débiteur, le représentant de l'insolvabilité est le mieux placé pour prendre des décisions en connaissance de cause sur la conduite de la procédure. Cela ne veut pas dire qu'il remplace le tribunal: il appartient généralement à ce dernier de trancher les litiges nés de la conduite de la procédure et, souvent, d'approuver plusieurs étapes de la procédure. Même dans les pays où le tribunal joue un rôle restreint dans les procédures d'insolvabilité, l'étendue des pouvoirs qui seraient normalement confiés au représentant de l'insolvabilité est limitée.

a) *Fonctions devant être exercées par le représentant de l'insolvabilité*

173. Les lois sur l'insolvabilité spécifient souvent les pouvoirs et les tâches qui seront confiés au représentant de l'insolvabilité concernant le débiteur et ses actifs. Ces tâches, dont certaines relèvent peut-être davantage de la liquidation que du redressement, seraient généralement les suivantes:

a) Représenter la masse de l'insolvabilité[3];

b) Avoir capacité exclusive pour agir en demande et en défense au nom de la masse de l'insolvabilité;

c) Prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver et maintenir dans un état raisonnable tout actif compris dans la masse de l'insolvabilité;

d) Inscrire les droits de la masse (lorsque l'inscription est nécessaire pour rendre ces droits opposables aux acquéreurs de bonne foi);

e) Engager les comptables, avocats, experts et autres spécialistes dont il peut avoir besoin pour l'aider à s'acquitter de sa mission;

f) Entendre le débiteur et toute personne ayant traité avec ce dernier afin de déterminer la situation financière du débiteur et d'établir l'existence, l'emplacement, l'importance et l'état de tout actif qui, selon lui, devrait entrer dans la masse de l'insolvabilité;

g) Demander au tribunal de prendre une ordonnance obligeant toute personne à remettre un actif compris dans la masse de l'insolvabilité ou empêchant toute personne de disposer d'un actif compris dans cette masse;

h) Examiner et admettre les créances et établir un relevé des créances admises et des créances contestées;

i) Répondre aux demandes raisonnables d'informations concernant la masse de l'insolvabilité ou son administration, sauf restriction imposée par le tribunal;

j) Présenter au tribunal des rapports périodiques décrivant en détail la conduite de la procédure. Les rapports devraient contenir, par exemple, des précisions sur les actifs vendus pendant la période considérée, notamment les prix obtenus, les frais de vente, ainsi que les informations que le tribunal pourra demander ou que le comité des créanciers pourra raisonnablement demander; les recettes et les paiements; et les actifs restant à administrer;

k) Assister aux réunions des créanciers et du comité des créanciers et faire rapport aux créanciers sur la gestion de la masse de l'insolvabilité. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier les éléments devant figurer dans ces rapports;

l) Vendre les actifs compris dans la masse de l'insolvabilité au meilleur prix pouvant être raisonnablement obtenu sur le marché;

m) Liquider la masse de manière rapide, efficace et au mieux des intérêts des différentes parties concernées;

n) Présenter au tribunal un rapport et un compte finals concernant l'administration de la masse de l'insolvabilité.

b) *Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité*

174. Dans certains pays, le tribunal choisit, nomme et supervise le représentant de l'insolvabilité. Dans d'autres, un bureau ou un institut distinct sélectionne l'intéressé sur instruction du tribunal et assume des fonctions de tutelle sur tous les représentants de l'insolvabilité. Cette approche que les lois sur l'insolvabilité adoptent de plus en plus souvent, permet à l'autorité de nomination indépendante de faire appel à des professionnels qui auront les compétences et les connaissances nécessaires pour examiner les circonstances de chaque cas — qu'il s'agisse de la nature des activités commerciales ou autres du débiteur; du type d'actifs; du marché sur lequel l'entreprise débitrice exerce ou a exercé ses activités; des connaissances spéciales nécessaires pour comprendre les affaires du débiteur; ou d'autres aspects particuliers. Une troisième approche consiste à laisser les créanciers intervenir en recommandant et en sélectionnant le représentant de l'insolvabilité à nommer, à condition que cette personne ait les qualifications requises pour remplir cette fonction dans le cas considéré. Le recours à une autorité de nomination indépendante ou au comité des créanciers pour la désignation du représentant peut aider à éviter toute impression de partialité et contribue à alléger le lourd travail de surveillance qui incombe aux tribunaux. Le choix d'une autorité de nomination indépendante dépendra de l'existence d'un organe approprié disposant des ressources et de l'infrastructure nécessaires pour exercer les fonctions requises.

[3]Pour une définition du terme "masse de l'insolvabilité" dans le présent Guide, voir le glossaire et la sect. III.A, Masse de l'insolvabilité.

Absence d'actifs

175. Dans les cas où il n'y a pas d'actifs pour financer l'administration de la procédure d'insolvabilité, il peut être nécessaire d'imaginer un mécanisme pour déterminer ce qu'il doit advenir de cette procédure. Les lois de certains pays prévoient son annulation immédiate après le constat de l'absence d'actifs par le tribunal, d'autres disposent qu'aucune mesure ne doit être prise, d'autres encore prévoient un mécanisme de nomination d'un représentant de l'insolvabilité.

176. Dans ce dernier cas de figure, le représentant de l'insolvabilité peut être un agent de l'État ou un professionnel de l'insolvabilité choisi sur un registre, ce qui a pour but d'assurer une répartition équitable et ordonnée de toutes les affaires d'insolvabilité, qu'il y ait ou non absence d'actifs. En l'absence d'actifs, l'administration de la masse est financée par l'État. Un inconvénient éventuel du système de registre, du moins lorsque les actifs sont insuffisants pour financer l'administration de la procédure est qu'il ne garantit pas la nomination de la personne la plus qualifiée pour l'affaire considérée. Tout dépendra bien entendu de la manière dont le registre est établi ainsi que des qualifications requises pour que les professionnels de l'insolvabilité y figurent. Cet inconvénient n'apparaît peut-être pas aussi grave lorsqu'il n'y a pas d'actifs.

c) *Qualifications*

177. Le représentant de l'insolvabilité retenu peut provenir de différents milieux, tels que le monde des affaires, un organisme public spécialisé ou un groupe privé de personnes qualifiées. Une question connexe est de savoir s'il doit être une personne physique ou si une personne morale peut éventuellement être admise à cette fonction. Quelles que soient les modalités de désignation, il est préférable, vu la complexité de nombreuses procédures d'insolvabilité, que le représentant de l'insolvabilité connaisse la loi, soit impartial et ait une expérience suffisante des questions commerciales et financières. Si des connaissances supplémentaires ou plus spécialisées sont nécessaires, il peut toujours être fait appel à des experts. Il peut être souhaitable que le représentant de l'insolvabilité possède, outre les connaissances requises, certaines qualités personnelles, par exemple être une personne compétente et capable pour remplir les différentes obligations fiduciaires qui lui incombent.

178. La question de la qualification du représentant de l'insolvabilité est abordée de diverses manières. Certains pays exigent: des qualifications professionnelles et des examens; l'obtention d'une licence, auquel cas celle-ci est délivrée par un organisme public ou professionnel; des stages de formation spécialisée et des examens de certification; et un certain niveau d'expérience (généralement spécifié en années) dans les domaines pertinents, par exemple dans les finances et le commerce [*autres?*].

179. Pour l'établissement des procédures et des conditions de nomination, il est souhaitable de trouver le juste milieu entre des conditions trop strictes, qui conduisent à désigner une personne hautement qualifiée mais risquent de limiter considérablement le nombre de professionnels considérés comme suffisamment qualifiés et d'accroître le coût de la procédure, et des conditions trop souples pour garantir la qualité du service requis.

180. Les conflits d'intérêts découlant de relations antérieures avec le débiteur, un créancier, un membre du tribunal, voire un concurrent du débiteur, peuvent dans certains pays constituer une raison suffisante pour empêcher la nomination d'une personne en qualité de représentant de l'insolvabilité. Afin d'accroître la transparence, la prévisibilité et l'intégrité du système d'insolvabilité, on devrait faire obligation à un représentant de l'insolvabilité potentiel de révéler les circonstances de nature à entraîner un tel conflit ou à compromettre son indépendance.

d) *Obligation de diligence*

181. Le degré de diligence dont le représentant de l'insolvabilité doit faire preuve et sa responsabilité personnelle sont des éléments importants pour la conduite de la procédure d'insolvabilité. Le représentant de l'insolvabilité joue un rôle de fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions, que ce soit en qualité d'auxiliaire de justice lorsqu'il est nommé par le tribunal ou d'une autre manière. De ce fait, il peut être tenu pour responsable en cas de manquement à ces obligations. Afin de déterminer le degré de prudence, de diligence et de compétence requis, on doit établir un critère qui tienne compte des difficultés que le représentant de l'insolvabilité rencontre dans l'accomplissement de ses tâches.

182. Pour ce faire, différentes approches peuvent être adoptées, bien que le critère qui sera retenu dépende des modalités de nomination et de la qualité du représentant de l'insolvabilité (par exemple, s'il est un agent de l'État — *cette question devra être examinée plus avant*). On peut décider de ne pas imposer au représentant de l'insolvabilité de critère plus strict que celui auquel le débiteur solvable doit en principe satisfaire dans le cours normal de ses activités, à savoir faire preuve de la prudence que l'on attend d'une personne à cette fonction. Certains pays peuvent toutefois exiger un degré de prudence supérieur car le représentant de l'insolvabilité s'occupe des actifs d'un tiers et non des siens. Ou bien, on pourrait partir du principe que le représentant de l'insolvabilité agira de bonne foi à des fins légitimes. [*Note au Groupe de travail: Y a-t-il là une véritable différence ou est-ce une question purement sémantique?*] Une troisième possibilité serait de fixer un seuil en deçà duquel il y aurait négligence. Il est souhaitable que le critère applicable garantisse que le représentant de l'insolvabilité exerce ses fonctions avec compétence, mais qu'il ne soit pas strict au point d'encourager des actions en justice contre lui et d'augmenter le coût de ses services.

183. Pour ce qui est de la question du coût on pourrait exiger que le représentant de l'insolvabilité dépose une caution ou prenne une assurance pour couvrir tout manquement à ses obligations. Il se peut toutefois que cette solution ne soit pas proposée dans tous les pays. Il peut être souhaitable de trouver une solution permettant à la fois de maîtriser le coût du service et de répartir les risques liés

à la procédure entre les participants, au lieu de les faire retomber entièrement sur le représentant de l'insolvabilité au motif qu'il a une assurance responsabilité civile personnelle.

184. Lorsque la masse subit des pertes en raison d'actes commis par les employés ou mandataires du représentant de l'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité doit peut-être aborder le problème de la responsabilité de ce dernier dans pareil cas. Certaines lois prévoient que le représentant de l'insolvabilité n'est pas tenu pour personnellement responsable, sauf s'il n'a pas exercé un contrôle suffisant dans l'accomplissement de ses tâches.

185. Dans certaines lois, le tribunal doit autoriser le représentant de l'insolvabilité à faire appel aux comptables, avocats, experts et autres spécialistes dont il peut avoir besoin pour s'acquitter de ses fonctions. Dans d'autres, une telle autorisation n'est pas requise. Il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité fixe des critères pour le recrutement de ces spécialistes en définissant le niveau d'expérience, de connaissances et de renommée requis et en exigeant que leurs services soient bénéfiques pour la masse. Pour ce qui est de leur rémunération, certaines lois prévoient qu'une demande doit être adressée à cet effet au tribunal pour qu'il l'approuve; une autre approche consisterait à demander l'accord de l'ensemble des créanciers. Les spécialistes peuvent être rémunérés à intervalles périodiques pendant la procédure, ou être tenus d'attendre l'achèvement de celle-ci.

e) *Remplacement ou révocation*

186. En cas de décès, de démission ou de révocation du représentant de l'insolvabilité, on peut éviter des perturbations éventuelles dans la procédure et les contretemps pouvant être occasionnés par l'incapacité de trouver un remplaçant en prévoyant la nomination d'un successeur. Suivant les lois, le représentant de l'insolvabilité peut être relevé de ses fonctions dans certains cas, notamment s'il a manqué ou s'est soustrait à ses obligations légales en vertu du droit de l'insolvabilité ou a fait preuve d'incompétence ou de négligence caractérisées. En fonction de l'approche retenue, la révocation peut intervenir sur décision du tribunal, agissant d'office ou à la demande d'une partie intéressée, ou sur décision prise par une majorité déterminée de créanciers chirographaires. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit la révocation du représentant de l'insolvabilité, elle doit peut-être aussi régler les questions liées au remplacement et à la succession en ce qui concerne soit la propriété soit le contrôle (selon le cas) des actifs de la masse (voir sect. III.A., Masse de l'insolvabilité).

2. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité: résumé et recommandations

1. Les dispositions relatives aux droits et obligations du représentant de l'insolvabilité ont pour objet:

a) De définir les fonctions de la personne qui jouera un rôle central dans l'application de la loi sur l'insolvabilité;

b) D'établir un mécanisme pour la nomination des représentants de l'insolvabilité et d'indiquer les qualifications requises à cette fin;

c) De prévoir la responsabilité, la révocation et le remplacement des professionnels de l'insolvabilité;

d) [...].

2. Un représentant de l'insolvabilité peut être nommé:

a) Par le tribunal, à titre provisoire, pour la période s'écoulant entre le dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure et l'ouverture de la procédure;

b) [Par le tribunal] [par une autorité de nomination indépendante] [sur recommandation du comité des créanciers] à l'ouverture de la procédure.

3. Un représentant de l'insolvabilité devrait posséder certaines qualifications et qualités personnelles, par exemple être une personne compétente et capable pour s'acquitter des obligations fiduciaires incombant à un représentant de l'insolvabilité, être indépendant et impartial, bien connaître le droit commercial pertinent et avoir une expérience en matière commerciale et en gestion.

4. Un représentant de l'insolvabilité potentiel devrait être tenu de révéler les circonstances pouvant entraîner un conflit d'intérêts ou compromettre son indépendance.

5. Les tâches [fonctions] [droits et obligations] du représentant de l'insolvabilité concernant la procédure de liquidation et la procédure de redressement devraient être clairement spécifié(e)s dans la loi.

6. Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter de la responsabilité du représentant de l'insolvabilité en cas d'inexécution de ses [tâches] [fonctions].

7. Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter du remplacement et de la révocation du représentant de l'insolvabilité. Ce dernier peut être révoqué par le tribunal à la demande des créanciers ou du comité des créanciers ou encore d'office pour des raisons telles que l'incompétence ou la négligence ou pour ne pas avoir fait preuve de la diligence voulue dans l'accomplissement de ses tâches.

8. En cas de décès, démission ou révocation du représentant de l'insolvabilité, une loi sur l'insolvabilité devrait prévoir la nomination d'un remplaçant. Si le représentant de l'insolvabilité est investi d'un droit de propriété sur la masse, la loi devrait prévoir la nomination d'un successeur à qui sera confié(e) [la propriété] [le contrôle] des actifs de la masse.

C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Remarques générales

187. La poursuite des activités de l'entité insolvable est essentielle à son redressement et, dans une moindre mesure,

à sa cession en tant qu'entreprise viable dans le cadre de la liquidation. Pour continuer ses activités, il faut que le débiteur dispose de liquidités pour payer les biens et les services qui lui sont indispensables. Lorsqu'il n'a pas de fonds disponibles pour faire face à ses besoins immédiats de trésorerie, la loi sur l'insolvabilité peut admettre la nécessité d'un prêt postérieur à l'ouverture de la procédure, l'autoriser et en prévoir le remboursement à titre prioritaire. La question majeure réside dans la portée d'une telle faculté, notamment les incitations que le représentant de l'insolvabilité peut offrir à un créancier éventuel en vue d'obtenir un crédit. Dans la mesure où la solution adoptée influe sur les droits des créanciers garantis qui se sont déjà fait connaître ou de ceux qui détiennent un droit réel sur les actifs antérieur dans le temps, il est souhaitable que les dispositions relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure soient mises en balance avec le principe général du soutien à apporter aux transactions commercialement avantageuses ainsi qu'avec la nécessité de protéger les droits et priorités des créanciers et de réduire au minimum les effets préjudiciables sur l'offre de crédit, en particulier de crédit garanti.

188. Quelques catégories seulement de prêteurs sont susceptibles d'accorder un financement après l'ouverture de la procédure. La première est celle des prêteurs d'avant l'insolvabilité qui sont en relation continue avec le débiteur et son entreprise et peuvent avancer d'autres fonds pour accroître les chances de recouvrement de leurs créances existantes et éventuellement obtenir une valeur supplémentaire du fait des taux supérieurs appliqués aux nouveaux prêts. La seconde est celle des prêteurs qui n'ont pas eu de relation avec l'entreprise avant l'insolvabilité et ont sans doute pour seule motivation la possibilité de rendements élevés. L'incitation pour les deux types de prêteurs est la certitude qu'un traitement spécial sera accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Pour les prêteurs d'avant l'insolvabilité, il existe d'autres incitations comme la continuité de la relation avec le débiteur et son entreprise et la garantie que les conditions des prêts consentis avant l'ouverture de la procédure ne seront pas changées.

189. Il y a différents moyens d'attirer des crédits après l'ouverture de la procédure et d'en garantir le remboursement, par exemple constituer une sûreté sur un bien non grevé ou une sûreté de deuxième rang sur un bien grevé. Lorsque cette solution n'est pas suffisante ou ne peut être proposée, certaines lois sur l'insolvabilité accordent au prêteur une priorité de remboursement sur les autres créanciers. Il peut s'agir d'un privilège d'administration (voir ci-dessous sect. V.A., Ordre à établir aux fins de la répartition), qui accorde une priorité de remboursement sur l'ensemble des créanciers chirographaires, mais non sur un créancier garanti par rapport à la valeur de sa garantie, ou encore d'un "superprivilège" d'administration, autrement dit d'une priorité sur les créanciers titulaires de créances d'administration. Une autre solution est de donner priorité aux prêteurs avançant des fonds après l'ouverture de la procédure sur tous les créanciers, y compris les créanciers garantis (on parle parfois de "superprivilège"). Dans les pays qui le reconnaissent, ce type de priorité est rarement accordé sans le consentement des créanciers garantis qui perdront la priorité. La décision d'obtenir un prêt en échange d'un tel privilège ne peut donc pas être prise uniquement par le tribunal, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers chirographaires. Dans certains systèmes juridiques, toutes ces options sont disponibles.

190. L'obtention d'un crédit fournisseur sans constitution d'une sûreté est essentielle dans tous les cas où elle permet à l'entreprise de poursuivre ses activités. De nombreuses lois autorisent le représentant de l'insolvabilité à obtenir un crédit non garanti sans l'approbation du tribunal ou des créanciers, alors que d'autres exigent une telle approbation dans certaines circonstances. S'agissant de l'octroi des différents types de privilèges, tels que le privilège d'administration, certaines lois laissent au représentant de l'insolvabilité le soin de les approuver, alors que d'autres exigent dans certains cas l'agrément du tribunal ou des créanciers.

191. Questions à traiter:

[*A/CN.9/504, par. 126:[...] On a estimé qu'il fallait faire une distinction, du point de vue de l'octroi d'un financement, entre les différentes étapes de la procédure de redressement, telles que période postérieure à la demande, période antérieure au plan et période postérieure au plan, seule cette dernière étant couverte par le plan. Il a été demandé si la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure pourrait aussi être valable dans le cas de la vente d'une entreprise en liquidation.*]

2. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure: résumé et recommandations

1. Les dispositions relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure ont pour objet de: [...].

2. Une loi sur l'insolvabilité devrait admettre la nécessité d'un prêt postérieur à l'ouverture de la procédure et l'autoriser tant dans la procédure de liquidation, lorsque l'entreprise doit être vendue en tant qu'entreprise viable, que dans la procédure de redressement.

3. Si le représentant de l'insolvabilité considère qu'un prêt supplémentaire est nécessaire pour le maintien du débiteur ou la continuation de son activité, [le représentant de l'insolvabilité] [le débiteur] peut obtenir le prêt nécessaire et constituer des sûretés sur ses biens.

4. Pour faciliter l'octroi d'un prêt, la loi sur l'insolvabilité peut permettre au représentant de l'insolvabilité d'accorder au créancier postérieur à l'ouverture de la procédure une priorité de remboursement sur le paiement soit des créanciers chirographaires (privilège d'administration) soit des dépenses d'administration (superprivilège d'administration).

5. Une sûreté constituée sur les actifs du débiteur en vue d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure n'a pas la priorité sur une sûreté existante constituée sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient du titulaire de la sûreté existante un accord écrit à cet effet.

D. Comité des créanciers

1. Remarques générales

192. Les créanciers ont d'importants intérêts en jeu dans l'entreprise une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. En règle générale, ces intérêts sont protégés par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité. Cependant, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité pour les créanciers d'intervenir directement dans la procédure de différentes manières et pour plusieurs raisons. En tant que parties intéressées au premier chef par l'issue de la procédure, les créanciers risquent de perdre confiance dans une procédure où des décisions essentielles sont prises sans qu'ils soient consultés et par des personnes pouvant être considérées comme ayant une expérience, des compétences ou une indépendance limitées. En outre, ils sont souvent bien placés pour fournir des conseils et une aide concernant les activités du débiteur ou pour surveiller les faits et gestes du représentant de l'insolvabilité, ce qui permet de parer aux fraudes, aux abus et à des frais administratifs excessifs.

193. Lorsque les créanciers sont nombreux, la constitution d'un comité des créanciers peut être un moyen de faciliter leur participation à l'administration de la procédure, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement.

a) *Participation des créanciers au processus de décision*

194. Les créanciers peuvent participer à des degrés divers au processus de décision dans le cadre de la procédure. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité prend toutes les décisions clefs sur des questions générales non sujettes à contestation en matière d'administration et de liquidation, les créanciers jouant un rôle minime et n'exerçant guère d'influence. Une telle approche peut être efficace lorsque la procédure est conduite par un représentant de l'insolvabilité chevronné car elle permet d'éviter que les dispositions à prendre en vue de la participation des créanciers n'occasionnent des retards ou frais. Elle peut s'appuyer sur un régime d'insolvabilité dans lequel la procédure et l'intervention des différentes parties prenantes sont strictement réglementées.

195. D'autres approches permettent aux créanciers de participer davantage aux procédures. Dans certaines lois, ils peuvent, en cas de liquidation, choisir et remplacer le représentant de l'insolvabilité, mais aussi approuver la poursuite temporaire des activités de l'entreprise par celui-ci, la vente privée des actifs et la conversion de la procédure de liquidation en procédure de redressement. En matière de redressement, ils accomplissent parfois certaines tâches telles que surveiller les activités de l'entreprise (dans le cas où le système permet au débiteur de continuer à exercer un certain contrôle après l'ouverture de la procédure) et du représentant de l'insolvabilité, ainsi que proposer et approuver le plan de redressement. Ils peuvent aussi demander ou recommander l'intervention du tribunal, par exemple recommander la conversion du redressement en liquidation ou encore l'engagement par les créanciers d'une action en annulation. S'agissant des frais, les créanciers peuvent aussi jouer un rôle en contrôlant la rémunération du représentant de l'insolvabilité.

196. En cas de liquidation, bien que d'une manière générale il ne soit peut-être pas important que les créanciers interviennent dans la procédure ou participent à la prise de décision, il est souhaitable de leur laisser la possibilité d'être impliqués, car ils peuvent être une source précieuse d'avis autorisés et d'informations sur l'entreprise débitrice, en particulier lorsque celle-ci doit être vendue en tant qu'entreprise viable. Il peut être également souhaitable de faire rapport aux créanciers sur le déroulement de la liquidation pour qu'ils aient confiance dans la procédure et pour assurer la transparence de cette dernière. En cas de redressement, la contribution des créanciers est à la fois utile et nécessaire, car c'est d'eux que dépendra généralement le succès de la procédure.

197. Pour tenir compte de la nature et de l'importance de l'insolvabilité, il peut être souhaitable qu'une loi adopte une approche souple en ce qui concerne les fonctions que devrait exercer le comité des créanciers au lieu de spécifier lesdites fonctions dans chaque cas. D'une manière générale, le comité pourrait exercer une fonction consultative dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. De plus, il peut exercer des fonctions définies en ce qui concerne l'élaboration du plan de redressement et, en cas de liquidation, la vente d'actifs importants, ainsi que participer au processus de décision sur demande du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal.

198. Une question importante qu'il est peut-être nécessaire d'examiner lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise les créanciers à participer activement à la procédure est de savoir comment surmonter l'apathie de ces créanciers et les encourager à participer. La loi sur l'insolvabilité peut régler cette question, d'une part, en conciliant les différents intérêts des parties prenantes (voir, par exemple, sect. IV.A, Droits et obligations du débiteur, par. 152 à 160) et, d'autre part, grâce à des mesures particulières ayant trait notamment à la sélection des membres du comité (voir par. 199 à 206 ci-dessous).

b) *Composition du comité des créanciers*

199. La composition du comité des créanciers peut faire l'objet de différentes approches. Bien qu'en règle générale les comités de créanciers ne représentent que les créanciers chirographaires, certaines lois admettent que, dans certains cas, la constitution d'un comité distinct de créanciers garantis se justifie. Cette approche se fonde sur le fait que les intérêts des différentes catégories de créanciers ne convergent pas forcément et que la faculté laissée aux créanciers garantis de participer aux processus décisionnels du comité et d'en influencer éventuellement l'issue n'est pas nécessairement opportune et ne sert pas toujours les intérêts des autres créanciers.

200. D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient une représentation des deux catégories de créanciers au sein du même comité. Le raisonnement est le suivant: puisque le comité des créanciers est chargé de participer au processus décisionnel et de prendre des décisions importantes, les

créanciers garantis devraient être représentés, sous peine de se trouver exclus de la prise de décisions importantes pouvant avoir des répercussions sur leurs intérêts. Selon une autre approche, la loi sur l'insolvabilité ne préciserait pas quels créanciers devraient être représentés dans un cas particulier, mais autoriserait les créanciers à choisir leurs propres représentants sur la base du consentement à y siéger (pour résoudre le problème de l'apathie des créanciers, ce qui n'est pas rare) et prévoirait l'élargissement ou la réduction dudit comité, selon les besoins. Lorsque les catégories de créanciers devant être représentées sont trop diverses pour que leurs intérêts soient pris en compte au sein d'un seul comité, comme cela peut être le cas de groupes d'intérêts particuliers, tels que les titulaires de créances fondées sur la responsabilité quasi délictueuse et les actionnaires, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir la constitution de différents comités pour représenter ces différents intérêts. Il est cependant souhaitable que cette possibilité ne soit utilisée que dans des cas particuliers, de manière à éviter des dépenses et un mécanisme de représentation trop compliqué.

201. La participation des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise débitrice ainsi que des créanciers ayant un lien avec le débiteur peut prêter à controverse, notamment lorsque le comité des créanciers est à même d'influer sur les droits des créanciers garantis ou lorsque les actionnaires ou les propriétaires interviennent dans la gestion de l'entreprise. Dans certains cas, toutefois, les actionnaires ne connaissent pas directement la gestion de l'entreprise débitrice ou n'y participent pas de près, par exemple lorsqu'il s'agit d'investisseurs qui ne sont pas directement associés à la gestion ou n'y ont pas accès directement. Il peut alors y avoir des raisons impérieuses d'autoriser les actionnaires de participer par l'intermédiaire de leur propre comité.

202. On peut également s'interroger sur la participation des parties qui achètent les créances aux créanciers. Ces acheteurs peuvent avoir un lien avec le débiteur ou être des tiers n'ayant aucun intérêt particulier dans l'entreprise débitrice. L'achat de créances par des tiers peut poser le problème de l'accès à des informations sensibles et confidentielles susceptibles d'avoir une valeur sur le marché secondaire des créances, tandis que dans le cas d'un achat par des initiés, la question est de savoir si l'acheteur est fondé à réclamer la valeur nominale initiale de la créance ou uniquement le montant effectivement payé pour l'acquérir.

203. Afin de parer à tout problème potentiel, la loi sur l'insolvabilité pourrait indiquer expressément quelles parties ne sont pas fondées à siéger dans un comité des créanciers ou à voter pour l'approbation d'un plan de redressement.

c) *Constitution du comité des créanciers*

204. Lorsque la loi prévoit la création d'un comité des créanciers, elle en précise souvent les modalités de constitution, le domaine d'activité, les attributions et le mode de fonctionnement, y compris des questions telles que les droits de vote, le quorum et le déroulement des réunions, ainsi que le remplacement des membres. Il sera peut-être souhaitable d'inclure de telles dispositions dans une loi sur l'insolvabilité non seulement pour éviter les litiges et garantir la confidentialité, mais aussi pour assurer la transparence et la prévisibilité des procédures.

205. Pour faciliter le bon fonctionnement et le contrôle du comité, certaines lois sur l'insolvabilité spécifient le nombre de ses membres — en règle générale, un nombre impair pour permettre un vote majoritaire. Lorsque le comité ne représente que des créanciers chirographaires, la qualité de membre est parfois réservée aux principaux créanciers de cette catégorie. On peut identifier ces créanciers de différentes manières, notamment en demandant aux dirigeants de l'entreprise débitrice d'établir la liste des créanciers en question. Pour garantir l'égalité de traitement, il peut être souhaitable que certaines catégories de créanciers, tels que ceux dont les créances n'ont pas encore été approuvées et les créanciers étrangers, soient admis à siéger au sein du comité.

206. Il y a plusieurs manières de sélectionner les membres du comité. L'une d'elles est de confier leur nomination au représentant de l'insolvabilité, au tribunal ou à un autre organe agréé. Cette méthode peut donner une impression de partialité et de manque d'équité et de transparence. Les créanciers risquent de ne pas avoir confiance dans un système qui ne les encourage pas ou ne les autorise pas à intervenir dans la sélection de leurs propres représentants et qui n'aide pas nécessairement à résoudre le fréquent problème de l'apathie des créanciers. Une autre méthode, qui peut à la fois inspirer confiance aux créanciers et les encourager à participer à la procédure, est de les autoriser à choisir eux-mêmes les membres du comité.

207. Il peut être souhaitable de contrôler le comité pour veiller à ce qu'il s'acquitte de la responsabilité qui est la sienne de représenter équitablement les créanciers. Cette tâche pourrait être confiée au représentant de l'insolvabilité.

d) *Obligations du comité des créanciers*

208. Le comité des créanciers peut être chargé d'exercer plusieurs fonctions notamment suivre le déroulement de l'affaire, mener des consultations avec les autres parties prenantes, en particulier le représentant de l'insolvabilité et la direction de la société débitrice, et informer le représentant de l'insolvabilité des desiderata de l'ensemble des créanciers sur des questions telles que la vente d'actifs importants et l'élaboration du plan de redressement. Pour s'acquitter de ses fonctions, le comité peut avoir besoin d'une assistance administrative et spécialisée. À cette fin, on peut lui donner la possibilité de demander au représentant de l'insolvabilité l'autorisation de recruter un(e) secrétaire et, si les circonstances l'exigent, des consultants et des spécialistes dont les services seront imputés sur la masse de l'insolvabilité.

209. Le comité a des obligations envers l'ensemble des créanciers, mais il n'a pas de comptes à rendre ni d'obligation fiduciaire à l'égard des propriétaires de l'entreprise insolvable. Il peut être souhaitable d'exiger qu'il agisse de bonne foi et d'exonérer ses membres de toute responsabi-

lité pour des actes qu'ils ont accomplis et des décisions qu'ils ont prises en cette qualité, sauf si l'on constate qu'ils ont agi indûment ou ont manqué à une obligation fiduciaire envers les créanciers qu'ils représentent. En ce qui concerne le niveau de responsabilité du comité, il faut peut-être trouver un juste milieu entre un niveau trop élevé qui favorisera l'apathie des créanciers et de fait les découragera de participer à la procédure et un niveau trop bas qui pourrait donner lieu à des abus et empêcher le comité d'exercer efficacement sa fonction de représentation.

e) *Modalités de vote des créanciers*

210. Lorsque les mesures devant être prises dans le cadre de la procédure auront des conséquences non négligeables pour l'ensemble des créanciers, il est souhaitable que tous les créanciers (et pas seulement le comité des créanciers) aient le droit d'être avisés de ces mesures et d'exprimer leur opinion sur elles par un vote. Ces mesures peuvent être l'élection du représentant de l'insolvabilité lorsque la loi confie cette tâche aux créanciers; l'approbation du plan de redressement; et d'autres actes importants tels que la vente d'actifs essentiels. Différentes approches peuvent être adoptées à cet égard, en fonction de la nature de la question en jeu. Selon certaines lois, le vote doit avoir lieu en personne au cours d'une réunion de créanciers; selon d'autres, lorsque les créanciers sont nombreux ou qu'ils ne résident pas sur place, le vote peut avoir lieu par correspondance ou par procuration. Il peut également être souhaitable d'admettre le vote par voie électronique.

211. Diverses approches sont adoptées pour ce qui est du mode de scrutin requis pour lier les créanciers à différentes décisions. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent une majorité renforcée — des trois quarts ou des deux tiers — des créanciers (calculée en valeur des créances) pour lier l'ensemble des créanciers *[à quels types de décisions?*]. Une autre approche est d'exiger un vote à la majorité des créanciers votants ainsi qu'une majorité renforcée calculée en fonction de la valeur des créances.

212. Dans d'autres cas, la loi sur l'insolvabilité établit une distinction entre différents types de décisions. Certaines lois exigent une majorité en valeur pour la plupart des décisions et un vote majoritaire en valeur et en nombre pour des décisions telles que l'élection ou la révocation du représentant de l'insolvabilité ou encore le recrutement d'un spécialiste particulier par ce dernier. D'autres lois disposent qu'une majorité simple suffit pour des questions telles que l'élection ou la révocation du représentant de l'insolvabilité. D'autres lois encore prévoient que certaines questions doivent être approuvées à la fois par les créanciers garantis et par les créanciers chirographaires: les créanciers garantis participeront uniquement au vote sur des questions déterminées, comme la sélection du représentant de l'insolvabilité et les questions qui touchent leur sûreté.

2. Comité des créanciers: résumé et recommandations

1. Les dispositions relatives au comité des créanciers ont pour objet de: [...].

2. Lorsque le débiteur a de nombreux créanciers, un comité des créanciers peut être nommé pour faciliter la conduite de la procédure d'insolvabilité. Ce comité représentera généralement les créanciers [chirographaires] [et garantis]. Lorsque les intérêts des créanciers ne peuvent être dûment représentés dans un seul comité, différents comités peuvent être nommés.

3. Dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, le comité des créanciers devrait exercer une fonction consultative générale en fournissant des conseils et une aide spécialisés au représentant de l'insolvabilité. En plus de sa fonction consultative générale, il devrait jouer un rôle central dans des domaines définis, y compris l'élaboration du plan de redressement, la vente d'actifs importants et autres, à la demande du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal.

4. Afin de s'acquitter plus facilement des fonctions mentionnées au paragraphe 2, le comité des créanciers, sous réserve de l'approbation du représentant de l'insolvabilité, peut faire appel à des consultants spécialisés qui seraient rémunérés sur les actifs de la masse de l'insolvabilité.

5. Les membres du comité des créanciers, en tant que comité représentatif, devraient être choisis par les créanciers sur la base du consentement à y siéger. La loi sur l'insolvabilité peut disposer que le comité des créanciers devrait se composer d'un nombre maximal spécifié, de préférence impair, de créanciers non titulaires [et titulaires] d'une sûreté [avec possibilité d'augmenter ou de réduire le comité selon les besoins de la procédure particulière]. [Les membres du comité pourraient être sélectionnés par un vote majoritaire des créanciers assistant à une réunion de créanciers, le calcul de la majorité se faisant à partir de critères tels que la valeur des créances et le nombre de créanciers.]

6. Les membres du comité devraient avoir l'obligation d'agir de bonne foi. Ils devraient être exonérés de toute responsabilité pour les actes qu'ils ont accomplis ès qualités sauf si l'on constate, par exemple, qu'ils ont agi de manière frauduleuse ou ont manqué à leur obligation fiduciaire envers les créanciers. Le comité des créanciers ne devrait avoir aucune obligation fiduciaire à l'égard des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise débitrice.

7. Lorsque le comité des créanciers est tenu de prendre une décision sur une question quelle qu'elle soit, chaque membre devrait disposer d'une voix et les décisions du comité devraient être prises à la majorité.

8. Un vote de l'ensemble des créanciers est requis pour [...].

E. Créances des créanciers et traitement à leur accorder

1. Remarques générales

213. Les intérêts en jeu dans une procédure d'insolvabilité sont à la fois nombreux et antagoniques. Les créan-

ciers ont pour la plupart acquis cette qualité du fait qu'ils ont noué une relation juridique et contractuelle avec le débiteur avant l'insolvabilité. Il y a cependant des créanciers qui n'ont pas conclu de tels arrangements avec le débiteur; c'est le cas par exemple de l'administration fiscale (qui interviendra souvent dans la procédure d'insolvabilité) et des titulaires de créances fondées sur la responsabilité quasi délictuelle (dont la participation sera généralement moins fréquente).

214. Les droits de ces créanciers seront régis par plusieurs lois différentes. Si de nombreux créanciers sont sur un pied d'égalité du fait qu'ils détiennent des types de créances fondées sur des droits légaux ou contractuels similaires, d'autres peuvent avoir des créances ou des droits supérieurs. Même les créanciers d'une même catégorie ont des droits rivaux, comme c'est le cas des créanciers titulaires d'une sûreté de rang supérieur par rapport aux autres créanciers garantis. C'est pourquoi les lois sur l'insolvabilité classent généralement les créanciers en fonction de leurs créances, ce qui n'est pas incompatible avec le principe de l'égalité de traitement. Lorsqu'on classe les créanciers par catégories, il convient à la fois de concilier les droits légaux et commerciaux des créanciers compte tenu des principes d'équité et du caractère commercialement raisonnable de leur situation respective, d'assurer un traitement équitable, de sauvegarder les intérêts commerciaux légitimes et de favoriser la prévisibilité des relations commerciales. Toutefois, ces objectifs contradictoires ne peuvent être atteints que dans une certaine limite, la loi sur l'insolvabilité devant les concilier avec d'autres considérations d'ordre public. Lorsque ces intérêts généraux plus importants entrent en concurrence avec des intérêts particuliers, il peut en découler une distorsion des incitations commerciales normales. Quand la priorité est accordée à ces intérêts généraux et que l'égalité de traitement compte tenu du classement des créances n'est pas respectée, les considérations d'ordre public justifiant l'octroi d'une telle priorité devraient être clairement exposées dans la loi sur l'insolvabilité. En l'absence d'égalité de traitement, cette approche permettra au moins d'assurer une certaine transparence et une certaine prévisibilité pour ce qui est des créances et de la répartition.

215. Dans les procédures d'insolvabilité, les créances entrent en ligne de compte à deux niveaux, d'une part, pour déterminer quels créanciers peuvent voter et selon quelles modalités (en fonction de la catégorie à laquelle ils appartiennent) et, d'autre part, aux fins de la répartition. Les types de créances susceptibles d'être admises varient selon les lois. Certaines prévoient l'exclusion de certaines créances pour des raisons d'ordre public, par exemple les créances fiscales étrangères, les créances découlant d'une décision judiciaire obtenue frauduleusement, les amendes et les pénalités et les dettes de jeu (voir par. 246 à 249 ci-dessous sur les créances exclues). Afin de déterminer les rangs de priorité à respecter au moment de la répartition du produit de la liquidation de la masse, on se fonde généralement sur les catégories dans lesquelles ont été rangés les créanciers. Outre ces catégories, qui reposent sur les rapports juridiques et commerciaux entre le débiteur et ses créanciers, les principes directeurs concernant la répartition intègrent aussi très souvent des choix opérés en fonction d'intérêts généraux importants.

a) *Créanciers*

216. Les créanciers d'un débiteur insolvable sont généralement rangés dans trois catégories: les créanciers garantis, les créanciers privilégiés ou prioritaires et les créanciers chirographaires ou ordinaires. Dans certaines lois, les salariés constituent une catégorie à part.

i) Créanciers garantis

217. La plupart des lois sur l'insolvabilité établissent entre les créances assorties d'une sûreté et celles qui ne le sont pas une distinction qui dépend de la façon dont les sûretés sont traitées dans la procédure, en particulier pour ce qui est de l'application de la règle de la suspension des poursuites. Lorsque la loi prévoit que la sûreté dont est muni le créancier garanti peut être sortie de la masse, celui-ci ne détient plus de créance à moins qu'il n'ait remis sa sûreté ou qu'il ne soit pas totalement garanti (c'est-à-dire que la valeur de sa créance excède la valeur de sa sûreté) et souhaite demander un désintéressement pour la portion non garantie de sa créance. Lorsque la sûreté est conservée dans la masse dans l'optique d'une cession de l'entreprise comme entreprise viable ou dans celle d'un redressement, le créancier garanti détient une créance. Les créances des créanciers garantis peuvent être admises à titre provisoire quand des difficultés sont rencontrées pour déterminer avec précision la valeur de la sûreté à l'ouverture de la procédure (voir ci-dessous par. 240 sur les créances provisoires).

218. De nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent que les créanciers garantis ont le droit d'invoquer une créance de premier rang pour ce qui correspond à leur sûreté ou au produit de sa vente. Le mode de répartition applicable aux créanciers garantis dépend de la méthode employée pour les protéger durant la procédure. Si la sûreté a été protégée en préservant sa valeur, le créancier garanti aura généralement une créance de premier rang sur le produit de la vente de la sûreté à concurrence de la valeur de la créance garantie. Si la sûreté dont est muni le créancier a été protégée en fixant la valeur de la portion garantie de la créance au moment de l'ouverture de la procédure, le créancier aura généralement une créance de premier rang sur le produit de la liquidation à hauteur de cette valeur.

219. Dans d'autres lois, les créanciers garantis peuvent passer après les titulaires d'autres créances, telles que les créances salariales non acquittées, les créances fiscales, les créances environnementales et les créances de personnes ayant subi un préjudice corporel [*autres créances?*]. Il est souhaitable, néanmoins, que les exceptions de ce type à la règle du premier rang ne soient pas trop nombreuses afin que les perspectives de recouvrement du crédit garanti restent bonnes, ce qui est important pour encourager l'octroi de ce type de crédit et réduire les coûts qui y sont afférents. Les dépenses liées à la procédure d'insolvabilité peuvent donner lieu à un type différent d'exception à la règle du premier rang dont bénéficient normalement les créanciers garantis. Le produit net de la réalisation du bien grevé servant directement à le désintéresser, le créancier garanti, à la différence des créanciers chirographaires, ne contribuera pas à l'ensemble des dépenses découlant de la procédure d'insolvabilité. Il pourra, cependant, contribuer à

d'autres dépenses directement liées à celle-ci, telles que les dépenses d'administration encourues pour le maintien de la valeur de la sûreté. Si le représentant de l'insolvabilité a engagé des dépenses à cet effet, il paraît raisonnable qu'elles soient considérées comme des dépenses d'administration, et donc déduites. Une exception peut aussi être faite dans le cas des priorités prévues pour les moyens de financement accordés après l'ouverture de la procédure, lorsque l'effet de ces priorités sur les intérêts des créanciers garantis devait être clair au moment de l'obtention du financement, d'autant plus que celui-ci peut avoir été approuvé par les créanciers garantis. [*Autres raisons?*]

ii) Créances d'administration

220. La procédure d'insolvabilité nécessite, dans bien des cas, l'assistance de professionnels, tels que le représentant de l'insolvabilité et les conseillers du débiteur ou du représentant de l'insolvabilité. Des dépenses peuvent être encourues par les comités de créanciers ainsi qu'aux fins de l'exploitation de l'entreprise et de l'exécution de la procédure d'insolvabilité, y compris pour le règlement d'un grand nombre, voire de la totalité, des créances nées après l'ouverture de la procédure, comme les créances des salariés, les loyers et créances analogues. Ces dépenses afférentes à la procédure d'insolvabilité bénéficient souvent de la priorité absolue — en tant que créances d'administration — sur les créances non garanties et ne sont pas mises sur le même pied que les autres créances de façon que la rémunération des parties s'occupant de la procédure d'insolvabilité soit bien assurée.

221. S'il est certes important de garantir la rémunération de ceux qui participent à la conduite de la procédure d'insolvabilité, les dépenses d'administration peuvent avoir un impact considérable sur la valeur de la masse de l'insolvabilité. Cet impact dépendra bien sûr, dans une certaine mesure, de la conception de la loi et des dispositifs mis en place pour son application; il sera néanmoins souhaitable de chercher les moyens de le réduire. La loi pourra prévoir, par exemple, des critères précis, quoique souples, concernant ces dépenses. On pourrait notamment subordonner leur engagement à leur utilité pour l'augmentation de la valeur de la masse dans l'intérêt général, ou exiger qu'elles soient non seulement raisonnables et nécessaires, mais aussi compatibles avec les objectifs essentiels de la procédure. Le caractère raisonnable des dépenses pourra être apprécié au regard des ressources disponibles pour la procédure et de l'effet que les dépenses pourraient avoir sur la procédure. [*Note à l'intention du Groupe de travail: Y a-t-il des exemples de loi comportant de tels critères?*]

222. Différentes approches peuvent être suivies pour procéder à cette appréciation. L'une d'entre elles consisterait à subordonner l'engagement de telles dépenses à l'autorisation préalable du tribunal, ou encore à subordonner à l'autorisation du tribunal l'engagement de toutes les dépenses liées à des actes sortant du cours ordinaire des affaires. Une seconde approche consisterait à laisser aux créanciers le soin de procéder à cette appréciation, afin de faciliter la transparence de la procédure, tout en ménageant la possibilité d'un recours devant le tribunal lorsque l'appréciation des créanciers est contestée.

iii) Créanciers prioritaires ou créanciers privilégiés

223. Les lois sur l'insolvabilité attribuent souvent des droits de priorité à certaines créances (principalement des créances non garanties) qui, en conséquence, seront réglées avant d'autres créances non garanties et non privilégiées (ou moins privilégiées). De tels droits vont à l'encontre du principe de la répartition *pari passu* et s'exercent généralement au détriment des créances non garanties ordinaires en réduisant les actifs à répartir. Ils risquent aussi de susciter des débats stériles sur l'évaluation des privilèges liés aux divers types de créances prioritaires.

224. Il existe de nombreuses conceptions différentes du type de créances devant bénéficier d'une priorité et de ce que cette dernière doit recouvrir. Les types de priorités varient suivant les pays, mais deux catégories semblent être particulièrement fréquentes. La première correspond aux salaires et prestations (sécurité sociale et pensions) dus aux salariés, approche qui va dans le sens général de la protection spéciale accordée aux salariés dans d'autres domaines du droit de l'insolvabilité (voir par. 228 à 230 ci-dessous). La seconde correspond aux créances du fisc. Accorder une priorité à ce dernier type de créances risque de compromettre l'application uniforme des lois fiscales et de constituer une sorte d'avantage en faveur des pouvoirs publics qui compromettrait la discipline qu'un régime d'insolvabilité efficace est censé favoriser. [*Autres exemples?*]

225. Certaines lois récemment adoptées en matière d'insolvabilité ont sensiblement réduit le nombre de ces types de droits de priorité, suivant en cela le changement intervenu dans l'opinion publique concernant l'acceptabilité d'un tel traitement préférentiel. Dans d'autres pays, en revanche, on constate une tendance à la multiplication des catégories de créances jouissant d'une priorité. L'existence d'une multiplicité de positions préférentielles différentes attachées à de nombreux types de créances risque de rendre plus complexe la réalisation des objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité et de nuire à l'efficacité du processus. Elle peut déboucher sur des injustices et, dans le cas du redressement, compliquer l'élaboration du plan. Il convient, en outre, de ne pas perdre de vue que le réaménagement des priorités au niveau de la répartition que suppose la création de ces priorités n'augmentera en rien le montant total des fonds que pourront se partager les créanciers. Il ne fera qu'avantager un groupe de créanciers aux dépens d'un autre groupe. Plus l'on prévoit de catégories privilégiées de créanciers prioritaires, plus les autres groupes pourront en tirer argument pour réclamer, à leur tour, un traitement préférentiel. Plus les créanciers recevant un traitement préférentiel sont nombreux, moins ce dernier est avantageux.

226. Certaines priorités soulèvent des questions qu'il vaut sans doute mieux laisser en dehors du droit de l'insolvabilité, celui-ci n'étant pas fait pour chercher à atteindre des objectifs sociaux qui ne sont qu'indirectement liés aux questions d'endettement et d'insolvabilité. Si l'on veut introduire des priorités dans une loi sur l'insolvabilité ou si sont prévues dans d'autres lois des priorités qui auront une incidence sur les résultats sur lesquels débouchera dans la pratique la loi sur l'insolvabilité, il est souhaitable que

ces priorités soient clairement énoncées dans cette dernière ou que celle-ci y fasse clairement référence. De la sorte, le régime d'insolvabilité sera au moins dénué d'ambiguïtés, transparent et prévisible quant à son impact sur les créanciers, ce qui permettra aux bailleurs de fonds de mieux évaluer les risques qu'ils prennent.

iv) Créanciers chirographaires ordinaires

227. Une fois désintéressés tous les créanciers garantis et créanciers prioritaires, le solde de la masse est généralement réparti entre les créanciers chirographaires ordinaires au prorata de leur créance. Il peut y avoir des subdivisions au sein de cette catégorie, certaines créances étant considérées comme de second rang. C'est ce qui se passe dans certains pays pour des créances telles que les gratifications, les amendes et pénalités, les prêts consentis par des actionnaires et les intérêts échus postérieurement à la demande d'ouverture de la procédure, qui doivent céder le pas au reste de la masse des créances non assorties d'une sûreté, tandis que, dans d'autres, certaines de ces créances sont purement et simplement exclues.

v) Salariés

228. En tant qu'une des composantes essentielles de l'entreprise, les salariés ont des droits qui entrent souvent en concurrence avec ceux des autres créanciers. Comme catégorie, ils ont tendance à se situer entre les deux extrêmes que sont, d'une part, les propriétaires et la direction et, d'autre part, les bailleurs de fonds ou créanciers, le rapport qui les lie au débiteur étant fondé sur l'engagement implicite que leur travail sera rémunéré et, si leurs services donnent satisfaction, qu'ils seront maintenus dans leur emploi. Cet engagement se trouve nécessairement érodé en cas d'insolvabilité, mais de nombreuses lois en la matière reconnaissent son importance et accordent aux salaires non acquittés la priorité sur d'autres catégories de créances (voir également ci-dessus sect. III.C., Traitement des contrats).

229. À un niveau plus général, la relation employeur/salariés soulève d'autres questions qui sont ordinairement difficiles à résoudre et qui font entrer en concurrence les intérêts des salariés et ceux des autres créanciers, ce qui risque d'avoir un impact sur les possibilités d'accès au crédit et le coût de ce dernier, en particulier pour les entreprises qui ont besoin de beaucoup de main-d'œuvre. Certaines de ces questions peuvent se poser dans les situations où les salariés ont peu de possibilités de reclassement, où le chômage est endémique, où les pensions et le régime de prévoyance dépendent de la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice ou sont intimement liés au capital social de celle-ci, où le système de protection sociale sur lequel peuvent compter les salariés n'est guère développé et [...].

230. L'existence d'un fonds spécial destiné à protéger les salaires a peu de chances de modifier le cours de l'insolvabilité sauf si le fonds garantissant les créances salariales n'est pas admis à soumettre ses créances dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ou si celles-ci n'ont pas le même rang de priorité que celui qu'auraient eu les salariés. Dans la pratique, le fonds jouit généralement des mêmes droits que les salariés, au moins jusqu'à hauteur d'un certain montant qui peut être exprimé en valeur absolue ou par référence à tel ou tel nombre de salaires hebdomadaires.

231. Questions à examiner:

[*A/CN.9/504, par. 153: Quant au privilège accordé aux salaires et droits des employés, on a fait observer qu'un système de garantie sociale profiterait à la masse de l'insolvabilité, dans la mesure où ces créances se trouveraient exclues de la répartition des actifs. On a précisé toutefois qu'il faudrait alors que l'organisme social qui garantissait ces créances ne puisse bénéficier de la même priorité que les employés à l'égard de la masse de l'insolvabilité. Selon un autre avis, le projet de guide devrait attirer l'attention sur les solutions proposées par différents systèmes juridiques.*]

vi) Propriétaires

232. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, la règle est que les propriétaires de l'entreprise ne sont pas inclus dans la répartition du produit de la liquidation des actifs, tant que les créanciers, qui passent avant dans l'ordre de priorités, n'ont pas été intégralement remboursés. Ces lois peuvent prévoir ou non le versement d'intérêts. Lorsqu'une partie du produit revient aux propriétaires, la répartition est opérée en fonction du rang des parts spécifié dans le droit des sociétés et les statuts de l'entreprise.

vii) Créanciers liés au débiteur

233. Une attention particulière devra sans doute aussi être accordée à la catégorie des créanciers qui ont avec le débiteur des liens familiaux ou d'affaires. Un traitement à part pourra se justifier étant donné qu'il y a plus de chance pour que ces parties aient été favorisées et qu'elles aient eu connaissance, à un stade précoce, des difficultés financières du débiteur et [*autres arguments?*]. Si les créances détenues par ces personnes n'entrent pas vraiment dans les catégories de créances à exclure, il convient de se demander si elles devraient être traitées de la même manière que celles détenues par les autres créanciers ou faire l'objet d'un traitement particulier, par exemple passer après celles des autres créanciers, leurs détenteurs n'ayant pas le droit de voter avec les autres créanciers pour l'approbation du plan ou sur d'autres questions capitales.

b) *Créances des créanciers*

i) Soumission des créances

234. En règle générale, seules peuvent être soumises les créances nées avant l'ouverture de la procédure. Ce qu'il adviendra des créances nées après l'ouverture dépendra de la nature de la procédure et de ce que prévoit le droit de l'insolvabilité. Dans de nombreuses législations, elles sont payables intégralement parce que considérées comme des dépenses liées à la procédure.

235. Différents mécanismes peuvent être utilisés pour soumettre les créances. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, c'est aux créanciers qu'il appartient de produire les justificatifs de leurs créances afin que le représentant de

l'insolvabilité (qui dans certaines lois sur le redressement peut être le débiteur) les examine. Certaines lois prévoient, au départ, l'établissement d'une liste des créanciers et des créances soit par le tribunal soit par le débiteur. L'établissement de cette liste par le débiteur présente l'avantage que celui-ci connaît ses créanciers et leurs créances et que, de ce fait, le représentant de l'insolvabilité aura rapidement une idée de l'état de l'entreprise. Une autre solution serait que le représentant de l'insolvabilité établisse lui-même la liste, ce qui pourrait réduire les formalités liées à la vérification des créances, mais risque d'alourdir les dépenses et d'entraîner des retards. Une fois la liste établie, les créanciers seraient invités à soumettre leurs créances au représentant de l'insolvabilité aux fins de vérification. Un mécanisme exigeant que les créanciers soumettent leurs créances au représentant de l'insolvabilité et que celui-ci les vérifie peut contribuer à une juste répartition.

236. Afin de garantir que les créances soient soumises en temps voulu et que la procédure d'insolvabilité ne traîne pas, la loi pourrait prévoir des délais dans lesquels les créances devraient être soumises au représentant de l'insolvabilité. De tels délais risquent néanmoins de pénaliser les créanciers étrangers qui, dans bien des cas, ne seront pas en mesure de s'y conformer comme les créanciers nationaux. De façon à assurer l'égalité de traitement des créanciers nationaux et étrangers, et compte tenu de la tendance, au niveau international, à l'abolition de la discrimination fondée sur la nationalité du créancier, on pourrait adopter une solution qui soit permettrait de soumettre les créances à tout moment avant la répartition, soit consisterait à fixer un délai qui pourrait être prorogé ou levé lorsque le créancier ne peut, pour des raisons valables, s'y conformer ou lorsque le délai lui cause de sérieuses difficultés. Si la créance a été soumise en retard et que, de ce fait, des frais ont été engagés, ceux-ci devraient être supportés par le créancier.

237. Afin que les créances puissent être soumises à temps, il est souhaitable de prévoir dans la loi sur l'insolvabilité que les créanciers, tant nationaux qu'étrangers, soient avisés en temps voulu de l'ouverture de la procédure. S'agissant des créanciers étrangers, le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale relève, au sujet de l'article 14, qu'un certain nombre des formalités requises pour la notification à ces créanciers sont lourdes et longues et ne permettraient pas, en règle générale, aux créanciers étrangers d'être avertis en temps voulu de la procédure d'insolvabilité. Le Guide recommande de faire l'économie de ces procédures, sauf dans les cas où elles sont liées à une obligation conventionnelle internationale (par. 106 à 111 du Guide).

238. La question de savoir si la créance doit être présentée dans la langue du pays dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité et si elle doit être soumise à certaines formalités, telles que la légalisation et la traduction, revêt aussi une importance particulière pour les créanciers étrangers. Afin de faciliter l'accès de ces créanciers à la procédure, on pourrait envisager, si ces formalités ne sont pas jugées essentielles, de les lever comme d'autres formalités dont il a été question à propos de l'article 14 de la Loi type.

239. La plupart des lois prévoient que tous les créanciers identifiés et identifiables doivent recevoir, soit personnellement soit par voie de publication dans des revues ou journaux commerciaux appropriés, notification des créances qui ont été produites. Le représentant de l'insolvabilité pourrait en outre être tenu d'établir une liste des créances, admises et contestées, et de la déposer auprès du tribunal ou d'un organe administratif afin qu'il soit plus facile d'aviser les créanciers inconnus et de donner des informations actualisées concernant les chances d'admission ou de rejet des créances contestées.

ii) Créances provisoires

240. On distingue deux types de créances, selon qu'elles portent sur un montant déjà fixé ou que le montant dû par le débiteur n'a pas été, ou ne peut pas être déterminé. Ces créances peuvent avoir un caractère contractuel ou non contractuel et peuvent ou non être garanties. Lorsque le montant de la créance ne peut être déterminé, ou ne l'a pas été, au moment ou celle-ci doit être soumise au représentant de l'insolvabilité, de nombreuses lois prévoient la soumission provisoire de la créance ou l'affectation à celle-ci d'une valeur provisoire. L'admission de créances provisoires soulève de nombreuses questions concernant l'évaluation de la créance et la partie qui doit y procéder (le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou quelque autre personne désignée à cet effet); le vote des créanciers provisoires sur des questions importantes telles que savoir s'il faut opter pour la liquidation ou le redressement ou encore l'approbation du plan de redressement (voir ci-dessous sect. IV.D, Comités de créanciers), et si, en tant que créanciers minoritaires, les créanciers provisoires peuvent être liés par un plan auquel ils n'ont pas donné leur agrément (voir ci-dessous sect. VI, Plan de redressement).

iii) Vérification des créances

241. La vérification consiste non seulement à apprécier la légitimité de la créance et de son montant, mais aussi à déterminer la catégorie dans laquelle celle-ci doit être rangée aux fins du vote et de la répartition (créances garanties ou non, antérieures ou postérieures à l'ouverture de la procédure, etc.).

242. De nombreuses lois prévoient que c'est au représentant de l'insolvabilité qu'il appartient de vérifier les créances des créanciers, les cas contestés devant être tranchés par le tribunal. On peut néanmoins craindre qu'une approche qui donne un tel pouvoir d'appréciation au représentant de l'insolvabilité ne débouche sur des retards ou même la collusion avec le débiteur, ce qui compromettrait la prévisibilité du système. Si elle devait, malgré cet inconvénient, être adoptée, il serait souhaitable d'exiger que le représentant de l'insolvabilité motive le rejet d'une créance, de préférence par écrit, et ce dans l'intérêt de la transparence de la procédure et de la prévisibilité. Une autre solution serait de laisser au tribunal le soin de vérifier toutes les créances et de régler les litiges. Elle risque aussi d'entraîner des retards considérables à un moment où il peut être crucial que la procédure avance rapidement et soit efficace et mettrait le tribunal lourdement à contribution.

243. Une autre solution encore serait de prévoir que les créances non réglées au moment de l'ouverture de la procédure soient admises automatiquement sans vérification, à moins d'être contestées. Si c'est cette solution qui est retenue, il pourrait être souhaitable de l'associer à un mécanisme destiné à faire en sorte que toutes les parties intéressées disposent des informations voulues sur les créances admises sur cette base. L'admission automatique des créances peut permettre d'éviter bon nombre des difficultés liées au fait que le représentant de l'insolvabilité doit évaluer avec précision la situation dès le début de la procédure afin de permettre aux créanciers de participer à des réunions à un stade précoce et d'y voter. La solution de l'admission automatique aurait sans doute plus de chances d'être satisfaisante si l'on exigeait que la soumission des créances prenne la forme d'une déclaration, telle qu'un affidavit, qui exposerait son auteur à des sanctions en cas de fraude. Il pourrait aussi être utile de prévoir que ne seraient admises sans vérification que les créances reposant sur des pièces comptables dûment tenues.

244. L'admission d'une créance établit le droit du créancier d'assister à une assemblée des créanciers et le montant pour lequel il est habilité à voter à cette assemblée ou pour l'élection d'un représentant de l'insolvabilité ou l'approbation d'un plan de redressement, ainsi que le montant sur la base duquel le représentant de l'insolvabilité doit le payer lors de la répartition du produit de la masse.

245. Lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise la contestation d'une créance, elle peut également indiquer quelles parties sont admises à le faire. Dans certaines lois, seul le représentant de l'insolvabilité peut contester, dans d'autres, toute partie intéressée, y compris les créanciers, le peut. Pour éviter qu'un grand nombre de créances soient contestées par ces derniers, il peut être souhaitable que la liste des créances, une fois établie, soit soumise à un examen final dans le cadre d'une assemblée des créanciers. En cas de litige entre un créancier — ou le débiteur — et le représentant de l'insolvabilité portant sur les créances mais aussi sur les garanties ou les sûretés, un mécanisme de règlement rapide est essentiel pour assurer le bon déroulement de la procédure. Sinon, la faculté de contester une créance risque d'être utilisée pour entraver la procédure ou la retarder indûment.

iv) Créances exclues

246. Pour diverses raisons d'intérêt général, une loi sur l'insolvabilité peut prévoir l'exclusion de certains types de créances, comme les créances fiscales étrangères, les amendes et pénalités ainsi que les dettes de jeu.

247. Les créances fiscales étrangères sont actuellement exclues dans de nombreux pays, ce qui, de l'avis général, n'est pas contraire au principe de l'égalité de traitement des créanciers étrangers et des créanciers nationaux. Il n'y a cependant aucune raison impérieuse empêchant un pays d'admettre de telles créances s'il le souhaite. Lorsque les créances fiscales étrangères sont admises, elles peuvent être traitées de la même manière que les créances fiscales nationales ou comme des créances ordinaires non assorties de sûretés. Ces différentes approches sont admises dans l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, lequel dispose que l'exclusion des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers ou leur classement au rang des créances non préférentielles non garanties ou à un rang inférieur si des créances locales équivalentes ont un rang de priorité inférieur ne porte pas atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers étrangers et des créanciers locaux.

248. Lorsque les dettes de jeu sont exclues, c'est généralement parce qu'elles résultent d'une activité elle-même illégale. Au lieu d'indiquer les types de créances pouvant être exclues comme étant illégales, la loi sur l'insolvabilité peut exclure, dans une catégorie générale, les créances qui découlent d'une activité illégale et sont, de ce fait, inexécutoires.

249. Pour ce qui est des amendes et des pénalités, la loi sur l'insolvabilité peut établir une distinction entre celles qui ont un caractère strictement administratif ou punitif (par exemple une amende infligée en cas d'infraction administrative ou pénale) et celles qui sont de nature compensatoire. On peut faire valoir que celles de la première catégorie devraient être exclues parce qu'elles sanctionnent un acte délictueux commis par le débiteur et que les créanciers chirographaires ne devraient avoir à supporter les conséquences d'un tel acte et voir une réduction des actifs disponibles à répartir. En revanche, il n'y aurait apparemment aucune raison impérieuse d'exclure la seconde catégorie, en particulier lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice causé à une autre partie, à moins que cette exclusion puisse également se justifier comme étant un moyen d'accroître les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires. Une autre possibilité serait d'admettre les créances sous la forme d'amendes et de pénalités, faute de quoi elles resteront impayées [*autres raisons?*].

v) Conversion des créances libellées en devises étrangères

250. L'évaluation des créances revêt une importance particulière pour les créanciers étrangers qui déclareront généralement leurs créances dans une monnaie autre que celle du pays où se déroule la procédure d'insolvabilité. Aux fins des opérations de vérification et de répartition, ces créances sont normalement converties dans la monnaie nationale. Si la conversion a lieu à la date de l'ouverture de la procédure, le montant de la créance fluctuera selon que la monnaie se déprécie ou s'apprécie pendant la période antérieure à la répartition (qui pourrait intervenir bien après cette date). Une autre solution est de faire une conversion provisoire au moment de l'ouverture de la procédure aux fins de vote et, si le taux de change fluctue au-delà d'un certain pourcentage pendant la période précédant la répartition, de faire la conversion définitive au moment de la répartition.

vi) Cession de créances

251. [...]

252. Questions à traiter:

[*A/CN.9/504, par. 117: En ce qui concerne les prêts consentis par des actionnaires, l'avis a été exprimé qu'ils méritaient un régime tenant compte des raisons spécifiques présidant généralement à leur émission, et qui ne seraient pas nécessairement les mêmes que dans*

le cas de prêts octroyés par d'autres entités. À titre de remarque générale, on a souligné que le projet de guide devrait sensibiliser les législateurs nationaux aux implications possibles des choix législatifs au niveau de l'administration des entreprises.

118. La proposition d'aborder dans le projet de guide la question du traitement des obligations solidaires dans le cadre du droit de l'insolvabilité a été fortement appuyée. Il a été suggéré, en particulier, que le guide examine la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité affecterait le droit d'un créancier de faire exécuter la créance contre un ou plusieurs débiteurs solidaires autres que le débiteur faisant l'objet de la procédure. À cet égard, il a été suggéré aussi que le projet de guide aborde le traitement des garants ainsi que le cas où le garant était lui aussi insolvable.

119. On a également exprimé l'avis que le projet de guide devrait recommander que la question du traitement des créances non garanties acquises après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité soit abordée spécifiquement en exposant les différentes approches adoptées dans divers systèmes juridiques.]

2. Créances des créanciers et traitement à leur accorder: résumé et recommandations

1. Les dispositions relatives aux créances des créanciers ont pour objet:

a) De permettre aux personnes qui revendiquent une créance ou un droit sur un débiteur insolvable de les produire pour les soumettre à l'examen du représentant de l'insolvabilité;

b) D'obliger le représentant de l'insolvabilité à examiner les créances et à les admettre ou les rejeter, en totalité ou en partie, ainsi que de prévoir des voies de recours contre ses décisions;

c) De déterminer le traitement à accorder à des créances particulières, notamment aux créances garanties, aux créances étrangères, aux créances libellées en une monnaie étrangère, aux créances d'intérêts et aux créances non échues;

d) De prévoir un ordre de priorité dans le remboursement des créances aux créanciers;

e) D'appliquer les mêmes règles, pour ce qui est des objectifs ci-dessus, en cas de liquidation et en cas de redressement.

2. Tous les créanciers, tant nationaux qu'étrangers, devraient être informés de l'ouverture de la procédure et du délai dont ils disposent pour déclarer leurs créances. Une notification devrait leur être adressée selon des modalités conformes aux prescriptions de l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

3. Les créances peuvent être déclarées dans un délai spécifié après l'ouverture de la procédure [la notification de l'ouverture de la procédure] ou à tout moment avant la répartition.

4. Pour faciliter le traitement des créances, le représentant de l'insolvabilité devrait établir une liste des créanciers et un relevé des créances.

5. Chaque créancier [chirographaire] [et garanti] est fondé à déclarer une créance sur la masse de l'insolvabilité [dans les [... jours] qui suivent l'ouverture de la procédure d'insolvabilité] [à tout moment avant la répartition]. Lorsque la loi sur l'insolvabilité fixe un délai pour la déclaration des créances, ce délai devrait pouvoir être prorogé ou levé par le tribunal. Une créance produite par un créancier étranger devrait être traitée de la même manière que toute autre créance. Le créancier garanti ne devrait faire valoir ses créances que lorsqu'il a renoncé à sa sûreté ou que la valeur de sa créance est supérieure à celle de la garantie et qu'il souhaite réclamer la partie non garantie de la créance.

6. Certaines créances peuvent être exclues, notamment celles qui découlent d'activités illégales (par exemple, les dettes de jeu) ainsi que [les créances fiscales étrangères], [les amendes et pénalités], [*autres?*].

7. Un créancier peut faire valoir une créance en apportant au représentant de l'insolvabilité la preuve de cette créance sous la forme d'une [déclaration] [déclaration sous serment].

8. Le représentant de l'insolvabilité admet ou rejette chaque créance en tout ou en partie. Les créances peuvent aussi être admises automatiquement [sur la base des livres et pièces comptables] à moins qu'elles ne soient contestées par [un créancier] [le représentant de l'insolvabilité]. Lorsque le représentant de l'insolvabilité rejette une créance, il devrait être tenu de motiver sa décision. Les créanciers dont les créances ont été rejetées ou contestées devraient avoir le droit de faire appel devant le tribunal.

9. Les créances d'un montant indéterminé, les créances garanties et les créances contestées devraient être provisoirement admises en attendant l'évaluation de la créance ou de la sûreté ou encore le règlement du différend par le tribunal. L'évaluation de la créance peut être réalisée par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal. Les créanciers devraient pouvoir contester une évaluation devant le tribunal.

10. L'admission d'une créance établit:

a) Le droit du créancier d'assister à une assemblée des créanciers d'un débiteur insolvable et le montant pour lequel il est habilité à voter à cette assemblée, ou pour l'élection d'un représentant de l'insolvabilité ou l'approbation d'un plan de redressement; et

b) Le montant sur la base duquel le représentant de l'insolvabilité doit payer le créancier lors de la répartition du produit de la masse.

11. Droit à compensation.

12. Créances déclarées par les initiés et les actionnaires.

V. Liquidation et répartition

A. Ordre à établir aux fins de la répartition

1. Remarques générales

253. La répartition du produit de la masse se fait généralement en fonction du classement des créanciers par catégorie et du rang de priorité accordé à chacune d'elles.

254. Lorsqu'il existe plusieurs catégories de créanciers avec des rangs de priorité différents, les créances d'un même rang seront réglées intégralement avant que celles du rang suivant soient apurées. Une fois atteint un rang de priorité auquel les fonds sont insuffisants pour payer intégralement tous les créanciers, un partage est effectué entre eux au prorata de leurs créances. Dans certaines lois qui ne prévoient pas un ordre de priorité, tous les créanciers se partagent le produit de la masse au prorata de leurs créances si les fonds ne sont pas suffisants pour les désintéresser intégralement.

255. Il peut être souhaitable de prévoir, dans le cadre de la procédure de redressement, le règlement intégral des créances prioritaires en tant que condition *sine qua non* de la confirmation du plan à moins que les créanciers prioritaires touchés ne conviennent d'autres dispositions. Un plan de redressement peut proposer un ordre de priorité différent de celui qui est prévu par la loi de l'insolvabilité, à condition que les créanciers appelés à se prononcer par un vote au sujet du plan approuvent une telle modification.

2. Ordre à établir aux fins de la répartition: résumé et recommandations

1. Les dispositions relatives à la répartition ont pour objet de: [...].

2. Le montant disponible à répartir entre les créanciers serait distribué dans l'ordre suivant:

a) [Créances garanties];

b) Frais et émoluments liés à la nomination, aux obligations et aux fonctions du représentant de l'insolvabilité;

c) Dépenses d'administration;

d) [Autres créances admises].

3. Les créances classées dans chacune de ces catégories occupent le même rang de priorité les unes par rapport aux autres. Toutes les créances d'une catégorie donnée seront intégralement réglées avant la catégorie suivante. Si les fonds ne sont pas suffisants pour les régler dans leur intégralité, le paiement sera effectué au prorata.

B. Décharge

1. Remarques générales

256. Il est probable qu'un certain nombre de créanciers n'auront pas été payés intégralement après la répartition. La loi sur l'insolvabilité devra donc déterminer s'ils conserveront une créance sur le débiteur ou si le débiteur sera libéré ou "déchargé" de ces créances résiduelles.

257. Lorsque l'entité insolvable est une société anonyme ou à responsabilité limitée, la question de la décharge en cas de liquidation ne se pose pas: soit la loi prévoit la disparition de cette entité juridique soit celle-ci continue d'exister mais en tant que coquille vide. Les associés ne seront pas responsables des créances résiduelles et la question de leur décharge ne se pose pas. Elle se pose, en revanche, en cas de redressement et devrait être traitée. Si l'entité commerciale revêt une forme différente, par exemple s'il s'agit d'une entreprise individuelle, d'un groupe de personnes (société en participation) ou d'une entité dont les propriétaires ont une responsabilité illimitée, il convient de se demander si ces personnes seront toujours personnellement responsables des créances non payées après la liquidation.

258. Les lois sur l'insolvabilité abordent différemment la question de la décharge. Selon certaines, le débiteur est toujours responsable des créances impayées, tant qu'elles ne sont pas prescrites. Ce type de règle privilégie la relation entre débiteur et créancier: le maintien de la responsabilité du débiteur après la liquidation permet à la fois de discipliner le comportement financier de ce dernier et d'inciter les créanciers à accorder des concours financiers. D'autres lois en revanche prévoient la décharge complète, immédiatement après la liquidation, du débiteur honnête qui n'a commis aucune fraude. Par là, elles privilégient le "nouveau départ" qui résulte de la décharge et dont l'objet est souvent d'encourager le développement d'une classe d'entrepreneurs. Elles reconnaissent également que le surendettement est une réalité économique courante. D'autres lois encore tentent de trouver un compromis: la décharge est accordée à l'expiration d'un certain délai après la répartition, pendant lequel le débiteur doit normalement essayer de remplir de bonne foi ses obligations.

259. Il peut être indiqué, dans certains cas, de limiter la faculté d'accorder une décharge, par exemple lorsque le débiteur a agi de manière frauduleuse, s'est livré à une activité délictueuse ou a enfreint la législation du travail ou des lois relatives à la protection de l'environnement et [*autres?*]. Dans quelques-uns des pays où une décharge est accordée au débiteur, certaines créances peuvent être exclues, telles que celles qui découlent d'une obligation alimentaire, d'actes frauduleux, d'amendes et d'obligations fiscales. Certaines conditions peuvent également être imposées au débiteur, à la fois pendant la procédure et pour l'obtention d'une décharge, soit sur recommandation du représentant de l'insolvabilité, soit par le tribunal. Elles peuvent consister à restreindre la faculté du débiteur d'obtenir de nouveaux crédits, de quitter le territoire ou d'exercer une activité commerciale pendant une période déterminée. Les autres restrictions portent sur le nombre de fois qu'une décharge peut être accordée à un débiteur. Dans certains pays, le débiteur ne peut en bénéficier qu'une seule fois; dans d'autres, il y a un délai d'attente minimal de dix ans par exemple avant qu'un débiteur puisse bénéficier d'une nouvelle décharge, ou même faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité pouvant déboucher sur une nouvelle décharge.

260. S'agissant de la décharge des personnes physiques exerçant une activité commerciale, il faudrait peut-être tenir compte de la relation entre l'endettement des entreprises et l'endettement des consommateurs. À cet égard, l'insolvabilité des personnes physiques fait l'objet d'approches différentes: dans certains pays, une personne physique ne peut en aucun cas être déclarée faillie; dans d'autres, elle doit avoir agi en qualité de "commerçant". S'il est vrai que de nombreux pays n'ont pas de système élaboré régissant l'insolvabilité des consommateurs, d'autres en revanche ont adopté des lois sur l'insolvabilité qui s'efforcent de faire une distinction entre les dettes de simples consommateurs et les dettes découlant de l'activité de petites entreprises. Or, il est fréquent, par exemple, que le crédit à la consommation soit utilisé pour le financement d'une petite entreprise, en tant que capital de lancement ou fonds de fonctionnement, si bien qu'il peut être difficile de répartir les dettes dans des catégories bien définies. C'est pourquoi, lorsqu'un système juridique reconnaît l'endettement des consommateurs et celui des entreprises, il n'est pas possible d'appliquer aux particuliers des règles différentes selon qu'il s'agit de dettes commerciales ou de dettes liées à la consommation.

2. Décharge: résumé et recommandations

1. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'insolvabilité des personnes physiques exerçant une activité commerciale, elle devrait prévoir la décharge du débiteur après la liquidation. Cette décharge devrait être [complète et immédiate lorsque le débiteur est honnête et n'a pas commis de fraude] [soumise à un délai déterminé] [*autre?*].

VI. Plan de redressement

1. Remarques générales

261. Les lois sur l'insolvabilité abordent divers aspects de l'élaboration d'un plan de redressement, notamment la question de savoir quelle doit être la nature ou la forme du plan; quand celui-ci doit être préparé; qui peut s'en charger; quelles sont les dispositions à y inclure; comment le plan doit être approuvé et quels en sont les effets.

262. Les plans de redressement remplissent des fonctions différentes suivant les types de procédures. Dans certains cas, le plan peut être le point d'orgue de la procédure de redressement, prévoyant le versement d'un dividende pour solde de tout compte (autrement dit le concordat). Dans d'autres cas, il peut être proposé à l'ouverture de la procédure et définir la manière dont le débiteur et l'entreprise devraient être traités pendant la période de redressement — ce qui s'apparente beaucoup à un plan de travail — mais également indiquer les dividendes escomptés et les dates de paiement. Dans d'autres cas encore, un plan analogue à un plan de redressement est élaboré dans le cadre de la liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en tant qu'entreprise viable. Ce type de plan ressemblerait fort à un plan de travail, qui n'aborderait aucune question relative à la répartition, cette dernière étant en effet réglée conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité.

a) *Nature ou forme du plan*

263. Le redressement a pour objet d'optimiser les perspectives de recouvrement des créances et d'aboutir à un meilleur résultat que si l'entreprise débitrice devait être liquidée. Étant donné la diversité des parties prenantes, il se peut que chacune ait des idées différentes sur la façon d'atteindre cet objectif, l'une d'entre elles pouvant, par exemple, être favorable à la poursuite des relations d'affaires avec un gros client ou fournisseur et une autre préférer un remboursement rapide et être plus ou moins prête à prendre des risques. Certains créanciers peuvent préférer une participation au capital de l'entreprise, d'autres pas. Il y a donc généralement, dans chaque cas d'espèce, toute une gamme d'options entre lesquelles un choix va devoir être opéré et si le législateur se montre trop directif quant à l'étendue de cette gamme ou quant au choix devant être fait dans tel ou tel cas, la loi risque d'entraver la réalisation de l'objectif de la maximisation de la valeur de l'entreprise. Il est souhaitable que la loi, par exemple, n'autorise pas uniquement un plan axé sur la parfaite remise en selle du débiteur, ou n'interdise pas les annulations de dettes, ou ne prévoie pas qu'un certain montant minimal devra finalement être versé au créancier. Il est préférable de laisser les forces du marché déterminer quelle est la meilleure solution commerciale.

264. Le législateur peut néanmoins souhaiter fixer certaines limites, telles que le maintien dans le cas du redressement des priorités accordées aux créanciers dans celui de la liquidation, et édicter des règles visant à éviter que le plan risque d'être tel que le débiteur demeure insolvable et que l'entreprise doive être remise sur le marché dans cette condition. En n'étant pas trop directif, il ménagerait la souplesse suffisante pour que puisse être choisie dans une gamme de solutions possibles celle qui est la plus souhaitable dans le cas d'espèce. Certaines lois sur l'insolvabilité dressent une liste de possibilités pouvant être retenues, mais cette liste ne se veut pas exhaustive. Parmi ces possibilités, il peut y avoir un simple règlement amiable (un accord prévoyant que les créanciers recevront un certain pourcentage de leurs créances); le maintien de l'activité de l'entreprise en vue de la cession de celle-ci comme entreprise viable (avec alors liquidation du débiteur); la cession de la totalité ou d'une partie des actifs de la masse à une ou plusieurs entités existant déjà ou entités à créer; la fusion de l'entreprise débitrice avec une ou plusieurs autres entités; une forme sophistiquée de restructuration de la dette et du capital social ou quelque autre solution.

b) *Élaboration d'un plan*

265. Deux questions importantes se posent à propos de l'élaboration du plan de redressement: à quel stade de la procédure le plan doit-il être élaboré et par qui? Un certain nombre de réponses différentes peuvent être apportées à chacune de ces questions.

266. Pour ce qui est de la première, la réponse dépend du but ou de l'objectif du redressement en question. Certaines lois partent du principe que le plan de redressement fait partie du dossier de demande d'ouverture de la procédure (lorsque la demande peut être appelée "proposi-

tion" de redressement), alors que d'autres en prévoient l'élaboration après l'ouverture de la procédure de redressement. L'un des inconvénients que peut présenter l'élaboration du plan avant l'ouverture de la procédure est que, si les créanciers et autres parties intéressées n'ont pas été consultés, le plan sera peut-être difficilement applicable et risque de préjuger de l'orientation de la procédure et d'entraîner des retards.

267. S'agissant de la seconde question, la responsabilité première de l'élaboration du plan peut revenir à différents participants à la procédure suivant la façon dont la loi est conçue et en particulier suivant le rôle assigné au représentant de l'insolvabilité, au débiteur et aux créanciers. Certaines lois mettent à la charge de ces parties l'obligation de coopérer à l'élaboration du plan. Pour déterminer à quelle partie devrait revenir la responsabilité première de l'élaboration du plan, il peut être souhaitable de trouver un équilibre entre la liberté accordée aux différentes parties d'élaborer le plan et les contraintes qui accompagnent nécessairement le processus: conditions d'approbation (de vote), délais fixés pour l'élaboration, modification du plan et autres considérations de procédure. Une approche souple, par opposition à une approche normative, aura plus de chance de déboucher sur cet équilibre, mais, dans l'intérêt de l'efficacité, de la sécurité et de la prévisibilité, il est souhaitable que la loi ne laisse pas totalement de côté ces questions.

268. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent que ce soit le débiteur qui établisse le plan de redressement. Une telle approche peut présenter l'avantage d'encourager le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure de redressement à un stade précoce de ses difficultés et d'assurer que le meilleur parti sera tiré de la connaissance que celui-ci a de son entreprise et des mesures nécessaires pour la rendre à nouveau viable (bien que la liberté accordée au débiteur doive sans doute être mise en balance avec la nécessité d'obtenir la confiance des créanciers dans le débiteur et sa proposition). Le législateur pourrait donner au débiteur l'exclusivité de l'élaboration du plan de redressement, ou l'exclusivité jusqu'à l'expiration d'un délai déterminé que le tribunal serait habilité à proroger si cela améliorerait les chances de succès de la procédure de redressement. Lorsque l'élaboration du plan doit intervenir avant l'ouverture de la procédure, elle ne pourra être confiée qu'au débiteur, les créanciers n'ayant pas les informations nécessaires et n'étant, à ce stade, pas suffisamment organisés et aucun représentant de l'insolvabilité n'ayant encore été désigné.

269. Le plan ne pouvant réussir que s'il est approuvé par la majorité requise des créanciers, il y a toujours un risque que le redressement échoue si le plan présenté par le débiteur n'est pas acceptable. Il se peut, par exemple, que les créanciers ne souhaitent approuver qu'un plan qui prive les actionnaires de la société débitrice d'une participation majoritaire au capital et, peut-être aussi, retire à la direction en place toute responsabilité en matière de gestion. Si le débiteur est le seul à pouvoir établir le plan et refuse d'envisager une telle formule, le redressement risque d'échouer au détriment des créanciers, des salariés et de la société débitrice. Pour parer à une telle éventualité, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que, si le débiteur ne présente pas un plan acceptable avant l'expiration d'un certain délai, la possibilité sera donnée aux créanciers de proposer leur propre plan (éventuellement par l'entremise d'un comité des créanciers (voir ci-dessus sect. IV.D, Comités des créanciers)). Cette option peut donner les moyens de pression nécessaires pour inciter les parties à transiger.

270. Une troisième solution consisterait à donner au représentant de l'insolvabilité la possibilité d'élaborer le plan, en lieu et place du débiteur ou des créanciers, ou de participer à l'élaboration. Le représentant de l'insolvabilité ayant eu l'occasion de se familiariser avec l'entreprise du débiteur, il sera bien placé pour déterminer quelles mesures sont nécessaires pour la rendre viable. L'importance d'une participation possible du représentant de l'insolvabilité ou des créanciers dépend de la conception générale de la loi. Dans les cas où le plan prend effet uniquement après avoir été approuvé par la majorité requise des créanciers, il aura plus de chance d'être approuvé s'il intègre des propositions acceptables pour les créanciers que s'il ne le fait pas. Cette considération n'entre pas en ligne de compte lorsque l'approbation des créanciers n'est pas nécessaire ou lorsque le tribunal peut, si elle n'est pas obtenue, décider de maintenir le plan. Si la possibilité peut être donnée à un certain nombre de parties d'élaborer le plan, il n'est généralement pas souhaitable que plusieurs plans soient élaborés simultanément, quoique, dans certains cas, cela puisse, malgré les risques de complication et d'inefficacité, favoriser l'élaboration d'un plan mutuellement acceptable.

271. Certaines lois disposent que le tribunal doit prendre l'avis de tiers, tels que des organismes publics et les syndicats, à propos du plan. Bien que cela puisse dans des cas d'espèce aider à élaborer un plan acceptable, il y a aussi là le risque qu'une telle procédure ne fasse traîner les choses, et elle n'est sans doute souhaitable que s'il y a des chances qu'elle soit profitable dans le cas d'espèce, et si elle est suivie de près et assortie de délais à respecter.

c) *Contenu du plan*

272. Dans la plupart des pays, la loi exige que le plan de redressement fasse connaître de façon suffisamment précise et claire à toutes les parties la situation financière de l'entreprise et les incidences qu'il pourrait avoir sur certains droits. S'agissant de la situation financière du débiteur, il faudrait sans doute inclure un état de l'actif et du passif et les tableaux des flux de trésorerie; le détail des propositions précises figurant dans le plan; le détail des sommes que recevraient les créanciers et les raisons pour lesquelles celles-ci seraient plus élevées qu'en cas de liquidation; et les raisons pour lesquelles l'entreprise serait capable de continuer son activité et pourrait être redressée avec succès. Quant aux propositions devant figurer dans le plan, on pourrait inclure des informations sur le détail de la répartition des fonds; la continuation ou la résiliation des contrats qui ne sont pas entièrement exécutés et des baux qui ne sont pas arrivés à expiration; le règlement des créances; la vente de biens grevés; le dividende minimal à attribuer aux créanciers; la procédure d'information et d'acceptation; les droits des créanciers détenteurs de créances contestées en matière de participation au vote et les dis-

positions prévues pour le règlement des litiges concernant ces créances; et les droits de vote et les pouvoirs des personnes liées au débiteur ("initiés"). La fourniture de ces informations va dans le sens de la transparence, qui est un objectif essentiel, et peut contribuer à donner aux créanciers confiance dans le processus. L'objectif de la transparence devra toutefois sans doute être concilié avec les préoccupations relatives à la confidentialité que peut susciter l'accès des créanciers à des informations financières et commerciales concernant le débiteur potentiellement sensibles, même si elles devaient de toute façon être rendues publiques lors de l'homologation du plan par un tribunal.

273. La question du contenu du plan est étroitement liée à celle de l'approbation et de l'effet de ce dernier. Le résultat du plan dépend de ce qui est faisable. Il faut, en d'autres termes, se demander si, sur la base des faits et circonstances connus et d'hypothèses raisonnables, le plan et le débiteur ont plus de chance de réussir que d'échouer. Lorsqu'ils votent sur un plan, les créanciers doivent pouvoir s'assurer qu'il est réalisable et ne repose pas, par exemple, sur des hypothèses erronées ou laisse le débiteur dans une situation où il continue d'être surendetté. Afin de faciliter cette évaluation, le plan peut être accompagné du rapport d'un expert dont on est en droit d'attendre qu'il donne un avis crédible et impartial sur les mesures proposées dans le plan. Si les créanciers ne sont pas d'accord avec l'évaluation de l'expert, ils pourraient faire valoir leur point de vue en votant sur le plan ou par le biais d'un mécanisme permettant la modification de ce dernier. Le tribunal pourrait aussi prendre leur opinion en compte au moment de l'homologation du plan (là où celle-ci est exigée).

274. Le contenu du plan soulève également des questions liées à d'autres lois. Par exemple, si le droit national des sociétés interdit la conversion de créances en prises de participation, un plan prévoyant une telle conversion ne pourrait être approuvé. La conversion de créances en prises de participation pouvant être un élément important de l'opération de redressement, il faudrait supprimer cette interdiction pour qu'un plan puisse comporter des dispositions à cet effet et être approuvé. De même, si le plan se limite à une remise de dettes ou à un rééchelonnement des créances, il risque de ne pas recevoir des créanciers l'adhésion voulue pour aboutir. Certains dossiers d'insolvabilité soulèvent des questions aussi simples et non controversées concernant le rapport entre la loi sur l'insolvabilité et d'autres lois. D'autres dossiers peuvent soulever des questions plus complexes: celles des restrictions imposées concernant les investissements étrangers et du contrôle des changes (en particulier lorsque nombre de créanciers sont des non-résidents), celle du traitement qui doit être réservé aux salariés conformément à la législation du travail pertinente, par exemple dans les cas où le redressement peut impliquer une modification des conventions collectives, ou encore des questions liées au droit fiscal. Certaines lois sur l'insolvabilité permettent de lever, dans des circonstances bien déterminées, certaines restrictions figurant dans d'autres lois, et il est souhaitable, dans l'intérêt de la transparence et de la prévisibilité, que la loi sur l'insolvabilité traite expressément de la question de ses rapports avec d'autres lois.

d) *Approbation et effets du plan*

275. Les dispositions de la loi qui ont trait à l'approbation et aux effets du plan doivent concilier divers éléments antagonistes. D'une part, il peut être souhaitable de trouver un moyen d'imposer un plan convenu à une minorité de créanciers qui y sont opposés en vue d'accroître les chances de succès du redressement. Dans la mesure où un plan peut être approuvé et exécuté malgré l'opposition de certains créanciers, il peut être nécessaire de veiller à ce que le plan protège convenablement ces créanciers et, en particulier, à ce que leurs droits ne puissent être injustement lésés. D'autre part, si la procédure d'approbation débouche sur un amoindrissement considérable des créances immédiatement recouvrables des créanciers sans qu'ils y aient consenti (en particulier les créanciers garantis), on court le risque que ceux-ci ne soient guère disposés à consentir des crédits à l'avenir.

i) Créances garanties et créances prioritaires

276. Dans de nombreux cas, les créances garanties représentent une part importante de la dette du débiteur, et différentes approches sont possibles pour ce qui est de l'approbation du plan par les créanciers garantis et prioritaires. L'une d'elles consiste à introduire dans la loi des dispositions destinées à garantir qu'un plan approuvé ne puisse empêcher les créanciers garantis d'exercer leurs droits; il n'y a alors pas besoin de leur accorder le droit de vote puisque leurs intérêts ne risquent pas de pâtir de l'application du plan. Cette approche place les créanciers prioritaires dans une situation analogue: le plan ne peut amoindrir la valeur de leurs créances et ils sont en droit d'être intégralement désintéressés. Le problème qu'elle pose, toutefois, est qu'elle risque de réduire les chances de succès du redressement, en particulier lorsque les actifs qui garantissent la créance sont essentiels à la réussite du plan: si un créancier garanti, qui n'est pas lié par le plan, ou dont celui-ci ne prévoit pas le désintéressement intégral, décide de faire valoir ses droits, il risque d'être impossible d'exécuter le plan. De même, dans certaines circonstances, la seule façon de donner au plan des chances de succès est de prévoir que les créanciers prioritaires recevront un montant inférieur à la valeur de leurs créances si le plan est approuvé.

277. Pour résoudre certaines de ces difficultés, la solution adoptée dans certains pays est de permettre aux créanciers garantis et aux créanciers prioritaires de se prononcer séparément sur un plan dont l'adoption risquerait d'amoindrir la valeur de leurs créances, ou de donner d'une autre façon leur consentement à être liés par le plan. La création, aux fins du vote, de catégories spéciales pour les créanciers garantis et les créanciers prioritaires se justifie par le fait que les droits et intérêts respectifs de ces créanciers diffèrent de ceux des créanciers chirographaires. Dans la mesure où une majorité se prononce en faveur du plan, tant dans la catégorie des créanciers garantis que dans celle des créanciers prioritaires, tous seront liés par le plan. En pareil cas, les lois exigent généralement que les créanciers qui se sont prononcés contre le plan reçoivent un montant au moins égal à celui qu'ils auraient obtenu en cas de liquidation. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également la possibilité que les créanciers garantis soient liés

par le plan lorsque le tribunal l'ordonne, ce à quoi il est habilité s'il est convaincu, par exemple, que le désintéressement du créancier garanti à hauteur de la valeur de sa sûreté compromettra considérablement les chances de succès du plan et que la sûreté et les intérêts du créancier garanti seront suffisamment protégés par le plan.

ii) Créanciers chirographaires

278. Même si le vote des créanciers garantis ou des créanciers prioritaires n'est pas autorisé, il est souhaitable que les créanciers chirographaires aient effectivement les moyens de se prononcer sur le plan. Différents mécanismes peuvent être utilisés, mais, quel que soit celui qui est retenu, il importe qu'il soit clairement exposé dans la loi sur l'insolvabilité, dans l'intérêt de la prévisibilité et de la transparence.

279. *Majorité requise.* Certaines lois fixent le seuil minimal d'adhésion qui est requis des créanciers chirographaires pour que ceux-ci soient liés par le plan, ainsi que les procédures de vote à appliquer pour déterminer cette adhésion. L'un des aspects importants est la façon dont les voix sont comptabilisées, le degré d'adhésion au plan pouvant être déterminé en fonction uniquement du pourcentage de la masse des créances que détiennent les créanciers favorables au plan ou en fonction également du nombre de ces créanciers. Certaines lois exigent, par exemple, que le plan ait l'adhésion de créanciers détenant au total les deux tiers de la masse des créances et de 50 % des créanciers. D'autres formules sont également appliquées. Même s'il est ainsi plus difficile d'obtenir l'approbation du plan, une telle règle peut se justifier du fait qu'elle préserve le caractère collectif de la procédure. Par exemple, si un créancier détient à lui seul plus de 50 % de la masse des créances, elle empêchera qu'il n'impose le plan à tous les autres créanciers contre leur gré. De même, un grand nombre de petits créanciers ne peut imposer sa volonté à quelques créanciers détenteurs de très grosses créances. Un autre argument en faveur de cette règle est qu'elle contribue à faire en sorte que le plan bénéficie d'un appui suffisant pour pouvoir être appliqué avec succès.

280. Concernant les procédures de vote, de nombreux pays retiennent la méthode consistant à déterminer le taux d'adhésion en prenant uniquement en compte les suffrages exprimés, les créanciers qui n'ont pas participé au vote étant considérés comme ne s'intéressant guère à la procédure. Pour pratiquer une telle méthode, il faut prévoir des dispositions satisfaisantes en matière de notification et que celles-ci soient efficacement appliquées, en particulier lorsqu'il y a des non-résidents parmi les créanciers (voir par. 237 ci-dessus).

281. *Catégories de créanciers.* Certains pays qui rangent dans des catégories à part les créanciers garantis et les créanciers prioritaires prévoient également différentes catégories de créanciers chirographaires. La création de ces catégories vise à améliorer les chances de succès du redressement au moins à trois égards en offrant: un moyen utile pour cerner les intérêts économiques divers des créanciers chirographaires; un cadre pour structurer le plan; et un moyen pour le tribunal de mettre à profit l'appui majoritaire requis d'une catégorie pour imposer le plan à d'autres catégories qui ne lui sont pas favorables. La création de différentes catégories pouvant compliquer la procédure de vote, elle n'est sans doute souhaitable que lorsqu'il y a des raisons impérieuses d'accorder un traitement particulier à certains créanciers chirographaires. Afin de déterminer la communauté d'intérêts, on pourra se fonder sur les critères ci-après: la nature des dettes ayant donné naissance aux créances; les recours ouverts aux créanciers en l'absence du plan de redressement et la mesure dans laquelle ceux-ci pourraient recouvrer leurs créances en les exerçant; le traitement des créances dans le cadre du plan de redressement; et le taux de recouvrement des créances que le plan entraînerait.

282. *Faculté d'imposer le plan.* Quelques pays qui prévoient le vote des créanciers garantis et des créanciers prioritaires et la création de différentes catégories de créanciers chirographaires disposent en outre d'un mécanisme (clause dite de "cram-down") grâce auquel l'appui d'une catégorie permettra de rendre le plan contraignant pour d'autres catégories (y compris celles des créanciers garantis et des créanciers prioritaires) sans leur consentement. La création de catégories et l'application de telles règles compliquent à la fois la loi sur l'insolvabilité et son application par le représentant de l'insolvabilité et le tribunal et peuvent exiger, par exemple, l'exercice d'un pouvoir d'appréciation considérable sur des questions économiques, comme lorsque le tribunal est appelé à classer les créanciers chirographaires en fonction de leurs intérêts économiques. Si ce pouvoir d'appréciation n'est pas exercé en connaissance de cause et de façon indépendante et prévisible, la confiance des créanciers risque de se trouver entamée.

283. *Actionnaires ou associés.* Dans certaines lois, le plan doit être soumis à l'approbation des actionnaires ou associés, du moins lorsqu'il aurait des incidences sur la forme sociale, la structure financière ou la répartition du capital. Au demeurant, lorsque la direction de l'entreprise propose un plan, il se peut que ses dispositions aient déjà été approuvées par les actionnaires (en fonction de l'entreprise, cette condition peut être imposée par les statuts). Tel est souvent le cas lorsque le plan touche directement les actionnaires parce qu'il suppose des conversions de créances en prises de participation, soit par le transfert de parts de capital existantes, soit par la création de nouvelles parts ou actions.

284. Dans les cas où la loi autorise les créanciers ou le représentant de l'insolvabilité à proposer un plan qui envisage une conversion de créances en prises de participation, celui-ci peut, dans certains pays, être approuvé malgré l'opposition des actionnaires, indépendamment des dispositions des statuts de l'entreprise. De ce fait, les actionnaires en place peuvent être, contre leur gré, totalement évincés.

iii) Créanciers liés aux débiteurs

285. [Vote pour l'approbation du plan]

iv) Effets du plan

286. Une fois le plan approuvé, différentes approches sont possibles sur la question de savoir à qui il s'impose. Dans certains régimes d'insolvabilité, seuls sont liés les

créanciers qui ont pris part au vote, tandis que dans d'autres sont liés tous les créanciers chirographaires, les administrateurs et les actionnaires.

e) *Homologation du plan par le tribunal*

287. Tous les pays n'exigent pas l'homologation par le tribunal du plan approuvé par les créanciers; il suffit que le plan ait été approuvé par une majorité des créanciers. Même dans ce cas, le tribunal peut avoir un rôle à jouer lorsque le plan lui-même ou les moyens par lesquels il a été obtenu sont contestés par les créanciers minoritaires (voir par. 290 ci-dessous).

288. Lorsque le plan doit être homologué par un tribunal (ou dans certains pays par une autorité administrative), on s'attend normalement à ce que le tribunal ou l'autorité administrative en question homologue un plan qui a été approuvé par la majorité requise des créanciers. De nombreux pays confèrent un rôle actif aux tribunaux en autorisant ceux-ci à ordonner qu'une catégorie de créanciers qui n'a pas approuvé le plan soit néanmoins liée par ce dernier ("binding in"). Le tribunal peut alors être appelé à jouer un rôle qui s'apparente à une formalité juridique. Il n'a pas à entrer dans les considérations commerciales sur la base desquelles le plan a été approuvé, mais à s'assurer que la décision des créanciers a été obtenue de façon régulière et qu'il a été satisfait aux préalables nécessaires. Le tribunal peut rejeter le plan au motif que les intérêts de créanciers qui s'y sont opposés ne sont pas suffisamment protégés (du fait, par exemple, qu'il n'ont pas reçu un montant aussi élevé que celui qu'ils auraient obtenu en cas de liquidation), ou que des irrégularités ont été commises dans le processus d'approbation.

289. Certaines lois laissent également au tribunal la possibilité de rejeter un plan au motif qu'il n'est pas réalisable. Cela peut se justifier, par exemple, dans les cas où le plan ne s'impose pas aux créanciers garantis et ne prévoit pas non plus l'apurement intégral des créances garanties de ces derniers. Le tribunal peut, en pareil cas, rejeter le plan s'il considère que les créanciers garantis feront valoir les droits que leur confère leur sûreté, ce qui rendrait le plan impossible à exécuter. On peut chercher à parer à une telle éventualité dans les dispositions relatives à l'élaboration et à l'approbation du plan. Quel que soit le rôle prévu pour le tribunal concernant le plan de redressement, il est souhaitable qu'il ne lui soit pas demandé d'examiner les considérations économiques et commerciales sur lesquelles repose la décision des créanciers, à moins qu'ils n'aient la compétence et l'expérience voulues pour se prononcer à ce sujet.

f) *Contestation du plan*

290. Puisqu'il est probable que tous les créanciers subissent un préjudice du fait de la procédure de redressement, un préjudice ou dommage plus élevé que celui subi par d'autres créanciers ou classes de créanciers sera généralement exigé pour justifier la contestation du plan. Certaines lois prévoient également la possibilité de contester le plan et d'obtenir qu'il soit reconsidéré ou écarté, sur la base de critères établis pouvant servir à apprécier le bien-fondé de l'opposition de ces créanciers. Parmi ces critères, on peut citer le fait que l'approbation du plan a été obtenue par des manœuvres dolosives (par exemple des informations fausses ou trompeuses ont été données ou des informations importantes n'ont pas été communiquées au sujet du plan de redressement), ou qu'il y a eu quelque irrégularité dans la procédure de vote (par exemple des créanciers liés au débiteur ont participé au vote ou la résolution approuvant le plan allait à l'encontre des intérêts de l'ensemble des créanciers) ou dans la façon dont a été menée la réunion à laquelle le vote a eu lieu.

g) *Modification du plan*

291. Lorsque les voix requises pour l'approbation du plan de redressement ne sont pas obtenues, la loi peut prévoir un mécanisme permettant un réexamen du plan par les créanciers et la modification de celui-ci. On pourrait, par exemple, donner aux créanciers la faculté d'obtenir, à l'issue d'un vote où la majorité d'entre eux s'est prononcée dans ce sens, le report de la réunion à laquelle la décision concernant le plan devra être prise, s'il apparaît que de nouvelles négociations peuvent déboucher sur un résultat favorable ou pour chercher à résoudre des litiges et des questions en suspens. Comme dans tous les aspects de la procédure, cependant, il est souhaitable qu'un tel report ne soit possible que dans des circonstances bien circonscrites, ou du moins qu'un nombre de fois limité, et peut-être aussi que des délais soient fixés afin de faciliter une issue rapide des renégociations et d'éviter les abus.

292. La loi peut aussi ménager la possibilité de modifier le plan après son approbation si un problème majeur survient en cours d'exécution ou s'il s'avère impossible à exécuter. Dans de nombreuses législations, le plan peut être modifié si cela est dans l'intérêt des créanciers. Dans les cas où le tribunal a homologué le plan initial, l'homologation du plan modifié peut aussi être exigée.

h) *Exécution du plan*

293. La plupart des plans peuvent être exécutés sans qu'il y ait besoin de quelque autre intervention. Mais il peut parfois être nécessaire que l'exécution soit supervisée ou contrôlée par une personne indépendante. Dans plusieurs pays, le tribunal continue de superviser le débiteur après l'approbation et la confirmation du plan jusqu'à ce que l'exécution de celui-ci soit achevée. Cela peut être important lorsque des questions d'interprétation de l'exécution ou des obligations du débiteur ou autres se posent. Certains pays permettent au tribunal d'autoriser la poursuite de la supervision des affaires du débiteur, à divers degrés, par un contrôleur ou représentant de l'insolvabilité après la confirmation du plan.

i) *Non-approbation ou échec du plan*

294. Dans les cas où un plan n'est pas approuvé ou échoue en cours d'exécution et si, dans ces deux cas, le problème ne peut être résolu en modifiant le plan, différentes possibilités peuvent être envisagées. Certaines lois sur l'insolvabilité partent du principe que si les créanciers n'ont pas approuvé le plan, c'est le signe qu'ils sont en faveur de la liquidation. Une telle approche peut encourager les débiteurs à proposer un plan acceptable, mais il est

souhaitable de prévoir des garde-fous pour empêcher les abus dans les cas où la liquidation ne serait pas dans l'intérêt de tous les créanciers.

295. Lorsque l'échec du plan est irrémédiable, la loi peut prévoir la conversion du redressement en liquidation. Cette approche a certes le mérite de lever l'ambiguïté quant à l'issue ultime de la procédure, mais elle risque aussi d'entraîner de nouveaux retards et une perte de valeur des actifs de la masse, si bien qu'au bout du compte la liquidation sera moins favorable aux créanciers que ne l'aurait été le redressement. Une autre solution serait de considérer que la procédure d'insolvabilité a atteint son terme et de laisser les créanciers chercher individuellement à défendre leurs intérêts. Une telle approche ne résout pas les difficultés financières du débiteur et pourrait aboutir à la course aux actifs que l'ouverture de la procédure collective cherchait à éviter. Une solution de compromis serait de permettre aux créanciers de proposer un plan différent dans un délai donné, la conversion du redressement en liquidation n'intervenant que dans les cas où aucun plan n'a pu être élaboré. Il ne faut pas perdre de vue qu'il arrive nécessairement un moment où il importe de privilégier la recherche de ce qui est faisable par opposition à la recherche du résultat qui servirait le mieux les intérêts de l'ensemble des créanciers, et il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité soit suffisamment souple pour permettre de prendre ce virage.

j) *Conversion en liquidation*

296. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme pour convertir la procédure de redressement en procédure de liquidation dans un certain nombre de circonstances pouvant survenir au cours de la procédure de redressement, notamment lorsqu'il est établi qu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que le redressement soit un succès ou lorsqu'il s'avère que le débiteur abuse de la procédure de redressement en ne coopérant pas avec le représentant de l'insolvabilité (par exemple en faisant de la rétention d'informations) ou en faisant montre de quelque autre façon de mauvaise foi (par exemple en opérant des transferts frauduleux). Le représentant de l'insolvabilité étant celui qui, après le débiteur ou la direction de l'entreprise débitrice, connaît le mieux cette dernière et est donc souvent en mesure de se rendre compte à un stade précoce si elle est ou non viable, il peut jouer un rôle clef dans la conversion. Il peut aussi être raisonnable de permettre aux créanciers ou au comité des créanciers (s'il en a été constitué un) de demander au tribunal de convertir la procédure pour les mêmes motifs. On pourrait aussi habiliter le tribunal à prendre l'initiative de la conversion.

297. Plusieurs approches peuvent être adoptées afin d'empêcher qu'il ne soit abusé de la procédure de conversion. L'une des possibilités est de fixer un délai, non prorogeable par le tribunal, à l'expiration duquel la procédure de redressement doit être terminée (par exemple cent-vingt jours à compter de l'ouverture de la procédure). Un tel délai pourrait servir de catalyseur pour accélérer l'élaboration et l'approbation du plan, ce qui serait un avantage, mais il risque aussi de s'avérer inutile ou injustifié dans certains cas (tels que dans celui de très grosses insolvabilités où l'élaboration du plan peut prendre plus de douze mois) et de faire capoter, en raison des rigidités qu'il introduit, un redressement qui aurait par ailleurs pu réussir. Une variante de cette approche, qui donnerait aux créanciers plus de prise sur la procédure, serait de fixer un délai initial (de soixante à quatre-vingt-dix jours par exemple) qui ne pourrait être prorogé qu'à l'issue d'un vote favorable des créanciers (se fondant par exemple sur un rapport du représentant de l'insolvabilité ou d'un expert indépendant concernant la faisabilité du redressement) mais qui, en tout état de cause, ne pourrait pas s'étendre au-delà d'une certaine limite (par exemple cent-vingt jours).

k) *Remise de dettes ou réaménagement de créances*

298. Afin de donner à l'entreprise faisant l'objet d'un plan de redressement les meilleures chances de succès, la loi sur l'insolvabilité peut sanctionner les remises de dettes ou réaménagements de créances prévues dans le plan. Cette approche va dans le sens de l'objectif de la sécurité commerciale en conférant un caractère obligatoire aux remises de dettes ou annulations ou réaménagements de créances prévues dans le plan approuvé. Ce principe est particulièrement important pour garantir que les dispositions du plan seront respectées par les créanciers qui ont rejeté celui-ci et par ceux qui n'ont pas participé au processus. Il donne aussi aux autres bailleurs de fonds et investisseurs l'assurance qu'ils ne se trouveront pas impliqués dans une liquidation imprévue ou dans une situation dans laquelle des créances cachées ou non divulguées entreraient en concurrence avec eux. Il est ainsi bien clair qu'il n'y a aucune incompatibilité entre la remise de dettes et les droits des créanciers au regard de la loi.

l) *Fin du plan*

299. Le plan de redressement est normalement réputé terminé lorsqu'il a été pleinement exécuté ou lorsque le tribunal ordonne qu'il y soit mis fin en raison d'un défaut d'exécution. Dans ce dernier cas, afin d'éviter que le débiteur ne reste insolvable, sa situation financière n'ayant pas été résolue, le tribunal peut aussi ordonner la conversion de la procédure en liquidation.

2. Plan de redressement: résumé et recommandations

1. Les dispositions ayant trait au plan de redressement ont pour objet:

a) De faciliter les négociations entre le débiteur, ses créanciers et les autres parties intéressées aux fins de résoudre les difficultés financières du débiteur dans le cadre d'un plan de redressement;

b) De faire en sorte que tous les créanciers et le débiteur soient liés par le plan de redressement;

c) De permettre l'exécution du plan de redressement;

d) D'indiquer ce qu'il adviendra s'il n'est pas proposé de plan acceptable, si l'approbation des créanciers ne peut être obtenue, ou si l'exécution du plan échoue;

e) De convertir la procédure en liquidation dans certaines circonstances;

f) De sanctionner la remise de dettes ou le réaménagement des créances.

2. Le plan de redressement peut être proposé lors du dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou après l'ouverture de la procédure. Lorsque le plan doit être proposé lors du dépôt de la demande, il est nécessairement élaboré par le débiteur.

3. Lorsque le plan de redressement doit être élaboré après l'ouverture de la procédure, il importe que l'approche adoptée dans la loi sur l'insolvabilité en ce qui concerne l'élaboration du plan soit souple et permette la participation de toutes les parties au cœur de la procédure d'insolvabilité: le débiteur, les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. Par exemple, elle pourrait donner au débiteur l'exclusivité de la proposition d'un plan jusqu'à l'expiration d'un certain délai, mais à condition qu'il consulte les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. Si, à l'expiration de ce délai, le débiteur n'a pas été en mesure de proposer un plan acceptable, un ou plusieurs créanciers ou le comité des créanciers, en consultation avec le représentant de l'insolvabilité, ou le représentant de l'insolvabilité lui-même, pourrai(en)t se voir donner la possibilité de proposer un plan.

4. La loi sur l'insolvabilité pourrait spécifier le contenu minimal du plan de redressement, compte tenu des dispositions d'autres lois pertinentes. Ce contenu minimal pourrait être [*un état de la situation financière du débiteur, y compris un état de l'actif et du passif et les tableaux des flux de trésorerie; l'exposé détaillé des propositions figurant dans le plan; l'indication de ce que les créanciers recevraient (et les raisons pour lesquelles ils recevraient plus qu'en cas de liquidation); et l'exposé des raisons pour lesquelles l'entreprise serait en mesure de poursuivre ses activités et pourrait être redressée avec succès*].

5. Aux fins d'un plan de redressement, les créanciers peuvent être répartis dans des catégories selon la nature et le contenu de leurs droits respectifs.

6. Un plan de redressement est approuvé s'il est appuyé:

a) Par la majorité dans les catégories de créanciers prioritaires et de créanciers garantis (lorsque le plan proposé a une incidence sur leurs droits);

b) Par la majorité dans les catégories de créanciers chirographaires;

c) Par la majorité des actionnaires de l'entreprise débitrice (lorsque le plan proposé a une incidence sur leurs droits).

7. Aux fins de l'approbation, la majorité est constituée par la moitié du nombre de créanciers ayant effectivement pris part au vote et les deux tiers des créances que ceux-ci détiennent respectivement.

8. La loi peut prévoir que si le plan de redressement a été approuvé par la majorité des créanciers, il s'impose à ceux qui sont contre (clause dite de "cram-down").

9. La loi peut prévoir l'homologation du plan de redressement par un tribunal ou un organe administratif compétent pour rendre le plan opposable aux créanciers. Le tribunal pourrait être habilité à homologuer le plan à condition que:

a) Les intérêts des créanciers qui y sont opposés soient convenablement protégés;

b) Le plan soit réalisable;

c) [*autre condition*].

10. Les créanciers qui ne sont pas favorables au plan peuvent s'y opposer lorsque l'approbation du plan a été obtenue par des manœuvres dolosives (telles que la fourniture d'informations fausses ou trompeuses ou la rétention d'informations importantes concernant le plan de redressement), ou que la procédure de vote est entachée d'une quelconque irrégularité (telle que la participation de créanciers liés au débiteur ou l'incompatibilité de la résolution approuvant le plan avec les intérêts de l'ensemble des créanciers).

11. Le tribunal devrait être habilité à superviser l'exécution du plan ou à en autoriser la supervision par un contrôleur ou par le représentant de l'insolvabilité, si cela est nécessaire.

12. Des dispositions devraient être prises afin de permettre la modification du plan si celui-ci n'obtient pas le taux d'adhésion nécessaire à son approbation, ou après l'approbation, si l'exécution du plan échoue ou s'avère impossible.

13. La loi sur l'insolvabilité devrait aborder la question de la remise des dettes ou du réaménagement des créances sur la base de la façon dont celles-ci sont traitées dans le plan de redressement.

14. La loi sur l'insolvabilité devrait disposer que le plan prend fin quand son exécution est achevée ou, lorsque l'exécution échoue et que le plan ne peut être modifié, que la procédure est alors convertie en liquidation.

G. Document de travail sur les procédures informelles d'insolvabilité: commentaires de la Commercial Finance Association soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-cinquième session

(A/CN.9/WG.V/WP.59) [Original: anglais]

Le secrétariat a reçu, le 19 octobre 2001, des commentaires de la Commercial Finance Association sur les procédures informelles d'insolvabilité. Le texte de ces commentaires est reproduit en annexe à la présente note.

ANNEXE. PROCÉDURES INFORMELLES D'INSOLVABILITÉ

I. Introduction

1. À l'occasion des délibérations du Groupe de travail de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur le droit de l'insolvabilité sur la question de savoir s'il est souhaitable et possible d'élaborer des dispositions législatives relatives aux procédures informelles d'insolvabilité, la Commercial Finance Association (CFA) a le plaisir de soumettre la présente note qui fait suite au rapport du Secrétaire général sur les différents modes d'approche des procédures extrajudiciaires d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.55).

2. À titre d'information, la CFA est une association professionnelle regroupant des institutions financières qui fournissent aux entreprises des crédits commerciaux garantis par des actifs ainsi que des services d'affacturage. Si la plupart de ses membres ont leur siège en Amérique du Nord, beaucoup sont situés ou appartiennent à des entités situées dans d'autres régions du monde ou y ont des filiales ou des succursales. Parmi les quelque 300 membres que compte la CFA figurent presque toutes les banques des principaux centres financiers, les grandes banques régionales et d'autres organismes de crédit commercial d'Amérique du Nord plus ou moins importants. Les membres de la CFA financent des entreprises aux échelons international, national, régional et local. La plupart des emprunteurs ayant recours à leurs services ont besoin de crédits garantis pour fonctionner et se développer. Si ces crédits sont utilisés en grande partie comme fonds de roulement, un volume important sert à financer l'acquisition de sociétés. Les prêts sont généralement garantis par nantissement de divers types de biens meubles et immeubles appartenant aux emprunteurs ou aux cautions, notamment des comptes clients, des stocks, des équipements, des biens immobiliers, des droits de propriété intellectuelle et des valeurs mobilières. L'année dernière, le montant total des crédits garantis octroyés par les membres de la CFA a dépassé 340 milliards de dollars.

3. Au cours des dernières années, les membres de la CFA ont accordé de plus en plus de prêts internationaux, notamment des prêts fondés sur la valeur de garanties situées dans d'autres États et libellés en monnaies locales. Le développement de cette activité est une conséquence logique de la mondialisation accrue des emprunteurs, à laquelle contribuent la suppression des obstacles au commerce et le progrès explosif des techniques.

II. Commentaires

4. D'une manière générale, la CFA estime qu'il serait souhaitable d'élaborer des procédures informelles d'insolvabilité pour promouvoir l'offre de crédits à des taux plus abordables dans les États qui adoptent de telles procédures. Selon elle, le principal objectif de tout ensemble de procédures devrait être la mise en place d'un mécanisme permettant d'exécuter, de manière efficace et économique, un accord de restructuration des dettes d'une entreprise débitrice (autrement dit d'un emprunteur) qui a été approuvé par tous ou presque tous les créanciers de cette entreprise (autres que les créanciers commerciaux), de manière à éviter les frais et les retards inhérents aux procédures formelles d'insolvabilité habituellement utilisées.

5. Si l'un des principaux buts des procédures informelles d'insolvabilité est de favoriser l'offre de crédits garantis, la CFA part du principe qu'elles ne devraient pas mettre un prêteur garanti dans une situation plus défavorable que celle qui résulterait des lois applicables aux procédures formelles. Ainsi, elles ne devraient pas empêcher le prêteur garanti, sans son consentement, d'exercer les droits et recours dont il dispose concernant la garantie ou la valeur de la garantie. Par exemple, les procédures informelles devraient préserver ses droits sur *a*) le produit de sa garantie et *b*) les biens acquis après la constitution de la garantie et ne devraient pas l'obliger à libérer ou à échanger sa garantie sans que celle-ci soit dûment remplacée. En outre, si une garantie quelconque est utilisée pendant la restructuration des dettes, les procédures informelles devraient prévoir le versement au prêteur garanti de dommages-intérêts raisonnables pour toute diminution de la valeur de la garantie résultant de cette utilisation. Enfin, elles ne devraient pas, sans le consentement du prêteur garanti, décevoir les attentes raisonnables de ce dernier découlant du contrat de prêt pour ce qui est du choix de la loi ou l'attribution de la compétence.

6. La CFA pense que, pour être efficaces, les procédures informelles d'insolvabilité devraient habiliter le tribunal de l'insolvabilité *a*) à suspendre temporairement les actions engagées par les créanciers contre l'emprunteur et ses biens, *b*) à lier les créanciers dissidents au plan de restructuration et *c*) à empêcher l'emprunteur de se retirer d'un plan de restructuration auquel il a précédemment consenti. De ce fait, ces procédures devraient prendre la forme de dispositions législatives (de préférence dans le cadre des lois sur les procédures formelles d'insolvabilité plutôt que dans un texte de loi séparé) et non d'un ensemble de principes fondamentaux.

7. De plus, pour favoriser le recours aux procédures informelles d'insolvabilité dans un État, le tribunal de l'insolvabilité devrait être autorisé à surseoir à statuer en attendant que des négociations sur la restructuration soient menées conformément auxdites procédures s'il estime que de telles négociations ont de vraies chances d'aboutir et que la restructuration proposée sert au mieux les intérêts de tous les créanciers. Les procédures informelles devraient également prévoir un moyen rapide de faire examiner et homologuer par le tribunal la restructuration ainsi proposée.

8. La CFA estime en outre que les procédures informelles d'insolvabilité devraient prévoir un mécanisme permettant de financer les activités de l'emprunteur pendant les négociations sous réserve d'accorder un rang de priorité approprié et d'autres protections aux parties apportant un tel financement. Toutefois, il ne faudrait pas que ce dernier porte atteinte aux droits des prêteurs garantis existants qui ont choisi de ne pas fournir de concours financier. C'est pourquoi la CFA pense que *a*) aucune sûreté de rang supérieur à celles dont bénéficient ces prêteurs ne devrait être accordée sans leur consentement, à moins qu'ils n'aient déjà, ou ne reçoivent, une garantie dont la valeur dépasse sensiblement le montant de leur créance et *b*) aucune sûreté de rang inférieur à celles qu'ils détiennent ne devrait être accordée sans que soient prévues des dispositions en matière de subordination et de moratoire raisonnablement acceptables pour eux

9. Un prêteur garanti qui souhaite se retirer de la procédure de restructuration devrait être autorisé à le faire rapidement (obtenant ainsi la levée par le tribunal de toute suspension des poursuites) à condition de montrer que la restructuration proposée lui cause un préjudice. Cette mainlevée rapide devrait être possible même si la garantie de ce prêteur est essentielle à la restructuration. Elle devrait être prévue dans la loi de tout tribunal que le prêteur garanti aurait pu saisir conformément au contrat de prêt et dans toute loi autrement applicable.

III. Conclusion

10. La CFA est d'avis que la mise au point de procédures informelles d'insolvabilité conformes aux principes énoncés ci-dessus encouragerait les prêteurs garantis à octroyer un financement dans les États adoptant de telles procédures. Elle pense en revanche que des procédures qui ne reconnaîtraient pas ces principes auraient un effet dissuasif sur l'octroi de crédits garantis dans la mesure où elles décevraient les attentes raisonnables des prêteurs garantis concernant l'exercice des droits et recours prévus dans les lois applicables aux procédures formelles d'insolvabilité et d'autres lois régissant les droits des créanciers.

H. Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-sixième session (New York, 13-17 mai 2002)

(A/CN.9/511) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-14	354
II.	Délibérations et décisions	15-16	355
III.	Élaboration d'un projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	17-125	356
	A. Remarques générales	17	356
	B. Première partie. Principaux objectifs	18-25	356
	C. Deuxième partie. Dispositions essentielles	26-125	356
	1. Introduction	26-27	356
	A. Structure [organisation] du régime de l'insolvabilité	26-27	356

		Paragraphes	*Page*
2.	Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité	28-37	356
	A. Admissibilité et compétence	28-29	356
	B. Critères applicables	30-37	357
3.	Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	38-74	358
	A. Biens visés	38-40	358
	B. Protection et conservation de la masse de l'insolvabilité	41-44	358
	C. Utilisation et disposition des biens	45-49	358
	D. Traitement des contrats	50-56	359
	E. Action en annulation	57-68	360
	F. Compensation globale et compensation et G. contrats financiers	69-74	360
4.	Participants et institutions	75-94	361
	A. Débiteur	75-81	361
	B. Représentant de l'insolvabilité	82-88	362
	C. Créanciers	89-93	363
	D. Cadre institutionnel	94	363
5.	Administration de la procédure	95-106	363
	A. Régime applicable aux créances des créanciers	96-105	363
	B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	106	364
6.	Redressement: questions supplémentaires	107-125	364
	A. Le plan de redressement	107-121	364
	B. Procédure de redressement accélérée	122-125	366
IV.	Questions diverses	126-129	366
	A. Points de recoupement entre les travaux du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et ceux du Groupe de travail VI (Sûretés)	126-127	366
	B. Avancement des travaux d'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	128-129	367

I. INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il était indiqué dans cette proposition que, vu le caractère universel de sa composition et les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale, ainsi que ses solides relations de travail avec des organisations internationales ayant des compétences et des intérêts dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission était l'instance appropriée pour examiner les questions posées par le droit de l'insolvabilité. La Commission était instamment priée d'envisager de confier à un groupe de travail l'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière.

2. La Commission s'est déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. Selon une opinion, le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur de première importance dans les cotes de solvabilité internationale. On s'est toutefois déclaré préoccupé par les difficultés qu'entraîneraient des travaux à l'échelon international dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car cela supposait des choix sociopolitiques difficiles et potentiellement divergents. Compte tenu de ces difficultés, on a émis la crainte que ces travaux n'aboutissent pas. On a déclaré qu'il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable et que les travaux dans ce domaine devraient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Bien que cette notion d'approche souple ait reçu un écho favorable, il a été convenu dans l'ensemble que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans faire une étude approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

3. Afin de faciliter cette étude, la Commission a décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue d'élaborer une proposition, qui lui serait soumise à sa trente-troisième session, sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre.

4. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission a pris note de la recommandation que le Groupe de travail avait formulée dans son rapport sur la session exploratoire (A/CN.9/469, par. 140), tenue à Vienne du 6 au 17 décembre 1999, et lui a donné pour mandat de présenter un

exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients.

5. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait, ce faisant, tenir dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BAsD), la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau. Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat de la CNUDCI a organisé à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, un colloque sur l'insolvabilité internationale.

6. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission était saisie du rapport du Colloque (A/CN.9/495).

7. La Commission a pris note du rapport avec satisfaction et s'est félicitée des travaux réalisés jusqu'alors, en particulier de la tenue du Colloque sur l'insolvabilité internationale et des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Elle a examiné les recommandations formulées lors du Colloque, notamment en ce qui concerne la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session. Elle a confirmé que le mandat devrait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif. Afin d'éviter que le guide législatif ne soit trop général ou trop abstrait pour apporter les orientations requises, la Commission a indiqué que le Groupe de travail devrait avoir à cœur d'être aussi précis que possible dans ses travaux. À cette fin, il faudrait autant que possible inclure des dispositions législatives types, ne serait-ce que sur certaines des questions devant être traitées dans le guide.

8. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a commencé l'élaboration du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-quatrième session (New York, 23 juillet-3 août 2001) et a poursuivi ses travaux à sa vingt-cinquième session (Vienne, 3-14 décembre 2001). Les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/504 et A/CN.9/507.

9. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-sixième session à New York du 13 au 17 mai 2002. Y ont participé des représentants des États suivants membres du Groupe de travail: Allemagne, Autriche, Brésil, Burkina Faso, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Mexique, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

10. Ont pris part à la session des observateurs des États suivants: Algérie, Australie, Danemark, Gabon, Iraq, Irlande, Jordanie, Malte, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Philippines, Portugal, République de Corée et Suisse.

11. Des observateurs des organisations internationales suivantes étaient également présents:

a) *Institutions spécialisées et autres organisations du système des Nations Unies:* Banque mondiale, Fonds monétaire international et Organisation internationale du Travail;

b) *Organisations intergouvernementales:* Banque européenne pour la reconstruction et le développement et Ligue des États arabes;

c) *Organisations non gouvernementales invitées par la Commission:* American Bar Association, American Bar Foundation, Association internationale du barreau, Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention, Institut de droit international, International Insolvency Institute et International Working Group on European Insolvency Law.

12. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: Wisit WISITSORA-AT (Thaïlande)

Rapporteur: Jorge PINZÓN-SÁNCHEZ (Colombie)

13. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2).

14. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

II. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

15. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a poursuivi ses travaux sur l'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, conformément aux décisions prises par la Commission à ses trente-troisième (New York, 12 juin-7 juillet 2000)[1] et trente-quatrième (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001)[2] sessions ainsi que par lui-même à ses vingt-quatrième et vingt-cinquième sessions. Il est rendu compte ci-dessous de ses décisions et délibérations concernant le guide législatif.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 400 à 409.

[2] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 296 à 308.

16. Le secrétariat a été prié d'établir, en tenant compte de ces délibérations et décisions, une version révisée du guide qui sera présentée à la vingt-septième session du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, prévue à Vienne du 9 au 13 décembre 2002, en vue d'y être examinée de façon plus approfondie.

III. ÉLABORATION D'UN PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Remarques générales

17. Le Groupe de travail a estimé qu'il fallait traiter plus en détail la procédure de redressement dans les recommandations et mettre davantage l'accent sur celle-ci que sur la procédure de liquidation. On a également proposé de déplacer les sections C et D du chapitre V sur l'administration de la procédure pour les insérer dans une partie subséquente traitant de la clôture de la procédure. Il a en outre été suggéré de présenter les recommandations dans le projet de guide sous forme de texte séparé ou d'annexe et de les faire figurer également dans le corps du document à la suite de chaque section correspondante du commentaire analytique.

B. Première partie. Principaux objectifs

18. À titre de remarque générale, on a fait observer que les recommandations mettaient l'accent sur la protection des créanciers et ne mentionnaient pas la protection du débiteur, qui était un aspect tout aussi important d'un régime de l'insolvabilité.

19. En ce qui concerne la structure de la première partie, on s'est dit favorable à la présentation des recommandations sous la forme d'un préambule énonçant les objectifs du guide. Ce préambule servirait d'introduction aux recommandations qui suivraient et constituerait également un instrument d'interprétation utile.

20. Un certain nombre de suggestions ont été faites quant au contenu des recommandations 1 à 7. S'agissant de la première recommandation, on a proposé de faire ressortir plus clairement le choix entre procédure de liquidation et procédure de redressement et de supprimer le membre de phrase figurant après "entreprises non viables". Une proposition visant à mentionner, dans cette même recommandation, la nécessité de tenir pleinement compte de la protection des salariés n'a bénéficié d'aucun soutien.

21. Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il faudrait employer, dans la recommandation 3, les mots "placer sur un pied d'égalité" plutôt que "assurer le traitement équitable" pour les créanciers se trouvant dans une situation similaire, la seconde formule étant plus appropriée dans le cadre de la recommandation 6 et du régime applicable aux différentes catégories de créanciers. Il faudrait par ailleurs tenir compte de cette distinction dans l'ensemble du projet de guide.

22. On a généralement appuyé l'idée d'indiquer, dans la recommandation 5, que ceux chargés de superviser la procédure d'insolvabilité devraient fournir périodiquement aux créanciers des informations sur la situation financière du débiteur et sur l'état d'avancement de la procédure.

23. Dans le contexte de la recommandation 6, il a été noté que la protection des salariés revêtait une importance particulière dans une législation sur l'insolvabilité et que ceux-ci devraient être expressément mentionnés comme étant une catégorie de créanciers exigeant une attention spéciale. Bien que cette proposition ait bénéficié d'un certain soutien, le Groupe de travail a généralement estimé que, si la protection des salariés était certes une question relativement importante (s'agissant en particulier du respect d'obligations internationales), la mention d'une catégorie particulière de créanciers dans la recommandation 6 n'était pas souhaitable et pouvait dénoter un parti pris qui n'avait pas sa place dans les objectifs généraux. On a fait observer que, dans son libellé actuel, la référence aux créanciers inclurait les salariés titulaires de créances et que la question de leur protection pourrait être traitée plus précisément dans les sections relatives au traitement des contrats et à la répartition.

24. On s'est généralement prononcé pour le maintien de la recommandation 7 afin d'encourager et de promouvoir l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

25. Il a été proposé d'insérer d'autres recommandations, à savoir que toutes les créances devraient être soumises à une seule et même procédure d'insolvabilité et que la législation sur l'insolvabilité devrait encourager la recherche d'un accord en vue d'un règlement amiable de la situation financière du débiteur pour ne pas avoir à recourir à une procédure d'insolvabilité.

C. Deuxième partie. Dispositions essentielles

1. Introduction

A. Structure [organisation] du régime de l'insolvabilité

26. On a estimé, en ce qui concerne la recommandation 8, qu'il faudrait expliquer davantage dans le guide, notamment dans les recommandations, la façon dont les différentes procédures pourraient être agencées dans le régime de l'insolvabilité.

27. S'agissant du libellé, on a proposé de parler, dans la recommandation 9, non pas de la possibilité pour le débiteur de convertir une procédure de liquidation en procédure de redressement mais plutôt de la nécessité de prévoir dans la législation sur l'insolvabilité une possibilité de conversion.

2. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité

A. Admissibilité et compétence

28. On a dit, à titre de remarque générale, que le projet de guide devrait indiquer plus clairement si chacune des recommandations s'appliquait soit à la liquidation soit au redressement soit aux deux types de procédures.

29. On a fait observer que la recommandation 13 risquait d'être incompatible avec l'article 28 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui subordonnait l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à la présence de biens. Il a été répondu qu'une distinction devrait être faite entre le projet de guide et la Loi type, car cette dernière faisait référence à l'ouverture d'une procédure accessoire fondée sur la présence de biens dans le cas où une procédure principale avait été engagée ailleurs, alors que la recommandation 13 traitait essentiellement de l'ouverture de la procédure principale proprement dite. On a noté toutefois que, du fait que certaines législations sur l'insolvabilité subordonnaient effectivement l'ouverture de la procédure à la présence de biens, il faudrait peut-être adopter une approche plus souple dans le projet de guide. On a proposé de reprendre en termes généraux dans les recommandations le principe posé à l'alinéa *c* de la clause relative à l'objet des dispositions, selon lequel le droit de l'insolvabilité devrait traiter la question de savoir quels débiteurs ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à la législation de ce dernier sur l'insolvabilité. Il faudrait ensuite ajouter une recommandation indiquant que différents facteurs de rattachement pourraient être choisis à cet égard mais qu'ils devraient comprendre, au minimum ou à titre d'exemple, ceux qui étaient mentionnés aux alinéas *a* et *b* de la recommandation 13.

B. Critères applicables

30. On s'est dit favorable dans l'ensemble à ce que l'expression "peu coûteuse" figurant à l'alinéa *c* de la clause relative à l'objet des dispositions soit remplacée par "à moindre coût".

31. On s'est dit préoccupé par le fait que l'alinéa *a* de la recommandation 17 faisait référence à l'incapacité future du débiteur de payer ses dettes, étant donné que ce critère était difficile à prouver et qu'il fallait établir certains éléments de l'imminence d'une telle incapacité. Il a été dit que, si l'incapacité de payer n'était pas imminente, le débiteur devrait essayer de régler sa situation par le biais de négociations informelles et non en engageant une procédure formelle. Il a été répondu que les négociations informelles n'étaient pas toujours possibles pour certains types d'instruments financiers, pour lesquels la modification des modalités de remboursement exigeait l'unanimité.

32. Selon un avis contraire, la recommandation devrait être maintenue sous sa forme actuelle afin d'encourager les débiteurs à demander volontairement l'ouverture d'une procédure à un stade précoce, ce qui, de l'avis du Groupe de travail, devrait constituer un élément clef du droit de l'insolvabilité. À l'appui de cet avis, on a dit que, si une telle disposition donnait lieu à des abus de la part des débiteurs, cette question devrait être traitée dans le cadre des conséquences de la demande et non dans la partie relative aux critères concernant l'ouverture.

33. Des inquiétudes ont également été exprimées concernant la recommandation 18 du fait que le non-paiement d'une seule créance pouvait entraîner l'application de la présomption d'incapacité de payer sans que l'on se demande si la créance était contestée ou si elle pouvait faire l'objet d'un droit à compensation. Afin d'apaiser ces inquiétudes, on a proposé d'indiquer, dans la recommandation, que la créance ne faisait pas l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation pour un montant égal ou supérieur. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui. En ce qui concerne le nombre de créanciers, l'idée d'exiger le non-paiement par le débiteur de plus d'un créancier a recueilli un certain soutien. Il a été répondu que l'important n'était pas tant le nombre des créanciers que le montant de la créance détenue par un créancier donné et la relation entre l'actif et le passif. On a toutefois fait observer qu'il serait peut-être nécessaire d'adopter des solutions différentes à ces problèmes selon les pays pour tenir compte des différents stades de développement économique, de la prévalence de divers types d'instruments financiers et d'autres facteurs similaires.

34. On s'est par ailleurs dit préoccupé par le fait que la recommandation 18, dans son libellé actuel, n'indiquait pas comment le débiteur pouvait se défendre contre une telle présomption. En réponse, on a indiqué que les recommandations 20, *b,* et 23 offraient une protection au débiteur, qui aurait la possibilité de réfuter la présomption en montrant, notamment, qu'il était en mesure de payer ses dettes, que la dette faisait l'objet d'une contestation légitime et qu'elle n'était pas échue, le tribunal devant évaluer ces faits pour déterminer s'il fallait ou non ouvrir une procédure d'insolvabilité. On a fait observer que la recommandation visait à donner la possibilité d'obliger le débiteur à démontrer qu'il ne devait pas être soumis à la législation sur l'insolvabilité.

35. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu qu'afin de tenir compte des différentes vues exprimées la recommandation devrait, d'une part, indiquer que la législation sur l'insolvabilité "pourrait" et non "devrait" prévoir une telle présomption et, d'autre part, mentionner les différentes approches susceptibles d'être adoptées en ce qui concerne les circonstances à établir pour que la procédure puisse être ouverte, en particulier le nombre de créanciers ou le montant de la dette pouvant être exigés.

36. On s'est prononcé en faveur du maintien, dans la recommandation 21, des mots figurant entre crochets, qui fournissaient des exemples de la façon dont il pourrait être donné notification de l'ouverture d'une procédure, et de l'adjonction d'une référence à d'autres moyens de notification, par exemple par le biais de registres électroniques. Selon une autre suggestion qui a bénéficié d'un appui, on pourrait ne traiter dans la recommandation 21 que de la façon d'aviser le public et consacrer la recommandation 22 à la notification destinée aux créanciers, connus ou non connus. Enfin, on a suggéré d'indiquer dans une recommandation distincte les informations devant figurer à la fois dans la notification destinée aux créanciers en général et dans celle destinée aux créanciers connus et de préciser que les informations en question devraient être exigées par la législation. Cette suggestion a aussi été appuyée.

37. S'agissant du membre de phrase liminaire de la recommandation 23, on a émis l'avis qu'il faudrait établir une distinction entre le rejet d'une demande d'ouverture et le refus d'ouvrir la procédure, en particulier lorsque les critères applicables pouvaient déclencher l'ouverture automatique, comme dans le cas de figure visé à l'alinéa *a* de la recommandation 19. De l'avis général, il fallait deux

recommandations distinctes, l'une devant traiter du rejet de la demande d'ouverture tel qu'envisagé dans la recommandation 23 et l'autre du refus d'ouvrir la procédure pour les motifs exposés aux alinéas *a* et *b* de cette recommandation. On a proposé d'ajouter un autre motif compte tenu des débats au sein du Groupe de travail concernant le rejet d'une demande d'ouverture lorsque la créance était contestée de bonne foi ou pour des raisons légitimes. Cette proposition a été appuyée. Le Groupe de travail est convenu que le texte figurant entre les deuxièmes crochets, à l'alinéa *b*, était préférable et devrait être retenu et qu'un intitulé pourrait utilement être ajouté à la recommandation.

3. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Biens visés

38. D'un point de vue général, on a émis l'avis qu'il faudrait, s'agissant des biens visés, établir une distinction entre liquidation et redressement, car, selon le type de procédure, les biens visés pourraient différer. On a répondu qu'une telle approche risquait d'établir une distinction artificielle que les débiteurs pourraient abusivement mettre à profit. On a aussi fait valoir que la différence entre liquidation et redressement était plus importante du point de vue du régime appliqué aux biens que de celui de la définition des biens à inclure dans la masse de l'insolvabilité.

39. S'agissant de l'alinéa *a* de la recommandation 24, le Groupe de travail a examiné la question de l'emplacement des biens devant être soumis à la procédure et s'est demandé s'il convenait d'adopter, dans la recommandation, une approche universelle en parlant de tous les biens "où qu'ils soient situés". Des réserves ont été émises concernant non seulement cette approche, mais aussi le fait de traiter dans le guide la question de savoir quelle loi devrait s'appliquer aux biens, en particulier aux biens grevés d'une sûreté.

40. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu qu'on pourrait tenir compte des réserves susmentionnées en modifiant la recommandation de façon à adopter un libellé du type "La législation sur l'insolvabilité devrait définir les biens devant entrer dans la masse de l'insolvabilité" — laquelle pourrait comprendre des biens du type visé aux alinéas *a* et *b* de la recommandation 24 — et en indiquant clairement si l'approche retenue concernant les biens à inclure dans la masse était universelle ou territoriale. On s'est aussi prononcé en faveur d'une proposition tendant à ce que le guide précise le régime à appliquer aux biens se trouvant en possession du débiteur en vertu d'un contrat et fasse référence aux biens récupérés par le biais d'actions en annulation ainsi qu'aux biens potentiels, comme les dommages-intérêts susceptibles d'être accordés à l'issue d'une action en réparation.

B. Protection et conservation de la masse de l'insolvabilité

41. Concernant l'alinéa *a* de la recommandation 26, on s'est interrogé sur la signification du terme "execution" dans la version anglaise et l'on a suggéré, pour préciser ce point, de dire "*execution and other enforcement against the assets of the insolvency estate*". On a aussi suggéré de reprendre le même libellé à l'alinéa *b* de la recommandation 28. On a fait observer qu'il fallait rectifier l'alinéa *b* de la recommandation 26 en remplaçant "de" par "ou" entre les mots "l'administration" et "la réalisation". On a toutefois émis des doutes quant à la nécessité de traiter de la réalisation. S'agissant du membre de phrase suivant les mots "... de préserver la valeur des biens", on a suggéré de le remplacer par une formule du type "conformément à l'objectif de la procédure d'insolvabilité", ce qui permettrait de couvrir à la fois la liquidation et le redressement sans spécifier les types de mesures visés dans cet alinéa.

42. On s'est aussi demandé si les recommandations, dans leur libellé actuel, s'appliqueraient aux créanciers garantis. Pour clarifier ce point, on a suggéré d'ajouter, à l'alinéa *a* de la recommandation 28, les mots "y compris la perfection ou la réalisation de sûretés". Sur ce point, on a également appelé l'attention sur la différence, dans la version anglaise, entre le libellé de l'alinéa *c* de la recommandation 28 et celui de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, dont s'inspirait la recommandation. En réponse, on a suggéré de modifier l'alinéa *c* de la recommandation 28 comme suit: "le transfert des biens entrant dans la masse de l'insolvabilité, leur constitution en garantie ou tout autre acte de disposition est suspendu". Au cours du débat concernant l'alinéa *a* de la recommandation 28, on a fait observer que, dans certains pays, l'interdiction et la suspension ne s'appliquaient pas à l'ouverture ou à la continuation des poursuites, mais à l'exécution des décisions sur lesquelles celles-ci avaient débouché. On a noté que cette approche était reflétée au paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

43. En ce qui concerne la recommandation 32, on a émis l'avis qu'il fallait conserver le texte et le membre de phrase figurant entre crochets à l'alinéa *a*.

44. On a suggéré de remanier le libellé de la recommandation 33 de façon qu'il pose le principe général de la protection, les types de protection mentionnés dans la recommandation devant être donnés comme exemples.

C. Utilisation et disposition des biens

45. S'agissant du libellé, on a appuyé la proposition tendant à supprimer, à l'alinéa *c* de la clause relative à l'objet des dispositions, la référence à la renonciation à des biens ou à la remise de sûretés afin de ne parler que du traitement des biens occasionnant des frais et, pour reprendre les termes de la recommandation 38, des biens considérés comme sans valeur pour la masse de l'insolvabilité ainsi que des biens ne pouvant être réalisés dans un délai raisonnable.

46. D'un point de vue général, on s'est inquiété de la définition du terme "représentant de l'insolvabilité" et on s'est demandé si celui-ci devrait englober le débiteur non dessaisi. Il a été noté que cette question pourrait être examinée ultérieurement lorsque le Groupe de travail aborderait le glossaire du projet de guide.

47. On a fait observer que la relation entre la recommandation 35 et la recommandation 24 n'était pas claire et on s'est demandé, en particulier, si les biens appartenant à des tiers seraient considérés comme entrant dans la masse de l'insolvabilité.

48. En ce qui concerne la recommandation 36, il a été proposé de conserver les deux expressions entre crochets afin d'indiquer que les biens devaient à la fois contribuer et être nécessaires au bon déroulement de la procédure d'insolvabilité. On s'est demandé ce qu'il fallait entendre par l'expression "biens grevés de sûretés" et si, dans le cadre de la recommandation 36, celle-ci visait uniquement les droits réels. On a fait observer que le projet de recommandations contenait des dispositions relatives à la protection des créanciers garantis (recommandations 32 et 33) et des cocontractants du débiteur (recommandation 44). Afin d'assurer la protection des tiers, il a été proposé d'insérer des dispositions similaires après la recommandation 36.

49. Une proposition tendant à ce que la deuxième phrase de la recommandation 39 exige que les ventes privées soient soumises au contrôle du tribunal ou à l'approbation des créanciers a bénéficié d'un certain soutien. S'agissant de l'approbation des créanciers, il a été suggéré de faire référence à la section relative aux créanciers et au comité des créanciers. L'établissement dans la recommandation d'une distinction entre les ventes réalisées dans le cadre de la liquidation et celles réalisées dans le cadre du redressement ayant été suggéré, on a répliqué que l'objet de la disposition était de traiter la question des ventes effectuées en dehors du cours normal des activités, que ce soit en cas de liquidation ou de redressement. La question de savoir si un créancier pouvait ou non se porter acquéreur ayant été posée, on a fait observer qu'il n'était généralement pas souhaitable d'imposer des restrictions concernant les acquéreurs potentiels des biens du débiteur et qu'il fallait plutôt prévoir des mesures de protection telles que celles mentionnées dans la recommandation 39. On a en outre estimé que de telles mesures seraient également utiles dans le cadre de la recommandation 40.

D. Traitement des contrats

50. En ce qui concerne le libellé, on a demandé quelle était la signification exacte des mots "les contrats que le débiteur ou son cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés" et, partant, quel était le champ d'application de la section D. Il a été expliqué que cette section visait les contrats devant être exécutés par les deux parties et pas simplement le cas où une partie avait exécuté ses obligations et attendait d'être payée par l'autre. Le secrétariat de la CNUDCI a été prié d'exprimer cette idée plus clairement dans le projet de recommandations.

51. On s'est déclaré favorable à l'emploi d'une formule impérative dans la recommandation 42 et à la mention d'un autre cas de figure dans un alinéa *c*, à savoir l'insolvabilité du débiteur ou la précarité de sa situation financière. Après avoir rappelé qu'il avait été dit, à propos de la protection de la masse, que de nombreux pays prévoyaient l'application de la suspension au cocontractant du débiteur pour empêcher la résiliation du contrat, on a déclaré qu'il fallait faire en sorte que cela soit clairement indiqué dans les recommandations afin que le contrat subsiste et que le représentant de l'insolvabilité ait le temps de déterminer s'il convenait ou non de le poursuivre.

52. Pour ce qui est des recommandations 43 et 45, on a relevé que la première énonçait une condition pour la continuation des contrats, tandis que la seconde ne soumettait le droit de résiliation à aucune condition. On a émis l'avis que la recommandation 45 ne devrait s'appliquer qu'aux contrats qui occasionnaient trop de frais pour la masse de l'insolvabilité.

53. De nombreux participants ont formulé des objections à l'encontre de l'alinéa *b* de la recommandation 46, car il semblait avantager les parties qui n'exécutaient pas leurs obligations contractuelles et risquait de favoriser un débiteur insolvable par rapport à une partie qui continuait à s'acquitter de ses obligations. Il a été répondu que l'alinéa *b* pourrait être utile dans certains cas, en particulier dans le cadre d'un redressement, lorsque le contrat en question pouvait être décisif. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que cette question exigeait un examen plus approfondi et a placé l'alinéa *b* entre crochets.

54. En ce qui concerne la recommandation 50, il a été relevé que celle-ci mentionnait le délai dans lequel le représentant de l'insolvabilité devait décider de poursuivre ou de résilier un contrat et agir en conséquence, mais que la possibilité pour le cocontractant de demander à celui-ci d'agir rapidement était passée sous silence. Cette remarque a été favorablement accueillie.

55. Des avis différents ont été exprimés quant à la nécessité d'inclure des dispositions sur la cession des contrats. Selon l'un d'entre eux, la question de la cession relevait du droit général des contrats et ne devait pas être abordée dans la législation sur l'insolvabilité. Selon un avis contraire, des règles spéciales étaient nécessaires concernant la cession dans le cadre de l'insolvabilité, en particulier dans les systèmes juridiques qui n'autorisaient pas la cession contre le gré du cocontractant. On a noté que la préservation de la valeur du contrat au profit de la masse de l'insolvabilité (et, par la suite, des créanciers) justifiait de telles dispositions, à condition que le cocontractant ne soit pas désavantagé ou que sa situation ne soit pas aggravée en raison de la cession. À cet égard, les variantes A et B étaient l'une et l'autre acceptables. Selon une autre opinion encore, la variante A de la recommandation 53 risquait d'être trop difficile à mettre en œuvre et les recommandations 51 et 52 de cette variante étaient suffisantes. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que les recommandations devraient refléter les deux points de vue, à savoir, d'une part, que la cession pourrait relever uniquement du droit général des contrats et, d'autre part, que des dispositions spéciales pourraient être insérées dans la législation de l'insolvabilité. Le secrétariat de la CNUDCI a été prié d'élaborer les modifications nécessaires.

56. Pour ce qui est de la recommandation 54, on a proposé qu'il soit expressément fait mention des opérations financières (traitées en détail dans la section F) ainsi que

des contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle, lorsqu'il était souhaitable que ce type de contrat puisse être poursuivi.

E. Action en annulation

57. S'agissant de la clause relative à l'objet des dispositions, on a déclaré que l'alinéa *a* ne devrait pas vraiment parler de la préservation de la masse, mais plutôt de sa reconstitution. On s'est interrogé sur l'emploi des mots "traitement équitable" compte tenu des débats antérieurs concernant les principaux objectifs et l'utilisation des expressions "placer sur un pied d'égalité" et "assurer un traitement équitable". On a suggéré d'ajouter à cette clause un alinéa précisant que les dispositions avaient notamment pour objet de faire en sorte que les tiers sachent exactement quelles opérations étaient susceptibles d'annulation et un alinéa concernant le traitement des paiements effectués dans le cours normal des activités avant l'ouverture de la procédure. Des avis divergents ont été exprimés quant à la nécessité d'inclure dans la section consacrée aux actions en annulation des dispositions concernant les opérations postérieures à l'ouverture de la procédure. Le Groupe de travail est néanmoins généralement convenu que la question devrait être traitée dans le guide, par exemple dans la recommandation 35 et sous forme d'un nouvel alinéa *d* dans la recommandation 57 ou dans la section consacrée au traitement des contrats.

58. On a aussi proposé de modifier l'intitulé de la section, dans la version anglaise, en remplaçant "*Avoidance actions*" par "*Avoidance proceedings*".

59. On a fait observer que le membre de phrase "auxquelles le débiteur est partie", figurant à l'alinéa *b* de la clause relative à l'objet, risquait d'avoir une portée trop étroite, car certaines opérations pouvaient porter sur des biens du débiteur sans que celui-ci y soit partie.

60. S'agissant de la recommandation 56, on a suggéré de remplacer le mot "rétrospectivement" par "rétroactivement".

61. Divers avis ont été exprimés au sujet de la recommandation 57. On a tout d'abord fait observer que les mots "engager une action", figurant dans le chapeau, risquaient d'être insuffisants pour couvrir d'autres situations pouvant déboucher sur une annulation, par exemple celle d'une exception soulevée dans le cadre d'une action concernant des biens particuliers engagée par une personne autre que le représentant de l'insolvabilité. On a aussi indiqué que l'alinéa *a* devrait mentionner, outre le transfert de biens, le fait de contracter des obligations et les opérations laissant peu de biens au débiteur ou aggravant ses difficultés financières.

62. On a craint, à propos de l'alinéa *a*, que la référence aux "opérations frauduleuses" ne soit pas suffisante pour décrire les types d'opérations sur lesquelles devait porter la recommandation et qu'il faudrait donner des exemples d'opérations ainsi que des critères objectifs permettant de déterminer les types d'opérations visées. Dans le même ordre d'idées, on a émis l'avis que la connaissance de l'intention risquait d'être difficile à prouver et qu'il pourrait être utile d'inclure une référence aux situations dans lesquelles le tiers avait des raisons de soupçonner que l'opération était frauduleuse. On a aussi indiqué que la notion de fraude risquait d'être trop étroite et trop précise et l'on a proposé de faire également référence à d'autres critères comme la mauvaise foi. Selon un autre avis encore, il fallait supprimer toute référence à la notion de fraude et se concentrer sur les caractéristiques objectives des opérations susceptibles d'être annulées.

63. S'agissant de la recommandation 61, on a proposé d'y inclure les opérations visées à l'alinéa *a* de la recommandation 57.

64. Pour ce qui est de la détermination de la période suspecte visée dans la recommandation 58, on a émis l'avis qu'il faudrait faire référence à la recommandation 62 et à la nécessité de prévoir une période plus longue pour toutes les opérations visées à l'alinéa *a* de la recommandation 57, et pas seulement pour celles auxquelles étaient parties des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

65. L'avis selon lequel la recommandation 65 n'avait pas sa place dans la section consacrée à l'annulation a été appuyé.

66. S'agissant de la note 15, on a dit qu'il ne fallait pas se limiter aux personnes physiques, mais mentionner également les personnes morales et introduire la notion de contrôle du débiteur.

67. On a déclaré qu'il pouvait être utile d'ajouter dans la recommandation 78 une référence à l'exercice des pouvoirs d'annulation.

68. On a fait observer que la section E n'examinait pas la question du traitement à accorder, dans la procédure d'insolvabilité, au bénéficiaire d'un transfert en vertu d'un contrat annulé qui ne restituait pas les biens à la masse. On a noté que, dans certaines législations de l'insolvabilité, toute demande du bénéficiaire serait rejetée.

F. Compensation globale et compensation et G. Contrats financiers

69. Pour l'examen de ces questions, le Groupe de travail s'est fondé sur le texte ci-après, tel que modifié par le secrétariat de la CNUDCI.

"**F. Compensation globale et compensation** [document de référence A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 116 à 123]

"66) En règle générale, les arrangements de compensation globale et de compensation avec déchéance du terme devraient être protégés par la loi et, dans toute la mesure possible, être [irrévocables] [définitifs].

"*a*) Un droit à compensation existant en vertu du droit commun et exercé avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devrait être exclu de l'application des dispositions concernant l'annulation;

"*b*) Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la législation de l'insolvabilité devrait permettre aux créanciers et à la masse de l'insolvabilité d'exercer un droit à compensation autorisé par le droit commun et devrait exclure l'exercice de ce droit à compensation de l'application des dispositions concernant l'interdiction ou la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur et le traitement des contrats.

"**G. Contrats financiers***

"67) Nonobstant d'autres dispositions du droit commun ou de la législation de l'insolvabilité:

"*a*) Dès le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur, tout créancier du débiteur qui est partie à un contrat financier auquel participe le débiteur peut résilier ce contrat;

"*b*) Dès le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur, tout créancier du débiteur qui est partie à un contrat financier auquel participe le débiteur peut [réaliser sa sûreté] [mettre en œuvre sa sûreté] et exercer les droits à compensation nés en vertu de ce contrat; et

"*c*) À moins qu'elles soient manifestement frauduleuses, les opérations régies par un contrat financier et les arrangements connexes en matière de sûreté ne devraient pas être soumis aux dispositions concernant l'interdiction ou la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur ni aux dispositions concernant l'annulation.

"* L'alinéa *k* de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international adoptée en 2001 dispose: le terme "contrat financier" désigne toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers, *qu'il s'agisse ou non d'une opération en bourse*, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus [*le texte en italique est nouveau*]."

70. Le Groupe de travail est généralement convenu que ces questions devraient être traitées dans le guide et que celui-ci devrait souligner l'importance des types de contrats qui seraient visés ainsi que la complexité des arrangements concernés.

71. S'agissant de savoir quels contrats financiers seraient visés, on a émis l'avis que la définition figurant dans la note 16 était trop large et qu'il faudrait la circonscrire davantage en la limitant aux opérations qui entraient dans un contrat-cadre de plus vaste portée.

72. On s'est demandé si le droit à compensation décrit s'appliquait uniquement aux contrats financiers ou était d'application plus générale. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu que la compensation dans le contexte de ces recommandations serait limitée aux contrats financiers et que la question de la compensation en général serait traitée dans une autre section du guide. On a déclaré que la recommandation devrait, dans le contexte des contrats financiers, protéger en général les droits à compensation antérieurs à l'ouverture de la procédure et autoriser la compensation postérieure à l'ouverture lorsque les créances réciproques trouvaient leur origine dans la même convention-cadre.

73. Au sujet de la recommandation 67, on a noté qu'une exception concernant les conventions financières cadre n'était nécessaire que si deux conditions étaient satisfaites: *a*) la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure n'était pas autorisée pour les obligations financières réciproques; ou *b*) la législation sur l'insolvabilité habilitait le représentant de l'insolvabilité à passer outre aux dispositions concernant la résiliation des contrats.

74. On a émis l'avis qu'il fallait soigneusement examiner les dispositions afin de s'assurer qu'elles soient claires et qu'elles n'incitent pas les pays à adopter des dispositions qui entraveraient le fonctionnement d'arrangements tels que ceux de la Société de télécommunications interbancaires mondiales (SWIFT) ou de la chambre de compensation de l'Association du transport aérien international (IATA), compte tenu des règles applicables à l'insolvabilité et à l'annulation des opérations prévues par des systèmes spéciaux.

4. Participants et institutions

A. Débiteur

75. À propos de l'alinéa *a* de la clause relative à l'objet des dispositions, on a noté que le membre de phrase figurant entre crochets renvoyait aux obligations de tiers. Un grand nombre d'intervenants se sont dits favorables à ce que la question des obligations des tiers soit traitée dans le projet de guide. On a noté que les obligations des tiers — qui pouvaient comprendre notamment l'obligation de remettre les livres et pièces comptables appartenant au débiteur ou concernant celui-ci et de restituer les biens du débiteur qui se trouvaient en leur possession — pourraient différer des obligations correspondantes du débiteur. Par exemple, on a estimé qu'il faudrait sans doute définir plus précisément les informations à communiquer en indiquant qu'elles devaient avoir un rapport avec la procédure.

76. On a fait observer qu'étant donné l'importance de la participation du débiteur à la procédure de redressement il faudrait remplacer le mot "pourrait" par le mot "devrait" dans la recommandation 70. Cette proposition a été appuyée. On a aussi émis l'avis qu'il faudrait peut-être établir une distinction entre la liquidation et le redressement, car cette dernière procédure exigeait une participation plus actives et la communication des informations était plus nécessaire à son succès.

77. S'agissant de la recommandation 71, on s'est prononcé en faveur de l'adjonction d'un certain nombre d'obligations, dont l'obligation pour le débiteur de ne pas quitter sa résidence habituelle; de communiquer des informations concernant toute procédure judiciaire ou administrative en cours, y compris une procédure d'exécution; de remettre des biens et des livres comptables; et de fournir des informations sur les opérations intervenues pendant la période suspecte. S'agissant de l'obligation de remettre des biens,

on a émis l'avis que celle-ci devrait renvoyer à la recommandation 24 et se limiter aux biens compris dans la masse de l'insolvabilité, qu'ils soient nationaux ou étrangers. En ce qui concerne les biens étrangers, on a indiqué qu'une référence à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et à la désignation d'un représentant étranger serait sans doute souhaitable. Ces deux propositions ont été appuyées. On a aussi estimé qu'il faudrait se pencher sur le rapport entre les recommandations 71 et 73 et envisager d'indiquer dans quels cas les différentes obligations seraient pertinentes pour les types de procédures visées dans la recommandation 73.

78. On s'est dit largement favorable à l'insertion d'une recommandation supplémentaire qui ferait référence à la recommandation 25 et au droit du débiteur de conserver les biens personnels nécessaires à sa survie quotidienne.

79. Le Groupe de travail est convenu que l'obligation de confidentialité énoncée dans la recommandation 72 devrait s'appliquer aux informations détenues par le débiteur mais appartenant à un tiers ainsi qu'aux informations concernant des secrets professionnels, qu'elles appartiennent au débiteur ou à un tiers.

80. L'idée de supprimer l'alinéa *c* de la recommandation 73 au motif qu'il décrivait un type de procédure particulièrement spécialisée reposant sur un appareil judiciaire bien développé a recueilli un certain soutien. On a estimé qu'il s'agissait là d'une possibilité qui ne devrait pas être recommandée sans explications et informations détaillées. En réponse, il a toutefois été convenu que, du fait que la recommandation 73 présentait simplement des approches différentes, les trois alinéas devraient être conservés. Il a été noté cependant qu'on pourrait mentionner d'une manière ou d'une autre les différents niveaux de contrôle susceptibles d'être prévus ainsi que les garanties appliquées dans chaque cas.

81. On s'est dit favorable à ce que la recommandation 74 soit maintenue et à ce qu'il y soit également indiqué que la législation de l'insolvabilité devrait aussi prévoir la nullité des mesures prises en violation des obligations. On a en outre proposé que la recommandation s'applique à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales débitrices.

B. Représentant de l'insolvabilité

82. L'idée d'accorder plus d'importance, dans la recommandation 76, à la nomination du représentant de l'insolvabilité par les créanciers a recueilli un certain soutien. Face aux craintes que cette solution n'ait pour effet de compromettre l'indépendance du représentant de l'insolvabilité, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur les garanties déjà prévues dans les recommandations 77, 79 et 80, *d*. Selon un avis contraire, le guide traitait déjà suffisamment des intérêts des créanciers et la recommandation devrait être conservée telle quelle.

83. Pour ce qui est de la recommandation 77, l'opinion selon laquelle un conflit d'intérêts devrait être une cause d'incapacité pour un représentant de l'insolvabilité a bénéficié d'un certain appui. Selon un point de vue contraire, bien que les conflits d'intérêts doivent être divulgués, la question de l'incapacité devrait être tranchée en dernier ressort par le tribunal. Il a en outre été suggéré que la recommandation exige du représentant de l'insolvabilité qu'il ne dépende pas d'autres intérêts. Il a été proposé que les exigences concernant les conflits d'intérêts et l'indépendance s'appliquent également aux personnes employées par le représentant de l'insolvabilité.

84. Il a été proposé d'établir des renvois entre les obligations du représentant de l'insolvabilité énoncées dans la recommandation 78 et les recommandations relatives au débiteur et d'énoncer les obligations d'action correspondantes incombant au représentant de l'insolvabilité, notamment l'obligation de prendre possession des livres et pièces comptables. D'autres propositions ont bénéficié d'un certain soutien, à savoir: que le chapeau fasse référence aux obligations générales de maximiser la valeur des biens et de protéger la masse; que les alinéas soient présentés dans l'ordre d'importance (l'alinéa *i*, par exemple, devrait figurer en premier); que l'alinéa *b* prévoie un "interrogatoire" du débiteur par le représentant de l'insolvabilité (que ce soit sous serment ou dans le cadre d'une procédure similaire); que l'alinéa *g* indique les parties auxquelles les informations devraient être communiquées; que le représentant de l'insolvabilité soit tenu d'informer régulièrement les créanciers de l'état d'avancement de la procédure; et qu'il puisse exercer des droits au profit de la masse de l'insolvabilité concernant toute procédure judiciaire en cours qui serait toutefois arrêtée ou suspendue; et que l'alinéa *j* prévoie que le comité des créanciers puisse également soumettre des questions au représentant de l'insolvabilité.

85. En ce qui concerne la recommandation 79, certains ont appuyé l'idée de fournir plus de précisions sur la responsabilité découlant du non-respect des obligations énoncées dans les recommandations 77 et 78.

86. Certains se sont interrogés sur la signification du mot "circonstances" figurant dans la recommandation 80.

87. S'agissant de la recommandation 84, on a estimé que les modalités du droit de contrôle, dont une description était donnée dans la note 14, étaient trop générales et exigeaient un examen plus approfondi.

88. Le problème général de l'absence d'actif dans la masse de l'insolvabilité a été discuté. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait l'aborder dans le guide, en particulier parce qu'une masse pouvait se retrouver sans biens à la suite d'opérations susceptibles d'annulation et que le fait de ne pas administrer ce type de masse risquait d'encourager des comportements que la législation de l'insolvabilité visait par ailleurs à empêcher. Il a été proposé d'indiquer, dans le guide, qu'il était nécessaire d'administrer ce type de masse et de mettre en place un mécanisme à cette fin, qu'il s'agisse d'un organisme public ou de toute autre modalité. Ce mécanisme prévoirait également la nomination et la rémunération du représentant de l'insolvabilité. À cet égard, il a été suggéré que la question soit également traitée, s'agissant de certains cas, dans la section relative à l'ouverture de la procédure.

C. Créanciers

89. S'agissant de la section 1, dans laquelle aucune recommandation n'avait encore été insérée dans le guide, il a été proposé de traiter des différentes catégories de créances et, en particulier, d'indiquer que la législation de l'insolvabilité devrait clairement identifier ces catégories et déterminer le traitement à leur appliquer. Il a été répondu que cette section devrait être étroitement liée à la section relative à la répartition.

90. On s'est dit préoccupé par la structure des recommandations, car les recommandations 89 à 96 concernaient de toute évidence le comité et devaient figurer sous cet intitulé.

91. S'agissant des fonctions de la collectivité des créanciers, on s'est déclaré d'accord pour insérer le contenu de la note 19 dans la recommandation. Une autre fonction pourrait être la vérification des créances. On s'est dit préoccupé par le fait que les recommandations n'étaient pas assez claires sur certains points, tels que la relation entre la collectivité des créanciers et le comité des créanciers, notamment le point de savoir si un comité était toujours nécessaire; la répartition des pouvoirs entre ces deux organes; si c'était la collectivité ou le comité qui devrait exercer les pouvoirs et fonctions énumérés; le partage des pouvoirs et fonctions énumérés avec le représentant de l'insolvabilité; la mise en place d'un mécanisme pour l'organisation des réunions de la collectivité des créanciers; et le règlement des différends entre la collectivité et le comité. On a par ailleurs fait observer que certains pays avaient recours à des mécanismes de représentation des créanciers autres que la collectivité ou le comité et qu'on pourrait l'indiquer dans le commentaire.

92. On a relevé que la recommandation 87, qui posait certes un principe acceptable, était moins importante que le droit similaire dont bénéficiait le débiteur en vertu de la recommandation 69. Il a été proposé que la recommandation indique les questions sur lesquelles les créanciers devraient avoir le droit d'être entendus. Il a aussi été proposé que la recommandation précise le caractère individuel de ce droit.

93. Pour ce qui est de la recommandation 90, on s'est déclaré favorable à ce que l'ordre des deux phrases soit inversé et à ce que le libellé de la première concernant la limitation de la participation des créanciers garantis soit précisé. On a également fait remarquer que des solutions différentes pouvaient être adoptées concernant la participation des créanciers garantis selon qu'il s'agissait d'une liquidation ou d'un redressement, en particulier lorsque leurs créances devaient être restructurées, auquel cas leur participation ne devait pas être limitée.

D. Cadre institutionnel

94. De l'avis général, il fallait traiter, dans le projet de guide, les questions ayant trait au cadre institutionnel nécessaire à l'application de la législation de l'insolvabilité. Des inquiétudes ont toutefois été exprimées quant à la façon dont ces questions seraient traitées et avec quel degré de détail. Selon un avis, s'il fallait certes aborder ces questions dans le commentaire, il valait peut-être mieux ne pas inclure de recommandations à leur sujet parmi les recommandations techniques concernant la teneur de la législation de l'insolvabilité. On a suggéré que, pour l'établissement du commentaire, le secrétariat tienne compte des travaux d'autres institutions internationales, en particulier la Banque mondiale et le FMI. On a suggéré de traiter dans le commentaire notamment les questions suivantes: la répartition des responsabilités entre les participants et l'équilibre à assurer à cet égard; la gestion des dossiers; la supervision de la procédure d'insolvabilité ainsi que des personnes qui y participaient, y compris les professionnels; les questions disciplinaires; la formation théorique et pratique; et les questions ayant trait au rapport coût-efficacité et à la fonctionnalité économique. On a émis l'avis que le Groupe de travail pourrait de nouveau examiner s'il convenait d'inclure des recommandations portant spécifiquement sur ces questions une fois qu'il disposerait d'un texte.

5. Administration de la procédure

95. Sur un plan général, on a estimé que seules les sections A à C devraient figurer dans le chapitre V, les sections D et E ayant trait à la clôture de la procédure proprement dite.

A. Régime applicable aux créances des créanciers

96. On a fait observer que l'alinéa *e* de la clause relative à l'objet des dispositions ne donnait que quelques exemples de différents types de créances sans être exhaustif, si bien qu'il faudrait soit le compléter de façon à y inclure tous les autres types de créances, soit supprimer tous les exemples et mentionner uniquement le fait qu'un régime particulier serait applicable à certains types de créances.

97. S'agissant de la recommandation 99, on a suggéré de poser comme principe général la nécessité d'établir un mécanisme pour l'admission et le traitement des créances ainsi que pour la déclaration des créances par les créanciers (ou d'établir une procédure qui permettrait l'admission automatique des créances non contestées), afin que ceux-ci puissent participer à la procédure d'insolvabilité, et de traiter la question du régime applicable aux créances dans le cas d'une procédure de redressement et aux créances postérieures à l'ouverture de la procédure. On s'est prononcé en faveur de la mise en place d'un mécanisme spécial pour l'admission des créances non contestées, en particulier dans les cas où il serait opportun d'éviter la complexité et la lenteur qui caractérisaient souvent les procédures liées à la déclaration et à la vérification des créances. Néanmoins, en réponse à l'opinion selon laquelle les documents comptables du débiteur pourraient offrir une base suffisante pour une telle admission, on a souligné que les livres et documents comptables d'un débiteur insolvable pouvaient ne pas être une bonne source d'informations fiables et qu'il fallait trouver d'autres critères. On a aussi déclaré que la note 20 était trop catégorique: on a fait remarquer, en particulier, que bien souvent

les législations de l'insolvabilité limitaient le montant des créances fiscales ou soumettaient celles-ci à d'autres restrictions. Il a été convenu que la note devrait être révisée.

98. On a relevé d'une manière générale que la section consacrée au régime applicable aux créances des créanciers n'abordait pas la question du régime applicable aux créances insuffisamment garanties ni celle de savoir si les intérêts des créances continueraient ou non de courir après l'ouverture de la procédure.

99. On s'est dit favorable à l'idée d'introduire dans la recommandation 100 la notion de l'égalité de traitement des créanciers se trouvant dans une situation similaire, comme cela avait été fait dans la recommandation 3. Dans le même ordre d'idées, on a estimé que la question de la simplification des formalités et celle de l'assouplissement des restrictions concernant la langue dans laquelle les créances pourraient être déclarées, qui étaient traitées dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, devraient également être abordées dans le projet de guide.

100. À propos de l'alinéa *b* de la recommandation 101, on a noté que lorsque la créance n'était déclarée qu'à un stade avancé de la procédure, le créancier devrait accepter d'être exclu de toute répartition déjà effectuée.

101. On a fait observer que les conséquences visées dans la recommandation 102 différaient selon les pays et qu'il serait donc utile d'inclure dans le guide des informations comparatives.

102. S'agissant de la recommandation 103, on a déclaré qu'il faudrait prendre en compte les situations dans lesquelles les parties à un contrat étaient convenues du moment auquel la créance serait convertie.

103. On a fait observer que les recommandations 106 et 107, contrairement aux autres, ne commençaient pas par la formule "La législation de l'insolvabilité devrait..." et qu'il fallait les aligner sur les autres recommandations. S'agissant de la recommandation 105, on a également déclaré qu'il faudrait préciser si le droit de recours prévu pourrait être exercé devant le tribunal ou devant un autre organe judiciaire et que le représentant de l'insolvabilité pourrait être habilité à prendre une décision, à l'occasion de la vérification de la créance, sur la question de la compensation.

104. Une préférence a été manifestée en faveur du second texte figurant entre crochets à l'alinéa *b* de la recommandation 108.

105. Plusieurs points ont été soulevés au sujet de la recommandation 109. On a déclaré que le simple fait qu'il y avait un lien privilégié entre le créancier et le débiteur ne suffirait pas, dans tous les cas, à justifier que la créance soit soumise à un régime particulier. Dans certains cas, ces créances seraient tout à fait transparentes, alors qu'elles pourraient, dans d'autres, être suspectes. On a noté qu'il faudrait sans doute prévoir un mécanisme pour les créances détenues par des parties ayant des liens privilégiés avec le débiteur lorsque celles-ci étaient suspectes ou méritaient une attention particulière et que le projet de guide devrait clairement indiquer que ce traitement particulier ne devrait pas être appliqué d'office, mais seulement dans un nombre limité de situations. On a fait observer, néanmoins, que le traitement des créances décrit dans la recommandation 109 n'incluait pas l'admission ou le rejet, mais qu'il s'agissait uniquement du traitement dont pourrait faire l'objet la créance soit au moment de l'admission, soit ultérieurement s'il apparaissait que la partie ayant des liens privilégiés avait causé un dommage à la masse de l'insolvabilité. On a émis l'avis que le Groupe de travail devrait tenir compte de l'interconnexion entre les diverses recommandations, en particulier lorsqu'un certain nombre d'approches différentes y étaient incluses, comme c'était le cas dans la recommandation 109. Par exemple, lorsque les créanciers avaient un rôle à jouer dans le choix du représentant de l'insolvabilité, ceux qui avaient des liens privilégiés avec le débiteur ne devraient pas être autorisés à participer. On a demandé si la recommandation 109 était censée s'appliquer aux créances en général et s'il ne faudrait pas faire une distinction entre la liquidation et le redressement. À l'issue d'un débat, il a été suggéré de remanier la recommandation 109 en incluant le texte de l'alinéa *a* dans le chapeau et en ajoutant une référence aux types de situations dans lesquelles la recommandation pourrait s'appliquer. On a proposé un libellé du type: "La législation de l'insolvabilité devrait spécifier que les créances détenues par des parties ayant des liens privilégiés avec le débiteur devraient être examinées de près, du point de vue, le cas échéant, par exemple de la sous-capitalisation du débiteur ou des opérations d'initié, puis [insérer les alinéas *b* et *d*]." Cette proposition a bénéficié d'un certain appui.

B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

106. Le Groupe de travail est généralement convenu que les dispositions révisées prenaient en compte les débats qui avaient eu lieu à sa vingt-cinquième session. On s'est prononcé pour le maintien, à l'alinéa *a* de la recommandation 114, de la référence à un préjudice déraisonnable. S'agissant de la recommandation 115, on a émis des doutes quant à l'opportunité d'inclure les mots qui figuraient entre parenthèses à la fin de la recommandation et l'on a estimé qu'il fallait indiquer clairement que la recommandation s'appliquait à la préférence dont bénéficiait une personne octroyant un financement après l'ouverture de la procédure sans prendre de sûreté. On a aussi mentionné la nécessité de lier les recommandations aux nouveaux moyens de financement qui pourraient être fournis dans le cadre d'un plan de redressement.

6. Redressement: questions supplémentaires

A. Le plan de redressement

107. À titre de remarque générale, il a été relevé que les recommandations concernant le plan n'abordaient pas la question des intérêts sur les créances ni la manière dont celle-ci pourrait être traitée.

108. On a estimé que l'alinéa *a* de la clause relative à l'objet des dispositions était un peu vague et qu'il faudrait

se référer, non pas aux “entreprises en difficulté financière”, mais à “l’entreprise soumise à la législation de l’insolvabilité”.

109. Pour ce qui est de la recommandation 125, on a proposé de remplacer les mots “mais pas au-delà d’un certain délai” par “dans un certain délai”. On a souligné l’importance de prévoir un délai pour mettre fin à la suspension des poursuites individuelles des créanciers si aucun plan n’était présenté avant son expiration. On s’est déclaré favorable à ce que le délai de soumission soit fixé par la législation de l’insolvabilité et non par le tribunal.

110. En ce qui concerne la recommandation 126, le membre de phrase “spécifier quelles parties doivent élaborer le plan de redressement” a été jugé inapproprié et on a proposé de le remplacer par “identifier les parties capables d’élaborer le plan”. On a estimé que la recommandation pourrait également traiter la question de savoir à qui un plan pourrait être proposé, puisqu’il n’était pas toujours nécessaire d’élaborer un plan concernant l’ensemble des créanciers.

111. On a fait observer que le mot “acceptable” employé à l’alinéa *b* de la recommandation 127 n’indiquait pas comment la question de l’acceptabilité devait être traitée et devrait donc être supprimé.

112. Un certain nombre de suggestions ont été faites à propos de la recommandation 128. On a proposé notamment que l’alinéa *a* exige la communication de certaines informations sur les catégories de créanciers et le traitement accordé à leurs créances, les modalités du plan, l’identité des personnes qui seraient chargées de gérer l’entreprise dans l’avenir, les garanties devant être données par le débiteur, le point de savoir si les biens seraient restitués au débiteur pour l’exécution du plan et la supervision de l’exécution de ce dernier. On a relevé que l’expression “*employment contracts*” employée dans la version anglaise de l’alinéa *b* de la recommandation 128 différait de la terminologie utilisée dans d’autres parties du guide et qu’il fallait l’aligner sur cette dernière.

113. S’agissant de la recommandation 129, il a été proposé d’identifier la partie chargée d’élaborer la note et d’indiquer comment et quand cette note serait communiquée aux créanciers. On a noté qu’il fallait préciser s’il s’agissait là d’une note explicative ou d’une note d’information. On a estimé, à cet égard, que les informations requises étaient similaires à celles qui pouvaient être demandées à des fins d’investissement dans certains pays et qu’il pourrait par conséquent s’agir davantage d’une note d’information. On a proposé d’ajouter à la fin de l’alinéa *d* un libellé du type “et que le débiteur disposera de liquidités pour payer les dettes échues”.

114. On a proposé d’apporter quelques précisions aux recommandations 131 et 132 pour montrer plus clairement que la première recommandation concernait l’approbation du plan de redressement par les créanciers appartenant à une catégorie particulière et que la seconde traitait la question de l’approbation par toutes les catégories de créanciers. Dans la recommandation 131, il était implicite que, si la majorité requise des créanciers d’une catégorie donnée votait en faveur du plan, cette catégorie serait considérée comme approuvant le plan. Dans la recommandation 132, lorsque la majorité requise n’était pas obtenue, les créanciers de cette catégorie seraient considérés comme rejetant le plan et, partant, traités comme des créanciers opposants. On a fait observer que le deuxième critère, relatif aux créances d’un rang inférieur, avait déjà été examiné par le Groupe de travail et qu’il avait été convenu de le supprimer. Le seul critère nécessaire était celui énoncé à l’alinéa *b* de la recommandation 133 et de la recommandation 135. D’autres remarques ont été faites à propos de la recommandation 131, à savoir que la dernière phrase n’était pas nécessaire, que la phrase exigeant la majorité à la fois des créanciers et des créances en termes de montant était trop restrictive, et que l’on pourrait prévoir, outre le vote en personne, le vote par procuration. Il a été noté par ailleurs que l’on pourrait préciser quels créanciers devraient être tenus de voter pour approuver le plan. Pour ce qui est de la recommandation 132, on s’est inquiété de la signification des mots entre crochets et de savoir, par exemple, si quatre catégories de créanciers détenant des créances de rang inférieur pourraient lier deux catégories de créanciers titulaires de créances de rang supérieur.

115. À titre de remarque générale concernant l’approbation du plan, on a noté que les recommandations dans leur libellé actuel ne faisaient référence qu’à l’approbation du plan par les créanciers et non par le débiteur. Si le débiteur n’était pas tenu de participer au processus d’approbation, la question a été posée de savoir s’il ne pourrait pas, en tant que partie intéressée, contester le plan, auquel cas, les alinéas *a* et *c* de la recommandation 135 pourraient être utiles. Certains se sont dits favorables à ce que la signification de l’expression “parties intéressées” soit précisée.

116. En ce qui concerne l’homologation du plan, on a estimé qu’une recommandation supplémentaire traitant plus généralement de cette question pourrait être insérée avant la recommandation 133, qui serait reformulée de manière à indiquer, sous forme d’affirmation, quand le tribunal devrait homologuer le plan. Si les critères n’étaient pas remplis, le plan ne pourrait pas être homologué. Pour ce qui est de l’alinéa *b*, l’obligation faite au tribunal de ne pas homologuer le plan lorsque ce dernier n’accordait pas aux créanciers au moins autant que ce qu’ils recevraient en cas de liquidation a été jugée inappropriée car elle ne tenait pas compte des réalités commerciales. On a estimé que, lorsque les exigences énoncées dans les recommandations concernant la notification, l’élaboration du plan, la note explicative et le vote, ainsi que les critères prévus aux alinéas *a* et *c* de la recommandation 133 avaient été remplis, il ne devrait pas être possible pour le tribunal de refuser l’homologation. Bien que le montant à recevoir puisse être pris en considération par le tribunal, on a souligné que, dans de nombreux cas, les créanciers pouvaient accepter de recevoir moins dans le cadre du plan en raison des avantages que présentait, par exemple, un paiement rapide ou la poursuite des activités de l’entreprise débitrice. Il a été répondu que l’alinéa *b* visait uniquement à protéger les créanciers qui ne prenaient pas part au vote en vue de l’approbation du plan. Pour régler ces questions, on a proposé d’ajouter, à l’alinéa *b*, les mots “sauf consentement des créanciers concernés et compte tenu des coûts et des lenteurs de la liquidation”.

117. On s'est inquiété du lien entre la recommandation 133 et la recommandation 135. On a exprimé l'avis que, la recommandation 135 pouvant s'appliquer tant à la contestation de l'approbation du plan qu'au recours contre la décision du tribunal d'homologuer le plan, le projet de guide devrait distinguer clairement entre ces deux cas de figure. On a également estimé que, compte tenu des majorités exigées dans les recommandations 131 et 132 et du caractère contraignant du plan dans le cadre de la recommandation 134, il était difficile de savoir, d'une part, comment la recommandation 135 s'appliquerait et, d'autre part, qui étaient les parties intéressées. Plusieurs propositions de texte ont été faites pour résoudre certaines de ces difficultés et le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée qui serait examinée à une prochaine session.

118. Selon une opinion favorablement accueillie, on ne voyait pas bien, dans la recommandation 134, à quel moment la libération du débiteur pouvait être effective et il conviendrait peut-être davantage d'aborder la question de la libération dans les recommandations 138 et 139 ou de modifier la recommandation 134 pour y indiquer que la libération serait effective uniquement après exécution du plan. Une certaine préférence a été exprimée pour le maintien des mots "l'ouverture de la procédure" qui figuraient entre crochets. On a estimé que la recommandation relative à l'effet du plan devrait également traiter des poursuites individuelles qui avaient été suspendues à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et de la réintégration du débiteur dans ses fonctions de gestion de l'entreprise et que le sens des termes anglais "*shareholders*", "*equity holders*" et "*equity owners*" devrait être précisé.

119. On s'est dit préoccupé par le mécanisme d'approbation d'une modification du plan prévu dans la recommandation 136. Il a toutefois été répondu qu'il ne serait peut-être pas trop difficile dans la pratique d'obtenir l'accord des créanciers. Il a également été noté que certaines législations de l'insolvabilité fixaient un seuil d'importance relative pour les modifications exigeant l'approbation des créanciers et que, si le plan modifié était plus favorable aux créanciers, aucune approbation n'était requise. Il a été convenu que des indications plus détaillées sur les mécanismes d'approbation des modifications pourraient être nécessaires.

120. Pour ce qui est de la recommandation 137, on a fait observer que certaines législations sur l'insolvabilité ne prévoyaient pas la supervision de l'exécution du plan par le tribunal mais permettaient aux créanciers de nommer un superviseur et que cette possibilité pourrait être mentionnée dans le guide.

121. S'agissant du libellé, on a proposé d'indiquer à l'alinéa *a* de la recommandation 138 s'il était mis fin à la procédure de redressement ou à l'exécution du plan. En cas de conversion de la procédure de redressement en procédure de liquidation, on a été d'avis que les paiements effectués dans le cadre du plan ne devraient pas être susceptibles d'annulation dans la procédure de liquidation ultérieure. On a par ailleurs estimé, en ce qui concerne l'alinéa *b* de cette même recommandation, que la conversion du redressement en liquidation devrait être obligatoire. Il a été fait observer que, du fait que la procédure pouvait être convertie en liquidation pour plusieurs raisons, ces dernières devraient toutes être mentionnées dans une disposition unique, similaire à la recommandation 10.

B. Procédure de redressement accélérée

122. Le Groupe de travail a examiné la question des procédures de redressement accélérées en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. On a généralement approuvé l'idée d'aborder ces procédures dans le projet de guide et d'en examiner les avantages. Il a été rappelé que ces procédures avaient été évoquées lors de la précédente session du Groupe de travail et on a renvoyé aux explications fournies aux paragraphes 244 à 246 du document A/CN.9/507.

123. Des inquiétudes ont toutefois été exprimées quant à la portée de la proposition contenue dans le document A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, en ce qui concerne notamment les catégories de créanciers qui participeraient à une telle procédure et les effets de cette dernière sur les créanciers du débiteur qui ne seraient pas concernés par le plan proposé; le lien entre, d'une part, ce type de procédure et, d'autre part, les négociations informelles et la procédure d'insolvabilité formelle; ainsi que les effets de l'ouverture d'une procédure accélérée, en particulier l'application de la suspension des poursuites.

124. Afin d'apaiser ces préoccupations, il a été proposé, tout d'abord, de transformer le texte explicatif figurant dans le document A/CN.9/507 en une clause exposant l'objet des dispositions qui servirait d'introduction aux recommandations formulées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1 et, ensuite, de revoir le libellé de ces recommandations pour tenir compte des inquiétudes exprimées au sein du Groupe de travail. Cette proposition a reçu un large soutien.

125. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas pu examiner au chapitre V, la section C relative à la répartition après la liquidation des biens, la section D sur la remise de dettes et la section E consacrée à la clôture et à la réouverture de la procédure.

IV. QUESTIONS DIVERSES

A. Points de recoupement entre les travaux du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et ceux du Groupe de travail VI (Sûretés)

126. Le Groupe de travail était saisi d'un rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10) sur le traitement des sûretés dans les procédures d'insolvabilité, qui avait été établi en vue de son examen dans le contexte du guide législatif sur les opérations garanties. Il est convenu que les deux groupes de travail devraient adopter une approche cohérente en ce qui concerne le traitement des sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité. On a estimé à cet égard que le document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10 constituait un résumé utile des aspects communs aux sûretés et au droit de l'insolvabilité et qu'il pouvait fournir des éléments susceptibles d'être inclus dans le guide sur l'in-

solvabilité, afin de préciser le traitement des créanciers garantis à chaque étape de la procédure d'insolvabilité.

127. On s'est dit favorable à l'idée que les travaux sur l'insolvabilité et ceux sur les sûretés pourraient se fonder sur des principes de base communs, qui seraient notamment les suivants: que le rang des sûretés antérieur à la procédure d'insolvabilité soit maintenu par rapport aux autres créanciers; que les créanciers garantis aient droit à la valeur économique du bien grevé dans la limite de leur sûreté; que la suspension s'applique à la réalisation de la sûreté; que le débiteur puisse utiliser le bien grevé; et qu'il doive être possible de modifier les créances garanties dans le cadre des procédures de redressement.

B. Avancement des travaux d'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

128. Le Groupe de travail a examiné l'état d'avancement de ses travaux sur l'élaboration du guide législatif et la date éventuelle de leur achèvement. on s'est déclaré satisfait dans l'ensemble des progrès réalisés à ce jour.

129. Selon une opinion qui a bénéficié d'un certain soutien, la Commission devrait être en mesure d'achever les travaux au cours de sa session en 2003 et le Groupe de travail serait mieux à même de formuler une recommandation sur ce point à l'issue de sa vingt-septième session prévue en décembre 2002.

I. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-sixième session

(A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add. 1 et 2) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Page*
Remarques générales	1-11	368
	Recommandations	
Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	1-140	370
Régimes de l'insolvabilité effectifs et efficaces	1-140	370
Première partie. Principaux objectifs	1-7	370
Recommandations	1-7	370
Deuxième partie. Dispositions essentielles	8-140	370
I. Introduction	8-10	370
A. Types de procédures d'insolvabilité	—	370
B. Structure [organisation] du régime de l'insolvabilité	8-10	370
Objet	—	370
Recommandations	9-10	370
II. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité	11-23	371
A. Admissibilité et compétence	11-15	371
Objet	—	371
Recommandations	11-15	371
B. Critères applicables	16-23	371
Objet	—	371
Recommandations	16-23	371
III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	24-68	372
A. Biens visés	24-25	372
Objet	—	372
Recommandations	24-25	372
B. Protection et conservation de la masse de l'insolvabilité	26-34	372
Objet	—	372
Recommandations	26-34	372

		Recommandations	*Page*
C.	Utilisation et disposition des biens	35-40	374
	Objet	—	374
	Recommandations	35-40	374
D.	Traitement des contrats	41-55	374
	Objet	—	374
	Recommandations	41-55	374
E.	Actions et annulation	56-65	376
	Objet	—	376
	Recommandations	56-65	376
F.	Contrats financiers: compensation globale et compensation	66-68	377
IV.	Participants et organes	69-98	377
A.	Débiteur	69-74	377
	Objet	—	377
	Recommandations	69-74	377
B.	Représentant de l'insolvabilité	75-84	378
	Objet	—	378
	Recommandations	75-84	378
C.	Créanciers	85-96	379
	1. Catégories de créanciers et leurs créances	—	379
	2. Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité	—	379
	Objet	—	379
	Recommandations	85-96	379
D.	Cadre institutionnel	97-98	380
	Recommandations	97-98	380
V.	Administration de la procédure	99-124	380
A.	Régime applicable aux créances des créanciers	99-109	380
	Objet	—	380
	Recommandations	99-109	380
B.	Financement et crédit postérieurs à l'ouverture de la procédure	110-115	381
	Objet	—	381
	Recommandations	110-115	382
C.	Répartition après la liquidation des biens	116-121	382
	Objet	—	382
	Recommandations	116-121	382
D.	Remise de dettes	122	383
	Objet	—	383
	Recommandations	122	383
E.	Clôture [et réouverture] de la procédure	123-124	383
VI.	Redressement: questions supplémentaires	125-140	383
A.	Le plan de redressement	125-140	383
	Objet	—	383
	Recommandations	125-140	384
B.	Procédure de redressement accélérée	—	385

REMARQUES GÉNÉRALES

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) avait été saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition, les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale ainsi que ses solides relations de travail avec des organisations internationales ayant des compétences et des intérêts particuliers dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission constituait une instance appropriée pour examiner les questions du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition toujours, la Commission était instamment priée d'envisager de

confier à un groupe de travail l'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière.

2. La Commission s'était déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. L'avis avait été exprimé que le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur de première importance dans les cotes de solvabilité internationales. On s'était toutefois déclaré préoccupé par les difficultés qu'entraîneraient des travaux à l'échelon international sur la législation relative à l'insolvabilité, qui faisait intervenir des choix sociopolitiques délicats et potentiellement divergents. Compte tenu de ces difficultés, on avait exprimé la crainte que ces travaux n'aboutissent pas. On avait déclaré qu'il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable et que les travaux dans ce domaine devraient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Bien qu'il y ait eu des partisans d'une telle approche souple, il avait été convenu dans l'ensemble que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans procéder à une étude plus approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

3. Afin de faciliter cette étude, la Commission avait décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue de l'élaboration d'une proposition de faisabilité qu'elle examinerait à sa trente-troisième session. La session du Groupe de travail a eu lieu à Vienne du 6 au 17 décembre 1999.

4. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait pris note de la recommandation que le Groupe de travail avait faite dans son rapport (A/CN.9/469, par. 140) et avait donné pour mandat à ce groupe d'élaborer un exposé détaillé des principaux objectifs et caractéristiques de base d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif présentant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients.

5. Il avait été convenu que le Groupe de travail devrait, dans l'accomplissement de sa tâche, garder à l'esprit les travaux qu'avaient entrepris ou achevés d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BAsD), la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau (IBA). Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, avait organisé à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000, un colloque sur l'insolvabilité internationale.

6. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission était saisie du rapport du Colloque (A/CN.9/495).

7. La Commission a pris note du rapport avec satisfaction et s'est félicitée des travaux réalisés à ce jour, en particulier de la tenue du Colloque sur l'insolvabilité internationale et des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Elle a examiné les recommandations formulées lors du Colloque, en particulier concernant la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session. Elle a confirmé que celui-ci devrait être interprété de manière large pour permettre d'avoir un produit de travail suffisamment souple, qui prendrait la forme d'un guide législatif. Afin d'éviter que ce dernier n'ait un caractère trop général ou trop abstrait pour fournir les lignes directrices requises, elle a proposé que le Groupe de travail garde à l'esprit la nécessité d'être aussi précis que possible dans ses travaux. Il faudrait à cette fin inclure autant que possible des dispositions législatives types, même si celles-ci ne portaient que sur certaines des questions devant être traitées dans le guide.

8. Lors de sa vingt-quatrième session, tenue à New York du 23 juillet au 3 août 2001, le Groupe de travail sur l'insolvabilité a entamé ses travaux en examinant la première version du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/504. Il a poursuivi ses travaux à sa vingt-cinquième session, qui a eu lieu à Vienne du 3 au 14 décembre 2001. Le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/507.

9. La présente note contient le projet de recommandations à insérer dans le guide législatif. Tant le texte que l'ordre des recommandations ont été modifiés compte tenu des débats qui ont eu lieu à la vingt-cinquième session du Groupe de travail. L'ordre des recommandations est celui adopté dans le document A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.2 qui contient une nouvelle table des matières en fonction de laquelle le commentaire figurant dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.57 et A/CN.9/WG.V/WP.58 sera révisé.

10. Les recommandations proposées dans la présente note ont, par souci de commodité, été numérotées dans le nouvel ordre de 1 à 139. Les références aux paragraphes pertinents du commentaire figurant dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.57 et WP.58 sont indiquées en regard de l'intitulé des chapitres et des sections des recommandations. Lorsque des sections sont nouvelles, ce fait est indiqué de la même manière.

11. La version du glossaire et du commentaire sur le projet de guide dont disposera le Groupe de travail est celle qui figure dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.57 et WP.58. Une version révisée du projet complet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (y compris un glossaire, un commentaire et des recommandations) sera établie et soumise à l'examen du Groupe de travail à la vingt-septième session de ce dernier qui aura lieu à Vienne, en décembre 2002.

PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

RÉGIMES DE L'INSOLVABILITÉ EFFECTIFS ET EFFICACES

Première partie. Principaux objectifs [A/CN.9/WG.V/WP.57, p. 15 à 22]

Recommandations

1) La législation de l'insolvabilité[1] devrait prévoir à la fois le redressement des entreprises viables et la liquidation efficace des entreprises non viables ainsi que des entreprises pour lesquelles la liquidation a des chances de maximiser le taux de recouvrement des créances.

2) La législation de l'insolvabilité devrait être transparente et prévisible et faciliter l'accès à la procédure en fixant des critères clairs et objectifs.

3) Le régime de l'insolvabilité devrait [assurer le traitement équitable des] [placer sur un pied d'égalité les] créanciers se trouvant dans des situations similaires.

4) La législation de l'insolvabilité devrait permettre un règlement ordonné et prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur du fait de procédures individuelles engagées par les créanciers pour recouvrer leurs créances.

5) La législation de l'insolvabilité devrait exiger que soient fournies sur la situation du débiteur des informations suffisantes pour permettre à ceux qui sont chargés de superviser la procédure d'évaluer la situation financière de ce dernier et de déterminer la solution la plus appropriée.

6) La législation de l'insolvabilité devrait reconnaître et respecter les droits des créanciers existants et établir des règles claires et prévisibles pour déterminer l'ordre de priorité à la fois des créances existantes et des créances postérieures à l'ouverture de la procédure.

7) La législation de l'insolvabilité devrait comporter des règles sur l'insolvabilité internationale, notamment sur la reconnaissance des procédures étrangères, fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

Deuxième partie. Dispositions essentielles

I. Introduction

A. Types de procédures d'insolvabilité

B. Structure [organisation] du régime de l'insolvabilité

Relation entre les différents types de procédures

8) Le régime de l'insolvabilité devrait régler la question de l'équilibre à établir entre liquidation et redressement et celle de la relation entre ces différentes procédures. Lorsqu'il prévoit une procédure de liquidation et une procédure de redressement distinctes l'une de l'autre, [dont l'ouverture peut être demandée] [qui peuvent être ouvertes] séparément, le régime de l'insolvabilité devrait ménager la possibilité d'une conversion d'une procédure à l'autre.

Conversion des procédures [Nouvelle section: voir A/CN.9/WG.V/WP.57, par. 50 à 57]

Objet

L'objet de dispositions concernant la conversion d'une procédure de redressement en une procédure de liquidation et vice versa est:

a) De permettre d'accéder facilement à la procédure la mieux adaptée compte tenu de la situation financière du débiteur;

b) D'éviter plus facilement les recours abusifs à la procédure d'insolvabilité;

c) De faire en sorte que les protections apportées par la législation de l'insolvabilité continuent de s'appliquer au débiteur jusqu'à ce que ses difficultés financières soient résolues.

Recommandations

9) Tout débiteur devrait pouvoir convertir une procédure de liquidation en une procédure de redressement à moins que la procédure de liquidation ne résulte déjà de la conversion d'une procédure de redressement.

10) Il faudrait inclure des dispositions permettant la conversion d'une procédure de redressement en une procédure de liquidation, et la législation devrait spécifier les circonstances justifiant la conversion, notamment:

a) Lorsque la procédure de redressement est engagée par le débiteur afin d'éviter ou de retarder la liquidation [lorsqu'il est établi que le débiteur n'a pas vraiment l'intention d'opérer un redressement];

b) Lorsque le débiteur ne coopère pas avec le représentant de l'insolvabilité aux fins de la procédure de redressement ou manque, de quelque autre façon, aux obligations que lui impose la législation de l'insolvabilité[2];

c) Lorsque la situation financière continue de se détériorer et qu'il n'y a pas de perspective de redressement;

d) Lorsque le plan de redressement a été rejeté par les créanciers ou que le tribunal a refusé de l'homologuer; ou

e) Lorsque le débiteur n'est pas en mesure d'exécuter le plan.

[1] Toutes les recommandations concernent les dispositions à inclure dans la législation applicable à l'insolvabilité.

[2] Par exemple, en n'établissant pas de plan de redressement dans le délai prescrit, alors que c'est à lui qu'incombe cette obligation en vertu de la législation de l'insolvabilité.

II. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité

A. Admissibilité et compétence [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 1 à 9]

Objet

L'objet de dispositions concernant l'admissibilité et la compétence est d'établir:

a) Les types de débiteurs qui pourront être soumis au régime [général] de l'insolvabilité;

b) Les types de débiteurs qui pourront être exclus du régime [général] de l'insolvabilité;

c) Les débiteurs qui ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à la législation de ce dernier sur l'insolvabilité.

Recommandations

Admissibilité

11) La législation de l'insolvabilité devrait régir les procédures d'insolvabilité de tous les débiteurs, y compris les entreprises publiques, ayant une activité commerciale.

12) Les exclusions du régime [général] de l'insolvabilité devraient être limitées et clairement indiquées dans la législation[3].

Compétence

13) La législation de l'insolvabilité devrait préciser qu'un débiteur peut être soumis à une procédure d'insolvabilité si:

a) Le centre de ses intérêts principaux est situé dans l'État; ou

b) Il a [son] [un] établissement[4] dans l'État.

14) Aux fins de l'interprétation du terme "centre des intérêts principaux", la législation de l'insolvabilité devrait disposer que, sauf si la preuve contraire peut être apportée, le centre des intérêts principaux est réputé se situer, dans le cas d'une personne morale, dans l'État dans lequel celle-ci a son siège statutaire et, dans le cas d'une personne physique, dans l'État dans lequel celle-ci a sa résidence habituelle.

15) La législation de l'insolvabilité devrait clairement indiquer quel tribunal est compétent pour connaître de la procédure d'insolvabilité et des questions liées au déroulement de celle-ci.

[3]Des entités étroitement réglementées comme les banques et les compagnies d'assurance pourraient nécessiter un traitement à part qu'on pourrait leur accorder en les faisant relever d'un régime de l'insolvabilité spécialisé ou de dispositions spéciales insérées dans la législation générale de l'insolvabilité. Là où un régime spécial ou des dispositions spéciales auront été élaborés, ces entités pourront être exclues du régime général de l'insolvabilité.

[4]Le terme "établissement" devrait être défini comme tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services: alinéa *f* de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

B. Critères applicables [A/CN.9/WP.V/WP.58, par. 10 à 39]

Objet

L'objet de dispositions relatives aux critères pour la demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure est:

a) De faciliter l'accès des débiteurs et des créanciers aux recours prévus par la législation de l'insolvabilité;

b) D'établir pour la demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure des critères qui soient transparents et sûrs;

c) De permettre aux demandes de procédure d'insolvabilité d'être déposées et traitées de manière rapide, efficace et peu coûteuse;

d) D'établir des conditions effectives pour la notification de l'ouverture d'une procédure;

e) D'établir des garanties de base pour protéger aussi bien les débiteurs que les créanciers contre un recours abusif à la [législation de l'insolvabilité] [procédure de demande d'ouverture].

Recommandations

Conditions à remplir pour pouvoir déposer une demande d'ouverture

16) La législation de l'insolvabilité devrait disposer que la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit être déposée auprès [du tribunal compétent] [de tel ou tel tribunal] et indiquer clairement qui peut déposer une telle demande, étant entendu que le débiteur et les créanciers devraient être inclus.

Critères concernant l'ouverture de la procédure

17) Les critères pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devraient être:

a) Dans le cas d'une demande émanant du débiteur, que celui-ci est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou à défaut, que son passif dépasse la valeur de son actif];

b) Dans le cas d'une demande émanant d'un créancier, que le débiteur est dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou, à défaut, que son passif dépasse la valeur de son actif].

18) La législation de l'insolvabilité devrait disposer que s'il ne paie pas une ou plusieurs de ses dettes à leur échéance, le débiteur est présumé être dans l'incapacité de payer ses dettes[5].

Ouverture sur demande émanant du débiteur

19) Lorsque la demande d'ouverture émane du débiteur, la procédure devrait être ouverte soit:

[5]Lorsque le débiteur n'a pas payé une dette à son échéance et que le créancier a obtenu contre lui un jugement la concernant, la présomption ne devrait pas être nécessaire pour établir que le débiteur était dans l'incapacité de payer ses dettes.

a) Automatiquement par la demande; soit

b) Par le tribunal, qui devrait être tenu de se prononcer sans retard sur l'opportunité d'ouvrir une procédure d'insolvabilité.

Ouverture sur demande émanant d'un créancier

20) Lorsque la demande d'ouverture émane d'un créancier, la législation de l'insolvabilité devrait exiger:

a) Qu'elle soit sans retard notifiée au débiteur;

b) Que la possibilité soit donnée au débiteur d'y répondre; et

c) Que le tribunal se prononce sans retard sur l'opportunité d'ouvrir une procédure d'insolvabilité.

Notification de l'ouverture d'une procédure

21) La notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devrait être adressée aux créanciers et publiée dans [*une publication telle que le Journal officiel ou un journal national largement diffusé*].

22) Une notification devrait être adressée aux créanciers connus individuellement, sauf si le tribunal considère que, dans les circonstances, une autre forme ou une forme supplémentaire de notification serait plus appropriée. La notification aux créanciers devrait spécifier:

a) Tout délai applicable pour la déclaration de leurs créances, les modalités de déclaration et le lieu où la déclaration peut être faite;

b) La procédure et les conditions de forme à observer pour la déclaration de créances; et

c) Les conséquences d'un défaut de déclaration.

23) La législation de l'insolvabilité devrait permettre au tribunal de ne pas accepter une demande d'ouverture ou de refuser l'ouverture d'une procédure s'il détermine que[6]:

a) La demande représente un recours abusif à la législation de l'insolvabilité; ou

b) S'agissant d'une demande de liquidation, [que le débiteur est solvable] [que les critères d'ouverture ne sont pas remplis].

III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Biens visés
[A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 40 à 45 et 50]

Objet

L'objet de dispositions concernant les biens visés par la procédure d'insolvabilité est:

a) De déterminer les biens qui constitueront la masse de l'insolvabilité;

b) D'indiquer l'incidence de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur les droits sur ces biens;

c) De déterminer les biens qui seront spécifiquement exclus de la masse de l'insolvabilité;

d) D'indiquer l'incidence de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur les biens appartenant à des tiers et les biens grevés de sûretés.

Recommandations

Biens constituant la masse de l'insolvabilité

24) Devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité:

a) Les biens, corporels ou incorporels, appartenant au débiteur, qu'ils soient ou non en la possession de ce dernier et qu'ils soient ou non grevés d'une sûreté au profit d'un créancier [déterminés conformément au droit des biens et au droit des sûretés de l'État]; et

b) Les biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Biens pouvant être exclus: personnes physiques

25) Lorsque le débiteur est une personne physique, la législation de l'insolvabilité devrait spécifier les biens à exclure de la masse de l'insolvabilité, en particulier ceux nécessaires à la sauvegarde des droits personnels du débiteur, qui peuvent inclure des biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

B. Protection et conservation de la masse de l'insolvabilité
[A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 53 à 79 et 81 à 83]

Objet

L'objet de dispositions concernant la protection et la conservation de la masse de l'insolvabilité est:

a) De prévoir l'application de mesures garantissant que les actifs ne seront pas entamés du fait d'actions engagées par [les diverses parties intéressées] [le débiteur, des créanciers ou des tiers];

b) De déterminer la portée de ces mesures et les parties auxquelles elles s'appliqueront;

c) D'établir les conditions d'application de ces mesures: modalités, moment et durée;

d) D'établir les motifs d'exonération.

Recommandations

Mesures provisoires ou conservatoires

26) La législation de l'insolvabilité devrait habiliter le tribunal à prononcer, à la demande de toute partie intéressée, une mesure provisoire ou conservatoire [, lors-

[6] Dans certaines circonstances, il pourra être indiqué, après l'ouverture, de convertir une procédure de liquidation en une procédure de redressement ou vice versa: voir chap. I, sect. B.

qu'une telle mesure est nécessaire d'urgence pour sauvegarder les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers,] applicable entre le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure. Le tribunal pourrait:

a) Interdire ou suspendre toute mesure d'exécution contre les biens du débiteur;

b) Confier l'administration de la réalisation de la totalité ou d'une partie des biens du débiteur à un représentant provisoire de l'insolvabilité ou à une autre personne par lui désignée, afin de sauvegarder et de préserver la valeur des biens qui, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, sont périssables ou susceptibles de se déprécier ou se trouvent, pour quelque autre raison, en danger; et

c) Prononcer toute autre mesure provisoire ou conservatoire mentionnée à l'alinéa *c* de la recommandation 28.

27) Lorsque le tribunal prononce des mesures provisoires ou conservatoires du type de celles visées dans la recommandation 26, elles devraient prendre fin lorsque les mesures visées dans la recommandation 28 prennent effet.

Mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure[7]

28) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que, dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité:

a) L'ouverture des actions ou des procédures individuelles visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur [sauf dans la mesure où le tribunal juge de telles actions ou procédures individuelles nécessaires pour sauvegarder ou quantifier une créance contre le débiteur] est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) Les mesures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues; et

c) Le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement est suspendu[8].

Mesures discrétionnaires pouvant être prononcées à l'ouverture de la procédure[9]

29) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que, lorsqu'il est nécessaire de sauvegarder les intérêts des créanciers, les biens du débiteur ou la capacité de redressement de l'entreprise du débiteur, le tribunal peut, à la suite de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, prononcer des mesures supplémentaires.

Moment de la prise d'effet et durée d'application

30) La législation de l'insolvabilité devrait indiquer clairement le moment auquel les mesures visées dans les recommandations 26 et 28 prennent effet[10].

31) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (du type de celles visées dans la recommandation 28) s'appliqueront (sous réserve de la recommandation 32):

a) Pendant toute la durée de la procédure d'insolvabilité;

b) S'agissant des créanciers garantis dans le cas d'une procédure de liquidation, pendant une période de [30-60] jours, à moins que le tribunal ne proroge cette période [de [...] jours] s'il apparaît que:

i) Une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des biens dans l'intérêt des créanciers; et

ii) Les créanciers garantis ne subiront pas un préjudice déraisonnable du fait de la prorogation;

Créanciers garantis

32) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir qu'un créancier garanti peut être exonéré du type de mesures visées aux alinéas *a* et *b* de la recommandation 28 pour certains motifs, dont les suivants:

a) La valeur marchande du bien grevé d'une sûreté diminue [ou le bien n'est pas protégé contre la dépréciation];

b) Le bien grevé d'une sûreté est sans valeur pour la masse et n'est nécessaire ni au redressement de l'entreprise du débiteur ni à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité;

c) Il n'y a pas de perspective raisonnable de redressement de l'entreprise du débiteur;

d) Dans le cas d'une procédure de redressement, le plan n'a pas été approuvé dans un délai de [...] jours.

33) Une protection contre la dépréciation de biens grevés de sûretés peut être apportée sous la forme de versements en espèces ou de la constitution de sûretés supplémentaires ou selon d'autres modalités qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter une telle protection.

Modification ou fin des mesures

34) La législation de l'insolvabilité devrait habiliter le tribunal, soit à la demande du représentant de l'insolvabilité ou de toute personne touchée par des mesures du type de celles visées dans les recommandations 26 et 28, soit d'office, à modifier ces mesures ou à y mettre fin.

[7]Voir l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

[8]S'agissant de la suspension du droit du débiteur de transférer ses biens ou d'en disposer autrement, une dérogation pourrait être prévue dans les cas où celui-ci est autorisé à poursuivre son activité; il pourrait alors transférer des biens, constituer des sûretés sur des biens ou en disposer autrement dans le cours normal de ses activités.

[9]Voir l'article 21 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

[10]Par exemple, au moment du prononcé de la mesure, rétrospectivement au début de la journée au cours de laquelle la mesure a été prononcée ou à quelque autre moment spécifié.

C. Utilisation et disposition des biens [nouvelle section: A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 46 à 49, 51, 80 et 115]

Objet

L'objet de dispositions concernant l'utilisation et la disposition des biens est:

a) De régler la façon dont les biens peuvent être utilisés et dont il peut en être disposé dans la procédure d'insolvabilité, y compris les modalités de cession;

b) De fixer les limites des pouvoirs d'utilisation et de disposition;

c) De permettre la renonciation à des biens qui occasionnent des frais et la remise de sûretés non profitables.

Recommandations

35) Lorsque la poursuite de l'activité de l'entreprise du débiteur est autorisée dans le cadre d'une procédure de liquidation ou de redressement, la législation de l'insolvabilité devrait:

a) Permettre au représentant de l'insolvabilité de vendre ou de louer des biens dans le cours normal des activités;

b) Permettre au représentant de l'insolvabilité d'utiliser, de vendre ou de louer des biens autrement que dans le cours normal des activités, sous réserve de l'approbation [du tribunal] [des créanciers] [et conformément aux recommandations concernant l'utilisation des biens grevés de sûretés et des biens appartenant à un tiers].

Biens grevés de sûretés et biens appartenant à un tiers

36) Les biens grevés de sûretés et les biens appartenant à un tiers qui sont en la possession du débiteur à la date de l'ouverture devraient pouvoir être utilisés par le représentant de l'insolvabilité lorsque cela [contribuerait] [est nécessaire] au bon déroulement de la procédure d'insolvabilité[11].

Renonciation et remise

37) La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à tous biens qui occasionnent des frais à la masse ou qui ne sont d'aucun profit pour celle-ci.

38) La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité de remettre au créancier garanti un bien grevé d'une sûreté valable lorsqu'il est établi que ce bien est sans valeur pour la masse de l'insolvabilité ou que le représentant de l'insolvabilité ne pourra le réaliser dans un délai raisonnable.

Modalités de vente des biens

39) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir des modalités de vente qui maximisent la valeur des biens vendus, en autorisant à la fois les enchères publiques et les ventes privées et en exigeant que les créanciers soient dûment avertis de toute vente. Elle pourrait soumettre les ventes privées au contrôle du tribunal ou à l'approbation des créanciers.

[*Faculté de vendre des biens libérés de toute sûreté, de tout nantissement et de tout autre gage*

40) La législation de l'insolvabilité pourrait permettre au représentant de l'insolvabilité de vendre des biens entrant dans la masse de l'insolvabilité, qui soient libérés de toute sûreté détenue par une entité autre que la masse, sous réserve de certaines conditions, notamment que le droit commun le permette; que l'entité y consente; que le droit de préférence dans la distribution du prix de vente du bien soit sauvegardé; […].]

D. Traitement des contrats [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 84 à 114]

Objet

L'objet de dispositions concernant le traitement des contrats est:

a) D'établir la façon dont les contrats, que le débiteur ou son cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés, devraient être traités dans la législation de l'insolvabilité, y compris le rapport entre la législation de l'insolvabilité et le droit général des contrats, dans le but de maximiser la valeur de l'actif et de réduire le passif de la masse;

b) D'indiquer dans quelle mesure et dans quels cas les pouvoirs concernant ces contrats peuvent être exercés;

c) D'identifier les contrats qui devraient être exclus de l'exercice de ces pouvoirs.

Recommandations

41) La législation de l'insolvabilité devrait régler la question du traitement des contrats que le débiteur ou son cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés.

42) La législation de l'insolvabilité pourrait rendre inopposable au représentant de l'insolvabilité toute disposition d'un contrat prévoyant le droit de résilier le contrat en cas:

a) D'ouverture ou de demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; ou

b) De désignation d'un représentant de l'insolvabilité;

ou assimilant ces cas à un défaut d'exécution.

[11] L'utilisation de ces biens sera soumise à d'autres dispositions de la législation de l'insolvabilité, dont celles concernant le traitement des contrats, l'annulation et […].

Continuation

43) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut [choisir de] poursuivre un contrat lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité.

44) Pendant la période postérieure à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et avant que le contrat soit poursuivi ou résilié, si le cocontractant s'est exécuté au profit de la masse de l'insolvabilité, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir que la somme correspondant aux avantages tirés de l'exécution du contrat par la masse de l'insolvabilité, due au cocontractant, est assimilable à une créance liée à l'administration de la masse[12].

45) Lorsqu'un contrat est poursuivi, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les dommages-intérêts dus en cas de rupture ultérieure de ce contrat sont assimilables à une créance liée à l'administration de la masse.

Continuation de contrats lorsqu'il y a manquement de la part du débiteur

46) Lorsque le débiteur [manque à ses obligations au titre d'] [a rompu] un contrat, et que le représentant de l'insolvabilité cherche à poursuivre ce contrat, la législation de l'insolvabilité peut adopter différentes approches sur le point de savoir s'il doit ou non être remédié au manquement. Elle pourrait prévoir:

a) Que le représentant de l'insolvabilité peut [choisir de] poursuivre ce contrat, à condition qu'il soit remédié au manquement de sorte que le cocontractant qui n'est pas en défaut retrouve la position qui était la sienne avant le manquement, et que le représentant de l'insolvabilité donne des assurances appropriées quant à la capacité [du débiteur] [de la masse de l'insolvabilité] de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi;

b) Que le représentant de l'insolvabilité peut [choisir de] poursuivre ce contrat sans avoir à remédier au manquement, à condition qu'il donne des assurances quant à la satisfaction des créances nées de ce contrat postérieurement à l'ouverture de la procédure. Le cocontractant [devrait déclarer] [détiendra] au titre du manquement une créance antérieure à l'ouverture de la procédure.

Résiliation

47) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut choisir de résilier un contrat.

48) Lorsqu'un contrat est résilié, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir que la résiliation donne naissance à une créance [ordinaire non garantie] [antérieure à l'ouverture de la procédure] au titre des dommages-intérêts auxquels elle ouvre droit, lesquels seraient déterminés conformément aux règles générales régissant les dommages-intérêts. [La législation de l'insolvabilité pourrait limiter les créances liées à la résiliation d'un contrat de longue durée.]

[12]Voir chap. V, sect. C.

Prise d'effet de la résiliation et délai concernant la continuation

49) Lorsque le représentant de l'insolvabilité choisit de résilier un contrat, la législation de l'insolvabilité devrait indiquer la date à laquelle la résiliation prendra effet.

50) La législation de l'insolvabilité pourrait prévoir un délai avant l'expiration duquel le représentant de l'insolvabilité devra indiquer s'il choisit de poursuivre ou de résilier un contrat et agir en conséquence, lequel délai pourrait être prorogé par le tribunal. La législation de l'insolvabilité pourrait spécifier les conséquences d'une défaillance du représentant de l'insolvabilité.

Cession des contrats

Variante A

51) [La législation de l'insolvabilité n'a pas à prévoir de règles relatives à la cession des contrats si cette question fait l'objet de dispositions dans d'autres branches du droit, telles que le droit général des contrats, et si l'on estime qu'elle devrait être régie par ces dispositions.]

52) Lorsqu'il est jugé opportun de prévoir dans la législation de l'insolvabilité des dispositions spéciales concernant la cession des contrats, celle-ci pourrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut [choisir de] céder un contrat qui a été poursuivi.

53) Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la législation de l'insolvabilité pourrait habiliter le tribunal à approuver néanmoins la cession [si] [à condition que]:

a) Le cessionnaire [peut] [puisse] s'acquitter des obligations contractuelles;

b) Le cocontractant [ne [subit] [subisse] pas un préjudice déraisonnable en raison de] [[n'est] [ne soit] pas désavantagé par] la cession;

c) La cession [est] [soit] nécessaire au redressement du débiteur.

Variante B

51) La législation de l'insolvabilité [pourrait] [devrait] prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut [choisir de] céder un contrat qui a été poursuivi.

52) Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la législation de l'insolvabilité pourrait habiliter le tribunal à approuver néanmoins la cession [si] [à condition que]:

a) Le cessionnaire [peut] [puisse] s'acquitter des obligations contractuelles;

b) Le cocontractant [ne [subit] [subisse] pas un préjudice déraisonnable en raison de] [[n'est] [ne soit] pas désavantagé par] la cession;

c) La cession [est] soit nécessaire au redressement du débiteur.

Traitement spécial de certains contrats

54) La législation de l'insolvabilité pourrait prévoir des règles spéciales concernant le traitement des contrats de travail et des contrats [...][13].

Contrôle des décisions concernant le traitement des contrats

55) La législation de l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées de soumettre au contrôle du tribunal les décisions prises par le représentant de l'insolvabilité concernant la continuation et la résiliation de contrats. Les motifs justifiant un tel contrôle pourraient être les suivants: [...][14].

E. Action en annulation [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 142 à 151]

Objet

L'objet de dispositions concernant l'annulation est:

a) De préserver l'intégrité de la masse et le traitement équitable des créanciers;

b) D'établir les circonstances dans lesquelles les opérations [ayant pris naissance avant] [antérieures à] l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et auxquelles le débiteur est partie peuvent être considérées comme préjudiciables et donc susceptibles d'êtres annulées;

c) De permettre au représentant de l'insolvabilité d'engager une action pour faire annuler ces opérations;

d) De faciliter le recouvrement de sommes d'argent auprès de personnes parties à des opérations qui ont été annulées ou l'obtention de la restitution de biens par ces personnes.

Recommandations

56) La législation de l'insolvabilité devrait comporter des dispositions qui s'appliquent rétrospectivement et qui visent à défaire les opérations passées auxquelles le débiteur était partie et qui ont pour effet soit de réduire la valeur nette de l'entreprise, soit d'enfreindre le principe du traitement équitable des créanciers.

Opérations pouvant faire l'objet d'une annulation

57) La législation de l'insolvabilité devrait habiliter le représentant de l'insolvabilité à engager une action en justice pour faire annuler les types d'opération suivants:

a) Les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers en transférant des biens à un tiers qui savait que telle était l'intention (opérations frauduleuses);

b) Les opérations dans lesquelles un droit sur un bien a été transféré ou une obligation a été souscrite par le débiteur en échange d'une contrepartie symbolique ou inférieure à la valeur équivalente (opérations à un prix sous-évalué) qui sont intervenues à un moment où le débiteur était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable; et

c) Les opérations dans lesquelles des créanciers ont obtenu une part des biens du débiteur supérieure à la proportion de la masse qui leur revient (opérations préférentielles) qui sont intervenues à un moment où le débiteur était insolvable.

Établissement de la période suspecte

58) La législation de l'insolvabilité devrait établir qu'une opération présentant les caractéristiques décrites dans la recommandation 57 pourra être annulée si elle est intervenue au cours d'une certaine période (la période suspecte) [antérieure à] [calculée rétrospectivement à partir de] [la demande d'ouverture] [l'ouverture] de la procédure d'insolvabilité. La législation de l'insolvabilité pourrait spécifier différentes périodes suspectes pour différents types d'opérations.

Délai pour l'engagement d'actions en annulation

59) Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le délai dans lequel le représentant de l'insolvabilité peut engager une action en annulation d'une opération dont il a connaissance pourrait être fixé par la législation de l'insolvabilité ou le droit procédural applicable.

Questions de preuve

60) La législation de l'insolvabilité devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour justifier l'annulation ainsi que les moyens de défense possibles contre de telles actions.

Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec les débiteurs[15]

61) La législation de l'insolvabilité devrait habiliter le représentant de l'insolvabilité à engager une action en jus-

[13]Pour le traitement des contrats financiers et contrats connexes, voir chap. III, sect. F.

[14]Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être décider si une disposition de ce type devrait figurer sous chaque rubrique (voir par exemple les recommandations 64 et 83) ou en tant que disposition générale, éventuellement à la section B relative au "représentant de l'insolvabilité" du chapitre IV. On pourrait adopter un libellé du type: "La législation de l'insolvabilité n'a pas à prévoir de règles concernant le droit des parties intéressées de demander que soient soumises à un contrôle les décisions prises par le représentant de l'insolvabilité dans le cadre de l'administration de la procédure si ce droit est déjà prévu par d'autres textes législatifs et si l'on considère que la question devrait être régie par ces textes. Lorsqu'il est jugé opportun, pour des raisons de clarté et de transparence, d'inclure des dispositions spéciales dans la législation de l'insolvabilité, celles-ci pourraient aussi prévoir les motifs justifiant la demande d'un tel contrôle".

[15]Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'inclure dans le glossaire le terme "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" et de retenir une définition du type: "Une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur est une personne qui est ou a été membre du conseil d'administration ou de la direction d'une société en liquidation, actionnaire ou membre d'une telle société, membre du conseil d'administration ou de la direction ou actionnaire d'une société liée à la société en liquidation; ce terme englobe toute personne apparentée à une telle personne. Par "personne apparentée", il faut entendre le conjoint, un parent, un grand-parent, un fils, une fille, un frère ou une sœur de la personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur".

tice pour faire annuler les opérations à un prix sous-évalué et les opérations préférentielles avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

62) La législation de l'insolvabilité devrait clairement établir la période suspecte pour les types d'opérations visées dans la recommandation 61, laquelle devrait généralement être plus longue que les périodes applicables aux opérations à un prix sous-évalué et aux opérations préférentielles auxquelles ne sont pas parties des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

63) La législation de l'insolvabilité devrait établir des présomptions spéciales applicables en cas d'action en annulation contre des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

Poursuite des actions en annulation

64) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir diverses approches pour les situations dans lesquelles le représentant de l'insolvabilité ne poursuit pas une action en annulation soit parce qu'il estime que cette action n'a pas de chance d'aboutir soit parce qu'elle imposerait des frais à la masse de l'insolvabilité. Elle pourrait notamment permettre à des créanciers individuels ou au comité des créanciers de poursuivre les actions et autoriser le ou les créanciers qui poursuivent l'action à conserver pour la satisfaction de leur créance une partie de toute somme recouvrée ou, si l'action aboutit, à se faire rembourser par la masse de l'insolvabilité les dépenses qu'ils ont dû engager, ou encore prévoir un reclassement de la créance du créancier qui poursuit l'action.

Contrôle des décisions concernant l'annulation

65) La législation de l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées de soumettre à un contrôle judiciaire les décisions prises par le représentant de l'insolvabilité en matière d'annulation. Les motifs justifiant un contrôle judiciaire pourraient être:[...].

F. Contrats financiers: compensation globale et compensation [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 116 à 123]

66) En règle générale, les arrangements de compensation globale et de compensation avec déchéance du terme devraient être protégés par la loi et, dans toute la mesure possible, être irrévocables.

67) Un droit à compensation né en vertu du droit général avant l'ouverture d'une procédure de liquidation devrait être protégé pendant la procédure et devrait en général pouvoir être exercé à la fois par des créanciers et par la masse de l'insolvabilité. La législation de l'insolvabilité devrait en outre autoriser la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure si les créances réciproques trouvent leur origine dans [la même opération] [le même accord]. De plus, les pays pourraient aussi souhaiter envisager de permettre la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure dans d'autres circonstances, en particulier s'agissant d'obligations financières réciproques trouvant leur origine dans des contrats financiers[16] définis par la loi[17].

68) Dans les pays où la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure n'est pas autorisée pour les obligations financières réciproques ou dans lesquels le représentant de l'insolvabilité peut déroger aux dispositions concernant la résiliation des contrats, il pourra être nécessaire de prévoir une exception à ces règles de sorte que les dispositions concernant la "compensation avec déchéance du terme" figurant dans les contrats financiers entre le débiteur et une autre partie puissent être appliquées avec certitude[18].

IV. Participants et organes

A. Débiteur [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 152 à 170]

Objet

L'objet de dispositions relatives au débiteur est:

a) D'établir les droits et obligations [responsabilités] du débiteur [et des personnes associées à ce dernier] pendant le déroulement de la procédure d'insolvabilité;

b) De régler la question des voies de droit ouvertes en cas d'inexécution par le débiteur des obligations qui lui incombent;

c) De régler les questions concernant la gestion de l'entreprise débitrice dans la procédure de liquidation comme dans la procédure du redressement.

Recommandations

Droit d'être entendu

69) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le débiteur a le droit d'être entendu dans le cadre de la procédure [tant de liquidation que de redressement].

Droit de participer et de demander des informations

70) La législation de l'insolvabilité pourrait également préciser que le débiteur a le droit de participer à la procédure d'insolvabilité, en particulier à la procédure de redressement, et de demander des informations au représentant de l'insolvabilité et au tribunal.

---

[16]L'alinéa *k* de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international adoptée en 2001 dispose: le terme "contrat financier" désigne toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus.

[17]Voir la publication du Fonds monétaire international: *Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces*, 2000. Principale conclusion, p. 43 de la version anglaise.

[18]Ibid., p. 44 de la version anglaise.

Obligations

71) La législation de l'insolvabilité devrait indiquer clairement les obligations du débiteur tant en cas de procédure de liquidation qu'en cas de procédure de redressement. Ces obligations devraient être notamment les suivantes:

a) Obligation de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et d'aider celui-ci dans l'exercice de sa mission;

b) Obligation de fournir au tribunal, au représentant de l'insolvabilité ou au comité des créanciers les informations que ceux-ci pourraient raisonnablement lui demander sur sa situation financière et ses affaires, lesdites informations devant être exactes, fiables et complètes;

c) Obligation de permettre au représentant de l'insolvabilité de prendre le contrôle effectif de la masse de l'insolvabilité;

d) Obligation d'établir une liste des créanciers et de leurs créances en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité et de revoir et de modifier cette liste à mesure que les créances sont admises.

Confidentialité

72) Lorsque les informations fournies par le débiteur sont commercialement sensibles, des dispositions appropriées visant à en assurer la confidentialité devraient s'appliquer, qu'elles soient prévues dans la législation de l'insolvabilité ou dans le droit procédural applicable.

Poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice

73) La législation devrait traiter du rôle dévolu au débiteur dans la poursuite de l'activité de l'entreprise. Différentes approches peuvent être adoptées:

a) Le dessaisissement total du débiteur, qui ne joue plus aucun rôle dans l'entreprise, et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité;

b) Le dessaisissement partiel du débiteur, qui peut continuer à gérer l'entreprise au jour le jour, tout en étant supervisé par un représentant de l'insolvabilité nommé à cet effet, auquel cas la répartition des tâches entre le débiteur et ce dernier devrait être précisée dans la législation de l'insolvabilité;

c) Le maintien de l'entreprise entre les mains du débiteur (débiteur non dessaisi), sans que soit nommé un représentant de l'insolvabilité, le débiteur pouvant être dessaisi dans des cas spécifiés.

Sanctions en cas d'inexécution

74) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir des sanctions en cas d'inexécution par le débiteur des obligations spécifiées.

B. Représentant de l'insolvabilité [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 171 à 186]

Objet

L'objet de dispositions relatives au représentant de l'insolvabilité est:

a) De spécifier les qualifications requises pour pouvoir être nommé représentant de l'insolvabilité;

b) D'établir un mécanisme pour la nomination des représentants de l'insolvabilité;

c) De définir les pouvoirs et la mission du représentant de l'insolvabilité;

d) De prévoir la responsabilité, la révocation et le remplacement d'un représentant de l'insolvabilité.

Recommandations

Qualifications

75) La législation de l'insolvabilité pourrait spécifier les qualifications et les qualités personnelles requises pour pouvoir être nommé représentant de l'insolvabilité. Entre autres critères, le représentant de l'insolvabilité devrait être indépendant et impartial, bien connaître le droit commercial pertinent et avoir une expérience des questions commerciales et de la vie des entreprises.

Nomination

76) La législation de l'insolvabilité devrait établir un mécanisme pour la nomination du représentant de l'insolvabilité à l'ouverture de la procédure. Différentes approches peuvent être adoptées, telles que la nomination du représentant de l'insolvabilité par le tribunal; par une autorité de nomination indépendante; sur la recommandation des créanciers ou du comité des créanciers; par le débiteur; ou de plein droit, lorsque le représentant de l'insolvabilité est un organisme ou un agent public ou administratif.

Conflit d'intérêts

77) La législation de l'insolvabilité devrait faire obligation à une personne qu'il est proposé de nommer représentant de l'insolvabilité de révéler toute circonstance pouvant entraîner un conflit d'intérêts ou compromettre son indépendance.

Pouvoirs et mission

78) La législation de l'insolvabilité devrait indiquer clairement les pouvoirs et la mission du représentant de l'insolvabilité, notamment:

a) Contrôler l'inventaire, la récupération, la vente et la répartition des biens;

b) Obtenir des informations concernant le débiteur, son actif, son passif, ses opérations antérieures et […];

c) Veiller à ce que le débiteur s'acquitte de ses obligations;

d) Aider le débiteur à établir une liste des créanciers et de leurs créances et faire en sorte que la liste soit revue et modifiée à mesure que les créances sont admises;

e) Vérifier et admettre les créances;

f) Gérer l'entreprise en redressement ou en liquidation, lorsque celle-ci doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité;

g) Fournir des informations et rendre compte de la conduite de la procédure;

h) Recruter et rémunérer des professionnels qui l'aideront dans sa mission;

i) Administrer l'ensemble de la masse de l'insolvabilité;

j) Exercer les autres pouvoirs ou fonctions qui lui sont dévolus par le tribunal.

Responsabilité

79) La législation de l'insolvabilité devrait traiter des conséquences d'une défaillance du représentant de l'insolvabilité, y compris l'engagement éventuel de sa responsabilité personnelle.

Révocation et remplacement

80) La législation de l'insolvabilité devrait indiquer les circonstances dans lesquelles le représentant de l'insolvabilité peut être révoqué ainsi que la procédure de révocation. Le représentant de l'insolvabilité pourrait être révoqué notamment:

a) Pour incompétence, pour faute, y compris la faute par abstention, ou pour ne pas avoir fait preuve de la diligence voulue dans l'exercice de ses pouvoirs et l'accomplissement de sa mission;

b) Lorsqu'il s'avère que la procédure d'insolvabilité considérée exige une compétence particulière ou différente que ne possède pas le représentant nommé;

c) Lorsqu'il a accompli des actes illégaux; ou

d) Lorsque des conflits d'intérêts surgissent dans des circonstances qui justifieraient la révocation.

81) La procédure de révocation du représentant de l'insolvabilité dépendra de la manière dont celui-ci a été nommé; pourraient être prévues la révocation par le tribunal à la demande des créanciers ou du comité des créanciers; la révocation par le tribunal agissant d'office; la révocation par les créanciers lorsque ce sont eux qui ont nommé le représentant de l'insolvabilité et […].

82) En cas de décès, de démission, ou de révocation du représentant de l'insolvabilité, ou encore d'impossibilité d'exécution de sa part, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir la nomination d'un successeur.

Rémunération

83) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir la rémunération du représentant de l'insolvabilité, indiquer un mécanisme pour son calcul et reconnaître le caractère prioritaire du paiement de cette rémunération.

Contrôle du tribunal

84) [Pour une disposition générale relative au contrôle des décisions prises par le représentant de l'insolvabilité concernant, par exemple, le traitement des contrats, les actions en annulation, l'admission des créances, voir la note 14.]

C. Créanciers [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 192 à 212]

1. Catégories de créanciers et leurs créances

2. Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité

Objet

L'objet de dispositions relatives à la participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité est:

a) D'établir les fonctions et les responsabilités de la collectivité des créanciers;

b) De prévoir la participation de la collectivité des créanciers à la procédure d'insolvabilité par le biais de la nomination d'un comité des créanciers;

c) De prévoir un mécanisme pour la nomination de ce comité;

d) D'établir les fonctions et les responsabilités du comité des créanciers.

Recommandations

Collectivité des créanciers [ensemble des créanciers]

85) La législation de l'insolvabilité devrait établir les pouvoirs et les fonctions de la collectivité des créanciers. Ces pouvoirs et fonctions seraient notamment les suivants:

a) Approuver ou rejeter le plan de redressement;

b) [Intervenir dans] [donner des avis sur] les questions soumises par le représentant de l'insolvabilité[19].

86) La législation de l'insolvabilité devrait spécifier les questions pour lesquelles un vote de la collectivité des créanciers est requis et établir les règles de vote correspondantes.

87) Les créanciers devraient avoir le droit d'être entendus dans la procédure d'insolvabilité.

Comité des créanciers

88) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir la participation active de la collectivité des créanciers à la procédure d'insolvabilité par l'intermédiaire d'un comité des créanciers. Lorsque les créanciers participant à la procédure d'insolvabilité ont des intérêts divergents et sont répartis dans diverses catégories et que, de ce fait, leur participation ne serait pas facilitée par la nomination d'un comité unique, la législation de l'insolvabilité pourrait prévoir la nomination de plusieurs comités de créanciers.

[19]Ces questions peuvent concerner: la poursuite de l'activité de l'entreprise en liquidation, la répartition des biens, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la rémunération des professionnels, le sort des procédures judiciaires auxquelles le débiteur était partie au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et [...].

Créanciers pouvant être nommés

89) La législation de l'insolvabilité devrait spécifier les catégories de créanciers qui peuvent ou ne peuvent pas être nommés au comité. Les créanciers qui ne [peuvent] [devraient] pas être nommés au comité des créanciers seraient notamment les personnes ayant des liens privilégiés, par exemple les créanciers ayant un lien avec le débiteur (soit à titre personnel soit en qualité de dirigeant, de gérant ou de conseil de l'entreprise débitrice), et les créanciers ayant un intérêt personnel dans les affaires du débiteur, lorsque cet intérêt peut compromettre leur impartialité dans l'exercice de leurs fonctions au sein du comité (par exemple un concurrent du débiteur).

Participation des créanciers garantis

90) Lorsque des créanciers garantis ont remis leur sûreté au représentant de l'insolvabilité, la législation de l'insolvabilité devrait leur permettre de participer à la procédure au même titre que les créanciers chirographaires ordinaires. Lorsque des créanciers garantis comptent sur les biens grevés pour être partiellement ou totalement désintéressés, la législation de l'insolvabilité devrait limiter leur participation à la procédure.

Mécanisme de nomination

91) La législation de l'insolvabilité devrait établir le mécanisme de nomination du comité des créanciers. Différentes approches pourraient être adoptées, telles que le choix des membres du comité par la collectivité des créanciers ou la nomination par le tribunal ou par un autre organe administratif.

Fonctions

92) La législation de l'insolvabilité devrait établir les pouvoirs et les fonctions du comité des créanciers. Ces pouvoirs et fonctions seraient notamment les suivants:

a) Dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, exercer une fonction consultative générale, en fournissant des conseils et une aide au représentant de l'insolvabilité;

b) Exercer une fonction de supervision en ce qui concerne l'élaboration du plan de redressement, la vente de biens importants et d'autres questions, à la demande du tribunal ou comme décidé en coopération avec le représentant de l'insolvabilité;

c) Avoir le droit d'être entendu dans la procédure d'insolvabilité.

Recrutement et rémunération de professionnels

93) La législation de l'insolvabilité devrait permettre au comité des créanciers, sous réserve de l'approbation [du tribunal] [de la collectivité des créanciers] de recruter et de rémunérer les professionnels qui pourraient être nécessaires pour l'aider dans l'exercice de ses fonctions.

Responsabilité

94) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les membres du comité des créanciers sont exonérés de toute responsabilité pour les actes accomplis ès qualités sauf si l'on constate, par exemple, qu'ils ont agi de manière frauduleuse.

Révocation et remplacement

95) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir la révocation et le remplacement des membres du comité des créanciers et spécifier les motifs pouvant les justifier, dont la faute [lourde], [l'absence des compétences nécessaires], [l'incompétence ou l'inefficacité].

Règlement intérieur du comité

96) La législation de l'insolvabilité pourrait prévoir l'élaboration de règles appelées à régir l'exercice des fonctions du comité des créanciers et la prise des décisions, y compris des règles spécifiant les majorités requises et les modalités de vote.

D. Cadre institutionnel [nouvelle section]

Recommandations

97) La législation de l'insolvabilité devrait traiter du cadre institutionnel nécessaire à son application.

98) Afin de garantir qu'elle sera appliquée de manière prévisible, la législation de l'insolvabilité devrait fournir des indications appropriées sur la manière dont le tribunal ou tout autre organe chargé de superviser la procédure d'insolvabilité devrait exercer les pouvoirs et les fonctions prévus par ses dispositions.

V. Administration de la procédure

A. Régime applicable aux créances des créanciers [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 213 à 252]

Objet

L'objet de dispositions relatives au régime applicable aux créances des créanciers est:

a) De déterminer les créances pouvant être déclarées;

b) De permettre aux personnes détenant une créance contre un débiteur de déclarer cette créance sur la masse de l'insolvabilité;

c) D'établir un mécanisme pour la vérification et l'admission ou le rejet (de tout ou partie) des créances;

d) De prévoir un recours pour les créances contestées;

e) De déterminer le régime applicable à des créances particulières, notamment à celles des créanciers garantis, des créanciers étrangers et des créanciers dont la créance est libellée en une monnaie étrangère, aux créances conditionnelles ou non monétaires, aux créances d'intérêt, et aux créances non échues.

Recommandations

99) Les créances pouvant être déclarées devraient comprendre tous les droits à paiement nés d'actes ou d'omissions du débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient échus ou non échus, d'un montant déterminé [spécifié] ou indéterminé [non spécifié], certains ou conditionnels. La législation de l'insolvabilité devrait indiquer les créances auxquelles ne s'appliquera pas la procédure d'insolvabilité[20].

Égalité de traitement

100) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que tous les créanciers, y compris les créanciers étrangers, seront traités sur un pied d'égalité en ce qui concerne la déclaration de leurs créances et le régime applicable à celles-ci.

Délai de déclaration

101) La législation de l'insolvabilité devrait fixer le délai dans lequel les créances peuvent être déclarées. La déclaration pourrait se faire:

a) Soit dans un délai spécifié à compter de [l'ouverture de la procédure] [la notification de l'ouverture de la procédure];

b) Soit à tout moment avant la répartition finale ou à un moment spécifié avant l'examen du plan de redressement.

Conséquences du défaut de déclaration

102) La législation de l'insolvabilité devrait traiter des conséquences du défaut de déclaration d'une créance dans le délai spécifié.

Créances libellées en une monnaie étrangère

103) En ce qui concerne les créances libellées en une monnaie étrangère, la législation de l'insolvabilité devrait indiquer si leur conversion dans la monnaie locale se fera au taux en vigueur à la date de la demande d'ouverture de la procédure ou à celui en vigueur à la date de l'ouverture.

Preuve des créances

104) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir qu'un créancier pourra être tenu d'apporter la preuve de sa créance au tribunal, ou à défaut au représentant de l'insolvabilité, sans avoir à comparaître personnellement.

Admission ou rejet des créances

105) La législation de l'insolvabilité devrait habiliter le représentant de l'insolvabilité à admettre ou à rejeter, en tout ou en partie toute créance. Lorsqu'il rejette une créance, il devrait être tenu de motiver sa décision. Les créanciers dont les créances ont été rejetées ou sont contestées devraient avoir un droit de recours. Une partie intéressée peut introduire un recours contre l'admission de toute créance.

Admission provisoire

106) Pour faciliter la conduite de la procédure et, en particulier, le vote des créanciers, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les créances d'un montant indéterminé, les créances garanties et les créances contestées dans le cadre de la procédure pourront être admises provisoirement par le représentant de l'insolvabilité en attendant leur évaluation ou que le différend soit tranché par le tribunal.

107) L'évaluation d'une créance peut être effectuée par le représentant de l'insolvabilité ou par le tribunal. L'évaluation effectuée par le représentant de l'insolvabilité devrait pouvoir faire l'objet d'un recours devant le tribunal lorsqu'elle est contestée par une partie intéressée.

Effets de l'admission

108) La législation de l'insolvabilité devrait indiquer les effets de l'admission, y compris provisoire, d'une créance. L'admission pourrait notamment avoir pour effet:

a) De permettre au créancier de voter lors d'une assemblée de la collectivité des créanciers, en particulier pour l'approbation ou le rejet d'un plan de redressement;

b) De déterminer [la catégorie dans laquelle le créancier est habilité à voter] [le rang qui revient à la créance du créancier];

c) De déterminer le montant pour lequel le créancier est habilité à voter;

d) Sauf en cas d'admission provisoire d'une créance, de permettre au créancier de participer à une répartition[21].

Créances déclarées par des parties ayant des liens privilégiés avec le débiteur

109) La législation de l'insolvabilité devrait spécifier le régime à appliquer aux créances déclarées par des parties ayant des liens privilégiés avec le débiteur. Différentes approches pourraient être adoptées, telles que:

a) L'examen minutieux des créances;

b) La restriction des droits de vote de la partie ayant des liens privilégiés avec le débiteur;

c) Le déclassement de la créance;

d) La limitation du montant de la créance.

B. Financement et crédit postérieurs à l'ouverture de la procédure [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 187 à 191]

Objet

L'objet de dispositions relatives au financement et au crédit postérieurs à l'ouverture de la procédure est:

[20]Il peut s'agir, par exemple, d'amendes, de pénalités et de créances fiscales. Les créances continueront d'exister et ne feront l'objet d'aucune remise.

[21]Toutefois, au moment de la répartition, le représentant de l'insolvabilité devrait tenir compte des créances qui ont été admises provisoirement ou qui ont été déclarées mais n'ont pas encore été admises: voir les recommandations concernant la répartition, chap.V, sect. C.

a) De permettre l'obtention de moyens de financement et de crédits pour la poursuite de l'activité ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des biens de ce dernier;

b) D'accorder une protection appropriée à ceux qui fournissent des moyens de financement postérieurement à l'ouverture de la procédure;

c) D'accorder une protection appropriée aux parties dont les droits peuvent être lésés par l'octroi de moyens de financement et de crédits postérieurement à l'ouverture de la procédure.

Recommandations

110) La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il considère que ce financement est nécessaire pour la poursuite de l'activité ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des biens de ce dernier. La législation de l'insolvabilité pourrait exiger l'autorisation du tribunal.

111) La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un crédit postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il considère que ce crédit est nécessaire pour la poursuite de l'activité ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des biens de ce dernier.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

112) La législation de l'insolvabilité devrait permettre l'octroi d'une sûreté en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté constituée sur des biens non grevés ou d'une sûreté de rang inférieur constituée sur des biens grevés.

113) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir qu'une sûreté constituée sur les biens du débiteur pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté existante sur les mêmes biens, sauf si le représentant de l'insolvabilité en avise le titulaire de la sûreté existante et obtient son accord ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 114.

114) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que, lorsque le titulaire de la sûreté existante ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser [l'octroi] [la constitution] de cette sûreté, sous réserve que soient remplies certaines conditions, à savoir notamment:

a) Que le créancier déjà garanti ait une sûreté suffisante sur les biens de sorte qu'il ne [sera pas lésé] [subira pas un préjudice déraisonnable] en raison d'un droit de préférence accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure;

b) Que le créancier garanti ait été avisé et qu'on lui ait donné la possibilité d'être entendu par le tribunal;

c) Que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par un autre moyen; et

d) Que les intérêts du titulaire de la créance existante soient suffisamment protégés.

Droit de préférence accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

115) La législation de l'insolvabilité devrait établir le droit de préférence pouvant être accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure, de sorte, au moins, que la personne fournissant ce financement soit remboursée avant les créanciers chirographaires ordinaires (priorité des créances afférentes à l'administration de la procédure).

C. Répartition après la liquidation des biens [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 253 à 255]

Objet

L'objet de dispositions relatives à la répartition est:

a) D'établir l'ordre dans lequel les créances devraient être payées sur la masse du débiteur après réalisation des biens en liquidation;

b) De garantir que les créanciers de la même catégorie seront placés sur un pied d'égalité et seront payés sur les biens de la masse au prorata de leurs créances.

Recommandations

116) La législation de l'insolvabilité devrait établir l'ordre dans lequel les créances, autres que les créances garanties, doivent être payées sur la masse du débiteur après la vente des biens en liquidation.

117) La législation de l'insolvabilité devrait limiter au minimum l'octroi de droits de préférence. Lorsque des droits de préférence résultent du droit commun, ils devraient être clairement énoncés dans la législation de l'insolvabilité.

118) Les créances garanties devraient être payées sur le produit de la réalisation de la sûreté, sous réserve de toute créance ayant éventuellement un rang supérieur[22].

[22]Note à l'intention du Groupe de travail: La Banque européenne pour la reconstruction et le développement a suggéré que soit examinée dans le guide la proposition selon laquelle un créancier garanti devrait assumer une partie de la défaillance financière, du moins à l'égard des créanciers involontaires, tels que les titulaires de créances indemnitaires et les salariés, en particulier lorsqu'il bénéficie d'un nantissement sur l'ensemble du fonds de commerce de l'entreprise débitrice. À cette fin, il est proposé d'ajouter, à la fin de la présente recommandation, le texte ci-après visant à protéger les droits des salariés: "... à condition toutefois que, si un créancier garanti est titulaire d'un privilège ou d'un nantissement sur presque tous les biens du débiteur, le produit de la réalisation de la sûreté soit utilisé d'abord pour régler toutes les créances salariales accumulées et impayées (lorsque celles-ci ne sont pas garanties par un organisme public) puis pour payer toutes les créances des personnes ayant subi un préjudice corporel (non couvert par une assurance) et, enfin, pour désintéresser le créancier garanti conformément à la première partie de la présente recommandation".

119) En ce qui concerne le paiement des différentes catégories de créances autres que les créances garanties, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le montant disponible à répartir entre les créanciers sera distribué dans l'ordre suivant:

a) Frais et dépenses d'administration, y compris les frais et dépenses liés à la nomination du représentant de l'insolvabilité et du comité des créanciers, à l'exercice par l'un et l'autre de leurs pouvoirs et fonctions respectifs et à leur rémunération;

b) Créances antérieures à l'ouverture de la procédure bénéficiant d'un droit de préférence;

c) Créances ordinaires antérieures à l'ouverture de la procédure;

d) Créances antérieures à l'ouverture de la procédure qui ont été reportées ou déclassées;

e) Débiteur.

120) En ce qui concerne le paiement des créances d'une même catégorie, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir, à titre de principe général, que ces créances occupent le même rang les unes par rapport aux autres. Toutes les créances d'une catégorie donnée devraient être réglées intégralement avant celles de la catégorie suivante. Si les fonds ne sont pas suffisants pour les régler dans leur intégralité, la réduction devrait être proportionnelle.

121) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les montants à répartir seront distribués rapidement et pourront donner lieu autant que possible à des versements provisionnels ou échelonnés. Lors de la répartition, le représentant de l'insolvabilité est tenu de constituer une provision pour les créances admises provisoirement et pour les créances déclarées qui n'ont pas encore été admises.

D. Remise de dettes [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 256 à 260]

Objet

L'objet de dispositions relatives à la remise de dettes est:

a) De permettre à un débiteur individuel d'être finalement libéré des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure et de pouvoir ainsi prendre un nouveau départ;

b) De déterminer les circonstances dans lesquelles une remise de dettes sera accordée et dans quelles conditions.

Recommandations

122) Lorsque la législation de l'insolvabilité autorise l'insolvabilité des personnes physiques exerçant une activité commerciale, elle devrait traiter la question de la remise des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure après [la liquidation des biens de la masse] [la clôture de la procédure de liquidation]. Différentes approches pourraient être adoptées:

a) Le débiteur pourrait être libéré complètement et immédiatement, lorsqu'il [est honnête] [et] [n'a pas agi de manière frauduleuse] [agit de bonne foi];

b) La remise de dettes ne pourrait pas s'appliquer avant l'expiration d'un délai spécifié à compter de [la répartition] [l'ouverture de la procédure], le débiteur étant censé en attendant essayer de bonne foi d'exécuter ses obligations;

c) La remise pourrait être exclue pour certaines dettes, telles que les dettes non révélées par le débiteur[23];

d) La remise de dettes pourrait être soumise à certaines conditions, par exemple l'accès à de nouveaux crédits pourrait être restreint ou l'exercice d'une activité commerciale pourrait être interdit pendant une durée déterminée.

E. Clôture [et réouverture] de la procédure [nouvelle section]

123) Une fois la masse de l'insolvabilité totalement administrée [et la mission du représentant de l'insolvabilité terminée], il faudrait prévoir la clôture de la procédure.

124) [réouverture].

VI. Redressement: questions supplémentaires

A. Le plan de redressement [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 261 à 299]

Objet

L'objet de dispositions ayant trait au plan de redressement est:

a) De faciliter le redressement d'entreprises en difficulté financière, et ainsi de protéger les investissements et de préserver les emplois;

b) De faciliter la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité;

c) De faciliter la négociation et l'approbation d'un plan de redressement et d'établir les effets de l'approbation du plan, y compris un mécanisme pour faire en sorte que tous les créanciers et autres parties intéressées soient liés par le plan;

d) D'indiquer ce qu'il adviendra s'il n'est proposé aucun plan de redressement acceptable ou si l'approbation des créanciers ne peut être obtenue, y compris, dans certaines circonstances, la conversion de la procédure en liquidation;

e) De permettre l'exécution du plan de redressement, y compris les remises de dettes ou réaménagements de créances, et d'indiquer ce qu'il adviendra si l'exécution du plan échoue.

[23] Lorsque la législation de l'insolvabilité prévoit que la procédure ne s'appliquera pas à certaines créances, ces dernières ne feront pas non plus l'objet d'une remise. Il n'est cependant pas nécessaire de les mentionner expressément dans la présente section: voir les recommandations concernant le régime applicable aux créances des créanciers, chap. V, sect. A, et la note 20.

Recommandations

Délai pour l'élaboration du plan

125) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le plan de redressement est [élaboré] [déposé] au moment de la présentation, ou après la présentation, de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, mais pas au-delà d'un certain délai après l'ouverture de la procédure:

a) Le délai pourrait être fixé par le tribunal ou à défaut par la législation de l'insolvabilité;

b) Le tribunal devrait être autorisé à proroger le délai si les circonstances le justifient.

Parties chargées de l'élaboration du plan

126) La législation de l'insolvabilité devrait spécifier quelles parties doivent élaborer le plan de redressement.

127) Il faudrait adopter dans les dispositions relatives à l'élaboration du plan de redressement une approche souple qui permette la participation de toutes les parties qui ont un rôle central dans la procédure: le débiteur, les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. La législation de l'insolvabilité pourrait combiner différents éléments:

a) La possibilité de proposer un plan pourrait être réservée à une partie jusqu'à l'expiration d'un certain délai. Afin d'encourager les débiteurs à demander l'ouverture d'une procédure à un stade précoce de leurs difficultés financières, cette possibilité [pourrait] [devrait] être donnée au débiteur. La partie à laquelle la possibilité de proposer un plan est réservée pourrait être tenue de consulter les autres parties de façon que le plan proposé soit le plus acceptable;

b) Si aucun plan acceptable n'a été proposé à l'expiration du délai susmentionné, la possibilité de proposer un plan pourrait être donnée à d'autres parties, telles que le représentant de l'insolvabilité, des créanciers ou le comité des créanciers agissant en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité.

Contenu du plan

128) La législation de l'insolvabilité devrait spécifier les indications qui devraient au moins figurer dans le plan de redressement, à savoir:

a) Les catégories de créanciers et le traitement accordé à chacune d'elles (par exemple ce qu'elles recevront et le calendrier des paiements);

b) Le traitement des contrats, y compris les contrats de travail;

c) Les modalités d'exécution du plan qui pourraient inclure:

i) La cession totale de l'entreprise;

ii) Une restructuration du capital de l'entreprise.

Note explicative

129) La législation de l'insolvabilité devrait exiger que le plan de redressement soumis à l'approbation des créanciers soit accompagné d'une note comportant les informations voulues pour permettre aux créanciers de se prononcer en connaissance de cause sur le plan. Cette note devrait comporter:

a) Un état de la situation financière du débiteur, y compris un état de l'actif et du passif et les tableaux des flux de trésorerie;

b) Une comparaison du traitement accordé aux créanciers par le plan et de ce que ceux-ci recevraient en cas de liquidation;

c) Un exposé des raisons pour lesquelles l'entreprise serait en mesure de poursuivre ses activités et pourrait être redressée avec succès; et

d) Des informations montrant que l'exécution du plan ferait que les actifs du débiteur excéderaient le passif.

Approbation du plan

130) La législation de l'insolvabilité devrait établir un mécanisme de vote pour l'approbation du plan de redressement. Elle devrait indiquer les modalités de vote admises (vote lors d'une réunion des créanciers convoquée à cet effet ou vote par correspondance ou par d'autres moyens, y compris des moyens électroniques) et si les créanciers devraient ou non voter par catégories, constituées en fonction de leurs droits respectifs.

131) La législation de l'insolvabilité devrait fixer la majorité requise pour l'approbation du plan de redressement. À cette fin, seuls devraient être pris en compte les créanciers ayant effectivement pris part au vote. L'unanimité ou uniquement la majorité simple des créanciers ayant pris part au vote n'est pas recommandée. Il faudrait exiger à la fois la majorité simple des créanciers ayant pris part au vote et la majorité, en termes de montant, des créances détenues par ces derniers. S'agissant du montant des créances, on pourrait retenir la majorité simple ou une majorité supérieure, par exemple les deux tiers. [Lorsque les créanciers votent par catégories, la majorité requise dans chacune d'elles pourrait être exigée.]

Le plan et les créanciers opposants

132) La législation de l'insolvabilité devrait indiquer le traitement à réserver aux créanciers qui n'ont pas voté pour le plan de redressement et prévoir un mécanisme faisant en sorte que le plan s'impose à eux, à condition que certains critères soient satisfaits. Ces critères pourraient être les suivants: les créanciers opposants recevront au moins autant, dans le cadre du plan, que ce qu'ils auraient reçu si l'entreprise avait été liquidée; les créanciers détenant des créances d'un rang inférieur, le débiteur et les actionnaires du débiteur ne recevront pas plus, dans le cadre du plan, que les créanciers opposants; aucun créancier devant être placé sur un pied d'égalité avec un créancier opposant ne recevra un avantage par rapport au créancier opposant [; et, lorsque les créanciers votent par catégories, la majorité des catégories ont approuvé le plan à la majorité requise].

Homologation du plan

133) Lorsque la législation sur l'insolvabilité prévoit l'homologation du plan par le tribunal, celui-ci devrait la refuser si:

a) Le processus d'approbation est entaché d'irrégularités;

b) Le plan n'accorde pas aux créanciers au moins autant que ce qu'ils recevraient si l'entreprise était liquidée; ou

c) Le plan comporte des dispositions interdites par la loi.

Effet du plan

134) Une fois homologué, le plan de redressement devrait s'imposer au débiteur, aux créanciers et aux actionnaires ou associés et libérer le débiteur de toute dette née avant [l'homologation] [l'ouverture de la procédure].

Contestation du plan

135) La législation de l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées de contester l'approbation du plan de redressement et spécifier à quel moment le plan peut être contesté. Elle pourrait inclure des critères pouvant servir à apprécier le bien-fondé de la contestation, notamment les suivants [*mêmes critères que pour l'homologation*]:

a) Le processus d'approbation est entaché d'irrégularités;

b) Le plan n'accorde pas aux créanciers ce qu'ils recevraient si l'entreprise était liquidée; ou

c) Le plan comporte des dispositions interdites par la loi.

Modification du plan après l'approbation [l'homologation]

136) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir, dans des cas bien précis, la possibilité de modifier le plan de redressement, spécifier les parties qui peuvent proposer des modifications et le moment auquel le plan pourra être modifié. Parmi les cas justifiant une modification du plan, elle pourrait prévoir celui dans lequel, après l'approbation [et l'homologation], l'exécution du plan échoue ou le plan s'avère, en tout ou en partie, impossible à exécuter, alors qu'une solution au problème pourrait être facilement trouvée. Le plan modifié devrait être soumis à l'approbation des créanciers et satisfaire aux règles prévues pour l'homologation.

Supervision de l'exécution

137) La législation de l'insolvabilité pourrait prévoir que l'exécution du plan de redressement sera supervisée par le tribunal, ou que le tribunal autorisera la nomination d'un superviseur ou l'exercice de la mission de supervision par le représentant de l'insolvabilité.

Fin de l'exécution

138) La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que si l'exécution du plan de redressement échoue et que le plan ne peut être modifié:

a) Il pourra être mis fin au plan; et

b) Si elle n'a pas été close, la procédure de redressement pourra être convertie en liquidation.

Clôture [et réouverture] de la procédure

139) Une fois la masse de l'insolvabilité totalement administrée [et la mission du représentant de l'insolvabilité terminée] le tribunal devrait prononcer la clôture de la procédure.

140) [réouverture].

B. Procédure de redressement accélérée [voir A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1]

A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1

Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document de travail soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-sixième session

ADDITIF

PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF SUR LE DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

RÉGIMES DE L'INSOLVABILITÉ EFFECTIFS ET EFFICACES

Deuxième partie. Dispositions essentielles

VI. REDRESSEMENT: QUESTIONS SUPPLÉMENTAIRES

B. Procédure de redressement accélérée [Nouveau: voir A/CN.9/507, par. 244 à 246]

Objet

L'objet de dispositions relatives à la procédure de redressement accélérée est:

a) De reconnaître que le redressement extrajudiciaire est un instrument avantageux et efficace de sauvetage des entreprises en difficulté financière;

b) D'encourager et de faciliter les redressements extrajudiciaires — et d'en préserver les avantages — qui ont l'appui de la majorité dans chacune des catégories de créanciers [et d'actionnaires ou associés] concernés en prévoyant dans la loi sur l'insolvabilité une procédure de redressement accélérée qui s'impose aux membres minoritaires de chacune des catégories de créanciers [et d'actionnaires ou associés] concernés qui n'acceptent pas le plan de redressement négocié sans recours à un juge;

c) D'offrir des garanties aux créanciers concernés qui sont opposés au plan.

Recommandations

Ouverture de la procédure de redressement accélérée

1) Tout débiteur [qui remplit les conditions requises par la loi sur l'insolvabilité] peut déposer une demande aux fins de l'ouverture d'une procédure de redressement accélérée [pour l'application d'un plan de redressement qui a été voté et accepté par la majorité dans chacune des catégories de créanciers [et d'actionnaires ou associés] concernés avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité].

2) La demande devrait satisfaire aux conditions exigées pour l'ouverture d'une procédure de redressement et être en outre accompagnée:

a) Du plan de redressement;

b) D'une description des activités de redressement extrajudiciaire qui ont précédé le dépôt de la demande d'ouverture, y compris les informations communiquées aux créanciers [et actionnaires ou associés] concernés pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause sur le plan [ou d'un condensé de ces informations];

c) D'un relevé des voix dans les catégories de créanciers [et d'actionnaires ou associés] concernés;

d) D'une analyse financière établie par [le débiteur] [un expert indépendant] montrant que le plan de redressement permettra aux créanciers qui se sont prononcés contre de recevoir au moins autant que ce qu'ils auraient reçu à l'issue d'une procédure de liquidation menée conformément à la loi sur l'insolvabilité; et

e) D'une liste des membres de tous comités de créanciers constitués au cours du redressement extrajudiciaire.

3) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que la demande vaudra automatiquement ouverture de la procédure, et que:

a) Les effets de l'ouverture doivent se limiter au débiteur et aux catégories de créanciers [et d'actionnaires ou associés] concernés par le plan;

b) Tout comité de créanciers constitué au cours du redressement extrajudiciaire doit être assimilé à un comité de créanciers constitué en application de la loi sur l'insolvabilité; et

c) Les dispositions de la loi sur l'insolvabilité applicables à la procédure de redressement s'appliquent également à la procédure de redressement accélérée, sauf disposition contraire de la présente section; et

d) Une audience aux fins de l'homologation du plan de redressement doit avoir lieu le plus rapidement possible.

4) L'ouverture de la procédure devrait être sans retard notifiée aux créanciers [et aux actionnaires ou associés] concernés par le plan de redressement, auxquels devraient être indiqués:

a) Le montant de la créance de chacun des créanciers, selon le débiteur;

b) Le délai dans lequel un créancier qui conteste le montant de la créance indiqué par le débiteur doit se manifester et auprès de qui;

c) Le jour, l'heure et le lieu de l'audience d'homologation du plan de redressement ainsi que le délai dans lequel toute objection à l'encontre de l'homologation doit être déposée et auprès de qui.

Homologation du plan

5) Le tribunal devrait homologuer le plan de redressement s'il estime que:

a) Celui-ci satisfait aux conditions d'homologation d'un plan présenté dans le cadre d'une procédure de redressement non accélérée, pour autant que ces conditions s'appliquent aux créanciers [et aux actionnaires ou associés] concernés;

b) Les informations communiquées aux créanciers [et aux actionnaires ou associés] concernés durant le redressement extrajudiciaire étaient suffisantes pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause sur le plan [et que toute demande d'acceptation du plan présentée avant l'ouverture était conforme aux lois applicables en dehors de la loi sur l'insolvabilité];

c) Les créanciers [et les actionnaires ou associés] opposants recevront dans le cadre du plan de redressement autant que ce qu'ils auraient reçu dans celui d'une procédure de liquidation menée conformément à la loi sur l'insolvabilité.

A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.2

Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, document soumis au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-sixième session

ADDITIF

REMARQUES GÉNÉRALES

1. La présente note présente la nouvelle structure de la partie commentaire du projet de guide. Le plan du commentaire figurant dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.57 et A/CN.9/WG.V/WP.58 sera modifié compte tenu de l'intitulé des chapitres et des sections indiqués ci-dessous.

NOUVELLE VERSION DE LA TABLE DES MATIÈRES

Régimes de l'insolvabilité effectifs et efficaces

Première partie. Principaux objectifs

1. Introduction

2. Principaux objectifs

a) Maximiser la valeur des biens

b) Établir un équilibre entre liquidation et redressement

c) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans une situation similaire

d) Permettre l'ouverture rapide et efficace de la procédure et le règlement impartial de l'insolvabilité

e) Prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur par les créanciers

f) Prévoir une procédure transparente qui encourage, par des mesures d'incitation, la collecte et la diffusion d'informations

g) Reconnaître les droits des créanciers existants et

respecter les créances prioritaires dans le cadre d'une procédure prévisible

h) Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale

3. Recommandations

Deuxième partie. Dispositions essentielles

I. Introduction

A. Types de procédures d'insolvabilité

1. Liquidation
2. Redressement
   a) Procédure judiciaire (formelle) de redressement
   b) Procédure extrajudiciaire (informelle) de redressement
   c) Procédures administratives
   d) Procédures de redressement accélérées

B. Structure [organisation] du régime de l'insolvabilité

1. Introduction
2. Relation entre les différents types de procédures
3. Conversion des procédures
4. Recommandations

II. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité

A. Admissibilité et compétence

1. Débiteurs devant être soumis au régime de l'insolvabilité
2. Applicabilité de la législation de l'insolvabilité
   a) Centre des intérêts principaux
   b) Établissement
   c) Présence de biens
3. Recommandations

B. Critères applicables

1. Introduction
2. Liquidation
   a) Demande émanant du débiteur
   b) Demande émanant d'un créancier
   c) Demande émanant des pouvoirs publics
3. Redressement
   a) Demande émanant du débiteur
   b) Demande émanant d'un créancier
4. Questions de procédure
   a) Décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité
   b) Fixation d'un délai pour la décision d'ouverture
   c) Notification de l'ouverture d'une procédure
5. Recommandations

III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Biens visés

1. Introduction
2. Biens constituant la masse de l'insolvabilité
3. Biens pouvant être exclus: personnes physiques
4. Récupération des biens
5. Recommandations

B. Protection et conservation de la masse de l'insolvabilité

1. Introduction
2. Protection de la masse contre les créanciers et les tiers
3. Mesures provisoires ou conservatoires
4. Application d'une suspension: questions de procédure
   a) Champ d'application de la suspension
   b) Application discrétionnaire ou automatique de la suspension
   c) Date à laquelle s'applique la suspension
5. Application de la suspension aux créanciers chirographaires
6. Application de la suspension aux créanciers garantis
   a) Liquidation
   b) Redressement
7. Protection des créanciers garantis
   a) Préservation de la valeur économique des biens grevés de sûretés
   b) Restitution de la sûreté
   c) Mainlevée de la suspension
8. Restrictions à la disposition des biens par le débiteur
9. Recommandations

C. Utilisation et disposition des biens

1. Introduction
2. Utilisation, location et vente de biens appartenant à la masse de l'insolvabilité
3. Biens grevés de sûretés et biens appartenant à un tiers
4. Renonciation à des biens onéreux
5. Remise des biens grevés de sûretés
6. Modalités de vente des biens
7. Recommandations

D. Traitement des contrats

1. Introduction
2. Continuation
   a) Redressement
   b) Liquidation
   c) Exceptions
3. Résiliation
   a) Liquidation
   b) Redressement
   c) Exceptions
4. Cession
5. Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, de résilier ou de céder des contrats
6. Opérations postérieures à l'ouverture de la procédure
7. Recommandations

E. Actions en annulation

1. Introduction
2. Types d'opérations pouvant faire l'objet d'une annulation
   a) Opérations frauduleuses
   b) Opérations à un prix sous-évalué
   c) Opérations préférentielles
3. Établissement de la période suspecte
4. Responsabilité des autres parties à une opération annulée

5. Opérations nulles et annulables
6. Questions de preuve
7. Opérations avec des personnes ayant un lien privilégié avec le débiteur
8. Poursuite des actions en annulation
9. Recommandations

F. Contrats financiers: compensation globale et compensation

IV. Participants et institutions

A. Débiteur

1. Introduction
2. Droits
   a) Droit d'être entendu
3. Obligations
   a) Coopération et assistance
   b) Communication d'informations
4. Confidentialité
5. Poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice
   a) Liquidation
   b) Redressement
6. Responsabilité
7. Recommandations

B. Représentant de l'insolvabilité

1. Introduction
2. Qualifications
3. Sélection
   a) Absence de biens
4. Pouvoirs et fonctions
5. Responsabilité
6. Révocation et remplacement
7. Rémunération
8. Recommandations

C. Créanciers

1. Catégories de créanciers et leurs créances
   a) Créanciers garantis
   b) Créanciers titulaires de créances afférentes à l'administration de la procédure
   c) Créanciers prioritaires ou créanciers privilégiés
   d) Créanciers chirographaires ordinaires
   e) Salariés
   f) Propriétaires
   g) Parties ayant un lien privilégié avec le débiteur
2. Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité
   a) Introduction
   b) Collectivité des créanciers [ensemble des créanciers]
   c) Comité des créanciers
      i) Composition
      ii) Créanciers exclus
      iii) Sélection [constitution]
      iv) Obligations
      v) Responsabilité
      vi) Révocation et remplacement
3. Recommandations

D. Cadre institutionnel

V. Administration de la procédure

A. Régime applicable aux créances des créanciers

1. Introduction
2. Créances des créanciers
   a) Déclaration des créances
   b) Créances provisoires
   c) Conversion des créances libellées en une monnaie étrangère
   d) Vérification des créances
   e) Cession de créances
   f) Créances déclarées par des parties ayant un lien privilégié avec le débiteur
3. Recommandations

B. Financement et crédit postérieurs à l'ouverture de la procédure

1. Introduction
2. Recommandations

C. Répartition après la liquidation des biens

1. Introduction
2. Recommandations

D. Remise de dettes

1. Introduction
2. Recommandations

E. Clôture [et réouverture] de la procédure

VI. Redressement: questions supplémentaires

A. Plan de redressement

1. Introduction
2. Nature et forme
3. Élaboration
4. Contenu
5. Approbation
   a) Créances garanties et créances prioritaires
   b) Créanciers chirographaires ordinaires
      i) Majorité requise
      ii) Catégories de créanciers chirographaires
      iii) Faculté de lier les créanciers opposants
      iv) Actionnaires
   c) Parties ayant un lien privilégié avec le débiteur
   d) Effet du plan
6. Homologation du plan par le tribunal
7. Contestation
8. Modification
9. Exécution
10. Non-approbation du plan ou échec de son exécution
11. Conversion en liquidation
12. Remise de dettes et réaménagement de créances
13. Fin du plan
14. Recommandations

B. Procédure de redressement accélérée

J. Note du secrétariat sur le rapport du quatrième Colloque judiciaire CNUDCI-INSOL sur l'insolvabilité internationale (2001)

(A/CN.9/518) [Original: anglais]

1. La présente note rend compte des discussions et conclusions du quatrième Colloque judiciaire multinational sur l'insolvabilité internationale, que le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) ont organisé à Londres les 16 et 17 juillet 2001.

2. Ce colloque a réuni plus de 60 juges et fonctionnaires de 29 pays, qui, de par leur appartenance à différents systèmes juridiques, représentaient un large éventail de pratiques et de points de vue. Les participants ont examiné les progrès accomplis dans l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et l'application des textes législatifs incorporant cette dernière aux aspects internationaux de l'insolvabilité, ainsi qu'un projet de principes directeurs pour une coopération judiciaire et le problème de la formation théorique et pratique des juges. Le colloque a permis aux juges de dialoguer et de mieux comprendre les différentes façons dont les pays traitent les cas d'insolvabilité internationale, y compris les initiatives législatives qu'ils mènent actuellement dans ce domaine.

Adoption de la Loi type

3. Un rapport a été présenté aux participants sur les progrès de l'adoption de la Loi type, ainsi qu'un résumé des textes législatifs incorporant celle-ci, qui mettait en évidence les différentes approches adoptées pour telle ou telle disposition. Un cas fictif d'insolvabilité internationale de même que les solutions proposées par les différents textes incorporant la Loi type ont été étudiés.

4. Bien que la Loi type en tant que telle laisse aux États adoptants une certaine latitude pour élaborer leur législation, on a craint que le fait d'aborder le texte comme s'il s'agissait d'un menu proposant diverses dispositions au choix n'entraîne des différences importantes entre les législations la transposant. On a estimé que cela risquait de prêter à confusion si ceux qui s'occupaient de cas d'insolvabilité internationale se fiaient à l'adoption de la Loi type au lieu d'examiner les dispositions des textes législatifs qui l'incorporaient.

5. Malgré ces différences, l'étude d'un cas fictif d'insolvabilité internationale a fait ressortir la complexité potentielle de ce type de cas et a permis de montrer concrètement comment l'adoption de la Loi type pouvait en faciliter le traitement. On a fait observer que l'adoption de la Loi type permettrait de rapprocher les différentes traditions juridiques des pays de *common law* et des pays de droit romain sur les questions d'insolvabilité internationale en créant le cadre législatif clair et précis qui était nécessaire pour faciliter le traitement des cas comportant des éléments internationaux. On a toutefois noté qu'il était souvent difficile de reprendre les termes de la Loi type car la coutume et la culture jouaient un rôle dans l'élaboration de la législation et des modifications étaient généralement nécessaires pour adapter la Loi aux besoins locaux.

6. On a signalé que certains pays soumettaient la reconnaissance des procédures étrangères et des représentants étrangers au principe de réciprocité. Certains ont estimé que cette approche risquait non seulement d'entraîner un manque de clarté quant à la manière dont pouvait être appliquée la Loi type mais également d'en compromettre l'universalité. En outre, il a été noté que, si un pays adoptait une politique prévoyant une reconnaissance et une assistance uniquement à titre de réciprocité, il ne pourrait pas décider librement d'accorder une assistance et une reconnaissance en fonction de ce qui servirait au mieux ses intérêts et ceux de ses créanciers et débiteurs.

7. On a fait observer que les travaux en cours de la CNUDCI et d'INSOL sur les régimes d'insolvabilité effectifs et efficaces faciliteraient également le traitement des problèmes se posant dans le cadre de l'insolvabilité internationale.

Faciliter la coopération judiciaire

8. Les participants ont généralement reconnu que le nombre de cas d'insolvabilité internationale augmentait dans le monde et que les juges devraient de plus en plus souvent s'attendre à intervenir dans des procédures d'insolvabilité comportant des éléments internationaux. On a estimé que, dans cette perspective, il était nécessaire de favoriser la communication et la coopération internationales entre juges afin d'accroître généralement l'efficacité, l'effectivité et l'équité de tous les types de procédures d'insolvabilité. Les participants ont été d'accord dans l'ensemble sur ce point. Cette coopération pourrait notamment avoir pour but de recueillir des informations sur les éléments d'actif et de passif situés dans d'autres pays; de prévenir la dispersion des biens; de prévenir tout acte frauduleux de la part du débiteur, des créanciers et des tiers; de maximiser la valeur des biens; de permettre aux créanciers étrangers d'accéder à la procédure et de bénéficier d'une reconnaissance; de faciliter l'administration de la procédure d'insolvabilité internationale; de rechercher les meilleurs moyens de redresser une entreprise insolvable.

9. Les participants ont fait observer que, pour faciliter la réalisation de ces objectifs, il fallait s'attaquer à un certain nombre de problèmes typiques, à savoir les problèmes de culture, de langue et de traditions juridiques; l'absence de cadre législatif uniforme pour la coopération judiciaire et la communication directe entre juges dans les cas d'insolvabilité internationale; le manque d'expérience

des juges en matière de communication orale directe avec leurs homologues et avec les praticiens de l'insolvabilité étrangers et leur hésitation à recourir à ce type de communication; les questions de déontologie, comme celle de savoir comment préserver l'égalité entre les parties et la transparence de la procédure; et la nécessité de modifier les règles de droit du pays pour faciliter et encourager la coopération et la communication entre juges. On a également évoqué la difficulté à se familiariser avec la législation d'autres pays relative à l'insolvabilité, surtout lorsqu'il fallait coopérer étroitement avec un pays de toute urgence.

10. Il a également été question de la territorialité de la procédure d'insolvabilité. On a noté que certains pays reconnaissaient les effets internationaux d'une ordonnance d'insolvabilité tandis que d'autres pouvaient préférer ne pas donner effet à une ordonnance étrangère afin de ne pas soumettre les biens situés sur leur territoire à la procédure étrangère et ainsi réduire l'impact de cette dernière. On a fait observer qu'un tel "cloisonnement" des biens risquait d'entamer la confiance des investisseurs étrangers et était incompatible avec l'idée d'"état de droit" dans les relations commerciales internationales.

11. Il a été indiqué que l'on disposait déjà des moyens permettant d'aborder certains des problèmes mentionnés. En ce qui concerne le cadre législatif, l'adoption de la Loi type constituait un moyen simple, mais très efficace, d'établir les principes de base nécessaires. On a fait remarquer qu'il était possible de promouvoir la coopération d'une manière progressive, avec la Loi type pour première étape. On a noté que, dans certains pays, les tribunaux essayaient d'aller plus loin en prenant l'initiative, lorsqu'ils prêtaient assistance à un tribunal de l'insolvabilité étranger, de rendre des ordonnances que ni le tribunal national ni le tribunal étranger n'aurait pu rendre dans un cas d'insolvabilité nationale.

12. On a noté que, pour régler d'autres questions, il était possible d'élaborer des principes directeurs pour la coopération judiciaire de manière à faciliter une approche commune (voir ci-dessous). D'un point de vue technique, l'évolution des moyens de communication offrait aux utilisateurs de nouveaux moyens de dialoguer. Pour ce qui est de l'accès à l'information sur les textes législatifs, on a noté qu'un certain nombre de ressources différentes, notamment des bases de données disponibles sur Internet, étaient actuellement mises en place pour faciliter la diffusion de ce type d'information, qu'il s'agisse d'initiatives prises aux niveaux mondial et local tant dans le secteur privé que dans le secteur public. De l'avis général, il importait de resserrer les liens entre, d'une part, les juges et, d'autre part, les juges et les professionnels de l'insolvabilité grâce à des réunions, telles que les colloques organisés par la CNUDCI et INSOL, pour leur permettre de se rencontrer, d'échanger des idées et des connaissances, de prendre conscience des difficultés rencontrées et de faire part de leurs préoccupations respectives. On a estimé qu'il fallait continuer d'organiser ces réunions, mais également les multiplier et les compléter éventuellement par des forums régionaux, ainsi que par la mise en place de lieux de discussion permanents et de forums virtuels.

Principes directeurs pour la coopération judiciaire

13. Le Colloque a examiné un projet de principes directeurs pour la coopération et la communication judiciaires[1]. Bien qu'un certain nombre de craintes aient été exprimées quant au niveau de détail du projet de dispositions et à un certain nombre de questions de procédure, il a été généralement estimé que ces principes directeurs contribueraient utilement à favoriser une approche commune des questions de coopération et, en particulier, de communication. À cet égard, on a indiqué qu'il existait une certaine confusion entre les différents niveaux auxquels la communication pourrait être nécessaire. Les communications entre tribunaux supposaient des discussions entre les juges en des termes très généraux sur des questions telles que les objectifs, les ordres du jour et le calendrier des audiences. Il a été noté que cette forme de communication exigeait l'accord préalable des parties pour assurer la transparence, ainsi que l'existence de transcriptions et la tenue de dossiers pour éviter des conflits futurs. La communication avec les professionnels de l'insolvabilité, quant à elle, soulevait des questions différentes telles que la nécessité pour le tribunal de conserver à tout moment son impartialité et son indépendance, tant par rapport aux parties qu'aux praticiens de l'insolvabilité qui représentaient le débiteur.

14. Il a également été reconnu que des procédures d'urgence étaient souvent nécessaires pour faciliter une action rapide, même si toutes les parties n'étaient pas présentes. Il a été noté que certains pays autorisaient une partie à demander des mesures conservatoires en l'absence de toutes autres parties concurrentes. Ces procédures étaient soumises à des règles destinées à protéger la position des parties absentes et les mesures étaient généralement prises pour une durée limitée, jusqu'à ce que les autres parties aient la possibilité de présenter leurs vues au tribunal sur la demande.

Formation judiciaire

15. Les participants ont reconnu dans l'ensemble qu'un enseignement et une formation (y compris une formation continue) en matière judiciaire étaient nécessaires pour assurer le fonctionnement efficace non seulement du régime applicable aux cas internationaux, mais aussi des lois sur l'insolvabilité en général. On a indiqué qu'il faudrait que les programmes de formation et d'enseignement s'appuient sur une évaluation des besoins, de manière que leur contenu et leur exécution soient adaptés aux paramètres (juridiques, sociaux et culturels) de la juridiction locale et qu'ils soient compatibles avec son budget, la charge de travail des juges et la disponibilité d'une aide internationale, à la fois en ressources humaines et financières.

16. Les participants ont souligné que les programmes de formation et d'enseignement devaient également tenir compte du rôle spécifique joué par le juge dans un système juridique particulier, en matière d'insolvabilité; il ne

[1] Le projet de principes directeurs a pris en compte les travaux entrepris dans la région de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA) par l'American Law Institute.

fallait pas oublier que la plupart des pays n'avaient pas de tribunaux des faillites et que dans certains systèmes le judiciaire avait principalement pour rôle de superviser la procédure de redressement, ses interventions pouvant se limiter à régler des litiges, alors que dans d'autres systèmes il était demandé aux juges de jouer un rôle plus actif dans la procédure d'insolvabilité.

17. Il a été noté que l'enseignement et la formation pouvaient être dispensés de différentes manières: programmes comportant un contact direct entre les formateurs et les juges; recours à des techniques telles que la vidéoconférence; et moyens à plus longue durée de vie permettant une utilisation répétée, par exemple cassettes vidéo, CD-ROM et Internet. Il a été indiqué que les organisations internationales pouvaient contribuer à favoriser les contacts entre professionnels de l'insolvabilité et permettre d'accéder à des ressources telles que les principes concernant les meilleures pratiques et la législation sur l'insolvabilité dans différentes langues afin d'assurer un accès et une utilisation plus faciles.

18. On a également fait observer qu'il faudrait coordonner la formation et l'enseignement entre les professions judiciaires et les praticiens/conseillers de l'insolvabilité qui interviennent dans les tribunaux, et qu'il ne devrait y avoir aucune restriction en ce qui concerne les parties susceptibles de donner et de recevoir une formation. Par exemple, rien ne devrait s'opposer à ce que des juges forment des juges, à ce que des juges aident à former des praticiens et à ce que des praticiens aident à former des juges.

Conclusions

19. Du débat qui a eu lieu dans le cadre du Colloque se sont dégagées un certain nombre de conclusions: *a*) opinion partagée par tous que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale devrait être largement promue et adoptée, avec aussi peu de changements que possible, afin de fournir un cadre de base, efficace et uniforme pour traiter les cas d'insolvabilité internationale; *b*) nécessité de faciliter la coopération et la communication en matière judiciaire par la diffusion d'informations sur le droit et la législation relatifs à l'insolvabilité, l'élaboration de principes directeurs pour la communication entre les juges et la possibilité, pour ces derniers, en particulier ceux de pays en développement, de se rencontrer et de partager leurs expériences dans des forums multinationaux, tels que les colloques judiciaires CNUDCI/INSOL International; et *c*) nécessité pour les programmes de formation et d'enseignement judiciaires d'assurer le traitement efficace et effectif des cas d'insolvabilité internationale aussi bien que nationale. Il a été noté que de nombreux pays avaient indiqué qu'ils étaient prêts à fournir des juges et des professionnels de l'insolvabilité expérimentés pour aider à la formation et à l'enseignement et qu'un certain nombre d'organisations professionnelles internationales, telles qu'INSOL International et l'Association internationale du barreau, participaient déjà activement à des programmes de formation et d'assistance. Il a également été noté que le fonds d'affectation spécial de la CNUDCI pour financer les activités et l'assistance technique pourrait avoir un rôle à jouer dans ces deux domaines.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Printed in Austria
V.03-81385—September 2007—115
United Nations publication
Sales No. F.05.V.13
ISBN 92-1-233414-8
ISSN 0251-4257
A/CN.9/SER.A/2002

9 789212 334141